

DIREITO PENAL DO COMBATE:

ENTRE COGNITIVISMO E DECISIONISMO JUDICIAIS

ANA CAROLINA SANTANA



Ana Carolina Santana

Mestre em Direito pela Universidade Federal de Sergipe (UFS).

Juíza de Direito do Tribunal de Justiça do Estado de Pernambuco (TJPE).

Sócia idealizadora do curso JusAprovado.

Professora convidada da pós-graduação da Escola Judicial do Tribunal de Justiça de Sergipe.

Foi delegada de polícia da polícia civil do Estado de Minas Gerais.

DIREITO PENAL DO COMBATE: ENTRE COGNITIVISMO E DECISIONISMO JUDICIAIS

*Publicação editada pela Escola Judicial de Pernambuco (Esmape)
em Homenagem ao Dia Internacional da Mulher/2025.*

Recife, 2025

Copyright by Escola Judicial de Pernambuco (Esmape)

Coordenação Técnica e Editorial: Joseane Ramos Duarte Soares

Projeto gráfico: Luciano Costa

Capa: Antônio Recamonde / João Pessoa (Ascom Esmape)

Revisão: Autora

Sítio: <https://portal.tjpe.jus.br/web/escolajudicial/biblioteca/publicacoes-digitais>

341.5 Santana, Ana Carolina.
Direito penal do combate: Entre cognitivismo e
decisionismo judiciais / Ana Carolina Santana. -
Recife : Escola Judicial de Pernambuco (Esmape), 2025.

1.Direito penal. 2.Escola Judicial de Pernambuco (Esmape).
I. Título.

Ficha catalográfica elaborada pela equipe da Biblioteca Jarbas Maranhão/Esmape

ISBN 978-85-65783-42-2

Correspondências: Escola Judicial de Pernambuco (Esmape)
Rua Des. Otilio Neiva Coelho, s/n – bairro Ilha Joana Bezerra Recife – PE
Biblioteca Jarbas Maranhão - CEP 50.080-900
E-mail: ej.biblioteca@tjpe.jus.br



TJPE



TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE PERNAMBUCO

BIÊNIO 2024/2026

PRESIDENTE

Desembargador Ricardo de Oliveira Paes Barreto

1º VICE-PRESIDENTE

Desembargador Fausto de Castro Campos

2º VICE-PRESIDENTE

Desembargador Eduardo Sertório Canto

CORREGEDOR-GERAL DA JUSTIÇA

Desembargador Francisco José dos Anjos Bandeira de Mello

ESCOLA JUDICIAL DE PERNAMBUCO

BIÊNIO 2024/2026

DIRETOR-GERAL

Desembargador Jorge Américo Pereira de Lira

VICE-DIRETORA-GERAL

Desembargadora Daisy Maria de Andrade Costa Pereira

SUPERVISOR

Juiz Sílvio Romero Beltrão

Toda minha gratidão a Deus.
Dedico esta obra ao meu esposo João Paulo Guerra,
pelo apoio incondicional e por tanto amor;
À minha filha Maria Júlia Santana Guerra e ao
meu filho João Paulo Santana Guerra pois
são a razão da minha existência.

*"Uma democracia pode ser derrubada
sem golpes de Estado formais
se os princípios dela forem de fato violados
ou contestados, sem que suas violações
suscitem rebeliões ou menos dissenso"
(Luigi Ferrajoli)*

RESUMO

Este trabalho parte da premissa de que a Constituição Federal de 1988 inaugurou, no Brasil, o novo paradigma da democracia constitucional. Na seara penal, este novo paradigma se materializa no sistema de garantias, expresso constitucionalmente. A partir dessa sistemática, o Poder Judiciário assume o caráter de poder contramajoritário. Isso quer dizer que, ainda que contrarie a vontade da maioria, o Poder Judiciário tem a função de efetivar os direitos fundamentais. Nesse sentido, nosso objetivo é demonstrar que, o papel do Poder Judiciário é garantir direitos e garantias fundamentais, independentemente das reações sociais quanto às decisões. Através da análise da epistemologia garantista, desenvolvida por Luigi Ferrajoli, demonstramos de que forma deve ser desenvolvida a análise objetiva da elaboração da sentença penal condenatória. A hipótese aqui exposta é a de que os espaços de discricionariedade da lei não devem ser preenchidos de forma indevida pois esse preenchimento indevido possibilita a edificação do Direito Penal do Combate, que é construído, principalmente, a partir do desvirtuamento do princípio da publicidade processual e do esvaziamento do sistema acusatório. Uma vez edificada, a postura combatente se materializa pela utilização da teoria do pragmatismo jurídico. A aplicação da teoria pragmática possibilitou a construção de um direito fundamental à segurança pública para justificar a decisão penal amparada no interesse público. Demonstraremos que essa justificação viola o ideário iluminista, pois transforma o Poder Judiciário em garantidor e efetivador do Poder Punitivo Estatal, em detrimento das garantias penais individuais. Por fim, solucionaremos o problema concluindo pela incompatibilidade constitucional de atribuição da função de combate ao crime ao Poder Judiciário, considerando que o seu papel é o de efetivar direitos e garantias fundamentais.

Palavras-chave: democracia constitucional; poder judiciário; direito penal do combate; direitos fundamentais; pragmatismo; garantismo penal.

SUMÁRIO

PREFÁCIO	15
INTRODUÇÃO	17
1. DELIMITANDO O PROBLEMA: É FUNÇÃO DO PODER JUDICIÁRIO COMBATER O CRIME?	21
2. O NOVO PARADIGMA DA DEMOCRACIA CONSTITUCIONAL	27
2.1. Democracia Constitucional e a Constituição Federal de 1988.....	27
2.2. Interpretação normativa a partir do paradigma da democracia constitucional	31
3. A PRODUÇÃO DOS PRONUNCIAMENTOS JUDICIAIS PENAIS.....	37
3.1. O método garantista desenvolvido por Luigi Ferrajoli	38
3.1.1. O poder de denotação ou verificabilidade jurídica	39
3.1.2. O poder de comprovação ou verificabilidade fática	41
3.1.3. O poder de conotação e aplicação da equidade	43
3.1.4. O poder de disposição e sua necessária limitação	47
3.2. A epistemologia garantista e o livre convencimento motivado	49
3.2.1. O caso Renan da Penha	51
3.2.1.1. O resumo do caso	51
3.2.1.2. A resignificação probatória	52
3.2.1.3. A análise dos fundamentos do acórdão	53
3.3. Entre cognitivismo e decisionismo	57
4. O PODER JUDICIÁRIO E O COMBATE AO CRIME	59
4.1. O desvirtuamento do princípio da publicidade processual	60
4.1.1. A publicidade do processo penal	61
4.1.2. A publicidade do fato criminoso e do seu autor	62
4.1.3. O tempo do direito e o tempo da notícia	64
4.1.4. O Judiciário e a Publicidade	65
4.2. O esvaziamento do sistema acusatório	67
4.2.1. Processo penal para quê?	70
4.2.2. Entre acusação e inquisição	72
4.3. O combate ao crime	76
5. O DIREITO PENAL DO COMBATE	81
5.1. Uma breve introdução	83
5.2. O interesse público como base interpretativa de aplicação do Direito Penal do Combate	84

5.3. O pragmatismo jurídico como teoria decisória de aplicação do direito penal do combate	89
5.3.1. Análise do voto pragmático dado no HC 126.292/SP	92
5.3.2. A incompatibilidade da aplicação da teoria do pragmatismo com o ordenamento jurídico brasileiro, na seara penal	102
5.4. O direito fundamental à segurança pública como fundamento do direito penal do combate	104
6. NADA É POR COMPLETO NOVO: ANTECEDENTES DO DIREITO PENAL DO COMBATE	109
6.1. A comunidade do povo e a interpretação da lei	113
CONCLUSÃO	121
REFERÊNCIAS	127

PREFÁCIO

Escrever sobre um texto tão relevante é, para mim, um privilégio que transcende a esfera acadêmica. Conheço Ana Carolina Santana desde os tempos de faculdade e pude testemunhar sua evolução como estudante dedicada, combativa delegada no Estado de Minas Gerais e maravilhosa juíza de direito no Estado de Pernambuco.

Neste livro, Carol mostra sua qualidade também como professora e pesquisadora. Sua capacidade de enxergar além do óbvio, de questionar paradigmas e de propor soluções fundamentadas em profundos valores democráticos é algo que sempre admirei. Este trabalho é uma expressão fiel da sua trajetória acadêmica e pessoal e é uma contribuição essencial ao debate jurídico contemporâneo.

O tema abordado não poderia ser mais atual. Carol analisa a função do Poder Judiciário no combate ao crime, uma questão que, nos últimos anos, tem provocado intensos debates. Em um momento histórico em que o Judiciário, cada vez mais, assume posturas ativistas e de protagonismo na segurança pública, torna-se necessário e urgente questionar a legitimidade democrática dessa atuação. Como Ana Carolina brilhantemente aponta, é preciso refletir sobre a compatibilidade entre essa postura e o paradigma da democracia constitucional inaugurado pela Constituição de 1988. Este texto não apenas levanta questões cruciais, mas também propõe soluções baseadas no garantismo penal e em princípios democráticos.

Compartilho da visão crítica apresentada pela autora em relação ao papel do Judiciário. A ideia de que o Judiciário pode, ou deve, atuar como agente de combate ao crime é incompatível com o sistema de separação de poderes e com os direitos fundamentais que sustentam o Estado Democrático de Direito. É preocupante ver como, frequentemente, o ativismo judicial, sustentado por discursos pragmáticos, transforma juízes em garantidores do Poder Punitivo Estatal, em detrimento das garantias individuais. Essa postura não encontra justificativa jurídica e, como bem argumenta a autora, subverte os princípios que norteiam a Constituição Federal.

Falta legitimidade democrática ao Judiciário para promover segurança pública. A Constituição Federal de 1988 estabeleceu uma clara divisão de funções entre os poderes, atribuindo ao Executivo e às forças policiais a responsabilidade pela segurança pública. A atuação do Judiciário nessa seara, ao invés de reforçar os preceitos constitucionais, representa um desvio de suas atribuições e uma ameaça à imparcialidade judicial.

Dentro da legitimidade argumentativa de Alexy, conferir ao juiz o papel de, além da sua função de aplicar o direito e resolver disputas subjetivas e normativas, também promover políticas públicas de segurança foge da racionalidade exigida para que haja uma decisão calcada no direito e desenvolvida de forma racional.

Quando o Judiciário assume esse papel, deixa de lado sua missão contramajoritária de garantir direitos e passa a ser um agente de violação de garantias. É neste ponto

que o livro se destaca: demonstra, de forma clara e irrefutável, como essa postura judicial compromete a própria democracia constitucional. Sua abordagem não apenas diagnostica o problema, mas também oferece caminhos para uma interpretação constitucional mais coerente e fundamentada nos princípios do garantismo penal.

Por fim, é importante ressaltar que o trabalho de Ana Carolina Santana não é apenas uma análise teórica, mas um alerta para todos aqueles que se preocupam com os rumos do sistema penal brasileiro. Este livro é indispensável não apenas para juristas, mas para todos os cidadãos comprometidos com a democracia e os direitos humanos. O texto nos convida a refletir, a questionar e, sobretudo, a agir para que o Judiciário retome seu papel essencial de guardião das garantias fundamentais, em consonância com o paradigma constitucional de 1988.

GUSTAVO DANTAS CARVALHO

*Mestre em Direito pela Universidade Federal de Sergipe.
Defensor Público na Defensoria Pública do Estado de Sergipe,
especialista em oratória e sócio idealizador do curso JusAprovado.*

INTRODUÇÃO

A Constituição Federal Brasileira, promulgada em 1988, inaugura o novo paradigma da Democracia Constitucional. Este trabalho se propõe à análise desse paradigma no âmbito penal e processual penal, mais especificamente na atuação do Poder Judiciário. Isso porque, o problema aqui suscitado diz respeito à (i) legitimidade do julgador brasileiro em combater o crime.

O atual momento constitucional demonstra que a postura de combatente, adotada pelo Poder Judiciário, tem se firmado como legítima, sendo seguida por julgadores de todo o país. Denominamos esse fenômeno de Direito Penal do Combate e, a partir da hipótese de incompatibilidade constitucional dessa atuação, desenvolveremos nossa pesquisa.

Dedicamos um tópico para delimitar o problema que aqui nos propomos a resolver. Cabe ao Poder Judiciário combater o crime? Entendemos que não. A partir dessa premissa, nossa pesquisa analisará o fundamento jurídico adotado por parte do Judiciário Brasileiro para materializar essa postura, que é o pragmatismo jurídico, e o refutaremos utilizando a teoria do garantismo penal, desenvolvida por Luigi Ferrajoli.

Delimitado o problema, o segundo capítulo se propõe a explicar o novo paradigma da democracia constitucional. Demonstrando que, com o fim da segunda guerra mundial, se tornou necessária a limitação da vontade da maioria, como forma de proteção de todas as pessoas. Nesse sentido, a democracia majoritária, na qual o consenso da maioria autoriza todo tipo de abuso foi suplantada pela democracia constitucional que, por sua vez, possui como limite, ao citado consenso, o respeito aos direitos humanos. Ainda nesse capítulo, analisaremos a interpretação das normas a partir desse paradigma e concluiremos que, no âmbito penal, o judiciário brasileiro viola a Constituição Federal na medida em que não possui qualquer metodologia que oriente a produção dos pronunciamentos judiciais penais. De modo que, ao decidir conforme seu “livre convencimento motivado” se divorcia dos argumentos jurídicos e passa a utilizar fundamentos morais, éticos e políticos nas suas decisões.

Entendemos que o Direito Penal do Combate, aqui analisado, se torna possível juridicamente, diante dessa falta metodológica. Nesse sentido, o terceiro capítulo se propõe a demonstrar de que modo as decisões penais deveriam ser produzidas diante do novo paradigma constitucional. Se o ato de punir é democrático, a mesma Constituição que o prevê somente o legitima diante do respeito às “regras do jogo”. A exposição do terceiro capítulo fundamenta-se na metodologia garantista desenvolvida por Luigi Ferrajoli, defendendo o cognitivismo judicial em detrimento do decisionismo. Para tanto, o citado autor, de forma didática, enumera 4 (quatro) poderes judiciais percebidos no momento da tomada de decisão. Esses poderes serão analisados em subseções do capítulo,

importante ressaltar que apenas o último deles, o poder de disposição, exige do julgador uma análise subjetiva, amparada na discricionariedade judicial. Nesse sentido, Luigi Ferrajoli demonstra que quanto maior o poder de disposição, menor a análise cognitiva da demanda, isso porque, os três poderes anteriores limitam o espaço de poder destinado à discricionariedade, sem esses limites, esta última se confunde com arbitrariedade.

Ao nosso sentir, a metodologia analisada no terceiro capítulo demonstra o “dever ser” do exercício do magistrado brasileiro, diante da coerência com o sistema de garantias constitucionalmente previsto. Entretanto, o “ser” indica que estamos muito distantes do cognitivismo proposto pelo novo paradigma, exemplificado pela análise de caso que encerra o referido capítulo.

No quanto capítulo, elencaremos os antecedentes jurídicos que possibilitaram a subversão do paradigma sob a égide constitucional, são eles, o desvirtuamento do princípio da publicidade processual e o esvaziamento do sistema acusatório. Quanto ao primeiro, demonstraremos de que forma a revolução comunicacional atingiu parte do Poder Judiciário, que se tornou comprometido com o consenso da maioria. E a partir disso, se tornou possível o desvirtuamento do sistema acusatório, atualmente considerado como “sistema misto”, no qual há uma nítida confusão entre os papéis do julgador e do acusador. Concluiremos que o sistema brasileiro é (neo) inquisitório, utilizando a denominação de Aury Lopes Júnior.

Delimitados os antecedentes que contribuíram para o nascimento do que aqui denominados de Direito Penal do Combate, no quinto capítulo nos debruçaremos a explicar sua “racionalidade” jurídica. A sua aplicação é realizada através da teoria norte americana do pragmatismo jurídico que, comprometida com o resultado prático alcançado pela decisão, aplica o princípio do interesse público para decidir processos criminais. Nesse sentido, demonstraremos que o interesse público é a base interpretativa do Direito Penal do Combate, ao passo que o pragmatismo jurídico é a teoria decisória utilizada por ele, e exemplificaremos com a análise do voto do Ministro Luís Roberto Barroso, no julgamento do HC 126.292/SP.

Ainda no quinto capítulo, definidas a base interpretativa e a teoria jurídica utilizada na sua aplicação, demonstraremos que o Direito Penal do Combate constrói um novo direito fundamental, qual seja, o direito fundamental à segurança pública. Isso é possível através da ressignificação dos direitos fundamentais, na lógica do Direito Penal do Combate é necessário proteger as pessoas da violência das outras pessoas. Entretanto, essa lógica viola a filosofia iluminista que atribui à liberdade individual do cidadão posição central no desenvolvimento do Estado.

Nesse ponto, comprovaremos que essa ressignificação subverte o paradigma constitucional e, é a partir dela, que parte do Poder Judiciário materializa sua imaginária função de combater o crime.

No sexto capítulo demonstraremos que essa postura combatente não se traduz numa inovação jurídica, apresentando os seus antecedentes, a exemplo do Direito Penal do Inimigo e da Doutrina Penal Nazista. Não será propósito desse capítulo aprofundar nesses dois temas, mas apenas elencar as semelhanças jurídicas que ambos possuem com o atual Direito Penal do Combate, comprovaremos, assim, que nada é por completo novo. Isso porque, a interpretação judicial, no plano penal, ao ser empreendida no sentido de garantir e expressar a vontade punitiva do estado, é característica do fascismo que, acrescentamos, diferentemente do nazismo, não suprimiu o princípio da legalidade. Por sua vez, o nazismo compreendia que a lei serve apenas para orientar o julgador, de modo que, havendo contradição entre a aplicação da lei e o sentimento de justiça incorporado na comunidade do povo, este último deveria prevalecer. Concluiremos que, na atual realidade jurídica brasileira, o direito fundamental à segurança pública tem prevalecido em detrimento do sistema de garantias penais constitucionais.

Por fim, concluiremos esse trabalho comprovando a subversão do paradigma constitucional, sendo imprescindível a retomada, pelo Poder Judiciário, de sua função contramajoritária, de proteção e efetivação dos direitos fundamentais.

Não se pretende com essa pesquisa esgotar um tema tão complexo quanto o da interpretação judicial, no plano penal. Mas esperamos que ao final deste trabalho seja possível refletir acerca dos efeitos da utilização da pragmática na tomada de decisão, no campo penal. Esperamos que essa pesquisa seja um alerta, diante da a-historicidade que nos cerca. Isso porque, apesar da Constituição Federal, e seu sistema de garantias penais, não há no Brasil o respeito aos direitos fundamentais dos cidadãos e das cidadãs durante a persecução penal, diante da resignificação dos dispositivos constitucionais, feita por parte do Poder Judiciário, que atualmente se apresenta como garantidor da efetivação do Poder Punitivo Estatal. E, por isso, se faz tão urgente o debate acerca dessa postura, nas palavras de Martin Luther King, “não quero saber de suas leis, quero saber dos seus intérpretes”.

1

DELIMITANDO O PROBLEMA: É FUNÇÃO DO PODER JUDICIÁRIO COMBATER O CRIME?

O aumento das denominadas “Varas Especializadas de Combate (...)”, no âmbito da estrutura organizacional do Poder Judiciário Brasileiro, despertou o questionamento acerca das atribuições deste último. No Estado Democrático de Direito, cabe ao Poder Judiciário a função de combater o crime?

Através da premissa de que a Constituição Federal de 1988 inaugurou um novo paradigma no ordenamento jurídico brasileiro, denominado de paradigma da democracia constitucional, analisaremos a (in) compatibilidade da crescente postura de combatente, adotada pelos julgadores criminais brasileiros, com a Constituição Federal de 1988.

O referido paradigma será analisado nos termos propostos por Luigi Ferrajoli, no sentido de rechaçar a ideia de que o consenso da maioria é idôneo a legitimar abusos, bem como de J.J. Gomes Canotilho, quanto à necessária adoção de uma democracia de qualidades, representada através dos direitos fundamentais e da separação dos poderes.

Cabe lembrar aqui que, apesar da Constituição Federal ter sido promulgada em 1988, muitas leis infraconstitucionais são anteriores a ela, mais especificamente o Código Penal e o Código de Processo Penal. Nesse sentido, analisaremos que caberia, ao julgador pátrio, realizar o exercício interpretativo de recepção ou não recepção constitucional dos dispositivos destes códigos, o que foi feito com muita timidez.

O sistema de garantias penais previsto na Constituição Federal não foi capaz de desfazer a cultura inquisitorial tão presente no imaginário jurídico e popular brasileiro. A doutrina, em sua maioria, acompanhada pela jurisprudência, preferiu desenvolver o que denominou de “sistema misto”,

comprovando que o sistema inquisitório, em alguma medida, deveria continuar sendo aceito. E assim foi feito ao longo dos anos.

A revolução comunicacional, possibilitou a propagação, com inegável rapidez, das notícias acerca de fatos delitivos. Essa propaganda midiática, falsamente amparada no princípio da publicidade processual, promoveu o imediatismo na solução das demandas criminais, fato este que contribui, por exemplo, para a atual confusão entre os institutos da prisão preventiva e da prisão definitiva decorrente de sentença condenatória transitada em julgado.

Cada vez mais, o Poder Judiciário defende essa postura de combatente. Pensar dessa maneira nos leva à inevitável questão acerca da falência do julgador quando decide pela absolvição de algum acusado em processo criminal. Se sua função é combater o crime, como defendem, o processo encerrado com sentença absolutória equivaleria a um atestado de ineficiência do juízo nessa função.

A partir daí já podemos perceber o quanto o termo “combate” é equivocado ao ser atribuído ao Poder Judiciário, o tornando parcial e autoritário. Cabe ao Judiciário, enquanto poder contramajoritário, garantir e efetivar os preceitos constitucionais, ainda que isso contrarie a vontade da maioria.

Mais especificamente na seara penal, cabe ao Poder Judiciário observar o devido processo legal, com todas as suas regras constitucionais, respeitar o sistema acusatório, se manter constantemente equidistante das partes, ou seja, do Ministério Público e da Defesa Técnica. É preciso compreender que a função precípua do julgador, no processo penal, é prezar pela manutenção das “regras do jogo” para evitar abusos e arbitrariedades e não agir em acordo com o Poder Punitivo Estatal, anuindo que os excessos sejam tolerados, em nome da falsa “cruzada” pelo fim da impunidade.

Ao incorporar a função de combatente do crime e da criminalidade, o Poder Judiciário despe-se do seu caráter contramajoritário e veste-se de órgão de segurança pública, comprometido com as demandas mais populares. Essa seria uma forma de ganhar legitimidade perante uma população que, mais do que nunca, possui meios de questionar o que não lhe pareça razoável.

Analisaremos que esse controle informal da população, através da revolução comunicacional empreendida pela internet, aliada aos smartphones, tem atingido diretamente o ânimo do julgador, que se afasta cada vez mais dos preceitos constitucionais ou os interpreta de modo que agrada a maioria da população, sempre amparado na ideia de que é necessário combater o crime e reestabelecer a paz social.

Mas, se ao Poder Judiciário cabe as mesmas funções das polícias e do Ministério Público, a quem caberia o controle do Poder Punitivo Estatal e os eventuais abusos e arbitrariedades? Diante desse questionamento e dos excessos cometidos pelo Poder Judiciário Brasileiro, em matéria penal, se mostra necessário o desenvolvimento de mecanismos de contenção desse novo Poder Judiciário que se apresenta na atual quadra histórica. Pois se cabe a ele conter os

excessos dos demais Poderes, a quem caberia contê-lo quando ele próprio excede em seu Poder?

Vivenciamos a edição de legislações que procuram, em alguma medida, procedimentalizar essa contenção, dois exemplos recentes são a nova Lei de Abuso de Autoridade e a introdução no ordenamento jurídico brasileiro do instituto “juiz de garantias”. Não é pretensão desse trabalho analisar minuciosamente essas legislações, mas sentimos que essas medidas seriam desnecessárias se o julgador brasileiro observasse seu papel contramajoritário. Se saísse da linha de frente no combate ao crime e deixasse esse papel às polícias, se abandonasse o vínculo direto e até mesmo identitário com o Ministério Público, o Poder Judiciário não precisaria de mecanismos tão contundentes de contenção.

Uma pergunta que deve ser feita é “como chegamos a esse ponto?” Entretanto, não existe uma resposta pronta, exata, são diversos influenciadores, como veremos nessa pesquisa. Dentre eles o total desvirtuamento do princípio da publicidade processual, atribuído, em parte, à revolução comunicacional; a resistência dos julgadores em interpretar a lei penal e processual penal conforme a Constituição Federal de 1988 e, sem dúvida, o nosso sistema educacional.

Ressaltamos que não é propósito deste trabalho falar sobre educação, mas não há como debater nenhum dos problemas do país sem que esse tema entre em destaque. Compreendemos que a razoabilidade que a população espera na resolução de questões criminais provém da cultura autoritária, de uma educação não libertária e muito menos crítica. Sem dúvida, podemos afirmar que o artigo 5º da Constituição Federal é uma norma muito à frente do nível educacional do povo brasileiro. E entre o povo brasileiro estão inseridos os magistrados e as magistradas, pessoas que passaram em concurso público de prova e títulos, no qual a exigência principal é a memorização das leis e entendimentos jurisprudenciais.

E, dessa forma, o espírito democrático e humanista, pulsante na nossa Constituição, não encontra terreno fértil para se desenvolver diante das circunstâncias citadas. Nessa medida, o senso comum ganha espaço na magistratura para que os julgadores, alguns deles tidos inclusive como heróis nacionais, se arvorem na função (policialesca) de combater o crime.

Esse senso comum que contamina o magistrado e a magistrada possui como principal característica o pensamento raso, para não dizer vazio, acrítico, carente de qualquer aprofundamento científico. É o pensamento de que o sistema de garantias penais fundamentais e os direitos humanos representam mecanismos de proteção de criminosos.

Esse pensamento é desprovido de compreensão histórica, raciocínio crítico e, principalmente, espírito democrático.

Como já exposto aqui, o paradigma da democracia constitucional atribui, ao Poder Judiciário, a função de proteção e efetivação dos direitos fundamentais,

contra as decisões da maioria, o apresentando assim, no Estado Democrático de Direito, como poder contramajoritário, tudo isso como forma de suprir a inevitável falta da compreensão histórica, do raciocínio crítico e do espírito democrático de muitas pessoas que alcançam a magistratura.

Entretanto, demonstraremos nessa pesquisa que, apesar da adoção do novo paradigma como forma de conter os abusos e de efetivar os direitos fundamentais, atualmente vivenciamos um processo de subversão desse constitucionalismo. Tudo isso para que a Constituição Federal se encaixe na perspectiva combatente e seja legítimo ao Poder Judiciário atuar em comunhão de interesses com as polícias e o Ministério Público para alcançar a inalcançável paz social.

Resumidamente, na seara penal, para além de julgar as demandas criminais, cabe, ao juiz, observar o devido processo legal, com todas as garantias constitucionais inerentes a ele, garantir os direitos fundamentais dos acusados em face do Poder Punitivo Estatal e, só então, decidir, após a análise probatória, utilizando argumentos jurídicos que possibilitem, à defesa, o concreto exercício de refutação.

Todavia, o que ocorre, atualmente, na jurisdição criminal é o oposto do que prevê o novo paradigma introduzido em 1988.

Acometido pela patológica necessidade de angariar simpatia popular, em meio a uma verdadeira crise das políticas de segurança pública, os julgadores criminais têm realizado atribuições dos órgãos policiais, subvertendo por completo o paradigma constitucional. Para tanto, o sistema acusatório é desvirtuado, empregando-se o “sistema misto” de forma predominantemente inquisitória, no qual o juiz arrisca, sem medo, sua imparcialidade para encontrar a “verdade real”. Verdade essa que se traduz no sentimento punitivista de uma população que clama pela efetividade no combate ao crime.

Nesse sentido, demonstremos que os apoiadores da função de combate ao crime, pelo Poder Judiciário, defendem que as decisões judiciais que flexibilizam direitos fundamentais são legítimas e constitucionais. Primeiro porque estão devidamente motivadas (independentemente da validade jurídica dos argumentos) e, além disso, porque o julgador deve ter consciência do atual momento, para que sua decisão tenha resultado prático capaz de mudar a realidade.

Nesse sentido, a hipótese levantada nesse trabalho, ou seja, a de que a função de combate ao crime, pelo Poder Judiciário, é incompatível com o novo paradigma inaugurado pela Constituição de 1988, encontra sua refutação nessa postura pragmática adotada pelos julgadores brasileiros.

Referida postura é explicada através da teoria norte americana do pragmatismo jurídico, que possui como um dos seus defensores Richard Posner. Veremos que, da forma como foi importada pelo Brasil e aqui incorporada por nossos julgadores, essa teoria autoriza a subversão do paradigma constitucional

pelo Poder Judiciário, amparada no argumento do resultado prático. Isso quer dizer que, com a crescente criminalidade e com a comprovada ineficiência do Poder Executivo em solucionar a questão, é legítimo que o judiciário atue com o compromisso de possibilitar um ambiente de paz e harmonia social, combatendo o crime.

A partir daí o princípio do interesse público é utilizado para justificar violações a direitos fundamentais individuais. Num exercício de ponderação de princípios, também importado e incorporado equivocadamente¹ ao nosso ordenamento, a construção de um direito fundamental à segurança pública se sobrepeõe ao direito individual de liberdade, este último no sentido do respeito às garantias penais e ao devido processo legal que deve anteceder qualquer punição.

Desse modo, nosso trabalho denomina essa postura pragmática de ponderação, na seara penal, entre direitos fundamentais coletivos e direitos fundamentais individuais, de Direito Penal do Combate. E, a partir dessa delimitação, analisaremos a atual subversão do paradigma constitucional, na medida em que o Poder Judiciário se auto atribui a função de combater o crime.

Importante ressaltar que não nos aprofundaremos na análise sócio econômica do problema aqui exposto. Temos consciência de que o ultraliberalismo, aliado aos avanços conservadores na política, transformam direitos fundamentais em mercadorias, de modo que sejam observados segundo a lógica dos interesses do mercado.

De igual forma não nos aprofundaremos na perspectiva criminológica. Nosso trabalho tem a simples pretensão de afirmar o óbvio que, na atual quadra história, parece tão urgente que seja explicado e defendido.

Nesse sentido, nossa pesquisa se restringe a analisar os mecanismos jurídicos que atualmente concretizam a função de combate ao crime, pelo Poder Judiciário, e a demonstrar que o seu fundamento é incompatível com a Constituição Federal de 1988.

O que se pretende é desconstruir a ideia de um Poder Judiciário comprometido com o combate ao crime ou com o fim do que alguns denominam de “paradigma da impunidade”² e, conseqüentemente, comprovar que a retomada do compromisso com a defesa dos direitos fundamentais, pelo Judiciário Brasileiro, é uma urgente exigência democrática.

¹ A Crítica Hermenêutica do Direito, desenvolvida por Lenio Streck, demonstra que a importação da teoria da ponderação de princípios, de Robert Alexy, foi incorporada de forma equivocada ao nosso ordenamento jurídico. O tema pode ser melhor compreendido através da leitura a obra “Verdade e Consenso”, do citado autor.

² Esse termo foi utilizado pelo Ministro Luís Roberto Barroso no julgamento do HC 126.292/SP para justificar a ressignificação do termo “trânsito em julgado” e possibilitar a execução da sentença penal condenatória após o julgamento em segunda instância.

2

O NOVO PARADIGMA DA DEMOCRACIA CONSTITUCIONAL

Analisaremos, nesse tópico, o novo paradigma inaugurado pela Constituição Federal de 1988, no qual não há mais espaços para o consenso da maioria de forma independente, vinculando toda decisão, seja na esfera executiva, legislativa ou judiciária, aos direitos fundamentais.

2.1. A Democracia Constitucional e a Constituição Federal de 1988

A modernidade, ou pós modernidade para alguns, como hoje é concebida, iniciou-se através de um processo lento e gradual, ainda que revolucionário, de transição de um mundo governado pelos ensinamentos da igreja para um mundo governado pela razão.

Os filósofos do iluminismo, no século XVIII, alertavam acerca da necessidade de substituição da arbitrariedade religiosa pelo conhecimento das leis da natureza (TOURAINÉ, 2012).

Diversas variantes concorreram para a racionalização do pensamento jurídico moderno. Entretanto, apesar dos esforços empreendidos ao longo da história para a humanização das relações intersubjetivas, bem como do controle social diante do desvio, assistimos, de tempos em tempos, a desconstituição jurídica da condição humana, em maior ou em menor medida.

A maior medida dessa desconstituição ocorreu, recentemente, na segunda guerra mundial através da experiência do nazismo alemão. Os atos cometidos naquela época possuíam legitimidade jurídica, ainda que através de uma

dogmática penal desumana. De modo que, ao fim da guerra, o maior desafio dos juristas era compreender os acontecimentos da época e reelaborar uma teoria do direito que não possibilitasse a repetição daqueles eventos.

O caminho encontrado foi a positivação dos Direitos Humanos, impondo a todo direito sua reestruturação através do marco normativo jus naturalista. Nesse sentido, era imperiosa “a construção doutrinária de um direito humano em sentido estrito e, por conseguinte, em nossa matéria, a de um direito penal humano” (ZAFFARONI, 2019, p. 23).

Para Bobbio (2004), o problema do fundamento dos direitos humanos foi resolvido com a aprovação pela Assembleia Geral das Nações Unidas, da Declaração Universal dos Direitos do Homem. Essa Declaração “representa a consciência histórica que a humanidade tem dos próprios valores fundamentais na segunda metade do século XX. É uma síntese do passado e uma inspiração para o futuro (...)”. (BOBBIO, 2004, p. 33)

Desse modo, o quinquênio de 1945 – 1949, período posterior à derrota do nazismo e do fascismo, foi crucial para o nascimento do novo paradigma da democracia (FERRAJOLI, 2010).

As circunstâncias culturais e políticas nas quais nasce o constitucionalismo atual, na concepção de Ferrajoli (2010), demonstram que o consenso das massas sobre o qual estavam fundadas as ditaduras instauradas na segunda guerra mundial, ainda que seja majoritária, não pode ser a única fonte de legitimação do poder.

Dessa forma, apesar da ideia de Estado Democrático parecer racional e, conseqüentemente, moderna, na medida em que afasta o Estado Absoluto, primando pela razão, é preciso compreender que a democracia também pode legitimar um estado autoritário. Para isso, precisamos tecer algumas observações acerca das concepções de democracia, a majoritária e a constitucional.

A democracia majoritária parte do pressuposto de que o consenso da maioria legitima qualquer desvio, ou até mesmo abuso, consiste, assim, na onipotência da maioria, a bem da soberania popular (FERRAJOLI, 2010).

Essa concepção de democracia se apresenta como violadora do sistema de limites, de pesos e contrapesos, que, segundo Ferrajoli (2010), formam a substância daquilo que constitui o que chamamos de democracia constitucional. A ideologia da maioria constitui uma ideia antiga na história do pensamento político, ou seja, é a ideia de governo dos homens contraposta a de governo das leis criada por Platão e Aristóteles (FERRAJOLI, 2010).

No Ordenamento Jurídico Brasileiro, essa concepção de democracia como onipotência da maioria é abertamente inconstitucional. Isso porque, a Constituição Federal de 1988 prevê um sistema de limites e de vínculos a todo poder. Pensamento diverso a transforma em instrumento legitimador da concepção absolutista.

Segundo Ferrajoli (2010), a essência do constitucionalismo e do garantismo, ou seja, daquilo que chamamos de democracia constitucional, reside precisamente no conjunto de limites impostos pelas constituições a todo poder, que postula em consequência uma concepção da democracia como sistema frágil e complexo de separação e equilíbrio entre poderes, de limites de forma e substância a seu exercício, de garantias dos direitos fundamentais, de técnicas de controle e de reparação de suas violações.

J.J. Gomes Canotilho, ao analisar o poder constituinte na revolução francesa e no ordenamento político norte americano, conclui que “a primeira função de uma ordem político constitucional foi e continua sendo realizada através de um sistema de limites impostos àqueles que exercem o poder político” (CANOTILHO, 2003, p. 71).

Ainda segundo o citado autor, “o sistema jurídico interno não pode estar *out* da comunidade internacional” (CANOTILHO, 2003, p. 81). Isso significa que as constituições devem estar vinculadas aos princípios de direito internacional, quais sejam, o da independência, autodeterminação e observância de direitos humanos.

O caráter rígido de uma Constituição, ou a garantia de sua rigidez que, conseqüentemente, traduz a sujeição de todos os poderes ao direito, é o fator determinante para a mudança do paradigma constitucional, no qual a constituição se torna garantidora da divisão de poderes e dos direitos fundamentais (FERRAJOLI, 2010).

Quanto a esse aspecto de rigidez, Ferrajoli (2010) afirma que a referida sujeição de todos os poderes ao direito inclui o Poder Legislativo, tanto no plano interno como também no internacional. Isso porque, segundo o citado autor, a mudança do paradigma sujeita o legislador ao imperativo da paz e aos princípios de justiça positiva, além dos direitos fundamentais, que são estabelecidos tanto nas Constituições dos Estados quanto no embrião da Constituição Mundial, este último constituído pela Carta da Nações Unidas e a Declaração Universal dos Direitos Humanos.

Dessa forma, verificamos que a posição alcançada pela Constituição procura justificar um Estado submetido ao Direito. De modo que, esse Estado regido por leis e pela delimitação precisa dos poderes se estrutura no “estado de qualidades”, qualidades que o transformam em um Estado Constitucional (CANOTILHO, 2003).

Para que um estado constitucional seja identificado com as qualidades do constitucionalismo moderno, segundo Canotilho (2003), deve ser um Estado de Direito Democrático. Desse modo, essas são as duas qualidades informadas pelo citado autor, ou seja, “o Estado Constitucional Democrático de Direito procura estabelecer uma conexão interna entre Democracia e Estado de Direito” (CANOTILHO, 2003, p. 93).

O constitucionalismo não deve ser visto tão somente como uma conquista e um legado do passado, ainda que a conquista mais importante. Ele deve ser visto como um programa para o futuro, no sentido de que os direitos fundamentais incorporados pelas constituições devem ser garantidos e satisfeitos concretamente. Dessa forma, o garantismo se constitui na outra cara do constitucionalismo e se dirige a estabelecer as técnicas de garantias idôneas a assegurar o máximo grau de efetividade dos direitos constitucionalmente reconhecidos (FERRAJOLI, 2010).

Observamos, assim, que o paradigma da democracia constitucional concebe a constituição como uma convenção democrática, na qual contém o que não pode ser decidido pelos poderes públicos e, de igual forma, o que não pode deixar de ser decidido por aqueles poderes.

No Brasil, a Constituição Federal promulgada em 1988 constitui o Estado Brasileiro como Estado Democrático de Direito³, na perspectiva de estado de qualidades defendida por J.J. Gomes Canotilho. Some-se a este fato, a elevação a nível de cláusulas pétreas dos direitos e garantias individuais⁴.

Desta feita, compreendemos que o Constituinte Brasileiro adotou o paradigma da democracia constitucional, inaugurado pós segunda guerra mundial, limitando a alteração legislativa do núcleo relacionado aos direitos e garantias fundamentais do cidadão.

Entretanto, entendemos que a alteração do referido núcleo não ocorre tão somente mediante a atividade legislativa. Isso porque, a atividade judicial, quando não comprometida com o espírito democrático da nossa Constituição, pode restringir e até mesmo excluir direitos e garantias fundamentais através do exercício interpretativo.

Demonstraremos que, não raras vezes, o exercício interpretativo judicial, na seara penal, viola direitos e garantias fundamentais, contrariando o paradigma adotado pelo legislador constituinte. Agindo dessa forma, o Judiciário Brasileiro tem se pautado diante do consenso da maioria para suprimir direitos individuais dos acusados em processo penal. Denominado por Zaffaroni (2019) de “populismo punitivo”, a jurisprudência violadora do paradigma constitucional cria terreno fértil para o desenvolvimento de uma dogmática penal desumana, que detalharemos em capítulo próprio.

Considerando que o objetivo do Estado Democrático de Direito é limitar os espaços de arbítrio e opressão, e verificando o caminho que segue a jurisprudência brasileira em matéria penal, Rubens R.R. Casara (2017) defende a superação do paradigma aqui explicado e, conseqüentemente, a introdução de um novo momento “constitucional”, denominado por ele de Estado Pós Democrático.

³ Artigo 1º da Constituição Federal de 1988.

⁴ Artigo 60, §4º, inciso IV da Constituição Federal de 1988.

Na sua concepção, a pós democracia é constituída por um “Estado sem limites rígidos ao exercício do poder, isso em um momento em que o poder econômico e o poder políticos se aproximam, e quase voltam a se identificar, sem pudor” (CASARA, 2017, p. 23). Nesse sentido, a democracia permanece, entretanto não há qualquer vinculação ao seu conteúdo substancial, principalmente no que diz respeito aos direitos e garantias fundamentais.

Concordamos com o citado autor quanto à violação, pelo Estado Brasileiro, do conteúdo substancial da nossa democracia. Entretanto, ousamos discordar quanto ao estado permanente dessa violação ao ponto de caracterizar um novo paradigma, qual seja, o pós-democrático.

Acreditamos que a retomada da democracia constitucional inicia com a reestruturação das competências constitucionais, principalmente quanto à competência do Poder Judiciário. Essa reestruturação não perpassa por alteração normativa, mas sim interpretativa. O julgador deve retomar sua função de contenção do poder punitivo estatal, ainda que para isso haja vinculação da sua atuação a metodologias constitucionalistas de tomada de decisão. Em termos mais simples, diríamos que é necessário conter o poder jurídico que até então deveria ser de contenção, para que possa desempenhar esta função.

Compreendemos que o tema é demasiado rico, isso porque a alteração do pensamento, e porque não dizer da cultura, autoritária dos julgadores brasileiros começa com a mudança no processo de seleção para o ingresso na magistratura. Situação que não analisaremos neste trabalho. Dessa forma, nos restringiremos a defender a limitação da atuação judicial, em termos interpretativos, na aplicação das leis em matéria penal.

2.2. Interpretação normativa a partir do paradigma da democracia constitucional

Diante do paradigma da democracia constitucional, adotado pela Constituição Federal de 1988, podemos afirmar que a supremacia da Constituição impossibilita a supressão de direitos fundamentais, pela democracia política, ainda que esteja sustentada na unanimidade do consenso.

Entretanto, conforme já citado aqui, essa supressão pode ocorrer não somente pela via legislativa, através da alteração direta da norma, mas também pela via judicial, quando a interpretação reduz o alcance do direito fundamental enunciado na Constituição.

O legislador é o primeiro intérprete e concretizador da Constituição. Desse modo, se suas deliberações forem condizentes com o sistema constitucional, deverão ser acolhidas e prestigiadas, não poderão ser substituídas por outras que, eventualmente, os poderes executivo e judiciário acreditem ser preferíveis (MENDES, 2013).

Acrescentamos que, quanto às deliberações do legislador constituinte não cabe nem mesmo a análise acerca da coerência com o sistema constitucional, uma vez que é naquele momento da Assembleia Constituinte que este sistema está sendo incorporado ao Estado, no caso da nossa Constituição Federal promulgada em 1988.

Devido a esta constatação, não é possível, no nosso ordenamento jurídico, que o controle de constitucionalidade seja realizado em normas constitucionais originárias⁵.

“A interpretação constitucional é concretização” (HESSE, 1992, p. 40). Nesse sentido, a doutrina constitucionalista desenvolveu métodos de interpretação da Constituição⁶. Para este trabalho, é importante ressaltar apenas alguns deles, mais precisamente aqueles utilizados na interpretação de preceitos constitucionais que normatizam garantias penais.

É necessário adiantar neste ponto da análise, que uma das dificuldades quanto ao exercício de interpretação que respeite a Constituição Federal, observando e aplicando os direitos e garantias penais, diz respeito ao pensamento pragmático. Abordaremos melhor esta questão em tópico próprio, para este momento é importante analisar em que medida o mundo do “ser” é levado em consideração para a aplicação do “dever ser”.

Segundo Eros Roberto Grau (2003), em trabalho que aborda a interpretação constitucional em sua totalidade e não somente quanto a matérias penais, a norma produzida pelo julgador, ou seja, o intérprete, deve ser produto não apenas de elementos colhidos do texto constitucional, nas exatas palavras do autor do “mundo do dever ser”. Essa norma, produzida através da interpretação, deve considerar elementos do caso no qual ela será aplicada, dados da realidade, do “mundo do ser”.

A análise do citado autor se aproxima do método de interpretação constitucional denominado de hermenêutico-concretizador, diante da importância do caso concreto para a aplicação da norma. Da mesma forma é o que prescreve o método tópico, o que os diferencia é que no método hermenêutico-concretizar o primado é o texto constitucional, enquanto que no

⁵ Ver ADI 4097/DF que pretendia a declaração de inconstitucionalidade da parte final do §4º, art. 14 da Constituição Federal.

⁶ Os métodos de interpretação constitucional mais conhecidos são: o clássico, que preconiza que a Constituição seja interpretada com os mesmos recursos interpretativos das demais leis; o método da tópica, que toma a Constituição como um conjunto aberto de regras e princípios dos quais o aplicador deve escolher aquele que seja mais adequado para a promoção de uma solução justa para o caso concreto que analisa; o método científico-espiritual, que enxerga a Constituição como um sistema cultural e de valores de um povo, cabendo à interpretação aproximar-se desses valores; o hermenêutico-concretizador e o jurídico-estruturante, que serão melhor analisado no desenvolvimento do trabalho (MENDES, Gilmar Ferreira. **Curso de Direito Constitucional**. 8ª ed. São Paulo. Saraiva, 2013).

tópico, o problema apresentado realidade fática é que orienta a aplicação da norma (MENDES, 2013).

O exercício interpretativo é iniciado através de um problema que, para resolvê-lo, o intérprete deve estar vinculado ao texto constitucional. Dessa forma é preciso, inicialmente, obter o sentido da norma, ou seja, a pré-compreensão do significado do enunciado. Para tanto, o intérprete deve conhecer as circunstâncias históricas sem perder de vista o problema prático que se pretende solucionar.

Adiantamos neste momento, apenas a título de ilustração, a aplicação da norma que consagra a publicidade processual, no âmbito do processo penal, que será analisada mais detidamente em tópico próprio.

A norma constitucional⁷ é expressa no sentido de que a regra é a publicidade processual e, somente em casos excepcionais, também regulamentados, será admitido o sigilo nos atos do processo.

Em regra, o julgador brasileiro, ao aplicar o referido preceito constitucional, não possui a pré-compreensão da norma, não conhece o sentido histórico que a elevou ao nível de direito fundamental do cidadão. E esse desconhecimento, como é de se esperar, produz norma inconstitucional e antidemocrática, materializada na decisão judicial.

A publicidade é conquista da reincorporação do sistema acusatório ao processo penal, após os longos anos de processo inquisitório onde os acusados não tinham conhecimento nem das acusações que lhes eram imputadas, onde a figura do juiz e do acusador se uniam em uma só pessoa e a sociedade não possuía qualquer controle acerca da condenação.

Nesse sentido, a interpretação que deve ser aplicada quanto à norma da publicidade deve ser no sentido de proteger o cidadão acusado de possíveis arbítrios e não de promover sua exposição em telejornais e redes sociais, como tem sido feito com uma visível parceria entre os agentes estatais e os meios de comunicação⁸.

A partir dessa ilustração podemos perceber o quanto o “mundo do ser” pode desvirtuar a aplicação do “mundo do dever ser” através de um exercício interpretativo que não considera o espírito constitucional e que se utiliza do pragmatismo jurídico para justificar a atecnia e o desconhecimento do sentido da norma.

⁷ Art. 5º, inciso LX, da Constituição Federal de 1988.

⁸ Sobre o tema, ver artigo científico de nossa autoria denominado “Espetáculo Midiático do Processo penal: análise acerca da colisão entre o direito à informação e o direito a um justo julgamento”, no qual analisamos a interferência negativa da publicidade midiática nos julgamentos criminais. Disponível em: <http://conpedi.danielolr.info/publicacoes/34q12098/0k39q9e5/njjPu91f45TfFFVg.pdf>

A proposta, desse trabalho, é demonstrar que o Poder Judiciário Brasileiro promove desse desvirtuamento, se utilizando de uma equivocada aplicação do método de interpretação concretizador da Constituição. Equivocada porque não aplica a norma considerando o seu sentido histórico jurídico.

Apenas a título de ilustração, uma vez que o tema será desenvolvido em seção própria, o Supremo Tribunal Federal tem utilizado o princípio do interesse público, numa perspectiva de direito fundamental à segurança pública, para flexibilizar garantias penais, a exemplo da presunção de inocência. Demonstra, assim, desconhecimento acerca do ideário iluminista que possibilitou a conquista dos direitos fundamentais de primeira geração.

A citada “relação entre o texto e o contexto com a mediação criadora do intérprete transforma a interpretação em movimento de ir e vir (círculo hermenêutico)” (CANOTILHO, 2003, p. 214). E, é para o desempenho dessa tarefa que Hesse (1992) invoca o auxílio dos princípios da interpretação constitucional (unidade da Constituição, concordância prática, correção funcional, eficácia integradora e força normativa da Constituição).

Entretanto, demonstraremos que para esse círculo ter sentido constitucional, o movimento de ir e vir deve ter por objetivo efetivar direitos e garantias penais. Não se pode falar em concretização de direitos sem conhecer o sentido da norma, e este não é dado pelo intérprete na aplicação ao caso concreto, mas sim, aquele preconcebido no momento de sua criação. Há, como vimos, um contexto histórico no qual a norma surge que elenca a sua intenção, o seu verdadeiro sentido.

A nossa preocupação acerca da aplicação do método interpretativo aqui analisado é também suscitada por Böckenforde (1993) quando aponta como dificuldade essencial do método concretizador o não fornecimento do critério vinculante para a extração do sentido da norma. Apesar do referido método pretender que o texto constitucional seja o limite da interpretação, não há nenhuma metodologia a ser aplicada no sentido de restringir o alcance desta última.

Importante a lição do autor:

“O problema da interpretação constitucional deriva por inteiro da multiplicidade e da indeterminabilidade, da concisão lapidar e da fragmentação da literalidade das normas constitucionais. Obter daí um texto de norma claro e com conteúdo certo é função mesma – função preferencial – da interpretação. Mas, como pode a interpretação estar vinculada ao que ela mesma deve produzir antes de mais nada? Na medida em que a norma é indeterminada, e somente com a interpretação se obtém um conteúdo (...) não ela pode ser ao mesmo tempo elemento de vinculação da interpretação” (BÖCKENFORDE, 1993, p. 13-43).

Klaus Stern (1987), desenvolvendo o método concretizador, acrescenta que a norma não deve ser confundida com o seu texto, que o autor denomina de programa normativo, mas possui na sua estrutura trechos da realidade social em que incide, que representaria, para o autor, o domínio normativo e seria o elemento indispensável para extrair o significado da norma. Nesse sentido, podemos concluir que Stern defende que o intérprete não poderia realizar sua tarefa hermenêutica sem fazer uso da realidade social.

Mais uma vez, cabe aqui a análise quanto à abstração do julgador para proceder a esse exercício interpretativo na seara penal. E, no mesmo sentido, Böckenforde (1993) critica o método, argumentando que ele não oferece nenhum critério preciso para orientar a correlação citada por Stern, no que diz respeito ao programa normativo e ao domínio da norma. Nesse sentido, o método concretizador deixa a “atividade hermenêutica sem calço seguro e sem produzir um parâmetro de controle racional da atividade” (BÖCKENFORDE, 1993 p. 34).

Ainda segundo Stern (1987), o método hermenêutico concretizador auxilia na interpretação da constituição uma vez que enuncia balizas a serem observadas na interpretação das normas constitucionais, com o objetivo de conferir maior racionalidade à tarefa, e reduzir os espaços para pragmatismos exacerbados, já muito criticados.

“Os métodos de interpretação não de ser combinados. Nenhum método deve ser absolutizado. É correto o resultado que, pela utilização sucessiva de todos os métodos de interpretação, transmite o sentido da lei” (STERN, 1987, p. 284)

Voltando à problemática deste trabalho, compreendemos que há uma nítida confusão entre a função do Poder Judiciário de concretização dos direitos fundamentais e a aplicação do método concretizador de interpretação da constituição. Isso porque, apesar do referido método orientar a hermenêutica constitucional não enuncia especificação quanto à seara penal. O debate, no âmbito de direitos e garantias penais, quando aplicado o método aqui analisado, toma rumo incerto pois utiliza o princípio do interesse público para promover a efetividade do processo penal, que é traduzida na agilidade do Estado em punir.

A utilização do princípio do interesse público na interpretação pragmática justifica os avanços no desvirtuamento dos direitos e garantias fundamentais de natureza penal. Porém, esquece-se que, em matéria penal, a maior conquista civilizatória foi o reconhecimento dos direitos fundamentais relacionados à liberdade, também denominados de primeira geração.

O Poder Judiciário, a quem cabe a função de interpretação e aplicação das normas, deve se apresentar como ator político destinado a exercer a função de guardião da Democracia e também dos direitos (CASARA, 2017).

Entretanto, não raras vezes, o Poder Judiciário recorre ao método concretizador de interpretação da constituição de forma desvirtuada, pois se utiliza de uma concepção pragmática para empregar expedientes técnicos com o

fim de descontextualizar conflitos e sonegar direitos. Para tanto, recorre “ao patrimônio festejado nos períodos autoritários da história do Brasil para manutenção da ordem” (CASARA, 2017, p. 127).

Nas lições de Hans-Georg Gadamer, “compreender é aplicar”. Desse modo, “se o intérprete é incapaz de compreender o sentido democrático de um texto, a norma que ele irá produzir terá conteúdo antidemocrático” (CASARA, 2017, p. 74)

Concluimos então que, apesar do desenvolvimento de métodos de interpretação constitucional, não é possível aplicar a norma constitucional sem conhecer seu sentido histórico democrático e, ainda que se conheça, não há nenhum instrumento do ordenamento jurídico que vincule o julgador a essa aplicação. Dessa forma, defenderemos, no próximo capítulo, a utilização da metodologia desenvolvida por Luigi Ferrajoli como mecanismo de limitação e controle do subjetivismo judicial na aplicação da norma penal.

3

A PRODUÇÃO DOS PRONUNCIAMENTOS JUDICIAIS PENAIS

Analisamos no capítulo anterior a problemática acerca da interpretação diante do paradigma da democracia constitucional. Segundo este paradigma, o Poder Judiciário, no Estado Democrático de Direito, através da separação de poderes, possui o compromisso de efetivar direitos e garantias fundamentais, ainda que contrariando o consenso da maioria.

Desse modo, verificamos que não se instrumentaliza a democracia constitucional apenas através da vedação, dirigida ao legislador, de não reduzir/suprimir direitos fundamentais, mas é necessária uma vedação ao Poder Judiciário para que não proceda a tal redução/supressão através de interpretações em desconformidade com o sentido da norma constitucional.

Bem verdade que o exercício interpretativo é criativo e, diante da complexidade das relações intersubjetivas, a lei não é capaz de exaurir a regulamentação acerca destas relações. Cabendo assim, ao intérprete, na análise do caso concreto, criar a norma.

O positivismo jurídico, ao longo dos anos, tentou justificar o espaço de discricionariedade e a interpretação da lei. Na perspectiva da Crítica Hermenêutica do Direito, de Lênio Streck (2017), deve ser feita uma releitura da teoria kelseniana para restringir o alcance da discricionariedade e efetivar o que citado autor denomina de “direito fundamental a uma reposta constitucionalmente adequada”.

Para efetivação desse direito fundamental proposto pela Crítica Hermenêutica do Direito, compreendemos que, na seara penal, a epistemologia garantista é capaz de reduzir os espaços de discricionariedade e fortalecer o pacto democrático.

Nesse sentido, partimos do pressuposto de que a constatação dos espaços de discricionariedade, da “moldura da norma”, de Kelsen, ou da “textura aberta”, de

Hart, não autoriza que o julgador crie a norma do caso concreto sem qualquer limitação, inclusive se utilizando de argumentos extrajurídicos para tal. A garantia de independência funcional e o princípio do livre convencimento motivado não podem ser confundidos com arbítrio judicial.

Defenderemos neste trabalho que os magistrados brasileiros possuem limitações na sua atuação interpretativa no âmbito penal. Essas limitações são fruto do paradigma da democracia constitucional, adotado pela Constituição Federal de 1988, e devem ser observadas pelos julgadores.

Dessa forma, analisaremos nesse capítulo a aplicação da metodologia garantista, proposta por Luigi Ferrajoli, como método de compatibilizar os pronunciamentos judiciais penais com o sentido da norma constitucional.

Após, demonstraremos de que forma as decisões podem ser controladas para aferição de compatibilidade com o sistema constitucional e, por fim, defenderemos que a norma constitucional prevista no art. 93, inciso IX, somente é efetivada quando empregada a fundamentação de forma material, ou seja, com argumentos jurídicos coerentes com o espírito democrático e constitucional.

3.1. O método garantista desenvolvido por Luigi Ferrajoli

Luigi Ferrajoli, ao desenvolver um método de construção do pronunciamento judicial penal, parte do pressuposto de que o poder do julgador está dividido em quatro aspectos.

O primeiro deles o citado autor denomina de poder de denotação e corresponde à verificação jurídica; o segundo é denominado de poder de comprovação das provas ao qual corresponde a verificação fática; subsequente temos o denominado poder de conotação, no qual se insere o discernimento equitativo e, por último, o poder de disposição também podendo ser denominado de poder de valoração ético-política (FERRAJOLI, 2002).

Essa distinção, feita pelo citado autor, para desenvolver uma metodologia aplicável aos pronunciamentos judiciais penais é bastante didática. Esclarece, na verdade, quatro fases distintas do método aplicado à elaboração das decisões judiciais e sua medida de aproximação ou distanciamento do sentido da norma.

Importante esclarecer que a divisão feita por Luigi Ferrajoli segue uma sequência lógica. De modo que os primeiros deles, quais sejam, os poderes de denotação e de comprovação estão vinculados às decisões acerca da verdade processual. Nesse ponto, verificamos que essas decisões possuem interferência nos processos que compõem a motivação judicial, são estes o processo de inferência indutiva ou prova, que diz respeito à verdade fática, e o processo de inferência dedutiva ou subsunção, que faz referência à verdade jurídica das premissas (FERRAJOLI, 2002).

A teoria kelseniana inova, quanto ao positivismo exegético, quando compreende que o problema da interpretação, mais que sintático, é semântico. Dessa forma, a análise linguística de como a lei se apresenta é fundamental, pois interfere no significado atribuído aos signos linguísticos empregados por ela (STRECK, 2017).

É através da semântica da linguagem utilizada pelo legislador que podemos aferir tanto as condições de verificabilidade quanto às de falseabilidade das premissas (FERRAJOLI, 2002). Nesse sentido, o uso dos termos “verdadeiro” e “falso”, a respeito de qualquer afirmação, devem ser vistos com cautela, dentro do contexto da linguagem aplicada na referida afirmação.

A utilização de termos indeterminados na lei penal abre margem significativa para aplicação da discricionariedade pelo juiz. Dessa forma, a linguagem, quanto mais indeterminada é menos apropriada ao processo de refutação, uma vez que possui motivação amparada em valores, juízos de valor, e não em argumentos verificáveis objetivamente. Em outras palavras, no âmbito penal deve ser evitado o uso de polissemias semânticas.

Dessa forma, o melhor emprego da linguagem é no sentido da exatidão dos termos, para que o processo de subsunção se torne mais seguro e confiável. São os conhecidos tipos penais fechados que consolidam a ideia de uma codificação penal coerente com a perspectiva garantista.

Analisaremos a seguir cada um dos poderes elencados por Luigi Ferrajoli no desenvolvimento de sua metodologia de produção das decisões judiciais penais.

3.1.1. O poder de denotação ou verificabilidade jurídica

Como visto anteriormente, a precisão dos termos linguísticos empregados na legislação é imprescindível à eficácia do método aqui analisado. O poder judicial de denotação é a primeira etapa na produção do pronunciamento judicial penal e consiste na verificabilidade jurídica, ou seja, na subsunção do fato narrado à prescrição normativa.

A verificabilidade e a falseabilidade jurídica dependem diretamente das definições legais que prescrevem os tipos penais abstratamente considerados, ou seja, os conceitos devem ser suficientemente precisos para fins de denotação jurídica, ou subsunção jurídica, das condutas empíricas narradas (FERRAJOLI, 2002).

A verificação, além de jurídica, pode ser fática, esta última possui como pressuposto a linguagem comum, que também é utilizada nos pronunciamentos judiciais, por sua vez, a verificação jurídica relaciona-se com a linguagem técnica, prevista nas codificações, em especial no código penal.

Desse modo, o princípio da legalidade estrita, além de ser garantia fundamental de um sistema penal cognitivo, é também “regra semântica metalegal de formação da linguagem legal” (FERRAJOLI, 2002, p. 99).

Os elementos constitutivos do delito traduzem, nos atuais sistemas penais, a exatidão da linguagem defendida por Ferrajoli (2002), ou seja, a previsão clara da ação, do resultado e da culpabilidade é contemporânea do sistema garantista.

Quaisquer que sejam esses elementos, existe “um nexó metalógico entre a precisão de sua conotação legal e a determinabilidade de seu campo de denotação” (FERRAJOLI, 2002, p. 99). Isso significa que esse nexó se situa entre a legalidade e a verificabilidade, de igual forma entre a semântica legislativa e o cognitivismo judicial.

Nesse sentido, cabe inicialmente ao legislador produzir normas penais com linguagem clara e objetiva, atendendo a uma semântica da linguagem legislativa que esteja em consonância com os preceitos constitucionais. De modo que, por exemplo, termos como “mulher honesta”, “desacato”, “vadiagem”, sejam evitados no âmbito penal, pois impossibilitam o exercício da estrita jurisdicioriedade.

Sem dúvida, para proceder ao exercício de subsunção do fato à norma, nos casos exemplificados, o julgador fará um exercício valorativo sem qualquer controle, pois estará fundamentado em suas concepções éticas e morais.

Esse ideal de clareza, coerência e simplicidade que as leis penais devem possuir é comum na tradição iluminista. Entretanto, como ideal, ele apenas orienta a ação, não sendo possível sua absoluta concretização, ainda com a utilização de uma linguagem precisamente clara haverá espaços para discricioriedade, porém, reduzidos na medida da determinabilidade dos termos (FERRAJOLI, 2010).

Para Herbert Hart (xxxx) em todas as leis existe uma “zona de penumbra” que é proveniente da “textura aberta” da norma. Nesse sentido, a obscuridade dessa zona aumenta na medida em que é violada a estrita legalidade na produção da norma e, conseqüentemente, a estrita jurisdicioriedade na sua aplicação.

Podemos afirmar que a utilização de palavras vagas, além do emprego de juízos meramente valorativos, tanto na descrição dos fatos quanto na produção probatória, viola as garantias penais e processuais e fere o modelo garantista. Essa violação pode ser empreendida pelo juiz no momento do pronunciamento judicial, como também pelo legislador no momento da produção legislativa.

Dessa forma, o poder de denotação do juiz nada mais é que a regra da metodologia garantista que prevê a imprescindibilidade da linguagem penal determinada como condição de verificabilidade e refutabilidade jurídicas. Como já visto, esta linguagem refere-se tanto à aplicada pelo juiz quanto à utilizada pelo legislador. Não se pode admitir a vagueza e inexatidão nos conceitos penais.

3.1.2. O poder de comprovação ou verificabilidade fática

Ultrapassada a fase de verificabilidade jurídica, empreendida através do poder de denotação, na qual o julgador verifica que se houve a subsunção do fato empírico narrado à prescrição legal, passa-se à fase de verificabilidade fática, na qual será utilizado o poder de comprovação.

Esse poder de comprovação probatória possui especial relevância pois está diretamente relacionado à produção e análise probatórias. Nesta fase, a verificabilidade e a refutabilidade das hipóteses acusatórias se darão no plano empírico.

O método utilizado nesse segundo poder é o método indutivo. “A interpretação da indução judicial como dedução mascarada é o equivocado paralogismo sobre o qual se baseia o sistema das provas legais” (FERRAJOLI, 2002, p. 108). Isso porque, no método indutivo, a verdade das conclusões é apenas uma verdade provável e não existem regras que garantam, com certeza, a verdade do processo de indução. Nesse sentido, o sistema legal de provas, quando enuncia, por exemplo, a confissão como a rainha das provas, atribuindo um valor superior às demais, equivoca-se na metodologia aplicada.

O sistema legal de provas é superado após a Revolução Francesa, momento no qual é adotado o sistema da livre convicção do juiz. Esse modelo também possui suas imperfeições.

Podemos perceber que a própria denominação “livre convicção” demonstra a subjetividade da atividade a ser desenvolvida, apresentando-se assim através de critérios extralegais, de juízos valorativos, que extrapolam a função de julgador. Não sem razão esse princípio é concebido como legitimador do arbítrio judicial, violando o modelo garantista.

Assim, como qualquer verificação histórica, a verificação fática no âmbito do processo penal é produto da inferência entre os fatos provados do passado e os fatos probatórios do presente. Adquire, desse modo, a forma de inferência indutiva, na qual as premissas devem consistir na descrição do fato que deve ser explicado e nas provas que se pretender praticar. Por sua vez, a conclusão será constituída pelo enunciado de fato, ou seja, aquele que considera provado pelas premissas (FERRAJOLI, 2002).

Nesse sentido, podemos afirmar que, diferentemente da dedução, a veracidade das premissas da indução não conduz, necessariamente, à veracidade de sua conclusão. Há uma probabilidade relevante para tal, mas que não deve ser confundida com necessidade lógica.

Na precisa lição de Luigi Ferrajoli:

Sob esse aspecto, a indução judicial é idêntica a qualquer outra indução: nela, precisamente, a conclusão provada ou descoberta tem o valor da hipótese explicativa de natureza provável quanto ao nexos causal entre uma ação imputada à culpabilidade de um

sujeito e o conjunto de fatos – o evento danoso e os dados probatórios coletados – descrito nas premissas. Sua especificidade consiste no fato de que o procedimento mediante o qual se realiza não é apenas uma atividade intelectual, mas é também uma atividade jurídica normativamente disciplinada. (FERRAJOLI, 2002, p.105)

A evolução do sistema de análise probatória, de provas legais para livre convicção, não representa assim grande avanço conforme concebido pela cultura jurídica pós-iluminista. Isso porque, a implementação da livre convicção “correspondeu a uma das páginas politicamente mais amargas e intelectualmente mais deprimentes da história das instituições penais” (FERRAJOLI, 2002, p.112)

A doutrina e a jurisprudência recepcionaram a fórmula da “livre convicção” como um critério discricionário de valoração probatória, iludindo-se tanto no campo teórico quanto prático, acerca do problema da justificação por indução. A citada fórmula transformou-se, assim, em um princípio idôneo a legitimar o arbítrio judicial. Dessa maneira, “o repúdio às provas legais, como condições suficientes da condenação e da pena, se converteu de fato na negação da prova como condição necessária da “livre” convicção sobre a verdade dos pressupostos de uma e de outra” (FERRAJOLI, 2002, p.112).

Sabemos que a fórmula da “livre convicção” foi incorporada ao Ordenamento Jurídico Brasileiro sob a denominação de “livre convencimento motivado”⁹. Essa alteração na nomenclatura não desnatura o que já foi dito aqui acerca do equívoco na sua aplicação.

Compreende-se, de forma errônea, na medida em que não possui coerência com o sentido da norma constitucional, que o “livre convencimento motivado” autoriza o julgador a proceder à livre análise probatória. Entretanto, entendemos que a liberdade para decidir não legitima decisões sem amparo probatório.

O ônus da prova tem sido dissolvido pela vazia sombra da “livre convicção” do juiz, aliada a uma alteração institucional da processualística penal, além da ausência de uma elaboração específica acerca da teoria da prova e da convicção indutiva. Esta última não pode ser suprida através de adjetivos que qualificam a prova, tais como, certa, firme, estrita, provada, entre outros, sem acrescentar nenhum sentido concreto aos substantivos (FERRAJOLI, 2002).

Nesse sentido, a “livre convicção não encerra, mas abre o problema da identificação das condições probatórias que justificam a convicção, isto é, da definição – não legal, mas epistemológica – do conceito de “prova adequada” (FERRAJOLI, 2002, p. 113).

⁹ Conforme previsão do art. 155 do Código de Processo Penal.

Bem verdade que não possuímos um método de descobrimento ou de verificação, mas dispomos de métodos para aferir a confirmação ou a falseabilidade de uma hipótese acusatória no âmbito do processo penal.

Há uma distinção específica quanto à busca de provas na investigação científica e na indução judicial. Isso porque, nesta última, a busca é confiada a partes distintas, pelo menos no sistema acusatório, as provas judiciais são realizadas por *modus ponens* e as contraprovas por *modus tollens*. De modo que os interesses são antagônicos nessa investigação (FERRAJOLI, 2002).

A indução judicial não possui condições de demonstrar a verdade da hipótese acusatória, uma vez que se relaciona a acontecimentos do passado, não repetíveis. Entretanto, é possível confirmá-la ou invalidá-la. Nesse sentido, a busca das provas sempre é dirigida por uma hipótese e a formulação das hipóteses atua em função de alguma confirmação que seja disponível ou até mesmo esperada (FERRAJOLI, 2002).

Podemos concluir que Luigi Ferrajoli (2002) defende a aplicação da indução fática para operacionalizar a análise da prova no processo penal. Entretanto, além da imprescindível distinção dos papéis das partes, que é característica do sistema acusatório, ele defenderá que a justificação da indução somente de legitima se presentes 3 (três) condições para tal, quais sejam, o ônus da acusação de produzir os dados ou fatos probatórios idôneos a confirmar a hipótese acusatória; o direito da defesa de invalidar essa hipótese, através da contradição ou contraprovas de hipóteses alternativas; a faculdade do juiz em aceitar como convincente a hipótese acusatória se, e somente se, estiver de acordo com as provas e resistir às contraprovas.

Trataremos melhor sobre esse aspecto em capítulo próprio, no qual analisaremos a inviabilidade de proceder à refutação, ou seja, a produção de contraprovas à hipótese acusatória diante da subjetividade desta.

Para o momento, é importante concluir que o poder de comprovação, responsável pela análise probatória no processo penal, utiliza o método da indução judicial para confirmar ou invalidar a hipótese acusatória. Seguindo, assim, uma sequência lógica e racional no exercício interpretativo judicial.

3.1.3. O poder de conotação e a aplicação da equidade

Superada a verificabilidade fática, instrumentalizada através do poder de comprovação probatória, cabe ao julgador utilizar o poder de conotação para preencher a distância entre o que dispõe a lei e o caso concreto analisado.

Diante da impossibilidade do legislador de prever todos os fatos denotados pela lei e suas particularidades, Luigi Ferrajoli (2002) propõe a aplicação da equidade do juízo, não como contraposição à lei, mas como regra complementar a ela na análise do caso concreto.

De acordo com a concepção escolástica, atribuída a Aristóteles, a equidade representa a justiça do caso concreto. Luigi Ferrajoli cita a conceituação de equidade conforme o pensamento do citado filósofo, de modo que, “o equitativo, se bem que seja justo, não está de acordo com a lei, mas como uma correção da justiça legal” (FERRAJOLI, 2002, p. 125).

Nessa concepção, percebemos que a equidade é vista como instrumento de correção da própria lei. Diante da universalidade desta última, se faz necessária, para a sua concretização através do julgamento, a sua aplicação individualizada, por um meio equitativo.

Até hoje temos essa noção de equidade, que segundo Ferrajoli (2002) é defeituosa. Isso porque a ideia de que as leis falam em geral, enquanto que os julgamentos decidem sobre circunstâncias particulares, configura uma operação subsidiária, que pode ser vista como *extra*, *ultra* e até mesmo *contra legem*. Esse equívoco está presente em toda a história do pensamento jurídico. De modo que, ainda hoje, insistimos na contraposição entre equidade e legalidade como um modelo supletivo, confundindo muitas vezes com a contraposição entre formalismo e antiformalismo ou até mesmo entre juspositivismo e jusnaturalismo.

Nesse ponto, o autor afirma que essa contraposição colocou a equidade como meio de suprir lacunas ou equívocos da lei, e a forma para efetivar a complementação desta última seria através do reenvio à consciência social, ao direito natural, enfim, a discricionariedade normativa do juiz (FERRAJOLI, 2002).

Sem dúvida, essa concepção errônea da aplicação da equidade favorece decisões amparadas em subjetivismos, em concepções substancialistas e, conseqüentemente em decisionismos, sem qualquer compromisso com a legalidade, ainda que este seja um princípio norteador do direito penal.

Para melhor compreensão da equidade, neste momento da produção dos pronunciamentos judiciais penais, é necessário fazer algumas considerações acerca das representações linguísticas de ambos os princípios, o da legalidade e o da equidade, considerando que a correta caracterização semântica é imprescindível para essa compreensão.

Ferrajoli (2002) utiliza a teoria lógica do significado para proceder à distinção entre legalidade e equidade. Segundo o citado autor, a conotação, também denominada de intenção, representa o significado intensivo de um signo. Enquanto que, a denotação ou extensão representa o significado extensivo. Nas precisas palavras do autor:

A legalidade (ou conformidade com a lei) de uma afirmação judicial consiste na denotação de um fato mediante um predicado conotado pela lei como delito e em sua conseqüente verdade processual, enquanto a sua equidade (ou conformidade com o caso concreto) consiste na conotação do mesmo fato denotado pela lei como delito e em seu conseqüente conteúdo informativo particular. A lei com efeito, conota as características essenciais ou os elementos constitutivos que

formam a intensão de uma figura ou conceito legal de delito e que determinam a extensão da classe dos casos individuais denotados pela lei como membros da classe cuja extensão está determinada pela figura típica de direito por ela conotada. (FERRAJOLI, 2002, p. 127)

Nesse sentido, legalidade e equidade, uma se referindo à denotação e outra à conotação, que são consideradas no julgamento, são vistas como aspectos distintos do conhecimento judicial. De modo que, a legalidade equivale ao juízo feito acerca da verificação das características essenciais e comuns, juízo este que possibilita o enquadramento do fato individual em determinada classe de delitos conotadas na lei. Por sua vez, a equidade é a realização inversa, ou seja, o juízo acerca das características acidentais e particulares que não são conotadas na lei, mas pertencem ao caso individual analisado (FERRAJOLI, 2002).

Em outras palavras, “a lei conota o que o juiz denota, e denota o que o juiz conota; e que, inversamente, o juiz denota o que a lei conota, e conota o que a lei denota” (FERRAJOLI, 2002, p. 127).

Há distinção também entre a interpretação efetivada pelo jurista, ou seja, a interpretação doutrinal, e a interpretação realizada pelo julgador ou outros operadores do direito, que seria a interpretação operativa. A tarefa da primeira – a interpretação doutrinal – é a redefinição e explicação das possibilidades de uso dos conceitos definidos pela norma na língua penal, ou seja, é um fato da língua, assim como a lei. Enquanto que a tarefa da segunda é redefinir e explicar o uso dos mesmos conceitos jurídicos para denominar fatos na linguagem judicial, ou seja, é um fato de linguagem (FERRAJOLI, 2002).

Isso significa que diversos fatos, ainda que caracterizados como um determinado tipo penal, segundo a lei, poderão ser descritos de maneira diversa na medida da linguagem judicial utilizada.

Desse modo, se a metodologia aqui analisada considera o princípio da legalidade como regra semântica de formação da linguagem penal, podemos afirmar que ela entende o princípio da equidade enquanto regra semântica sobre a formação da citada linguagem.

A diferença encontrada é que a equidade não se refere à denotação, mas sim à conotação. “Pode ser concebida como uma regra metajudicial, que prescreve que o justo conote da maneira mais precisa e penetrante os fatos denotados pela lei, compreendendo neles todas as características acidentais, específicas e particulares” (FERRAJOLI, 2002, p. 129).

Bem verdade que algumas dessas características já estão previstas na legislação, a exemplo das agravantes, atenuantes e excludentes de ilicitude. Entretanto, conforme já explanado aqui, é impossível que o legislador tenha a previsão de todas as circunstâncias do fato empírico.

Desse modo, para aquelas características acidentais, específicas e particulares que não se encontram amparadas na lei, o poder de conotação, exercido pelo julgador, será expresso em escolhas e valorações amplamente discricionárias. Esse poder é intrínseco à função judicial, de modo que, todo juízo será em alguma medida equitativo ou iníquo, de acordo com a sua compreensão das conotações específicas do caso em julgamento. Do mesmo modo que pode também se apresentar legal ou ilegal, de acordo com a medida de aproximação da verdade processual (FERRAJOLI, 2002).

No sentido da concepção de equidade explanada aqui, podemos afirmar que a legalidade e a equidade são dois aspectos imprescindíveis à produção das decisões judiciais penais. Não havendo, assim, possibilidade de exclusão de nenhum dos dois na análise do fato, ao menos, nos ordenamentos jurídicos modernos. Isso porque, é possível a exclusão da legalidade nos sistemas substancialistas.

“A compreensão equitativa requer também conotações valorativas e por isso discricionárias. Mas esta específica discricionariedade judicial é plenamente legítima e pertinente, ao ser uma dimensão epistemológica constitutiva da jurisdição” (FERRAJOLI, 2002, p. 132).

A partir daí surge a necessidade de racionalizar a discricionariedade disposta no poder de conotação. O método aqui analisado tem a pretensão de evitar decisionismos, ou seja, decisões fundamentadas em argumentos extrajurídicos e, muitas vezes, violadoras dos direitos fundamentais. Dessa forma, é imprescindível limitar essa discricionariedade para que ela não se confunda com arbitrariedade.

Considerando que essa valoração equitativa se refere ao caso concreto e humanamente determinado, é através dela que deve se efetivar o respeito à pessoa humana em julgamento, inclusive, esse é um princípio fundamental da nossa República¹⁰. É nessa valoração que a sensibilidade, a inteligência e a moralidade do julgador se manifestam, e isso não representa uma subjetividade emocional ou parcialidade o juiz, mas, ao contrário, o esforço deste último em se desprender de suas ideologias e preconceitos para compreender as circunstâncias específicas do caso em julgamento e realizá-lo com justiça (FERRAJOLI, 2002).

No nosso ordenamento jurídico podemos traduzir o princípio do *in dubio pro reo* como corolário do poder de conotação. Haja vista que será empregado todas as vezes em que, através da análise acerca das circunstâncias concretas do fato, não houver clareza e precisão quanto a culpabilidade do acusado.

Para que o exercício do poder de conotação ocorra nos termos propostos pelo método aqui analisado, é imprescindível que o julgador esteja comprometido com o respeito à pessoa humana em julgamento. Caso contrário, a interpretação será desvirtuada para contemplar o poder punitivo estatal, sob o argumento de que este

¹⁰ Nos termos do que dispõe expressamente o inciso III, do art. 1º da Constituição Federal.

representa o interesse público, mas essa consideração será tratada em tópico próprio, razão pela qual nos limitamos a tecer apenas esse breve comentário.

3.1.4. O poder de disposição e sua necessária limitação

Conforme explanado anteriormente, os poderes de denotação, comprovação e conotação são empregados como mecanismos de segurança na produção de pronunciamentos judiciais penais. Segurança no sentido de tornar a decisão mais racional e técnica jurídica quanto for possível.

O poder de disposição, que será aqui analisado, diz respeito à aplicação da discricionariedade judicial. Desse modo, o espaço destinado à atuação deste último poder deve ser reduzido pelos três primeiros, para que o juízo se baseie sobre a verdade processual e não sobre valores de outras modalidades cabíveis nesse poder de discricionariedade dispositiva (FERRAJOLI, 2002).

Os três primeiros poderes – denotação, comprovação e conotação – são inatos à função jurisdicional. Ainda que, de alguma forma, o exercício deles demande a análise de juízos de valor, a sua atividade continua sendo cognitiva, ou seja, verifica-se a existência do fato, a subsunção deste fato à norma penal proibitiva e, analisa-se as especificidades do caso concreto.

Por sua vez, “o poder de disposição é sempre o produto de carências ou imperfeições do sistema e como tal é patológico e está em contradição com a natureza da jurisdição” (FERRAJOLI, 2002, p. 134).

Nesse sentido, o exercício do poder de disposição é diretamente proporcional aos espaços de insegurança dos outros três poderes judiciais, de modo que o poder de disposição será absoluto quando a insegurança for total.

Essa insegurança se refere à indeterminabilidade de decisão acerca da verdade processual, ou seja, é a ausência de técnicas apropriadas de formulação e aplicação das leis aos fatos julgados (FERRAJOLI, 2002). Essas técnicas podem estar previstas expressamente na legislação ou se apresentarem principiologicamente enquanto regras de julgamento.

Um clássico exemplo contido na legislação brasileira acerca da citada insegurança é o termo “ordem pública”, previsto no art. 312 do Código de Processo Penal como circunstância autorizadora da decretação de prisão preventiva.

Não há, na legislação, nenhuma norma de delimitação da vagueza do citado termo e a principiologia não demonstra claramente qualquer restrição à sua aplicação. Apesar do ordenamento jurídico brasileiro enunciar a liberdade enquanto regra e a prisão como exceção, isso não impede o exercício absoluto do poder de disposição nas decisões judiciais de decretação de prisão preventiva fundamentadas na garantia da ordem pública.

Para Luigi Ferrajoli, o poder de disposição é sempre patológico:

Seu exercício não pressupõe motivação cognitiva, mas apenas opções e/ou juízos de valor dos quais não é possível qualquer caracterização semântica, mas apenas caracterizações pragmáticas, ligadas à obrigação da decisão. Propriamente, aqui não há sequer *juris-dictio*, isto é, denotação do que é conotado pela lei, mas simplesmente *dictum*, não baseado nos três silogismos nos quais anteriormente havia decomposto o raciocínio judicial, mas unicamente o poder que, por isso, tenho chamado de “disposição”. Esse poder cresce (...) quanto mais se estendem os espaços de insegurança dos pressupostos cognitivos da decisão judicial, por defeito de uma ou de mais de uma das garantias penais e processuais penais, até excluir por completo os outros dois poderes e configurar-se como poder de disposição “absoluto”, quando a insegurança é total.

Demonstraremos, neste trabalho, que o Poder Judiciário Brasileiro desvirtua o paradigma constitucional utilizando o poder de disposição. O preceito constitucional que obriga a motivação das decisões é cumprido apenas sob o aspecto formal, através de pronunciamentos judiciais que fazem uso tão somente do *dictum*, nos quais estão ausentes qualquer elemento cognitivo acerca da verdade processual. Em momento próprio será feita uma análise mais precisa dessa questão e comprovaremos que a pecha de “combatente” é forjada através do abandono do cognitivismo.

Ainda quanto ao poder de disposição, é importante anotar que a metodologia aqui analisada, ainda que o considere patológico, compreende que sua total exclusão corresponde a um modelo ideal. De modo que, a extensão da medida do citado poder nos ordenamentos jurídicos os caracteriza como modelo garantista de direito penal mínimo, quanto menor for sua extensão, e modelo não garantista de direito penal tendencialmente máximo, quanto maior for sua aplicação. Concluímos que essa diferenciação não pode ser feita de maneira rígida, muito menos com precisão, pois a utilização, em maior ou menor grau, do poder de disposição nos mostra uma tendência.

O Ordenamento Jurídico Brasileiro, desde a promulgação da Constituição Federal de 1988, e apesar dela, tem se inclinado a seguir um modelo não garantista de direito penal tendencialmente máximo, com uma equivocada concepção do Poder Judiciário como agente de combate ao crime e ao criminoso.

Quando a decisão judicial é formalmente fundamentada através de um alargado uso do poder de disposição, “não se dá *juris-dictio* em sentido próprio, senão mero exercício de repressão; não há juízo de comprovação, mas de decisão: direito penal “sem verdade” e “sem saber”, (...) confiado (...) ao poder dos julgadores” (FERRAJOLI, 2002, p. 135).

Diante da inevitabilidade do poder de disposição, em alguma medida, na produção da decisão penal, desenvolveram-se critérios de orientação desse poder, para evitar que a discricionariedade se transformasse em arbitrariedade.

Os citados critérios são os princípios gerais do ordenamento jurídicos e, conseqüentemente, os corolários constitucionais, alguns deles já empregados no exercício de outros poderes, a exemplo do *in dubio pro reo*.

O importante é atentar para o fato de que esses princípios devem orientar politicamente as decisões, permitindo ainda sua valoração e seu controle. Ainda que um ordenamento jurídico adote o modelo garantista, não se pode desconsiderar que o intérprete e aplicador da lei é quem possui o poder de efetivar a adoção desse sistema na prática judicial.

Ocorre que o juiz jamais é neutro, daí a necessidade em reduzir os espaços de discricionariedade, sua neutralidade deve ser concebida como sua capacidade de se manter honesto intelectual e pessoalmente desinteressado em relação aos interesses concretos da causa (FERRAJOLI. 2002).

Nesse sentido, sendo inevitável a supressão do poder de disposição, diante da criatividade do exercício interpretativo, nos cabe, neste trabalho, demonstrar que a sua redução é medida de urgência na manutenção da técnica jurídica e, conseqüentemente, do respeito aos direitos fundamentais.

3.2. A epistemologia garantista e o livre convencimento motivado

A Constituição Federal lista, expressamente, direitos e garantias penais do acusado em processo penal, que se estendem aos investigados em procedimentos investigatórios, bem como a incorporação de dispositivos elencados em tratados internacionais de direitos humanos que sejam ratificados pelo Estado Brasileiro¹¹. Ainda assim, há uma nítida resistência dos julgadores em respeitar os citados dispositivos constitucionais e convencionais e, conseqüentemente, em aplicá-los.

Considerando que a carta maior do ordenamento jurídico brasileiro não poderia ser desrespeitada por nenhum dos poderes, muitos menos pelo poder judiciário que é o responsável pelo controle do legislativo e executivo quando assim atuam, desrespeitando a CF, o problema se situa na compreensão da legitimidade da decisão judicial violadora de direitos fundamentais.

Defendemos que a racionalidade constante no modelo desenvolvido por Luigi Ferrajoli fortalece o Estado de Direito, pois tutela a liberdade do cidadão diante do exercício do poder punitivo estatal.

A base fundante do Estado de Direito é a liberdade. “Todo exercício do poder que se afasta dessa base é abuso e não justiça; é poder de fato e não de direito; é uma usurpação e não mais um poder legítimo” (BECCARIA, 2016, p. 23).

¹¹ Art. 5º, §2º da Constituição Federal.

A epistemologia garantista, aqui explanada, deve ser aplicada a toda produção de pronunciamento judicial penal. Afirmamos isso, pois consideramos que o modelo adotado pela Constituição Federal é o modelo do Garantismo Penal, no qual o Poder Judiciário tem a função de garantir a efetivação dos direitos fundamentais do cidadão brasileiro em face do poder punitivo estatal.

Complementamos que, na nossa concepção, o poder punitivo estatal é, igualmente, um poder democrático, constitucional. Não somos partidários da corrente abolicionista. Entretanto, deve ser levado em consideração os ditames constitucionais, a exemplo do *caput* do artigo 5º da nossa lei maior, o qual elenca a liberdade, logo em seguida à vida, como direito inviolável do cidadão brasileiro e também do estrangeiro que aqui resida¹².

Inobservar o texto constitucional, desvirtuando-o, é um atentado grave ao nosso Estado Democrático de Direito, principalmente por aqueles que deveriam ser seus primeiros protetores. “Uma democracia pode ser derrubada sem golpes de Estado formais se os princípios dela forem de fato violados ou contestados, sem que suas violações suscitem rebeliões ou menos dissenso” (FERRAJOLI, 2014, p. 14).

Nesse sentido, apesar da Constituição conceber um devido processo legal conduzido por direitos e garantias fundamentais, o julgador brasileiro tem se utilizado de argumentos outros para contemplar a supremacia do poder punitivo estatal.

Conforme já explanado neste trabalho, o livre convencimento motivado como forma de valorar provas e, conseqüentemente, decidir, é uma superação do sistema tarifado de provas, que petrificava a análise judicial, tarifando o valor que cada prova possuía.

Entretanto, a superação proposta foi mal interpretada, uma vez que a liberdade do convencimento não autoriza que o julgador motive as decisões fazendo uso de argumentos que não sejam jurídico-constitucionais para fundamentar sua decisão. Isso ocorre em grande medida quando não há observação do método garantista e, conseqüentemente, há o descontrole do poder de disposição, transformando discricionariedade em arbitrariedade.

A não vinculação do julgador a uma metodologia de produção dos pronunciamentos judiciais gera decisões cada vez mais divorciadas da Constituição Federal. Entretanto, formalmente legitimadas, uma vez que produzidas de modo fundamentado, livremente, para não dizer arbitrariamente. Não são raros os exemplos dessas decisões, mas vamos analisar aqui apenas uma delas como forma de ilustrar o nosso entendimento.

¹² Conforme entendimento do Supremo Tribunal Federal, no julgamento do HC 94016 MC/SP, de relatoria do Min. Celso de Mello, também são titulares os estrangeiros não residentes no Brasil, que estejam aqui apenas de passagem.

3.2.1. O caso DJ Renan da Penha

Apenas a título de ilustração, elegemos o caso que ficou conhecido pelo nome artístico do acusado, caso DJ Renan da Penha.

A decisão proferida, pelo Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro - TJRJ, no processo cujo acusado era Renan Santos da Silva, cidadão carioca, conhecido como DJ Renan da Penha, ganhou repercussão nacional. E, escolhemos esse acórdão não só por esse motivo, mas pela completa ressignificação probatória que foi empreendida pelos desembargadores do TJRJ. Sabemos que diariamente essa ressignificação é feita em diversos processos criminais que não ganham a visibilidade que o caso aqui analisado ganhou.

3.2.1.1. Síntese do caso

Resumidamente, o Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro denunciou¹³ Renan Santos da Silva pela prática de atuar na atividade do tráfico de drogas como “olheiro”, relatando a movimentação dos policiais na comunidade e promovendo bailes funk enaltecendo o tráfico de drogas, incorrendo, assim, no tipo penal previsto no art. 35 da Lei 11.343/2006 (associação para o tráfico).

O juízo de primeiro grau, utilizando-se da regra de julgamento *in dubio pro reo*, aqui já explicada como critério pragmático de aceitação da decisão judicial, que pode ser aplicada tanto no nível do poder de conotação quanto no de disposição, decidiu pela absolvição de Renan. Segue trecho da sentença absolutória, transcrita no acórdão:

“Outrossim, depreende-se da análise do material obtido através das redes sociais do acusado Renan, postagens acerca da movimentação policial na comunidade e de músicas que fazem menção ao tráfico, além de uma fotografia do réu exibindo uma suposta arma de fogo, o que o réu e sua Defesa técnica sustentam se tratar de um simulacro de fita isolante. Na ausência de comprovação de se tratar efetivamente de arma de fogo, constituindo as demais publicações manifestações da cultura cotidiana de quem reside numa comunidade onde há tráfico de drogas, esses elementos são insuficientes à sustentação de um decreto condenatório (...)” (Apelação Criminal N. 0233004-17.2015.8.19.0001 TJRJ, p. 36)

¹³ Todas os trechos da decisão proferida pelo Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro, e contidas neste trabalho, podem ser encontrados no seguinte endereço eletrônico: <http://www4.tjrj.jus.br/ejud/ConsultaProcesso.aspx?N=201705016286>

O Ministério Público recorreu da decisão absolutória do juízo *a quo* e, em grau de apelação, a decisão foi reformada condenando Renan a 6 (seis) anos e 8 (oito) meses de reclusão, sendo imposto o regime inicial fechado, justificado na acentuada culpabilidade do acusado.

3.2.1.2. A ressignificação probatória

A reforma da decisão judicial de primeiro grau se deu pela revalorização das provas produzidas. Nesse sentido, quanto à prova colacionada aos autos, referente a uma foto de Renan portando uma arma de fogo, o colegiado do TJRJ entendeu que:

“(…) parece evidente que a exibição de uma arma (pouco importa se verdadeira ou não) contribui, sem dúvida, para mostrar a existência de um grupo criminoso armado, sendo a versão de que tudo não passa de uma exibição carnavalesca um tanto quanto inocente e, por isso, inverídica. Por quê alguém iria se exibir com uma arma fictícia, a não ser para demonstrar poderio e arrogância? (...)”. (Apelação Criminal N. 0233004-17.2015.8.19.0001 TJRJ, p. 35)

As fotos juntadas aos autos, nas quais Renan aparece com colegas da comunidade, também serviram como argumentação para a ressignificação probatória, considerando os gestos feitos pelas pessoas que se apresentavam ao lado de Renan nas fotos, nestes termos:

“(…) outrossim, observo, entre aqueles representados nas fotos junto com o apelado, a exibição das mãos com nítida referência a uma possível facção criminosa. A exibição dos dois dedos não se faz na vertical, como um sinal de vitória, mas lateralmente, como um C, ou a possível referência ao uso de uma substância entorpecente (cigarro de maconha) (...)”. (Apelação Criminal N. 0233004-17.2015.8.19.0001 TJRJ, p. 36)

O TJRJ entendeu ainda que outras fotos e postagens divulgadas nas redes sociais de Renan contribuem para comprovação da prática delitiva:

“(…) a postagem em redes sociais de comentários sobre o tráfico de drogas, criticando a atuação policial e exibindo a imagem do apelado juntamente a outras pessoas supostamente envolvidas com a atividade criminosa é suficiente, junto com os depoimentos do Delegado, para demonstrar a participação do ora apelado no tráfico (...) Cite-se, também, a indicação de que o caveirão estava subindo o morro, **sem qualquer chamada ou referência aos moradores para proteção dos seus veículos** (...) Chamam a atenção também as fotos de possíveis pessoas

mortas, com referência de afeto e saudades, sem explicação para uma divulgação através do meio utilizado, salvo uma possível exaltação à morte durante a repressão ao tráfico (...)" (grifo no original). (Apelação Criminal N. 0233004-17.2015.8.19.0001 TJRJ, p. 37)

Diante da revalorização probatória, a Terceira Câmara Criminal do TJRJ decidiu, à unanimidade, reformar a decisão absolutória, condenando Renan da Silva. Na realização da dosimetria penal, a culpabilidade foi exasperada nos seguintes termos:

“(...) o papel de “atividade”, ou “olheiro”, exercido por meio da prestação de informações através das redes sociais, e a atuação em bailes funk, são de reprovabilidade considerável pelo número elevado de pessoas que era alcançado e influenciado. Os meios de comunicação, quando utilizados como instrumentos para a traficância, potencializam notavelmente a eficácia da conduta criminosa. Desse modo, deve ser destacada a maior reprovabilidade da sua conduta, a ser considerada na culpabilidade, uma das circunstâncias judiciais previstas no artigo 59 do Código Penal (...)”. (Apelação Criminal N. 0233004-17.2015.8.19.0001 TJRJ, p. 74)

Em razão da exasperação da culpabilidade do acusado, foi fixado o regime inicial fechado para o cumprimento da pena, apesar da primariedade de Renan e da pena aplicada ser inferior a 8 (oito) anos de privação de liberdade¹⁴.

3.2.1.3. A análise dos fundamentos do acórdão

Inicialmente cabe ressaltar que essa análise não pretende se apresentar como uma defesa do acusado, mas discorrer acerca dos fundamentos utilizados para sua condenação.

Conforme verificado, os desembargadores que compõem a Terceira Câmara Criminal do TJRJ proferiram acórdão que reformou a sentença absolutória, resignificando a prova através de uma análise, no nosso entender, extrajurídica. Chegamos a essa conclusão a partir da identificação dos signos linguísticos utilizados na fundamentação do referido acórdão.

¹⁴ Conforme a previsão contida do art. 33, §2º, alínea b, do Código Penal, o condenado não reincidente cuja pena seja superior a 4 (quatro) anos e inferior a 8 (oito) anos, poderá, desde o princípio, cumpri-la em regime semiaberto.

O acusado foi denunciado pela suposta prática do delito previsto no art. 35 da lei 11.343/2006¹⁵ o qual possui como núcleo do tipo o verbo “associar”. Quanto ao exercício do poder de denotação, ou verificação jurídica, não é possível identificar no acórdão em que medida a conduta do acusado se enquadra na descrição do tipo penal.

A análise objetiva da subsunção do fato à norma é preterida, diante da possibilidade de análise do tipo de autor. Desta forma, quando o pronunciamento judicial dispõe que “(...) parece evidente que a exibição de uma arma (pouco importa se verdadeira ou não) contribui, sem dúvida, para mostrar a existência de um grupo criminoso armado (...)” faz um juízo ético moral acerca das pessoas que, de alguma forma, divulgam em suas redes sociais fotos empunhando armas de fogo, sem possuir autorização para o seu porte.

A estranheza quanto a este juízo não diz respeito apenas à ausência do cognitivismo que possibilitaria a refutação da análise, mas sim a atual conjuntura político social brasileira. Atualmente, há um verdadeiro culto nacional ao uso de armas de fogo, tendo ampla divulgação nas redes sociais fotos até mesmo de crianças posando com suas armas, “pouco importa se verdadeira ou não”, para usar os termos do acórdão.

Sendo assim, entendemos que a comprovação ou verificação fática está centrada em juízos valorativos. Primeiramente, é importante ressaltar que o desembargador relator considera como prova fotografias e postagens encontradas na rede social do acusado, que são complementadas ao depoimento do delegado de polícia que presidiu a investigação.

O acórdão entende como comprovação, dos fatos narrados na denúncia, fotos nas quais Renan aparece ao lado de pessoas que fazem um gesto, com os dedos, onde estes estão posicionados em forma de V e na horizontal, não na vertical, como sinal de vitória. Essa identificação seria dos integrantes de uma organização criminosa, ou ainda, segundo o desembargador relator, como uma possível referência ao uso de substância entorpecente.

Primeiramente, desconhece, os desembargadores, os gestos naturalizados não somente pelos jovens, mas também por alguns adultos, no momento em que são fotografados. E o referido gesto do C, feito com os dedos, é um deles.

Ainda que não fosse, é frágil utilizar essa “prova” como suporte comprobatório de participação em organização criminosa. A proposição fática que tal argumento quer comprovar é a de que pessoas que fazem referidos gestos com os

¹⁵ O Art. 35 da lei 11.343/2006 dispõe o seguinte: “Associarem-se duas ou mais pessoas para o fim de praticar, reiteradamente ou não, qualquer dos crimes previstos nos arts. 33, caput e § 1º, e 34 desta Lei: Pena - reclusão, de 3 (três) a 10 (dez) anos, e pagamento de 700 (setecentos) a 1.200 (mil e duzentos) dias-multa. Parágrafo único. Nas mesmas penas do caput deste artigo incorre quem se associa para a prática reiterada do crime definido no art. 36 desta Lei”.

dedos participam da organização criminosa e quem é fotografado com essas pessoas, ainda que não faça o referido “gesto da organização”, também participa dela.

Aqui também há uma estranheza jurídica e linguística, primeiro porque não há tipo penal relacionado a referida conduta, e segundo porque, mais uma vez, diante da atual conjuntura político social, as pessoas têm realizado gestos concretos de incitação à violência em suas fotografias no mundo virtual. É de conhecimento público e notório a atual utilização dos dedos para fazer gesto de arma, nem por isso as pessoas que agem assim podem ser identificadas como participantes das facções criminosas que utilizam o mesmo gesto como sinal de identificação.

Quanto à ressignificação dada às postagens nas redes sociais criticando a atuação policial na comunidade e às demonstrações de pesar ao ver amigos e colegas mortos, não cabe aqui a análise pois demandaria argumentação acerca do direito constitucional de livre manifestação do pensamento (e por que não dizer do sentimento?), não sendo esse o propósito do trabalho.

Além desses fundamentos, foi considerado também o fato do acusado ser DJ conhecido na comunidade e promover bailes funks, nos quais as pessoas faziam uso de drogas ilícitas. Assim, o TJRJ compreendeu que ele participava de associação para o tráfico de drogas porque as pessoas que frequentavam os bailes, por ele promovidos, usavam substâncias ilícitas. E, este fato, foi confessado pelo acusado. Podemos identificar, nesse argumento, a aplicação da responsabilidade penal objetiva, tão rechaçada pelos ordenamentos jurídicos modernos.

Por fim, a última “prova” levada em consideração para corroborar o acervo já produzido é a de que o acusado avisava, através de suas redes sociais, a presença da polícia na comunidade. Entendemos que considerar essa conduta como condizente com o delito de associação para o tráfico é desconhecer, por completo, a realidade das comunidades cariocas, apesar de constantemente noticiada em rádio, televisão e internet.

Segundo Ferrajoli (2002), “o direito é um universo linguístico artificial”. Por esta razão, é possível a construção de condições e critérios de justificação das decisões admitidas pelo Direito como válidas.

No caso aqui analisado, as deficiências quanto ao exercício da indução fática, através da denotação, e da dedução jurídica, por meio da verificação, impossibilitaram o exercício do poder de conotação. O esvaziamento da equidade promoveu o alargamento da discricionariedade.

Conforme já exposto neste trabalho, os sistemas penais evoluídos desenvolveram técnicas apropriadas tanto de formulação das leis (técnica legislativa de estrita legalidade) quanto de aplicação das leis aos fatos julgados (aplicação interpretativa de estrita jurisdicioriedade). Essas técnicas contribuem para que a fundamentação dos juízos se dê em decisões sobre a verdade, convalidáveis ou invalidáveis como tais, mediante controles lógicos e empíricos e, portanto, o mais possível subtraídas ao erro e ao arbítrio (FERRAJOLI, 2002).

A observância dessas técnicas é imprescindível para a manutenção da racionalidade do sistema jurídico, amparada no convencionalismo penal e no cognitivismo processual.

Os desembargadores do TJRJ decidiram amparados na filosofia da consciência consistente no livre convencimento motivado e, conseqüentemente, empregaram critérios extrajurídicos na tomada de decisão.

Ressalte-se que o juízo de primeiro grau se utilizou de fundamento jurídico para proferir a sentença absolutória. Foi empregada a regra de julgamento do *in dubio pro reo*, corolário do direito fundamental da presunção de inocência. Isso porque, diante da dúvida, o julgador não pode se abster de julgar (*non liquet*), cabendo a ele utilizar os princípios gerais do direito para preencher o espaço de incerteza probatória.

Entendemos, assim, que os princípios gerais do ordenamento se propõem a orientar politicamente as decisões e permitir sua valoração e seu controle. De modo que, mesmo com sua aplicação aos espaços de incerteza, é possível empreender a verificabilidade e falseabilidade das hipóteses acusatórias comprovadas que fundamentam a decisão. Agindo assim o julgador se utiliza do cognitivismo judicial.

Mas, também já explanado nesse trabalho, a utilização do cognitivismo está relacionada ao espírito democrático do julgador, uma vez que não possuindo, este último, a consciência dos limites de sua função, produzirá decisões antidemocráticas, substancialistas e arbitrárias.

Os critérios pragmáticos de aceitação de completude dos espaços de incerteza probatória limitam os espaços de poder, ao mesmo tempo em que possibilitam o controle da atividade jurisdicional, contribuindo para racionalidade e inteligibilidade do sistema (FERRAJOLI, 2002).

Por outro lado, os espaços de incerteza e, conseqüentemente de poder, são alargados por leis penais indeterminadas, que provocam a indeterminabilidade da verdade processual e, conseqüentemente, a aplicação do decisionismo judicial.

O decisionismo judicial baseia-se no cognitivismo ético, de modo que para a produção dos pronunciamentos judiciais penais são utilizados critérios de aplicação da lei metajurídicos, sejam éticos, morais ou políticos, como os utilizados no caso aqui analisado. Referidos critérios são aplicados nos modelos substancialistas de direito penal, ou seja, nos sistemas autoritários de direito penal. Esses sistemas se utilizam da punição do autor pelo que ele é e não pelo que ele fez, partem de um ponto de vista ético, naturalista ou social, ou seja, ontológico (FERRAJOLI, 2002).

Tanto é assim, que até mesmo na fixação do regime inicial de cumprimento de pena, apesar do acusado ser primário e possuidor de bons antecedentes, apesar de sua pena ter sido fixada em 6 (seis) anos de reclusão, os desembargadores decidiram por fixar o regime inicial fechado porque “o regime mais brando não seria suficiente para a reprovação do crime, nos termos do artigo 44, inciso III, do Código Penal”.

Renan Santos da Silva estava preso cumprindo sua pena em regime fechado, a título de execução provisória da pena após julgamento em segunda instância. Foi posto em liberdade em outubro de 2019, após o julgamento das ADCs 43 e 44 pelo Supremo Tribunal Federal, reconhecendo que o disposto no Código de Processo Penal acerca da execução da pena após o trânsito em julgado é compatível com o direito fundamental da presunção de inocência.

3.3. Entre cognitivismo e decisionismo

Conforme visto na seção anterior, o poder de denotação do julgador para “integrar os espaços irreduzíveis de discricionariedade deixados em aberto pelos defeitos inevitáveis de denotação da linguagem legal e da linguagem comum” (FERRAJOLI, 2002, p. 104), possibilitou a reforma de uma sentença absolutória que havia aplicado o princípio do *in dubio pro reo*, utilizando argumentos extrajurídicos.

Detectamos assim uma tensão entre cognitivismo e decisionismo, o primeiro amparado na utilização da metodologia garantista de produção dos pronunciamentos judiciais penais e o segundo, como vemos em seção própria, fundamentado na teoria do pragmatismo jurídico.

O modo que completamos os espaços de incerteza previstos na lei é o que diferencia cognitivismo e decisionismo, garantismo e pragmatismo. Dessa forma, a construção desses espaços é imprescindível para compreender os limites jurídicos ao seu preenchimento.

No campo da linguagem legal é utilizada a interpretação da lei para integrar os espaços irreduzíveis contidos nos signos linguísticos legislativos. Enquanto que, no campo da linguagem comum, é feita a interpretação dos fatos de modo a possibilitar a denotação fática mais objetiva e precisa possível.

A utilização do poder de disposição aumenta na medida em os princípios da legalidade estrita e de estrita jurisdicionariedade forem ausentes, permitindo que o julgador profira decisões discricionárias não sobre a verdade, conforme exigido pela denotação fática, mas sobre valores outros, do tipo ético-político (FERRAJOLI, 2002).

Nesse sentido, quando não se consegue determinar a verdade, é instaurado o arbítrio judicial. Isso porque, todos os espaços de insegurança são equivalentes a espaços de poder, a exemplo da análise feita na seção anterior.

O poder judicial de disposição dispensa a motivação cognitiva pois se utiliza apenas de opções ou juízos de valor que não contém caracterização semântica, mas apenas caracterizações pragmáticas (FERRAJOLI, 2002).

Percebemos aqui que o sistema normativo garantista, desenvolvido por Luigi Ferrajoli, defende que quanto maior o exercício do poder judicial de disposição menos se observa a efetividade da jurisdição. Isso porque, a decisão judicial que não

possibilita a refutação objetiva é mero exercício de repressão, uma vez que não existe o juízo de comprovação e sim de decisão. É o puro poder das instâncias julgadoras (FERRAJOLI, 2002).

Entretanto, os limites à discricionariedade judicial é questão há muito analisada e debatida por diversos autores.

Os problemas oriundos da discricionariedade judicial não atingem somente a seara penal, mas é neste campo que suas consequências são mais nefastas. Não são poucos os momentos nos quais o julgador substitui a razão por sua própria vontade, transmudando a relação entre norma e sentença, que passa a assumir aspecto diverso, o caso concreto é decidido conforme a vontade do juiz e não amparado na racionalidade das leis da lógica (LOSANO, 2010).

Considerando que “toda interpretação é um ato produtivo; sabemos que o intérprete atribui sentido a um texto e não reproduz sentidos nele já existentes” (STRECK, 2017, p. 71). Dessa forma, não defendemos a ausência da atividade interpretativa, de criação, mas sim a possibilidade de um efetivo controle hermenêutico do produto, ou seja, dos pronunciamentos judiciais.

Nesse sentido, entendemos que o exercício da discricionariedade judicial sem regras de limitação gera arbítrio e a decisão perde sua legitimidade uma vez que se transforma em mero instrumento de repressão.

Não se nega a possibilidade de que argumentos morais integrem o Direito, isso porque, enquanto linguagem, este último possui vagezas e ambiguidades, que são os espaços de insegurança. Desse modo, se não há uma definição acerca de sua significação, os julgadores estão autorizados a criar o Direito fazendo uso de padrões externos ao Direito, ou seja, extrajurídicos, sejam morais, éticos, econômicos ou políticos (STRECK, 2017).

Entretanto, na prática jurídica, essa discricionariedade judicial “assemelha-se à vulgata da filosofia da consciência, ao modo como o subjetivismo da modernidade compreende a própria realidade, ou seja, sem nenhum controle intersubjetivo” (STRECK, 2017, p. 57).

Esclarecemos, assim, que não se trata de mecanizar o direito e, conseqüentemente o exercício interpretativo de sua aplicação. Mas sim de limitar e restringir as interpretações amparadas em critérios outros, extrajurídicos, sejam eles morais, éticos, econômicos ou políticos, principalmente na produção de pronunciamentos judiciais penais.

O Direito Penal do Combate, como veremos, se materializa através do pragmatismo jurídico, comprometendo a imparcialidade do julgador que passa a adotar uma postura condizente com a do acusador. Nesse sentido, compreendemos que as decisões judiciais penais não se legitimam tão somente pela formalidade de sua fundamentação, mas pela coerência desta com os preceitos constitucionais.

4

O PODER JUDICIÁRIO E O COMBATE AO CRIME

O signo linguístico “combate” nos remete à linguagem utilizada em guerra, significando uma luta menor que a batalha. Na atualidade, o significado da palavra adaptou-se à luta, armada ou não. Combater, de alguma forma, é lutar.

Demonstraremos, nesse trabalho, a equivocada utilização desse signo linguístico quando atribuído à função judicial. Não são poucas as “varas de combate” existentes no Brasil. Mas, o equívoco não se restringe à mera utilização da palavra, na verdade, a utilização do signo “combate” como função própria do Judiciário é consequência do desvirtuamento do paradigma constitucional.

Pensar de forma contrária é admitir que os pronunciamentos judiciais penais somente são legítimos na medida em que encarceram suspeitos e condenam acusados. Somente nessa medida é implementado o “combate” de forma eficaz. Se há concessão de liberdade provisória e sentença absolutória, o judiciário perde a batalha, ou seja, falha na sua missão de “combater”. É desse modo que o signo “Poder Judiciário” perde seu significado constitucional.

A ferramenta utilizada pelo Judiciário para esvaziar sua função constitucional é o exercício interpretativo. Como já visto até aqui, o problema interpretativo não é atual, mas talvez esse seja seu momento mais crítico sob a égide democrática após 1988.

A utilização de uma metodologia vinculante na produção dos pronunciamentos judiciais penais, como exposta em capítulo próprio, que realizasse os processos de indução fática, dedução jurídica, equidade e, por fim, a aplicação dos critérios pragmáticos de aceitação, reduziria o caráter substancialista das

decisões judiciais. O exercício cognitivo restringe a liberdade no convencimento do juiz, para que não ultrapasse dos argumentos jurídicos.

O que acontece hoje, no Ordenamento Jurídico Brasileiro, é a utilização do princípio do “livre convencimento motivado” para justificar a tomada de decisão, em matéria penal, através de critérios éticos, morais, políticos, enfim, extrajurídicos. O crescimento dessas decisões e a sua repercussão social foi um marco na colocação do Judiciário enquanto combatente do crime e da criminalidade, não sem a ajuda dos meios de comunicação em massa.

Esses meios, aliados às novas tecnologias de propagação da informação, de modo pouco responsável, tem modificado a complexidade do saber, em diversas esferas, e o saber jurídico não ficou imune. Esvazia-se o discurso acadêmico e propaga-se, com uma velocidade inimaginável, o “vazio de pensamento”, utilizando as palavras de Zaffaroni (2007).

Como já explanado, o paradigma da democracia constitucional, eleito pelo constituinte brasileiro de 1988, além de separar os poderes da república, delimita suas funções. De modo que, aos poderes executivo e legislativo, que são poderes majoritários, cujos representantes são eleitos pelo povo, cabe a representação deste. Por sua vez, ao Poder Judiciário, cuja legitimidade advém da Constituição, cabe a função contramajoritária, ou seja, de proteção e efetividade dos direitos fundamentais, ainda que em desacordo com o consenso da maioria.

Entretanto, o que se tem verificado, na realidade brasileira, é a flexibilização de direitos fundamentais pelo próprio Poder Judiciário, ao ponto deste se posicionar em um dos lados da relação processual penal e desequilibrar a balança da justiça.

Essa tendência também não é atual, nossa pesquisa não tem o objetivo de analisar o Poder Judiciário em si, mas sim de explanar de que forma os julgadores brasileiros tem desvirtuado o paradigma constitucional, violado os preceitos constitucionais no exercício interpretativo, ao se colocar como órgão de combate ao crime e à criminalidade.

Para tanto, não podemos olvidar do contexto histórico, qual seja, da revolução comunicacional na qual estamos inseridos. As novas tecnologias e seus meios de propagar as notícias tem interferência direta na transformação do Judiciário Brasileiro.

4.1. O desvirtuamento do Princípio da Publicidade Processual

Toda violação empreendida pelo Poder Judiciário não é vista como tal, diante da motivação do ato violador, é aqui que se consubstancia o “livre convencimento motivado”, significando um “pode decidir como quiser, desde que motive no que quiser”, nas palavras de Streck (2019, p. 39) “atualmente, vivemos em um estado de exceção interpretativo”. Compreendemos que a motivação só é

legítima se possui coerência com a Constituição Federal, do contrário, é apenas motivação no sentido formal, é estado de exceção.

A violação interpretativa empreendida pelo Poder Judiciário, quanto ao princípio da publicidade processual, ocasionou não somente o comprometimento do direito a um julgamento justo, como também a transformação do Poder Judiciário em poder majoritário, comprometido com o consenso da maioria. Demonstraremos, nesse tópico, a contribuição do “credo criminológico da mídia”, nas palavras de Nilo Batista, para a construção de um Poder Judiciário Combatente.

4.1.1. A publicidade do processo penal

Todo princípio incorporado ao Estado Moderno tem sua razão de existir, possui uma evolução histórica, imprescindível à interpretação para sua correta aplicação. No que diz respeito ao princípio da publicidade, Beccaria (2016) já fazia uma análise dos malefícios das acusações secretas, defendendo que a publicidade das acusações é condizente com o espírito de um povo republicano.

Até o século XII o sistema acusatório era o predominante, de modo que o processo não poderia ser concebido sem acusador legítimo. Entretanto, entre os séculos XII até o XIV houve a mudança de sistema, de modo que o sistema inquisitório passou a predominar e transformar de forma radical a fisionomia do processo (LOPES JÚNIOR, 2017).

Um dos traços caracterizadores do sistema inquisitório é a ausência de publicidade dos atos processuais. Dessa forma, o julgador, que também possui a função de investigador e acusador, decide em segredo.

A estrutura do processo inquisitorial baseia-se na ausência do contraditório, nas condenações secretas, na hierarquia das provas, estas por sua vez, possuía a confissão como rainha. A ausência da publicidade dos atos e de suas formas proporcionava um procedimento sem qualquer controle da população nem garantias ao acusado.

No final do século XVIII e início do século XIX, já se desenhava uma mudança de paradigma quanto ao processo penal. Sem dúvida, a Revolução Francesa e os seus postulados de valoração do homem refletiram na seara processualística da época (LOPES JÚNIOR, 2017).

Nesse sentido, a volta do sistema acusatório resgata a publicidade dos atos processuais, como meio de proteger o acusado do arbítrio estatal tão presente nas acusações secretas do período inquisitorial.

Conforme já dito neste trabalho, a razão para que processo fosse público era possibilitar que a população fiscalizasse a aplicação da lei, para que a atuação do poder punitivo estatal ocorresse sem excessos, nem arbitrariedades. Além do próprio

acusado possuir o direito de conhecer seus acusadores e os fatos que lhe são imputados.

Desse modo, entendemos que o princípio da publicidade dos atos processuais funciona como um limitador do poder punitivo estatal. Por esta razão, Ferrajoli (2002, p. 492) afirma que a publicidade é uma “garantia de segundo grau ou garantia de garantias”, na medida em que é através dela que se controla a efetividade dos demais princípios processuais, dentre eles o devido processo legal. A publicidade possibilita o controle interno e externo da atividade jurisdicional.

Corroborando com esse entendimento, Mendes (2013, p. 397) afirma que “no Estado Democrático de Direito, a publicidade é a regra; o sigilo, a exceção”. Continua, o citado autor, afirmando que a possibilidade de colisão entre direitos fundamentais e o princípio da publicidade processual, demonstra que este último deve ser visto com temperamentos e “relativizado em razão da sua colisão com diversos outros princípios ou regras” (MENDES, 2013, p. 396).

Desse modo, entendemos que o princípio da publicidade dos atos processuais é primordial para o controle da atividade judicial, na seara penal, evitando-se autoritarismos e arbitrariedades. Entretanto, não possui caráter absoluto, uma vez que pode ser mitigado quando em colisão com outras garantias processuais penais.

Podemos concluir que a publicidade dos atos processuais, no âmbito do processo penal, se fundamenta, historicamente, na proteção do acusado, consubstanciando-se em garantia deste em face do Poder Punitivo Estatal. Nesse sentido, não é legítima sua utilização para prejudicar o acusado.

4.1.2. A publicidade do fato criminoso e do seu autor

Sábias e precisas as palavras de Carnelutti acerca da necessidade de compreensão do processo penal, e as funções determinadas de seus atores, por toda população e não somente pelos juristas, pois “é preciso que as pessoas comuns também compreendam, porque é por causa dessa particularidade que as pessoas adquirem aquelas falsas concepções sobre o processo, extremamente nocivas à civilidade” (CARNELUTTI, 2016, p. 58).

Mas, de que modo as pessoas têm informações acerca do processo penal? Apesar da publicidade dos atos processuais, autorizando, em regra, que qualquer pessoa tenha acesso às salas de audiência, bem como às peças juntadas ao processo, as informações são repassadas pelos grandes meios de comunicação, através de um discurso construído pelos editores e considerando os interesses do proprietário do meio, na divulgação das notícias.

Não podemos negar a transformação tecnológica pela qual o acesso à informação passou. E não podemos deixar fora dessa informação as que dizem respeito fato criminoso. “A globalização foi precedida por uma revolução

tecnológica que é, antes de tudo, uma revolução comunicacional” (ZAFFARONI, 2007, p. 53).

Os protagonistas dessa revolução comunicacional são os grandes meios de comunicação. Apesar da atual discussão acerca da participação das mídias sociais nas decisões políticas do país, entendemos que a imprensa ainda possui papel fundamental na transmissão da informação.

Diante disso, é importante ressaltar a observação feita por Ferrajoli (2014), de que o direito fundamental que os grandes meios de comunicação realmente se revestem não é a liberdade de expressão, mas sim o direito à propriedade. E não são raros os exemplos acerca dessa constatação, basta verificar a ausência de divergências políticas e ideológicas das pessoas que trabalham em determinada rede de televisão.

A liberdade de expressão é utilizada como subterfúgio para propagar o que seus interesses, muitos deles escusos, orientam. Os grandes meios de comunicação, segundo Nilo Batista, agem como verdadeiras agências executivas de direito penal, “todo e qualquer discurso legitimante da pena é bem aceito e imediatamente incorporado à massa argumentativa dos editoriais e das crônicas” (BATISTA, 2003, p.04).

A ausência de conhecimento técnico dos telespectadores acerca do direito, aliado aos interesses dos proprietários dos grandes meios de comunicação, gera o que Zaffaroni denomina de “discurso único do novo autoritarismo” (ZAFFARONI, 2007, p. 73).

Nesse sentido, entendemos que a ampla publicidade dos processos criminais, além dos fatos criminosos que ainda estão sendo investigados, provoca uma desinformação quanto ao real fundamento de existência do processo penal e o conseqüente equívoco quanto à função do Poder Judiciário.

Verificamos que são construídas narrativas tendenciosas, colocando o crime e o criminoso como verdadeiros inimigos da sociedade e despertando nesta a ideia de vingança como mecanismo mais eficaz para combater a criminalidade.

Zaffaroni (2007, p. 75) faz interessante observação sobre o tema:

“A irracionalidade é de tal magnitude que sua legitimação não pode provir nem sequer de grosserias míticas – como Rosenberg no Nazismo –, reduzindo-se antes a pura mensagem publicitária, com o predomínio de imagens. Sua técnica responde a uma pesquisa de mercado, que vende o poder punitivo como uma mercadoria. Na medida em que se verifica o êxito comercial da promoção emocional dos impulsos vingativos, ela é aperfeiçoada. Os serviços de notícias e os formadores de opinião são os encarregados de difundir esse discurso. Os especialistas que aparecem não dispõem de dados empíricos sérios, são palpitesiros livres, que reiteram o discurso único”.

O discurso único do novo autoritarismo é legitimado pela população na medida de sua desinformação acerca da imprescindibilidade das garantias constitucionais para a manutenção do Estado Democrático de Direito e incorporado pelo Poder Judiciário Brasileiro como forma de se legitimar perante a população¹⁶.

4.1.3. O tempo do direito e o tempo da notícia

Outro aspecto relevante ligado aos prejuízos advindos da ampla publicidade dos processos penais, pelos meios de comunicação de alto alcance, é a ideia de tempo. O teórico da dromologia, Virilio, já afirmava que “a velocidade é a alavanca do mundo moderno” (VIRILIO, 1996, p.10).

Quanto aos fatos criminosos, percebemos que a relação tempo-notícia e tempo-processo não é bem aceita pelos telespectadores. Isso se deve ao contínuo desserviço prestado pela grande mídia, quando multiplica notícias acerca do cometimento de crimes, soltura de presos, processos prescritos, e o que mais lhe interessar para construir a narrativa de “país da impunidade”.

Dessa maneira, a população passa a desejar a instantaneidade da punição, ou seja, a mera vingança, limitando as garantias e os direitos do acusado, em nome do “fim da impunidade”. E o Judiciário incorpora esse discurso do consenso da maioria para violar direitos fundamentais em nome de sua suposta efetividade do processo.

O exemplo mais recente é o julgamento do HC 152.752/PR¹⁷, que ressignificou o signo linguístico trânsito em julgado, para compreendê-lo como

¹⁶ Exemplificamos com a repercussão do caso Suzane Von Rchithofen, analisado por Simone Schreiber. “O caso teve grande repercussão na imprensa, culminando com uma reportagem no programa Fantástico, da Rede Globo de Televisão, em que o microfone do jornalista captou furtivamente uma conversa entre Suzane e seu advogado, na qual este a orientava a chorar na entrevista que seria dada a seguir. A veiculação da reportagem no Fantástico aconteceu no dia 9.4.2006. No dia seguinte, Suzane teve sua prisão preventiva decretada sem que nenhum fato novo relacionado ao processo tenha ocorrido. A “farsa” engendrada pela ré e seu advogado na TV e desvendada pelos repórteres do Fantástico foi a causa óbvia de sua prisão cautelar. A malfadada reportagem televisiva foi referida na promoção ministerial que postulou a prisão e na decisão do juiz que a decretou. (...) Ademais a entrevista de Suzane foi interpretada como tentativa de “criar fatos e situações novas, modificando indevidamente o panorama processual”, o que violaria o direito dos jurados de julgar considerando apenas a prova dos autos. Ironicamente, em um ambiente de campanha midiática pela condenação da ré, o juiz invocou a necessidade de preservar os jurados contra investidas da ré, para decretar sua prisão (como se a ré não pudesse, legitimamente, quando viesse a ser interrogada no Tribunal do Júri, chorar, assumir comportamento infantilizado e se mostrar fragilizada, para tentar sensibilizar os jurados)”. SCHREIBER, Simone. **A publicidade opressiva de julgamentos criminais**. Editora Renovar. Rio de Janeiro, 2008. P. 205-206.

¹⁷ <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=10964246>

juízo em segunda instância e, nos casos dos processos de competência do Tribunal do Júri, como julgamento por órgão colegiado. Desse modo, os Poder Judiciário, atendendo aos reclamos da maioria, representados pelo credo criminológico da mídia, viola o direito fundamental da presunção de inocência¹⁸.

Nesse sentido, o Judiciário Brasileiro se compromete a responder aos anseios sociais, anseios estes nascidos de uma percepção equivocada do processo penal, anseios desenvolvidos através de narrativas autoritárias construídas pelos grandes meios de comunicação.

Entendemos que esse discurso autoritário de elevação do poder punitivo estatal e diminuição das garantias penais foi facilmente incorporado pelo Poder Judiciário que, atualmente, se posiciona como “combatente” do crime e da criminalidade, como forma de ganhar legitimidade perante os jurisdicionados.

4.1.4. O Judiciário e a publicidade

Quanto à influência da publicidade midiática dos processos penais nas decisões judiciais não se trata apenas da questão do tempo, da resolução imediata do conflito, mas na exigência da condenação judicial, uma vez que a condenação popular já foi feita.

O discurso punitivista, autoritário, cerceador de direitos em nome da justiça, na verdade busca a vingança e não uma condenação judicial. A partir do momento em que se abdica de direitos e garantias do acusado não podemos esperar que o resultado do processo, ainda que siga seu tramite temporal regular, seja legítimo. A condenação não passa de mera vingança revestida de juridicidade, realizada através de um exercício interpretativo que considera mais o clamor popular que a aplicação efetiva dos preceitos constitucionais.

A título de ilustração, demonstramos, em tópico próprio, decisão judicial alheia aos preceitos legais, fundamentada em argumentos morais e, conseqüentemente, carecedora de cognitivismo diante da ausência do exercício de verificação/refutação. O acórdão do TJRJ que condenou o DJ Renan da Penha a uma pena de mais de 6 (seis) anos, em regime inicial fechado, responde aos anseios da população carioca, que vive um denominado “estado de guerra às drogas”, tendo

¹⁸ Apenas a título de exemplo, segue trecho da fala do ministro Luís Roberto Barroso, na sessão de julgamento do HC 152.752/PR: “A credibilidade e respeitabilidade da justiça, por evidente, integram o conceito de ordem pública, que ficaria violada pela falta de efetividade do processo penal. A demora na aplicação das sanções proporcionais em razão da prática de crimes abala o sentimento de justiça da sociedade e compromete a percepção que a cidadania tem de suas instituições judiciais. Punir alguém, muitos anos depois do fato, não realiza os principais papéis do direito penal, de prevenção geral, prevenção específica, retribuição e ressocialização”.

inclusive passado por processo de intervenção federal¹⁹. Entretanto, não é condizente com a processualística penal, o sistema acusatório e os preceitos constitucionais.

Percebemos que há uma evidente incompreensão do Poder Judiciário acerca de sua legitimidade enquanto Poder da República. Isso porque, na medida em que se compromete em decidir conforme o consenso da maioria, se distancia de sua função constitucional de poder contramajoritário, colocando em risco sua legitimidade.

Como bem esclarece Ferrajoli (2010), acerca da legitimação da atividade dos juízes:

Es el reforzamiento de las garantías penales y procesales que hoy viene impuesto, como fuente de legitimación del poder de los jueces y de su independencia, precisamente por la comprobada amplificación que han experimentado el papel y los espacios de la jurisdicción. En efecto, las fuentes de legitimación del poder judicial se identifican por completo con el sistema de las garantías, es decir, de los límites y de los vínculos – primero entre todos el de estricta legalidade penal – dirigidos a reducir al máximo el arbitrio de los jueces para así tutelar los derechos de los ciudadanos. (FERRAJOLI, 2010, P. 2016)²⁰

Não se pode conceber, em um Estado de Direito, o comprometimento dos juízes com o povo, com os anseios sociais, principalmente na seara penal. O compromisso dos julgadores deve ser com a Constituição Federal e com as leis. Deve ser mantida a independência dos Poderes e, conseqüentemente suas competências constitucionais.

É nesse sentido que a se fundamenta a legitimação da jurisdição. Uma legitimação que não se equipara com aquela proveniente da representação política, através do sistema majoritário, mas sim com a legitimação através da tutela da intangibilidade dos direitos fundamentais consagrados (CÁRCOVA, 1996)

A independência do Poder Judiciário deve alcançar também sua postura frente à opinião pública. Os julgadores devem deferência aos dispositivos legais e,

¹⁹ A Intervenção Federal no Estado do Rio de Janeiro foi decretada pelo Presidente da República, através do Decreto 8.288 de 16 de fevereiro de 2018 e aprovada pelo Congresso Nacional, através do Decreto Legislativo 10, publicado no Diário Oficial da União em 21 de fevereiro de 2018. A Intervenção Federal foi finalizada em 31 de dezembro de 2018.

²⁰ Tradução livre realizada pela autora deste trabalho: É o fortalecimento das garantias penais e processuais que hoje é imposta, como fonte de legitimação do poder dos juízes e sua independência, justamente por causa da amplificação simpática vivenciada pelo papel e espaços da jurisdição. De fato, as fontes de legitimidade do Judiciário são totalmente identificadas pelo sistema de garantias, ou seja, dos limites e dos vínculos – em primeiro lugar, a estricta legalidade do crime – visando minimizar a decisão dos juízes de assim, proteger os direitos dos cidadãos.

por sua vez, a decisão judicial deve obediência à lei e não à opinião pública (NALINI, 2019).

Cabe aqui concluir que a atual aplicação do princípio da publicidade do processo penal não corresponde à razão pela qual ele foi incorporado aos ordenamentos jurídicos modernos. Houve um desvirtuamento dessa publicidade, que deixou de ser princípio de proteção do acusado no processo penal, para se transformar fator de desvirtuamento do paradigma constitucional.

Ressaltamos que esse posicionamento não representa uma defesa do retorno ao sigilo, mas sim uma defesa à aplicação do real fundamento de existência do princípio da publicidade que, como vimos, não se confunde com publicização midiática do fato e do seu autor.

4.2. O esvaziamento do sistema acusatório

Vimos que a resignificação do princípio da publicidade do processo penal, desvirtuando sua função de garantia processual de proteção do acusado diante do poder punitivo estatal, é um dos atuais mecanismos de transformação do Poder Judiciário.

O direito penal do combate, como denominamos neste trabalho, se materializa na superação do paradigma constitucional, transformando o Judiciário em órgão de combate ao crime e à criminalidade e o posicionando ao lado do órgão acusador.

Nesse contexto, o sistema acusatório é reduzido à mera característica formal de separação do julgador da acusação. A tomada de decisão sem qualquer metodologia comprometida com a tutela dos direitos fundamentais demonstra que, na perspectiva material, o sistema adotado pelo judiciário brasileiro tem mais similitude com o modelo inquisitório.

Ressaltamos aqui que o poder punitivo é democrático, na medida em que é previsto constitucionalmente. Entretanto, a mesma Constituição que o prevê apenas o legitima se exercido com exclusividade pelo Estado e implementado de acordo com os princípios expressos e implícitos no texto constitucional, além dos tratados internacionais, dos quais o Brasil seja signatário.

Os sistemas de limitação do poder punitivo estatal não são uma inovação do Estado Moderno. Isso porque, a Magna Carta de 1215 que inspirou o “*due process of law*”, bem como as “leis da terra”, já previam a proteção da dignidade da pessoa humana limitando o arbítrio estatal (PRADO, 2005).

Desde a promulgação da Constituição Federal de 1988 é possível perceber a tensão entre ideias e práticas voltadas à eficiência e efetividade punitiva do processo penal e a eleição e condução do processo enquanto limitador do poder punitivo estatal, tutelando direitos do acusado. Atualmente, conforme já explanado, o contexto do credo criminológico da mídia creditou ao Judiciário a tarefa da efetividade punitiva, e este, por sua vez, incorporou essa tarefa e tem desenvolvido o que aqui denominamos de direito penal do combate.

Para tanto, faz uso do livre convencimento motivado e, a título de ilustração, cabe expor trecho da decisão do Supremo Tribunal Federal, no julgamento do HC 73.338-7/RJ²¹, no ano de 1996, de relatoria do Ministro Celso de Melo e, em seguida, trecho da decisão no julgamento do HC 126.292/SP²², no ano de 2016, de relatoria do Ministro Teori Zavaski:

STF - HC 73.338-7/RJ:

“O PROCESSO PENAL COMO INSTRUMENTO DE SALVAGUARDA DAS LIBERDADES INDIVIDUAIS

A submissão de uma pessoa à jurisdição penal do Estado coloca em evidência a relação de polaridade conflitante que se estabelece entre a pretensão punitiva do poder público e o resguardo à intangibilidade do *jus libertatis* titularizado pelo réu.

A persecução rege-se, enquanto atividade estatal juridicamente vinculada, por padrões normativos que, consagrados pela constituição e pelas leis, traduzem limitações significativas ao poder do Estado. Por isso mesmo, o processo penal só pode ser concebido – e assim deve ser visto – como instrumento de salvaguarda da liberdade do réu.

O processo penal condenatório não é instrumento de arbítrio do Estado, ela representa, antes, um poderoso meio de contenção e de delimitação dos poderes de que dispõe os órgãos incumbidos da persecução penal. Ao delinear um círculo de proteção em torno da pessoa do réu – que jamais se presume culpado, até que sobrevenha sentença irrecorrível condenatória – o processo penal revela-se instrumento que inibe a opressão judicial e que, condicionado por parâmetros ético-jurídicos, impõe ao órgão acusador o ônus integral da prova, ao mesmo tempo em que faculta ao acusado, que jamais necessita demonstrar a sua inocência, o direito de defender-se e de questionar, criticamente,

²¹ Disponível em:

<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=74424>

²² Disponível em:

<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=10964246>

sob a égide do contraditório, todo os elementos probatórios produzidos pelo Ministério Público.

A própria exigência do processo judicial representa poderoso fator de inibição do arbítrio estatal e de restrição ao poder de coerção do estado. A cláusula *nulla poena sine iudicio* exprime, no plano do processo penal condenatório, a salvaguarda da liberdade individual?.

STF - HC 126.292/SP:

“(...) Nesse quadro, cumpre ao Poder Judiciário e, sobretudo, ao Supremo Tribunal Federal, garantir que o processo - único meio de efetivação do *jus puniendi* estatal -, resgate essa sua inafastável função institucional. A retomada da tradicional jurisprudência, de atribuir efeito apenas devolutivo aos recursos especial e extraordinário (como, aliás, está previsto em textos normativos) é, sob esse aspecto, mecanismo legítimo de harmonizar o princípio da presunção de inocência com o da efetividade da função jurisdicional do Estado. Não se mostra arbitrária, mas inteiramente justificável, a possibilidade de o julgador determinar o imediato início do cumprimento da pena, inclusive com restrição da liberdade do condenado, após firmada a responsabilidade criminal pelas instâncias ordinárias.

11. Sustenta-se, com razão, que podem ocorrer equívocos nos juízos condenatórios proferidos pelas instâncias ordinárias. Isso é inegável: equívocos ocorrem também nas instâncias extraordinárias. Todavia, para essas eventualidades, sempre haverá outros mecanismos aptos a inibir consequências danosas para o condenado, suspendendo, se necessário, a execução provisória da pena. Medidas cautelares de outorga de efeito suspensivo ao recurso extraordinário ou especial são instrumentos inteiramente adequados e eficazes para controlar situações de injustiças ou excessos em juízos condenatórios recorridos (...)”.

É visível a mudança de orientação quanto à função do processo penal, para a Corte Constitucional do Brasil, que nos idos de 1996 era reconhecido como instrumento de salvaguarda das liberdades individuais. Dito de outra forma, o processo penal era o mecanismo de contenção do poder punitivo estatal. Já em 2016, ou seja, 20 anos depois, o processo penal é entendido como “único meio de efetivação do *jus puniendi* estatal”, e essa efetivação é a sua “função institucional inafastável”, que deve ser garantida pelo Poder Judiciário e sobretudo pelo Supremo Tribunal Federal.

Da análise desses dois trechos verificamos que o processo penal é deslocado da posição de instrumento de legitimação da punição, através da observância dos direitos fundamentais, traduzidos no devido processo legal, para a posição de

efetivador do *jus puniendi* estatal e, para alcançar esse fim, possibilita a flexibilização das garantias penais e processuais penais.

Por esta razão, o tema aqui proposto é de fundamental importância para compreender a postura do Poder Judiciário e avaliar as futuras implicações desse novo paradigma no plano do processo penal. Em tópico próprio, veremos que essa postura é assumida através da argumentação pela via do pragmatismo jurídico e, concluiremos, que a utilização dessa pragmática, importada do ordenamento jurídico norte americano, enseja o puro decisionismo judicial, aqui já conceituado.

Nesse sentido, para melhor entendimento da questão, é necessária uma análise acerca do sistema acusatório.

4.2.1. Processo penal para quê?

Inicialmente destacamos que, conforme já bem salientado neste trabalho, o paradigma utilizado e defendido por nós é o paradigma da democracia constitucional. Nesse sentido, a leitura acerca da utilidade do processo penal será realizada através dele, ou seja, o processo é o instrumento por meio do qual se efetiva as garantias penais e processuais penais, previstas constitucionalmente.

Os princípios que norteiam o processo penal, de determinado ordenamento jurídico, são o segmento da sua política estatal em geral (GOLDSCHMIDT, 2018). Nesse sentido, Aury Lopes Jr. (2017) enuncia que a um sistema autoritário, com uma Constituição igualmente autoritária, corresponderá um processo penal utilitarista, autoritário. Noutro sentido, um sistema democrático, regido por uma Constituição igualmente democrática, terá uma processualística penal democrática.

“O fundamento legitimante da existência do processo penal democrático se dá por meio de uma instrumentalidade constitucional” (LOPES JR. 2017, p. 30). Nesse sentido, o processo penal só se legitima se estiver em conformidade com as garantias previstas na Constituição Federal.

De modo que, a Constituição deve fixar, de forma clara e precisa, as regras do jogo democrático, além de prever os limites da circulação do poder (PRADO, 2005).

Considerando que a Constituição Federal de 1988 é posterior à nossa lei processual, que data de 1941, é necessária a conformidade desta última com os ditames constitucionais. Não raras vezes, a constituição é relegada à categoria de mera folha de papel²³. O desafio é compreender que a efetividade do paradigma constitucional impõe um processo penal constitucional, garantidor de direitos

²³ Termo utilizado segundo a concepção sociológica das constituições escritas, desenvolvida por Ferdinand Lassale.

fundamentais, que possibilite a justa aplicação da pena e se afaste da perspectiva vingativa estatal, em outras palavras, do punitivismo.

Nas precisas palavras de Aury Lopes Jr. (2017, p. 32):

O processo penal não pode mais ser visto como um simples instrumento a serviço do poder punitivo (direito penal), senão que desempenha o papel de limitador do poder e garantidor do indivíduo a ele submetido. Há que se compreender que o respeito às garantias fundamentais não se confunde com impunidade, e jamais se defendeu isso. O processo penal é um caminho necessário para chegar-se, legitimamente, à pena. Daí por que somente se admite sua existência quando ao longo desse caminho forem rigorosamente observadas as regras e garantias constitucionalmente asseguradas (as regras do devido processo legal).

Segundo a CF/88, a liberdade é um direito fundamental²⁴. De modo que, a necessidade de justificação e de legitimação recai sobre o poder de punir do Estado e não sobre o direito de liberdade. A intervenção estatal necessita de justificação, que é realizada através do devido processo legal, “a garantia e o exercício da liberdade individual não necessitam de qualquer legitimação, em face de sua evidência” (TAVARES, 2003, p. 162).

Desse modo, a persecução penal pode ser conceituada como o conjunto de atividades juridicamente vinculadas que, por sua vez, limitam o poder punitivo estatal em prol da efetivação dos direitos fundamentais, considerando que estes últimos pertencem a todas as pessoas, inclusive aos acusados pela prática de crimes (PRADO, 2005).

A escolha do sistema acusatório é uma natural consequência da aplicação do princípio democrático em relação ao direito. Entretanto, ele não se limita à separação das funções atribuídas aos três sujeitos processuais – julgador, acusador e defensor – mas busca efetivar os direitos fundamentais previstos na constituição democrática.

De igual forma, os direitos fundamentais não se limitam à expressão nem ao resultado de uma elaboração normativa, de caráter abstrato e racional, os direitos fundamentais são, antes de tudo, “respostas normativas-históricas concretas às experiências mais insuportáveis de limitação e risco para as liberdades” (Denninger Erhard apud Perez Luño, Antonio-Enrique, 1996, p. 40).

Concluimos este tópico respondendo à pergunta que o intitula. O processo penal é instrumento de efetivação dos direitos e garantias fundamentais frente ao poder punitivo estatal, legitimador da punição. Na mesma medida em que o poder

²⁴ Prescreve o *caput* do art. 5º, da Constituição Federal, que “Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade”.

punitivo estatal é democrático, somente estará legitimado se sua instrumentalidade se der em nível constitucional, ou seja, somente estará justificado se observar os direitos fundamentais através do devido processo legal.

Essa compreensão é fundamental para conclusão deste trabalho, pois através dela comprovamos que o direito penal do combate subverte a lógica do sistema acusatório, transferindo ao julgador a atribuição de combater o crime e a criminalidade e, através do processo penal, “efetivar o *jus puniendi* estatal”, nas palavras do ministro Teori Zavask, relator do HC 126.292/SP, já exposto aqui.

4.2.2. Entre acusação e inquisição

Inicialmente cabe destacar a diferença, feita por Geraldo Prado (2005), entre sistema acusatório e princípio acusatório. Para o citado autor, o sistema acusatório é composto por normas e princípios fundamentais que estão dispostos e orientados a partir do principal princípio, qual seja, o princípio acusatório.

Partindo do pressuposto de que são as “regras do jogo”, nas palavras de Goldschmidt, que diferenciam o sistema acusatório do inquisitório, concluiremos que, o direito penal do combate, na medida em que esvazia o sistema acusatório, se aproxima do inquisitório.

O sistema inquisitório concebe o processo penal enquanto instrumento de realização do direito material, em outras palavras, de “efetivação do *jus puniendi* estatal”, se satisfazendo com o resultado obtido de qualquer modo, pois as regras do jogo devem ser interpretadas para dar efetividade ao processo.

Por sua vez, para o sistema acusatório, o respeito e observância às regras do jogo são imprescindíveis à legitimidade do resultado. Nesse sentido, o processo é concebido como instrumento de contenção do poder punitivo estatal, impondo regras, ao exercício desse poder, que encontram fundamento constitucional nos direitos fundamentais de todo cidadão.

Entretanto, não é somente a delimitação prévia das regras do jogo que caracteriza o sistema acusatório. Isso porque, as regras necessitam de sujeitos para aplicá-las, desse modo, o que diferencia os sistemas acusatório e inquisitório é também a distribuição de cada uma das funções aos sujeitos do processo (PRADO, 2005).

No sistema inquisitório, que tem por objetivo efetivar o direito material, o poder de punir, a função do juiz é de segurança pública no magistério penal (PRADO, 2005). Confundem-se as atividades de acusar e julgar e o acusado perde sua condição de sujeito e passa a ser visto como o objeto da investigação (LOPES JR., 2017).

Da leitura dos preceitos constitucionais, compreendemos que o legislador constituinte de 1988 elegeu o sistema acusatório para gerir o processo penal.

Entretanto, conforme já salientado, o código de processo penal é anterior à constituição e o aplicador da lei preferiu uma adaptação amena aos preceitos constitucionais. A doutrina, por sua vez, para explicar esse movimento contrário ao sistema de não recepção das inconstitucionais desenvolveu o que se convencionou denominar de “sistema misto”.

Através da construção doutrinária do sistema misto, passa-se uma ideia equivocada de que ele seria o equilíbrio entre os dois sistemas puros, acusatório e inquisitório. E, diante da confusão entre acusador e julgador, empreendida por este último sistema, surge o Ministério Público, uma parte fabricada para o processo penal, com o objetivo de garantir a imparcialidade do julgador.

A problemática do sistema misto reside na mesma confusão entre julgador e acusador presente no sistema inquisitório puro. Por um lado, cria-se uma parte que se diz imparcial, que é o Ministério Público, e por outro, possibilita que o julgador tenha poderes instrutórios²⁵ na gestão da prova.

Há, na verdade, uma maquiagem conceitual, isso porque, não é suficiente que se tenha uma função de acusação distinta da decisória para constituir o processo acusatório. Antes, é indispensável que a gestão da prova esteja sempre confiada às partes, e que o Ministério Público seja reconhecido enquanto parte, somente dessa forma pode ser garantida a imparcialidade do juiz (LOPES JR. 2017).

O promotor de justiça inserido no direito penal do combate não se reconhece enquanto parte no processo penal. Para ele, a própria Constituição Federal lhe confere imparcialidade, quando enuncia que lhe incumbe a defesa da ordem jurídica²⁶, tudo isso em coerência com o princípio do interesse público, que será melhor analisado mais adiante.

O Ministério Público é uma “parte fabricada”, nas palavras de Carnelutti, e assim deve ser compreendido, “¿No es como reducir un círculo a un cuadrado, construir una parte imparcial? El ministerio público es un juez que se hace parte. Por eso, em vez de ser una parte que sube, es un juez que baja”²⁷ (CARNELUTTI, 2016, p. 99).

Por sua vez, James Goldschmidt alerta que compreender o Ministério Público enquanto órgão imparcial no processo penal é incorrer “em el mismo error psicológico que ha desacreditado al proceso inquisitivo”²⁸ (2018, p. 29).

²⁵ A título de ilustração, o *caput* do art. 209 do Código de Processo Penal é um dispositivo legal que confere ao julgador poderes instrutórios, nos seguintes termos “O juiz, quando julgar necessário, poderá ouvir outras testemunhas, além das indicadas pelas partes”.

²⁶ Art. 127, *caput*, da Constituição Federal.

²⁷ Tradução livre realizada pela autora desse trabalho: "Não é como reduzir um círculo a um quadrado, construir uma parte imparcial? O ministerio público é um juiz que está sendo parte. Então, em vez de ser uma parte que sobe, é um juiz que desce".

²⁸ Tradução livre realizada pela autora desse trabalho: "no mesmo erro psicológico que desacreditou o processo inquisitivo"

Nesse sentido, podemos afirmar que, no sistema acusatório o Ministério Público é parte e deve ser considerado enquanto tal. O fato de ter suas funções delimitadas constitucionalmente, obrigando a agir com estrita observância da legalidade, não pode ser confundido com a imparcialidade que é característica exclusiva do julgador.

Na perspectiva do direito penal do combate, a concepção de um Ministério Público incumbido de defender a ordem jurídica e o regime democrático é aceita também no plano do processo penal. Além disso, é imprescindível o reconhecimento de que o julgador tem poderes instrutórios e cabe a ele buscar a verdade real no processo penal. Somente dessa maneira, o processo cumpriria a sua função que, segundo os julgadores combatentes, é efetivar o *jus puniendi* estatal.

Percebemos assim, que o esvaziamento do sistema acusatório para possibilitar a introdução de um direito penal do combate no ordenamento jurídico brasileiro inicia com a recepção de um sistema processual inconstitucional, que atribui poderes instrutórios ao juiz, baixando-o à condição de parte e, ao mesmo tempo, concebe o Ministério Público enquanto órgão imparcial, elevando-o à condição de julgador. Não por outra razão, com acerto, Aury Lopes Jr. (2017) denomina o nosso sistema de (neo) inquisitório.

Salo de Carvalho (2008) analisando o pensamento de Luigi Ferrajoli quanto ao sistema acusatório, afirma que há dois modelos de Estado e de direito e que, esses modelos formularão as estruturas do direito e do processo penal. Nesse sentido, ao Estado democrático de direito corresponderia o modelo garantista e ao Estado autoritário corresponderia o modelo inquisitorial.

Na perspectiva adotada neste trabalho, o modelo garantista se traduz no modelo acusatório (puro). E, conforme já verificado aqui, este não é o modelo adotado no Brasil.

Ao observar a estrutura jurídico penal do modelo inquisitório, verificaremos que o Direito Penal do Combate providencia a sua reincorporação ao ordenamento jurídico brasileiro através da reinterpretação dos dispositivos constitucionais.

Luigi Ferrajoli (2002), de forma didática, propõe a caracterização da estrutura inquisitória através de identificação de alguns elementos que são assimétricos aos elementos constantes na estrutura do modelo garantista. Nesse sentido, entendemos que referidos elementos são contrários ao atual modelo constitucional. Entretanto, são considerados atualmente no modelo que é praticado no país.

Analisaremos dois desses elementos. O primeiro deles é a concepção ontológica do delito. Por essa concepção, a análise do fato criminoso não recairia sobre uma conduta determinada, previamente disposta na lei, mas sim sobre a pessoa que pratica a conduta, à personalidade que é classificada como perversa, perigosa, apta a colocar em risco a ordem pública (Carvalho, 2008).

O Direito Penal do Combate materializa essa concepção quando admite a prisão preventiva como antecipação de pena. Essa admissão ocorre quando o

jugador se depara com, por exemplo, fato noticiado pela mídia e que ganhou repercussão nas redes sociais e, sem análise concreta dos elementos autorizadores da custódia cautelar, decreta a prisão preventiva considerando o que acredita ser a periculosidade do agente²⁹.

Entretanto, não ocorre somente nos fatos de repercussão midiática, mas também nos de repercussão local, nas diversas cidades do nosso imenso país. Não sem razão, 42,97% (quarenta e dois, noventa e sete por cento) dos presos brasileiros são presos provisórios³⁰.

É preciso destacar que essa concepção ontológica do delito não é nova, adquirindo diversas versões ao longo da história, nas palavras de Luigi Ferrajoli (2002, pag. 14):

A concepção ontológica do delito pode ser verificada desde as doutrinas moralistas que identificam no crime um pecado às naturalistas que vêem no crime um sinal de anormalidade ou patologia psicofísica do sujeito, até aquelas pragmáticas e utilitaristas que a este conferem relevância somente quando se mostra como sintoma especial e alarmante da periculosidade do seu autor.

No nosso trabalho compreendemos que essa concepção é adotada a partir de uma postura pragmática e utilitarista do julgador brasileiro.

Nesse sentido, a sanção assume caráter diverso nos dois modelos, no modelo acusatório/garantista ela representa uma resposta jurídica à conduta violadora da norma (*quia prohibitum*). Por sua vez, no modelo inquisitorial/autoritário ela pode ser caracterizada como uma reposta *quia peccatum*, ou seja, o infrator é punido não pelo fato mas por ser considerado perigoso, perverso (CARVALHO, 2008).

O segundo elemento, já explanado nesse trabalho, diz respeito ao decisionismo processual, quando o juízo inquisitorial abandona o exercício cognitivo, a análise probatória e, como efeito da ausência de critérios objetivos, a decisão e, conseqüentemente a aplicação da pena, se fundamenta em subjetivismos. A argumentação que a ampara representa a perversão do processo, que deixa de

²⁹ Um exemplo que ilustra essa situação é a decisão exarada pelo juízo da 7ª Vara Federal Criminal, do Tribunal Regional Federal da 2ª Região, nos autos do Processo nº 0500591-66.2019.4.02.5101 (2019.51.01.500591-0), decretando a prisão preventiva de Michel Temer e outros. É possível verificar na citada decisão a ausência de análise concreta dos elementos legais autorizadores da decretação da medida extrema, ao mesmo tempo em que é possível verificar a antecipação de um juízo condenatório, expondo provas já produzidas e a “certeza” do cometimento do delito. A citada decisão foi reformada, por unanimidade, pela Sexta Turma do Superior Tribunal de Justiça.

³⁰ Fonte: <https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2011/03/c4dfdf1351d9d4032e15e04d7d7e8ce5.pdf>

dirigir-se para a comprovação de fatos objetivos para analisar a interioridade da pessoa julgada (CARVALHO, 2008).

Nesse sentido, consideramos que, entre acusação e inquisição, o nosso sistema processual, apesar de conter mandamentos acusatórios, ao ser colocado em prática, se apresenta de maneira inquisitorial. Essa apresentação se deve à incorporação, pelo julgador, da função de combatente de crime. Esse fato o autoriza a interferir na colheita da prova, a decretar medidas extremas amparadas no clamor popular, a considerar a periculosidade do agente requisito para condenação, entre outras práticas.

4.3. O combate ao crime

Conforme explanado no tópico anterior, se ao Judiciário cabe a atribuição de zelar pela efetividade da Constituição Federal, a quem caberia a função, hoje incorporada pelos julgadores brasileiros, de combate ao crime?

A criminologia explica, através do desenvolvimento das escolas criminológicas, a operacionalidade da construção do conceito de delito ao longo dos anos. Não é o objetivo deste trabalho adentrar em tema tão complexo. Entretanto, compreendemos que os processos de criminalização de determinadas condutas representam o conflito entre os detentores do poder e os que devem ser subordinados a ele. Nesse sentido, o delito opera para manutenção do *status quo* da classe privilegiada, inocuizando as classes inferiores através da criminalização de suas condutas.

No desenvolvimento da criminologia crítica, Alessandro Barata (2017) expõe esse conflito, afirmando que enquanto a classe dominante se interessa pela contenção dos desvios nos limites que não prejudiquem as funções do sistema econômico-social, e nesse sentido, pela proteção dos seus próprios interesses, mantendo a sua hegemonia através desse processo seletivo de perseguição da criminalidade, as classes dominadas se interessam pela superação das condições do sistema socioeconômico capitalista.

Nessa perspectiva, a emancipação social se torna prejudicial ao sistema capitalista, pois os processos de criminalização possuem fundamental importância na manutenção das relações de dominação.

Há uma conexão direta entre as relações de desigualdade e as exigências de repressão. Isso porque, na medida em que uma sociedade é desigual, cresce a necessidade de um sistema de controle social dos desvios e esse controle, para ser eficaz, deve ser do tipo repressivo, a exemplo do realizado através do aparato penal do direito capitalista. (BARATA, 2017)

A criminologia crítica propõe a superação do modelo atual de direito penal. Defende, dessa forma, a efetivação do princípio da igualdade, pois,

segundo ela, uma sociedade se torna igualitária quando permite o máximo espaço ao desvio positivo. Isso porque, nessa perspectiva, desvio significa diversidade. Por sua vez, a sociedade desigual se materializa na repressão ao diverso, essa repressão pode ser visualizada em todos os sistemas normativos particulares, ou seja, além de no direito, pode ser vista na família, na escola, na religião, e é “uma técnica essencial para conservação da desigualdade e do poder alienado” (BARATA, 2017, p. 208).

Entendemos, assim, que a construção do desvio, da conduta criminosa, possui uma complexidade que ultrapassa o campo da argumentação jurídica. Conforme já ressaltado, não é o objetivo desse trabalho adentrar na análise criminológica do fenômeno. Nossa pretensão se restringe a avaliar a mudança de postura do Poder Judiciário quanto à sua função na seara penal.

Desta feita, partiremos do pressuposto de que o poder de punir é democrático, segundo posicionamento de Luigi Ferrajoli (2010), isso porque, a Constituição Federal o prevê e dispõe acerca das “regras do jogo” para sua aplicação.

Numa perspectiva criminológica, nos filiaríamos à crítica negativa ou agnóstica da pena criminal, segundo a qual coexistem dois modelos ideias de Estado de polícia e de Estado de direito no interior do Estado moderno, mantendo uma relação de exclusão recíproca (SANTOS, 2018).

O modelo ideal de *estado de polícia* se caracteriza pelo exercício de poder vertical e autoritário e pela distribuição de justiça substancialista de grupos ou classes sociais, expressiva de direitos meta-humanos paternalistas, que suprime os conflitos humanos mediante as funções manifestas positivas de retribuição e de prevenção da pena criminal, conforme a vontade hegemônica do grupo ou classe social no poder.

O modelo ideal de *estado de direito* se caracteriza pelo exercício de poder horizontal/democrático e pela distribuição de justiça procedimental da maioria, expressiva de direitos humanos fraternos, que resolve conflitos humanos conforme as regras democráticas estabelecidas, com redução ou limitação do poder punitivo do estado de polícia (SANTOS, 2018, p. 473).

Nesse sentido, para a ampliação da segurança jurídica de todos é necessária a redução do poder punitivo do Estado de polícia e, conseqüentemente, a ampliação do Estado de direito, no campo político-criminal. Essa ampliação do Estado de direito, através da contenção do poder punitivo não nega a existência do direito de punir, porém, passa a defendê-lo através de uma teoria crítica, humanista e democrática do Direito Penal, propondo a ruptura com o discurso de lei e ordem do poder punitivo (SANTOS, 2018).

A própria Constituição Federal, no seu título V (da defesa do Estado e das instituições democráticas) dispõe acerca das forças de segurança pública. Prevê que compete às polícias (federal, rodoviária federal, civil, militar e corpo de bombeiro militar) a tarefa de preservar a ordem pública e a incolumidade das pessoas e do patrimônio.

Conseqüentemente, prevenção e repressão de delitos estão inseridos no rol de atribuição das polícias do Estado. Cabe à polícia civil, enquanto polícia investigativa, através de procedimento próprio, a elucidação dos fatos delitivos, demonstrando autoria e materialidade. Referido procedimento é encaminhado para apreciação do órgão acusador, ou seja, do Ministério Público para que, entendendo pela suficiência dos elementos informativos, proceda ao oferecimento da denúncia e o processo criminal seja iniciado.

Ocorre que, a atual subversão do paradigma constitucional, já tem permitido ao Ministério Público proceder de forma investigativa, um exemplo dessa atuação é o PIC – procedimento de investigação criminal – que funciona como inquérito presidido por membro do Ministério Público.

Além da iniciativa policial por parte do Ministério Público, o julgador também participa da fase inquisitorial ativamente quando, por exemplo, decide acerca de medidas cautelares no bojo da investigação e, tendo tomado conhecimento de todo o trâmite inquisitorial, estará também à frente do futuro processo.

Nesse ponto, precisamos tecer alguns comentários acerca dessa constatação. Isso porque, recentemente, foi editada a lei 13.964/2019 que prevê a figura do “juiz de garantias”, como forma de efetivar o princípio acusatório no ordenamento jurídico brasileiro. Desse modo, com a citada lei, o juiz de garantias ficaria responsável pela análise das medidas cautelares requeridas no âmbito do inquérito policial e, tendo conhecimento dos elementos informativos colhidos na fase inquisitorial, não poderia presidir a instrução processual, ficando esta a cargo de outro julgador.

Compreendemos que essa alteração contribui para a efetivação do princípio instituído constitucionalmente, segundo o qual o julgador não pode ser confundido com acusador, ou seja, não é possível a figura, ainda que legalmente prevista, do juiz inquisidor³¹.

Entretanto, apesar da visível efetividade constitucional do instituto “juiz de garantias”, a magistratura brasileira apresentou forte reação contrária à sua

³¹ Apenas para ilustrar a presença da figura do juiz inquisidor no processo penal brasileiro, destacamos o disposto no art. 310 do CPP que prevê a possibilidade de conversão, pelo juiz, da prisão em flagrante em prisão preventiva, sem qualquer representação da autoridade policial ou requerimento do Ministério Público. Sendo possibilitada sua atuação de ofício ainda no âmbito da investigação criminal.

implementação³². A partir dessa postura podemos perceber o quanto a mentalidade dos julgadores brasileiros ainda é autoritária, o que demonstra que está enraizado no imaginário do julgador que sua função vai além do ato de julgar de forma imparcial.

O instituto do “juiz de garantias”, já incorporado a outros ordenamentos jurídicos, representa um avanço constitucional no âmbito processual penal. O legislador brasileiro, apesar de também nutrir a mentalidade autoritária, editou uma legislação em consonância com as garantias penais previstas constitucionalmente. Entretanto, a reação contrária partiu do próprio Poder Judiciário, a quem caberia a proteção dessas garantias.

Podemos, então, perceber a distância da prática judiciária de suas competências constitucionalmente previstas. Como já explicitado, caberia ao Poder Judiciário atuar enquanto poder contramajoritário, promovendo os direitos fundamentais. Entretanto, influenciados por conceitos ideológicos autoritários e limitados, a atual magistratura brasileira defende a aplicação do direito penal enquanto mecanismo de controle social dos indesejáveis (CASARA, 2017).

É essa defesa que possibilita a construção da concepção policlesca por parte do Poder Judiciário. É através dela que aferimos a desigualdade na distribuição da proteção a determinados bens jurídicos, no caso brasileiro, por exemplo, o patrimônio é um dos bens jurídicos tutelados de forma mais incisiva pelo direito penal. Essa desigualdade promove um duplo direito, de um lado o direito para os marginalizados, oprimidos, o direito que deve ser um eficiente instrumento de repressão; de outro lado, o direito das elites, que introduz no ordenamento jurídico instrumentos sofisticados de interpretação judicial que promovem a seletividade penal (BARATTA, 2017).

Ressaltamos, mais uma vez, que não é objetivo deste trabalho a análise criminológica do fenômeno, apesar da importância que apresenta na materialização do que aqui denominamos de Direito Penal do Combate. Por ora, se faz necessário reconhecer que a função constitucional atribuída às polícias brasileiras é constantemente usurpada pelo Poder Judiciário. Isso se deve a diversos fatores, dentre eles à mentalidade autoritária desses operadores do direito, que defendem sua atuação direta na gestão dos indesejáveis da atual sociedade.

O combate, nos termos aqui propostos, enuncia a postura repressiva quanto aos agentes de crimes. Postura essa adotada sempre pelo Estado, em maior ou em menor medida, pelo seu aparato de segurança pública. Por isso defendemos a incoerência constitucional de adoção dessa postura pelos

³² A AMB – Associação dos Magistrados Brasileiros – ingressou no Supremo Tribunal Federal com Ação Direta de Inconstitucionalidade questionando a instituição da figura do juiz de garantias. O Ministro presidente do STF, Dias Toffoli, proferiu decisão suspendendo a implementação do “juiz de garantias” pelo prazo de 180 (cento e oitenta dias), uma semana depois da citada decisão, o Ministro Luiz Fux decidiu pela suspensão por prazo indeterminado. Até o encerramento dessa pesquisa não houve nenhuma outra modificação.

juizadores, pois esse fato sobreleva o poder punitivo estatal, o tornando ilimitado, extinguindo o controle dos excessos e abusos e, conseqüentemente, acabando com a proteção aos direitos fundamentais.

Por fim, atentaremos para o alerta de Luigi Ferrajoli (2010) quando diz que pouco importa que em um país não tenha pena de morte se a morte é infligida ilegalmente todos os dias. Essa ilegalidade, muito evidente em regimes ditatoriais, tem sido defendida no Brasil, com o consenso da maioria, e as decisões judiciais tem demonstrado a permissão do judiciário para a continuidade dessa ilegalidade. Além disso, reformas legislativas têm proporcionado um ambiente de segurança para que as polícias atuem de forma abusiva e arbitrária, mas isso não será debatido neste trabalho.

Numa democracia constitucional, é imprescindível que cada poder desempenhe sua função, dentro dos limites previstos e efetivando as garantias penais, os direitos humanos e os direitos fundamentais.

5

O DIREITO PENAL DO COMBATE

Inicialmente cumpre fazer uma importante observação sobre o título do trabalho. Por tudo que até agora já foi analisado, parece ser mais coerente denominá-lo de “Processo Penal do Combate”, tendo em vista que a relação de subversão do paradigma constitucional se dá através da interpretação da lei no âmbito do processo penal.

Entretanto, nossa análise pretende ir além da seara processual. Isso porque, partindo da premissa de que “o delito é uma construção” (ZAFFARONI, 2011, p. 59), ao incorporar a função de combate ao crime, o Poder Judiciário está autorizado a tipificar condutas criminosas, a exemplo do que aconteceu no recente julgamento da ADO 26³³ e MI 4733³⁴ que estende o conceito de racismo para fins penais.

Através da atual hermenêutica constitucional, o judiciário brasileiro tem ajudado na construção de uma nova dogmática penal. No plano de construção dessa dogmática, cabe distinguir o direito penal efetivo do direito penal não efetivo, e essa efetividade corresponde à capacidade para desempenhar a função que lhe é atribuída no atual estágio da nossa cultura, ou seja, de garantia externa da existência. Desse modo, o direito penal efetivo, na perspectiva constitucional, é aquele que respeita a condição humana³⁵, limitando o poder punitivo estatal e protegendo o cidadão brasileiro em face do Estado.

Por sua vez, a ineficiência do direito penal pode ser constatada quando esses pilares constitucionais são violados, ou seja, “se a ausência de efetividade é de grau

³³ Disponível em:

<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/ADO26votoMAM.pdf>

³⁴ Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=4239576>

³⁵ O art. 5º, inciso XLVII, da CF, veda a aplicação de penas de morte, de caráter perpétuo, de trabalho forçado, de banimento e cruéis. Além disso, também é direito fundamental o respeito à integridade física e moral dos presos.

tão elevado, que afeta o atual horizonte de projeção da ciência jurídico-penal, este ficará reduzido a um simples exercício de poder e não será direito penal” (ZAFFARONI, 2011, p. 321).

Cabe ressaltar, mais uma vez, que a análise feita nesse trabalho não considera a crítica criminológica ao atual estágio do direito penal. Analisamos o fenômeno a partir da possibilidade da punição, ainda que compreendamos que esta não atende à finalidade para qual foi proposta, infligindo dor com o objetivo de segregar pessoas indesejáveis.

Apenas para ilustrar, nas palavras de Nils Christie (2018, p. 100):

O crime não é uma “coisa”. Crime é um conceito aplicável a certas situações sociais onde é possível e no interesse de um ou vários grupos para aplicá-lo. Nós podemos criar crimes criando sistemas que demandam pela palavra. Nós podemos extinguir o crime criando os tipos opostos de sistemas.

O nosso trabalho analisa o sistema que adota o conceito de crime, ainda que conscientes dessas críticas. Concentramos nossa pesquisa na perspectiva constitucional da possibilidade de punição.

Entretanto, defendemos aqui que a forma como a punição é aplicada no Brasil viola os preceitos adotados pela Constituição Federal de 1988.

Retornando à análise da efetividade o sistema criminal, veremos nesse capítulo que a efetividade que se busca através do que denominamos de Direito Penal do Combate é a efetividade do *jus puniendi*, e esse se efetiva com a punição concreta. Daí a observação já feita em tópico anterior, se o objetivo é combater e este se traduz na efetiva punição, uma sentença absolutória representa um fracasso, uma derrota no cumprimento da missão dada ao judiciário.

Desse modo, é retirada a conquista civilizatória acerca do termo “efetividade”, que a concebia na medida da proteção dos direitos fundamentais individuais, e imposta a antiga concepção de matriz utilitarista segundo a qual a efetividade se traduz na força do poder punitivo, proporcionando o bem de forma coletiva.

Essa última é a postura de efetividade incorporada pelo direito penal do combate. Quanto mais punição, mais efetivo é o direito penal. Incorporando, assim, ao poder judiciário, a função de garantir o poder punitivo estatal para ser reconhecido enquanto poder eficaz e eficiente.

Entretanto, nos moldes concebidos a partir da criação da Organização das Nações Unidas, é imprescindível, à efetividade do direito penal, que ele respeite a condição humana, ou seja, que “sirva ao homem a partir de um reconhecimento do ser do homem” (ZAFFARONI, 2011, p. 321).

Sabemos que as duas grandes guerras contribuíram de forma decisiva para a construção de um sistema jurídico universal que reconhece o ser do homem, sua

condição humana. Isso porque, em nome da “humanidade” e até mesmo da “justiça”, atrocidades foram cometidas naqueles períodos.

Desse modo, em 10 de dezembro de 1948, a Assembleia das Nações Unidas proclamou a Declaração Universal dos Direitos do Homem. A partir dela, temos que “todos os alicerces em plena construção de um sistema internacional de garantias aos direitos humanos vão configurar o limite positivo do que a consciência jurídica universal pretende impor às ideologias que regem o controle social em todas as nações” (ZAFFARONI, 2011, p. 67).

Compreendemos, assim, que a subversão do paradigma constitucional de reconhecimento da condição humana possibilita a inauguração de outro direito penal, que segundo o entendimento de Zaffaroni (2011) não pode ser configurado enquanto direito penal, conforme concebido constitucionalmente, pois não passa de mero exercício de poder.

Denominamos essa ciência penal, que inobserva a baliza jurídica imposta pela Declaração Universal dos Direitos do Homem, de Direito Penal do Combate. E, cabe aqui acrescentar, utilizamos o termo “ciência penal”, pois não se restringe à interpretação judicial na aplicação da lei, esse momento histórico de crescente punitivismo, amparado na postura do Poder Judiciário, tem contaminado ambientes acadêmicos e desenvolvido teorias muito próximas às da Escola de Kiel.

Para este trabalho, nos restringiremos a analisar a interpretação judicial como mecanismo de efetivação do Direito Penal do Combate. Entretanto, deixamos desde já registrado que o crescimento de doutrinas amparadas nos entendimentos judiciais dos magistrados combatentes ganham evidência e seguidores, ampliando a defesa da legitimidade de aplicação do Direito Penal através da violação de direitos e garantias fundamentais.

5.1. Uma breve introdução

Diante da precisão constitucional acerca de tudo que aqui já foi exposto quanto aos direitos fundamentais, ao processo penal, à função contramajoritária do Poder Judiciário, é comum nos questionarmos de que maneira é possível uma subversão de paradigma sob a égide da Constituição Federal. Neste tópico nos dedicaremos a essa explicação

Inicialmente, é importante lembrar que, no terceiro capítulo deste trabalho, explanamos acerca da metodologia de produção dos pronunciamentos judiciais penais na perspectiva da epistemologia garantista. Nesse sentido, afirmamos que, para a manutenção do cognitivismo na atividade decisória, é imprescindível o respeito à metodologia apresentada. Isso porque, através da indução fática, dedução jurídica, verificabilidade e refutabilidade concretas das hipóteses acusatórias, a discricionariedade judicial é reduzida aos espaços mínimos deixados ao poder de disposição do julgador.

A não observância da metodologia aqui explicada transforma o convencionalismo penal, ou seja, a observância estrita a critérios jurídicos na tomada de decisão, em substancialismo penal, que amparado na confusão entre direito e moral, permite decisões fundamentadas em critérios extrajurídicos de qualificação ou de valoração, através de discriminações subjetivas (FERRAJOLI, 2002).

Pois bem, como forma de justificar suas decisões mais teratológicas, o julgador criminal brasileiro tem se utilizado do “verniz jurídico” do princípio do interesse público. Denominamos de verniz porque, ainda que esse princípio seja juridicamente válido em determinadas esferas do direito, a exemplo do direito administrativo, no âmbito penal sua aplicação é inadmissível, dando apenas uma aparência de juridicidade.

A partir da aplicação do princípio do interesse público para decidir demandas criminais, através do pragmatismo jurídico, construiu-se o Direito Fundamental à Segurança Pública. E, como veremos, numa ponderação entre fundamentos colidentes de existência da justiça penal, o direito fundamental à segurança pública se sobrepõe ao direito de liberdade.

Tudo isso é realizado através da aplicação da lei, sob a égide de uma Constituição Democrática, utilizando-se do pragmatismo jurídico. Entretanto, demonstraremos que, apesar da utilização das leis e da Constituição, o substancialismo penal brasileiro realiza-se através de uma argumentação divorciada das bases principiológicas e constitucionais do processo penal e do direito penal, edificadas pela filosofia iluminista, e é a partir desse divórcio que se materializa o direito penal do combate.

5.2. O princípio do interesse público como base interpretativa de aplicação do Direito Penal do Combate

Já explicitamos, na seção anterior, a natureza do combate ao crime e à criminalidade, sem adentrar no viés sociológico do fenômeno, por não ser objetivo deste trabalho. Nesse sentido, observamos que, diante da desestrutura dos órgãos de segurança pública, aliada à inflação penal legislativa, torna-se impossível a efetividade da função constitucional atribuída às polícias. Uma vez inaugurado esse quadro de instabilidade, o Poder Judiciário se apresenta enquanto “pacificador” da situação, se posicionando ao lado do Ministério Público e assumindo a função de efetivador do *jus puniendi* estatal, tudo isso motivado juridicamente.

Para tanto, os julgadores pátrios argumentam que, no âmbito penal, os direitos individuais devem ser sacrificados diante da supremacia do interesse público, que aqui denominados de “veniz jurídico” diante do equívoco do argumento quando aplicado ao âmbito penal. Nas palavras de Aury Lopes Jr., tudo isso não passa de uma “manipulação discursiva que faz um maniqueísmo grosseiro (senão

interesseiro) para legitimar e pretender justificar o abuso de poder” (LOPES JR., 2017, p. 34).

Bem verdade que o “verniz jurídico” dessa argumentação é ressaltado com o credo criminológico da mídia, aqui já debatido, e a conseqüente propagação do “discurso único do novo autoritarismo *cool*”, nas palavras de Zaffaroni (2007).

Continuando, defende-se que é necessário sacrificar o direito individual em nome do bem de todos, no sentido de garantir segurança às pessoas. Entretanto, esquece-se que, no plano penal, os direitos fundamentais são dirigidos contra o Estado, diante da condição de amparo do indivíduo perante o poder punitivo estatal (GOLDSCHMIDT, 2018).

O paradigma da democracia constitucional inaugura um novo significado da democracia, a conceituando enquanto revalorização do homem. Nesse sentido, é imprescindível a compreensão de que toda a processualística penal, amparada na principiologia constitucional, tem o objetivo político e jurídico de garantir o valor supremo que não pode, em momento algum, ser sacrificado por razões de utilidade, e esse valor supremo é o homem (BETTIOL, 1976).

Para nós, não é juridicamente válido utilizar o argumento do interesse público para flexibilizar e suprimir garantias penais em nome de uma maior efetividade do processo e do famigerado “combate ao crime”. Isso porque, os direitos do homem, no âmbito penal, são normas históricas provenientes da construção jurídica após épocas de arbitrariedades, desde a que antecedeu a Declaração dos Direitos do Homem, de 1789, até a Declaração Universal dos Direitos Humanos, de 1948.

A submissão do indivíduo, ou seja, do direito fundamental de liberdade, também denominado de direito de primeira geração, ao coletivo, ao interesse público, como argumentam os juízes criminais brasileiros, encontra semelhança na concepção de sociedade ideal desenvolvida por Johannes Nider, na sua obra *Malleus: o Formicarius*³⁶.

³⁶ Zaffaroni explica que *formicarius* significa formigueiro, local no qual as formigas, da mesma forma que as abelhas, adquirem sentido exemplar. Em sua obra, Nider ressalta a pureza, laboriosidade, vida organizada e produtora, sua admiração era mais pelas formigas do que pelas abelhas. Segundo Zaffaroni, essa preferência tem razões que coincidem muito com a ideia de *comunidade popular*, central da cosmovisão nazista. Nas exatas palavras de Zaffaroni, de acordo com a concepção de sociedade desenvolvida por Nider, através do formigueiro “*Deus tinha posto a sua sabedoria nas formigas, cuja organização era superior à das abelhas, porque não reconheciam uma rainha, não eram uma monarquia, mas cada uma tinha o senso de comunidade incorporado. Assinalava justamente que as formigas – organizadas em forma de constituição republicana – estão obrigadas reciprocamente, sem receber instruções, porque é da essência do seu estado uma ordem interna, quer dizer, um fundamento racional, uma divisão da função e uma consciência que vive em seu interior*” (ZAFFARONI, Eugenio Raul. **Doutrina Penal Nazista**. Tirant to blanc. Florianópolis, 2019, p. 30).

Nesse sentido, o indivíduo que, convivendo em sociedade, fere o pacto dessa convivência, não merece ter nenhuma proteção, esta última deve ser direcionada à sociedade que sofre com a violação do referido pacto.

Esse também é o entendimento de Rafael Garofalo (1890, p. 15), quando enuncia que “aos olhos do povo, os códigos os procedimentos e mesmo o Poder Judiciário parece que fizeram um acordo para proteger o criminoso contra a sociedade, em vez de proteger a sociedade contra o criminoso”.

A concepção do direito penal do combate, aqui desenvolvida, se propõe a proteger a sociedade em detrimento do criminoso, função esta que, incorporada pelo Poder Judiciário, o transforma em poder efetivador do *jus puniendi* estatal.

Apesar de não ser o objeto deste trabalho a análise sociológica da transformação do Poder Judiciário em órgão de combate ao crime, cabe aqui registrar que os juízes brasileiros são provenientes de classes econômica-sociais média e alta, e julgam, em sua indiscutível maioria, pessoas provenientes de classes inferiores. Não há dúvida que, além das diferenças linguísticas e culturais que os separam, há preconceitos acerca das pessoas de classes inferiores, o que possibilita uma maior estigmatização penal (BARATTA, 2017).

De igual forma, entendemos que o ensino jurídico e o modo de seleção para ingresso na magistratura contribuem diretamente para o desenvolvimento do direito penal do combate, mas essa questão também não é objetivo da nossa pesquisa.

Ao nosso sentir, o argumento jurídico do interesse público estaria melhor aplicado quando se referisse aos direitos de segunda e terceira geração. Entretanto, verificamos o esvaziamento das demandas democráticas que se propõem a efetivar esses direitos, com a diminuição da intervenção estatal nas questões sociais e, conseqüentemente, a introdução do estado mínimo. Por outro lado, o interesse público, que deveria estar presente no atendimento às demandas dos direitos de segunda e terceira geração, é transportado ao direito penal, restabelecendo um tipo de Estado semelhante ao estado *gendarme* (PRADO, 2005).

Dentro desse contexto, podemos compreender melhor o que já foi exposto anteriormente acerca do sistema acusatório, ou seja, em que medida a realidade da persecução penal acaba por se distanciar da promessa constitucional (PRADO, 2005).

Essa tendência política da sociedade atual em aderir ao estado mínimo, quanto à efetivação dos direitos sociais e, conseqüentemente, instituir um estado simplesmente punitivo, um verdadeiro estado penal, ilumina um movimento penal e incide sobremaneira no sistema processual (PRADO, 2005).

Para o estado penal, a única responsabilidade é o incremento do monopólio legítimo do uso da força e, a partir dela, é implementado um tipo específico de política criminal. Defendemos, nesse trabalho, que o estado penal que se instaura através dessa perspectiva, não possui fundamento à luz de uma constituição democrática. Isso porque, além de desvirtuar a função contramajoritária do Poder

Judiciário, viola direitos fundamentais do cidadão, mais especificamente os denominados de “primeira geração”.

O equívoco em utilizar o princípio do interesse público na seara penal, após a “inadequada invocação do princípio da proporcionalidade” (LOPES Jr., 2017, p. 24), reside no fato de não se reconhecer que o direito individual protegido pelas garantias penais não se restringe ao direito apenas do investigado/acusado/condenado, mas se traduz em um direito de toda a sociedade civilizada.

As conquistas civilizatórias pertencem a toda a sociedade e anuir com a supressão ou flexibilização delas é violar o interesse público, na perspectiva constitucional, e garantir o interesse apenas estatal, da repressão e da punição. Daí o equívoco na utilização do princípio.

Explicando melhor, podemos afirmar que a ponderação de princípios realizada pelo poder judiciário, entre o direito de liberdade e o interesse público, é empreendida sem qualquer fundamento juridicamente válido, amparada tão somente na publicização do processo criminal com o objetivo de transpor para população a falsa concepção de efetividade, aqui já exposta.

Não se pode conceber o direito penal e processual penal sem a observância irrestrita dos direitos e garantias constitucionais, e essa observância pode ser traduzida, de forma ampla, no respeito à dignidade do imputado como pessoa, o reconhecendo enquanto efetivo sujeito no processo. Esse é o significado da democracia, ou seja, a revalorização do homem enquanto sujeito individual possuidor de direitos e proteção em face do Estado (BETTIOL, 1976).

Nesse sentido, compreendemos que o Estado Democrático impõe a proteção do indivíduo, considerado na sua singularidade. Isso porque, é exigência da democracia o reconhecimento da dimensão jurídica do homem, a qual nem o Estado nem a coletividade pode sacrificar *ad nutum* (LOPES Jr., 2017).

A Constituição Federal de 1988 elenca, como um dos fundamentos do Estado Democrático de Direito, a dignidade da pessoa humana³⁷. Essa dignidade deve ser compreendida individualmente, razão pela qual, no âmbito penal, não se pode ponderar essa condição individual com princípio que represente o bem estar da coletividade. Ressalte-se que esse “bem estar”, conforme já explicado, refere-se a uma compreensão equivocada do interesse público. Isso porque, a real promoção do bem estar coletivo reside no respeito aos ditames constitucionais.

Sobre a dignidade da pessoa humana, Sarlet (2015, p. 97) explica a importância da sua elevação à categoria de princípio fundamental:

A Constituição de 1988 foi a primeira na história do constitucionalismo pátrio a prever um título próprio destinado aos princípios fundamentais, situado – em homenagem ao especial significado e função destes – na parte inaugural do

³⁷ Artigo 1º, inciso III, da Constituição Federal de 1988.

texto, logo após o preâmbulo e antes dos direitos fundamentais. Mediante tal expediente, o Constituinte deixou transparecer de forma clara e inequívoca a sua intenção de outorgar aos princípios fundamentais a qualidade de normas que fundamentais e são informativas de toda a ordem constitucional, inclusive dos direitos fundamentais, que também integram aquilo que se pode denominar de núcleo essencial da Constituição material. Igualmente sem precedentes em nossa evolução constitucional foi o reconhecimento, no âmbito do direito positivo, do princípio fundamental da dignidade da pessoa humana (art. 1º, inc. III, da CF), que não foi objeto de previsão do direito anterior.

Assim, a incoerência constitucional na utilização do princípio do interesse público como base interpretativa do direito penal e processual penal pode ser verificada através da compreensão do princípio fundamental da dignidade da pessoa humana. Isso porque, esse princípio justifica, podendo inclusive exigir, a imposição de restrições a outros princípios protegidos constitucionalmente. Percebemos que existe uma “inegável primazia da dignidade da pessoa humana no âmbito da arquitetura constitucional” (LOPES Jr., p. 36).

Nesse sentido, é necessária a adoção de uma postura liberal na relação Estado-indivíduo, ou seja, primeiro deve ser observado o indivíduo, na sua singularidade, na amplitude de reconhecimento de sua dignidade, para só depois ser protegido o Estado, que não representa um fim em si mesmo (BOBBIO, 2004).

A justificação para existência e manutenção do Estado está no seu papel de meio para proteção do homem e, conseqüentemente, dos direitos fundamentais. Quando busca o bem comum está, na verdade, buscando o que seja mais benéfico para todos e para cada um dos indivíduos (LOPES Jr., 2017).

Sobre a representatividade da lei no ordenamento jurídico, cabe aqui a lição de Amilton Bueno de Carvalho (2001, p. 56), “a lei é o limite ao poder desmesurado – leia-se, limite à dominação. Então, a lei – eticamente considerada – é proteção ao débil. Sempre e sempre, é a lei do mais fraco: aquele que sofre a dominação”. Por isso, não cabe a supressão ou a flexibilização dos direitos individuais como meio de garantir o benefício coletivo.

A utilização do princípio do interesse público para flexibilizar a aplicação de garantias penais e possibilitar a “efetividade” do processo penal se fundamenta através do pragmatismo jurídico, sendo imprescindível a análise deste tema. Para tanto utilizaremos o pragmatismo jurídico desenvolvido por Richard Posner, através da sua elaboração de uma “Teoria Econômica do Direito”.

5.3. O pragmatismo jurídico como teoria decisória de aplicação do direito penal do combate

“Os artistas criam obras de arte que transformam a percepção. Os juízes tomam decisões que transformam as práticas sociais ou comerciais. Os artistas imprimem sua visão estética à sociedade, e os juízes, sua visão política” (POSNER, 2009, p. 129).

A partir dessa afirmação de Richard Posner³⁸, pragmatista norte americano, podemos perceber sua defesa quanto à necessidade do direito possuir sintonia com a realidade factual, a ponto, inclusive, de transformá-la.

E é amparado nesse realismo, que o autor defende a aplicação do pragmatismo, propondo a construção de um direito mais empírico, mais sintonizado com as necessidades reais das pessoas (POSNER, 2009).

A proposta de Richard Posner encontra adesão pelos aplicadores do direito penal do combate. Considerando a necessidade de construir um direito que se comunique melhor com a realidade, os julgadores combatentes utilizam o argumento do interesse público, ou seja, interesse de todos em reduzir a criminalidade urbana, para realizar política de segurança pública. Por outro lado, na perspectiva de efetivação de direitos sociais, o pragmatismo utilizado já não considera o interesse público, mas sim a teoria das “escolhas trágicas”³⁹ diante da propagada ausência de orçamento para efetivação de políticas públicas.

A abordagem pragmática do Direito, proposta por Posner (2009), defende que a aplicação do direito deve ter resultado eficiente, alcançado quando aquele se torna empírico, ou seja, sintonizado com a real situação das pessoas e suas necessidades. Desse modo, o citado autor acredita que as decisões judiciais estariam mais legitimadas diante do resultado prático produzido.

Cabe aqui ressaltar o perigosismo dessa concepção quando aplicada ao direito penal. Isso porque, no momento em que as decisões judiciais se revestem da necessidade de transformar a realidade, podemos verificar grandes injustiças em nome do bem comum, subvertendo inclusive a lógica kantiana e admitindo que o homem pode ser considerado um meio, no caso do direito penal, um meio para a obtenção do resultado prático esperado, que é a pacificação social. Há um processo de objetivização do homem, em nítida violação à dignidade da pessoa humana.

A partir dessa percepção do indivíduo enquanto meio para alcançar um fim benéfico ao coletivo, o cárcere se torna a alternativa para conter pessoas que são

³⁸ Richard Posner além de jurista, foi juiz e trabalhou auxiliando ministros da Suprema Corte Americana.

³⁹ A denominada teoria “das escolhas trágicas” trabalha com a premissa de que o Estado não possui dotação orçamentária para cumprir todas as promessas constitucionais na área social, a partir disso são escolhidas demandas mais urgentes.

invisíveis⁴⁰ aos olhos do Estado e, aparentemente, reduzir a famigerada sensação de impunidade tão suscitada pelos meios de comunicação de massa e incorporada pela sociedade e pelos juízes combatentes.

Dessa forma, a postura pragmática adotada na seara penal procura a maior e mais expressiva punição, independentemente do respeito ou não aos direitos e garantias fundamentais. Pois, segundo o entendimento dos pragmatistas, para transformar a realidade e promover a pacificação social deve ser empreendida uma interpretação judicial nesse sentido, justificada no benefício para a coletividade.

É importante ressaltar que o pragmatismo jurídico foi difundido e aplicado no direito norte americano, que possui como base o modelo da *commow law*. O direito brasileiro, por sua vez, se utiliza do modelo derivado da Europa continental, o da *civil law*. Entretanto, Posner defende que a perspectiva pragmatista fundamentada na análise econômica do direito é aplicável ao modelo brasileiro.

Segundo o citado autor, apesar da Constituição Federal e dos textos infraconstitucionais possuírem autoridade sobre os juízes, não se pode negar que estas normas deixam margem de discricionariedade judicial, a qual pode ser disciplinada por um compromisso com a abordagem econômica (POSNER, 2010).

Importante ressaltar aqui que, ao tratarmos da questão da discricionariedade na elaboração do pronunciamento judicial penal, reservamos críticas à sua utilização sem qualquer controle, razão pela qual defendemos a metodologia garantista de produção das decisões, por possuir coerência com os ditames constitucionais, conforme tratado em seção própria neste trabalho.

Nesse sentido, o pragmatismo de Posner se apresenta como o completo oposto da epistemologia garantista, uma vez que defende a utilização da discricionariedade para adequar a decisão aos anseios do mundo real e, principalmente, da ordem econômica.

O pragmatismo norte americano quando adotado na teoria da decisão judicial implica o respeito aos precedentes (*stare decisis*) e na atitude ativista do julgador como forma de prestigiar o progresso, criando o próprio direito (POSNER, 2009).

Percebemos, assim, uma considerável diferença quando comparada sua aplicação ao modelo brasileiro. Inicialmente não há vinculação do julgador aos

⁴⁰ Rubens Casara, na obra Estado Pós Democrático, traduz essa invisibilidade afirmando que “em uma sociedade na qual se busca a positividade própria das mercadorias, o Sistema de Justiça Penal aparece como substituto das políticas sociais inclusivas, típicas do Estado de Bem-Estar Social. Nilo Batista e Loïc Wacquant apontam os presídios como novos planos habitacionais para a miséria, enquanto o poeta João Cabral de Melo Neto percebe que a cova é a parte que cabe (ao indesejável) no latifúndio chamado Brasil” (2017, p.55)

precedentes (ao menos em matéria penal) exceto no caso de aplicação das súmulas vinculantes, editadas pelo Supremo Tribunal Federal⁴¹.

Por outro lado, a atividade de interpretação é uma atividade criativa e a decisão judicial é a criação do direito do caso concreto. Entretanto, aquele não pode ser criado em contradição com as normas positivadas, principalmente com a normatividade constitucional.

Consequentemente, uma questão que se torna de fundamental importância é saber o que levaria um juiz a condenar ou a absolver alguém em um processo criminal, a utilizar uma determinada interpretação em detrimento de outra, a adotar determinada postura. Isso porque, segundo a epistemologia garantista, é fundamental analisar a prova e aplicar os critérios pragmáticos de aceitação, quando aberta a margem de discricionariedade judicial. Entretanto, pelo pragmatismo o resultado prático da decisão e a sua aptidão para transformar a realidade social é que parece ser fundamental.

Nesse sentido, o julgador combatente, antes mesmo da análise probatória, já pressupõe sua decisão, ou seja, já possui a hipótese e, somente após, formula a argumentação para justificá-la. (COUTINHO, 2018).

Enfim, considerando o modelo brasileiro, é imprescindível delimitar os critérios adotados pelo julgador na produção dos pronunciamentos judiciais penais. E, diferentemente da lógica pragmática adotada por Posner, esses critérios devem ser jurídicos e, de algum modo, limitados.

Apesar de refutarmos a aplicação do pragmatismo jurídico, no plano penal, é através dele que o direito penal do combate se materializa. Para ilustrar o que estamos explanando, analisaremos trechos do voto do Ministro Luís Roberto Barroso, proferido no julgamento do HC 126.292/SP⁴², no qual houve uma mudança de entendimento, pelo Supremo Tribunal Federal, acerca da possibilidade de execução da pena antes do trânsito em julgado da sentença penal condenatória⁴³. Apesar da mudança de posicionamento da Corte Suprema no julgamento das ADCs 43 e 44, o Ministro Barroso manteve seu posicionamento pela aplicação do pragmatismo jurídico.

⁴¹ Conforme disposição constitucional, art. 103 –A, §3º, “Do ato administrativo ou decisão judicial que contrariar a súmula aplicável ou que indevidamente a aplicar, caberá reclamação ao Supremo Tribunal Federal que, julgando-se procedente, anulará o ato administrativo ou cassará a decisão judicial reclamada, e determinará que outra seja proferida com ou sem a aplicação da súmula, conforme o caso”.

⁴² Disponível em:

<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=10964246>

⁴³ O Supremo Tribunal Federal, no julgamento das ADCs 43 e 44, realizado em outubro de 2019, por maioria, compreendeu que o disposto no Código de Processo Penal, acerca da necessidade de esgotamento das instâncias recursais para a execução da pena, é compatível com o princípio da presunção de inocência, elencado à categoria de direito fundamental na Constituição de 1988. Retornando ao posicionamento anterior, segundo o qual a execução da pena deve ser realizada após o trânsito em julgado.

5.3.1. Análise do voto pragmático dado no HC 126.292/SP

Iniciamos esse tópico ressaltando que a escolha do citado voto tem o intuito de ilustrar a explicação realizada quanto à aplicação da teoria do pragmatismo jurídico no âmbito penal.

No momento do julgamento do HC 126.292/SP, prevaleceu no Supremo Tribunal Federal a flexibilização do princípio da presunção de inocência, reduzindo o seu alcance ao julgamento em segunda instância. Apesar da mudança de entendimento, é possível verificar, através da análise dos argumentos utilizados pelos ministros no julgamento das ADCs 43 e 44, que a Corte Constitucional Brasileira ainda possui grande resistência em compreender que sua função é efetivar os direitos fundamentais, aplicá-los, e não suprimi-los ou flexibilizá-los para obter um resultado prático mais “efetivo” perante a população.

O pragmatismo jurídico, ao menos quando aplicado à seara penal, proporciona a inversão da lógica decisória. Conforme salientamos, para a epistemologia garantista e, segundo a metodologia desenvolvida por Luigi Ferrajoli, é imprescindível o exercício cognitivo de indução fática, dedução jurídica, através da verificabilidade e refutabilidade concretas das hipóteses acusatórias, além da aplicação dos princípios gerais do direito no preenchimento do espaço de discricionariedade.

Por sua vez, o pragmatismo jurídico propõe uma análise na perspectiva factual, empírica, ou seja, de resultados para possibilitar a mudança social. Para tanto, defende a utilização, pelo julgador, dos espaços de discricionariedade deixados pela legislação, para avaliar os efeitos práticos da decisão, podendo inclusive utilizar argumentos extrajurídicos para tanto, a exemplo da teoria econômica do direito, proposta por Posner.

Foi nesse sentido, de utilização da discricionariedade judicial, inclusive em espaços que não estavam abertos a ela, que o Ministro Luís Roberto Barroso fundamentou seu voto pela mudança de entendimento no Supremo Tribunal Federal, quanto à execução provisória da pena. Vejamos:

“(...) aplicando-se, então, a teoria à realidade. Na matéria aqui versada, houve uma primeira mutação constitucional em 2009, quando o STF alterou seu entendimento original sobre o momento a partir do qual era legítimo o início da execução da pena. Já agora encaminha-se para nova mudança, sob o impacto traumático da própria realidade que se criou após a primeira mudança de orientação.

9. Com efeito, a impossibilidade de execução da pena após o julgamento final pelas instâncias ordinárias produziu três consequências muito negativas para o sistema de justiça criminal. Em primeiro lugar, funcionou como um poderoso incentivo à infundável interposição de recursos protelatórios. Tais impugnações movimentam a máquina do Poder Judiciário,

com considerável gasto de tempo e de recursos escassos, sem real proveito para a efetivação da justiça ou para o respeito às garantias processuais penais dos réus. No mundo real, o percentual de recursos extraordinários providos em favor do réu é irrisório, inferior a 1,5%. Mais relevante ainda: de 1.01.2009 a 19.04.2016, em 25.707 decisões de mérito proferidas em recursos criminais pelo STF (REs e agravos), as decisões absolutórias não chegam a representar 0,1% do total de decisões.

10. Em segundo lugar, reforçou a seletividade do sistema penal. A ampla (e quase irrestrita) possibilidade de recorrer em liberdade aproveita sobretudo aos réus abastados, com condições de contratar os melhores advogados para defendê-los em sucessivos recursos. Em regra, os réus mais pobres não têm dinheiro (nem a Defensoria Pública tem estrutura) para bancar a procrastinação. Não por acaso, na prática, torna-se mais fácil prender um jovem de periferia que porta 100g de maconha do que um agente político ou empresário que comete uma fraude milionária.

11. Em terceiro lugar, o novo entendimento contribuiu significativamente para agravar o descrédito do sistema de justiça penal junto à sociedade. A necessidade de aguardar o trânsito em julgado do REsp e do RE para iniciar a execução da pena tem conduzido massivamente à prescrição da pretensão punitiva ou ao enorme distanciamento temporal entre a prática do delito e a punição definitiva. Em ambos os casos, produz-se deletéria sensação de impunidade, o que compromete, ainda, os objetivos da pena, de prevenção especial e geral. Um sistema de justiça desmoralizado não serve ao Judiciário, à sociedade, aos réus e tampouco aos advogados.

12. A partir desses três fatores, tornou-se evidente que não se justifica no cenário atual a leitura mais conservadora e extremada do princípio da presunção de inocência, que impede a execução (ainda que provisória) da pena quando já existe pronunciamento jurisdicional de segundo grau (ou de órgão colegiado, no caso de foro por prerrogativa de função) no sentido da culpabilidade do agente. É necessário conferir ao art. 5º, LVII interpretação mais condizente com as exigências da ordem constitucional no sentido de garantir a efetividade da lei penal, em prol dos bens jurídicos que ela visa resguardar, tais como a vida, a integridade psicofísica, a propriedade – todos com status constitucional.

13. Trata-se, assim, de típico caso de mutação constitucional, em que a alteração na compreensão da realidade social altera o próprio significado do Direito. Ainda que o STF tenha se manifestado em sentido diverso no passado, e mesmo que não tenha havido alteração formal do texto da Constituição de 1988, o sentido que lhe deve ser atribuído inequivocamente se alterou. Fundado nessa premissa, entendo que a Constituição Federal e

o sistema penal brasileiro admitem a execução da pena após a condenação em segundo grau de jurisdição, ainda sem o trânsito em julgado. Há múltiplos fundamentos que legitimam esta compreensão (...)” (HC 126.292/SP, p.70).

Não é objetivo desse trabalho analisar juridicamente o julgamento do citado *habeas corpus*, nem o voto em questão, mas observar a lógica argumentativa amparada no pragmatismo jurídico que, no citado julgamento, possibilitou a flexibilização da garantia penal da presunção de inocência.

O Ministro analisa, no trecho aqui exposto do seu voto, as consequências práticas da mudança de entendimento da Suprema Corte no ano de 2009, quando reconheceu a presunção de inocência no seu sentido constitucional, ou seja, de direito fundamental do cidadão brasileiro frente ao poder punitivo estatal.

Atribui a esse reconhecimento a infundável interposição de recursos como forma de protelar a execução da pena, causando gasto de tempo e recursos ao Judiciário. Nesse último sentido, percebemos que o ministro adere à teoria econômica do direito de Posner, analisando o impacto financeiro que sua decisão pode causar na realidade prática, ou seja, a economia de recursos do Poder Judiciário.

Argumenta que os citados recursos interpostos nos Tribunais Superiores promovem a seletividade do sistema criminal, uma vez que somente acusados que possuem poder aquisitivo podem contratar advogados para isso, e os acusados pobres, assistidos pela defensoria pública, não teriam igual oportunidade.

Não discordamos desse argumento do Ministro. De fato, há no ordenamento jurídico brasileiro uma extensa previsão legal de recursos e a ausência de estrutura das defensorias públicas impossibilita a efetividade de sua função constitucional.

O que defendemos, aqui nesse trabalho, é que argumentos dessa natureza, extrajurídicos, não podem se sobrepor a conquistas tão caras à civilização, como os direitos fundamentais. Primeiro porque, a teratologia do argumento do Ministro deixa claro a ausência de efetividade de um direito fundamental primordial, qual seja, o direito de defesa e, segundo, que o cidadão brasileiro não pode ser prejudicado pela ineficiência da máquina pública, no caso, o Poder Judiciário, para instrumentalizar a legislação prevista no ordenamento jurídico, que trata de outro direito fundamental, qual seja, a razoável duração do processo.

Em sequência, o Ministro utiliza o clássico argumento dos julgadores combatentes, compreendendo que o objetivo do processo é efetivar o *jus puniendi* estatal, nas suas exatas palavras, “é necessário conferir ao art. 5º, LVII interpretação mais condizente com as exigências da ordem constitucional no sentido de garantir a efetividade da lei penal”, não se olvidando, inclusive de acrescentar a retórica vazia do princípio do interesse público, “em prol dos bens jurídicos que ela visa

resguardar, tais como a vida, a integridade psicofísica, a propriedade – todos com status constitucional”.

O direito penal do combate é facilmente percebido nesse ponto, ou seja, combater o criminoso e o crime para proteger bens jurídicos da coletividade, que também possuem status constitucional. Entre a proteção do criminoso que viola a ordem comunitária e a proteção da comunidade do povo, o *formicarius*, o Poder Judiciário deve se colocar como efetivador desta segunda. Esse é o entendimento, já citado, de Garofalo.

Essa postura de proteção da comunidade em detrimento da proteção individual pode ser melhor verificada no seguinte trecho do voto do Ministro Barroso:

“(…) Na discussão específica sobre a execução da pena depois de proferido o acórdão condenatório pelo Tribunal competente, há dois grupos de normas constitucionais colidentes. De um lado, está o princípio da presunção de inocência, extraído do art. 5º, LVII, da Constituição, que, em sua máxima incidência, postula que nenhum efeito da sentença penal condenatória pode ser sentido pelo acusado até a definitiva afirmação de sua responsabilidade criminal. No seu núcleo essencial está a ideia de que a imposição ao réu de medidas restritivas de direitos deve ser excepcional e, por isso, deve haver elementos probatórios a justificar a necessidade, adequação e proporcionalidade em sentido estrito da medida.

24. De outro lado, encontra-se o interesse constitucional na efetividade da lei penal, em prol dos objetivos (prevenção geral e específica) e bens jurídicos (vida, dignidade humana, integridade física e moral, etc.) tutelados pelo direito penal. Tais valores e interesses possuem amplo lastro na Constituição, encontrando previsão, entre outros, nos arts. 5º, caput (direitos à vida, à segurança e à propriedade), e inciso LXXVIII (princípio da razoável duração do processo), e 144 (segurança). Esse conjunto de normas postula que o sistema penal deve ser efetivo, sério e dotado de credibilidade. Afinal, a aplicação da pena desempenha uma função social muitíssimo relevante. Imediatamente, ela promove a prevenção especial, desestimulando a reiteração delitiva pelo indivíduo que tenha cometido o crime, e a prevenção geral, desestimulando a prática de atos criminosos por membros da sociedade. Mediamente, o que está em jogo é a proteção de interesses constitucionais de elevado valor axiológico, como a vida, a dignidade humana, a integridade física e moral das pessoas, a propriedade, e o meio ambiente, entre outros (HC 126.292/SP, p. 73).

Não há qualquer inovação jurídico-argumentativa no raciocínio desenvolvido pelo Ministro Luís Roberto Barroso e pelos operadores do direito penal do combate. Pelo contrário, assim como a incorporação do sistema acusatório

não se deu de forma linear, evolutiva, mas sim cíclica, as idas e vindas do argumento do interesse coletivo em detrimento do individual, na esfera penal, também não é uma evolução da linearidade, mas sim um retorno cíclico a fórmulas do passado.

A ideia de que a nação, enquanto integração de gerações futuras e passadas, se expressa através do Estado e de que o direito deveria provir deste não é nova. Ela foi integrada pela doutrina penal fascista que, por sua vez, não abandonou o princípio da legalidade, mantendo sua completa vigência. Entretanto, essa vigência foi compreendida “não no sentido liberal (como garantia do espaço de liberdade do cidadão), mas sim como expressão e garantia da vontade punitiva do Estado. As propostas de suprimir o *nullum crimen sine lege* na Itália não prosperaram” (Geord Dahm apud Zaffaroni, p. 61).

Por sua vez, para a doutrina penal nazista, que também propõe a defesa e proteção o interesse coletivo, da “comunidade do povo”, em detrimento do interesse individual, o Estado e o direito escrito eram um instrumento de realização dos anseios dessa comunidade. Sabe-se que o nazismo traz o elemento biológico que o diferencia do fascismo e, nessa medida, aumenta a irracionalidade do seu sistema, inclusive considerando que a criação da comunidade do povo não era humana, mas sim provida de Deus (ZAFARRONI, 2019).

Guardaremos a melhor análise do retorno de concepções jurídicas amparadas na doutrina penal nazista para seção própria. Nesse momento, é necessário ressaltar a seguinte afirmação do Ministro, em seu voto, “o interesse constitucional na efetividade da lei penal, em prol dos objetivos (prevenção geral e específica) e bens jurídicos (vida, dignidade humana, integridade física e moral, etc.) tutelados pelo direito penal”.

Nesse sentido, o Ministro comprova o abandono da perspectiva liberal e defende a proteção da comunidade, respeito aos bens jurídicos no sentido coletivo, através da efetividade da lei penal, em palavras também utilizadas por outros ministros do STF, de “efetivação do *jus puniendi* estatal”.

Retornando à análise do voto, quanto à aplicação do pragmatismo jurídico, o Ministro Luís Roberto Barroso confirma a utilização dessa teoria em capítulo do voto:

Parte III

FUNDAMENTOS PRAGMÁTICOS PARA O NOVO ENTENDIMENTO

Os métodos de atuação e argumentação dos órgãos judiciais são essencialmente jurídicos, mas a natureza de sua função, notadamente quando envolva a jurisdição constitucional e os chamados casos difíceis, tem uma inegável dimensão política. Assim é devido ao fato de o intérprete desempenhar uma atuação criativa – pela atribuição de sentido a cláusulas abertas e pela realização de escolhas entre soluções alternativas possíveis –, e também em razão das consequências práticas de suas decisões.

41. Como é corrente, desenvolveu-se nos últimos tempos a percepção de que a norma jurídica não é o relato abstrato contido no texto legal, mas o produto da integração entre texto e realidade. Em muitas situações, não será possível determinar a vontade constitucional sem verificar as possibilidades de sentido decorrentes dos fatos subjacentes. Como escrevi em texto doutrinário: *“A integração de sentido dos conceitos jurídicos indeterminados e dos princípios deve ser feita, em primeiro lugar, com base nos valores éticos mais elevados da sociedade (leitura moral da Constituição). Observada essa premissa inarredável – porque assentada na ideia de justiça e na dignidade da pessoa humana – deve o intérprete atualizar o sentido das normas constitucionais (interpretação evolutiva) e produzir o melhor resultado possível para a sociedade (interpretação pragmática). A interpretação constitucional, portanto, configura uma atividade concretizadora – i.e., uma interação entre o sistema, o intérprete e o problema – e construtivista, porque envolve a atribuição de significados aos textos constitucionais que ultrapassam sua dicção expressa”* (grifo acrescentado)

42. O pragmatismo possui duas características que merecem destaque para os fins aqui visados: (i) o contextualismo, a significar que a realidade concreta em que situada a questão a ser decidida tem peso destacado na determinação da solução adequada; e (ii) o consequencialismo, na medida em que o resultado prático de uma decisão deve merecer consideração especial do intérprete. Dentro dos limites e possibilidades dos textos normativos e respeitados os valores e direitos fundamentais, cabe ao juiz produzir a decisão que traga as melhores consequências possíveis para a sociedade como um todo.

43. Pois bem: o pragmatismo jurídico, que opera dentro dos sentidos possíveis da norma jurídica, oferece três argumentos que reforçam a necessidade de revisão da atual jurisprudência do STF quanto à impossibilidade de execução provisória da pena. Como já afirmado no início deste voto, a alteração, em 2009, da compreensão tradicional do STF sobre o tema, que vigia desde a promulgação da Constituição de 1988, produziu três efeitos negativos: o incentivo à interposição de recursos protelatórios, o reforço à seletividade do sistema penal e o agravamento do descrédito do sistema de justiça penal junto à sociedade. A reversão desse entendimento jurisprudencial pode, assim, contribuir para remediar tais efeitos perversos, promovendo (i) a garantia de equilíbrio e funcionalidade do sistema de justiça criminal, (ii) a redução da seletividade do sistema penal, e (iii) a quebra do paradigma de impunidade. (HC 126.292/SP, p. 79)

Importante destacar, nesse ponto, a defesa da utilização do pragmatismo jurídico na seara penal, considerando a realidade concreta e o resultado prático da decisão. Esses dois fatores são expostos, pelo Ministro que proferiu o voto, como características da teoria pragmática, e já foram explicados neste trabalho através do pragmatismo proposto por Richard Posner.

Percebemos que a eleição explícita, sem qualquer ajuste interpretativo, da teoria pragmática em detrimento da teoria garantista naturaliza a subversão do paradigma constitucional.

Seguindo com os argumentos do voto, o Ministro explica separadamente, cada uma das três consequências negativas, segundo seu entendimento, que justificam a flexibilização do direito fundamental de presunção de inocência.

I. EQUILÍBRIO E FUNCIONALIDADE DO SISTEMA DE JUSTIÇA CRIMINAL

44. A execução provisória de acórdão penal condenatório proferido em grau de apelação pode contribuir para um maior equilíbrio e funcionalidade do sistema de justiça criminal. Em primeiro lugar, com esta nova orientação, reduz-se o estímulo à infundável interposição de recursos inadmissíveis. Impedir que condenações proferidas em grau de apelação produzam qualquer consequência, conferindo aos recursos aos tribunais superiores efeito suspensivo que eles não têm por força de lei, fomenta a utilização abusiva e protelatória da quase ilimitada gama de recursos existente em nosso sistema penal.

45. Em segundo lugar, restabelece-se o prestígio e a autoridade das instâncias ordinárias, algo que há muito se perdeu no Brasil. Aqui, o juiz de primeiro grau e o Tribunal de Justiça passaram a ser instâncias de passagem, porque o padrão é que os recursos subam para o Superior Tribunal de Justiça e, depois, para o Supremo Tribunal Federal. Porém, não se pode presumir, ou assumir como regra, que juízes e tribunais brasileiros profiram decisões equivocadas ou viciadas, de modo a atribuir às cortes superiores o monopólio do acerto. Em verdade, não há direito ao triplo ou quádruplo grau de jurisdição: a apreciação pelo STJ e pelo STF não é assegurada pelo princípio do devido processo legal e não constitui direito fundamental. Desse modo, a mudança de orientação prestigia, ao mesmo tempo, a própria Suprema Corte, cujo acesso se deve dar em situações efetivamente extraordinárias, e que, portanto, não pode se transformar em tribunal ordinário de revisão, nem deve ter seu tempo e recursos escassos desperdiçados com a necessidade de proferir decisões em recursos nitidamente inadmissíveis e protelatórios. (HC 126.292/SP p. 80)

Ao nosso sentir, o que se defende a título de “equilíbrio e funcionalidade do sistema de justiça criminal” é a uma reforma não legal⁴⁴ do sistema recursal como forma de desestimular a interposição de recursos judiciais que, na visão do Ministro, é “abusiva e protelatória”, além de conceder “prestígio e autoridade” às instâncias inferiores.

Quanto a esse último ponto, verificamos que está, de igual forma, alinhado ao direito penal do combate, pois traduz que o prestígio e a autoridade do julgador de primeiro grau são observados na medida em que se torna possível efetivar, o quanto antes, se papel de combatente do crime e da criminalidade.

Vimos nesse trabalho que essa é a noção incorporada pela população em geral, através do credo criminológico da mídia, e, conseqüentemente, a noção que tem sido adotada pelos combatentes julgadores brasileiros.

O direito penal do combate quando empregado pelos julgadores também possui a nítida proposta de empreender política de segurança política, ou seja, desempenhar função atribuída constitucionalmente ao poder executivo, através das forças de segurança pública. No voto aqui analisado podemos perceber a defesa dessa proposta.

II. DIMINUIÇÃO DA SELETIVIDADE DO SISTEMA CRIMINAL 46. Além disso, a execução provisória da pena permitirá reduzir o grau de seletividade do sistema punitivo brasileiro. Atualmente, como já demonstrado, permite-se que as pessoas com mais recursos financeiros, mesmo que condenadas, não cumpram a pena ou possam procrastinar a sua execução por mais de 20 anos. Como é intuitivo, as pessoas que hoje superlotam as prisões brasileiras (muitas vezes, sem qualquer condenação de primeiro ou segundo graus) não têm condições de manter advogado para interpor um recurso atrás do outro. Boa parte desses indivíduos encontra-se presa preventivamente por força do art. 312 do Código de Processo Penal. A alteração da compreensão do STF acerca do momento de início de cumprimento da pena deverá ter impacto positivo sobre o número de pessoas presas temporariamente – a maior eficiência do sistema diminuirá a tentação de juízes e tribunais de prenderem ainda durante a instrução –, bem como produzirá um efeito republicano e igualitário sobre o sistema.

47. Não se trata de nivelar por baixo, mas de fazer justiça para todos. Note-se, por exemplo, que a dificuldade em dar execução às condenações por crimes que causem lesão ao erário ou à administração pública (e.g., corrupção, peculato, prevaricação) ou crimes de natureza econômica ou tributária (e.g., lavagem, evasão de divisas, sonegação) estimula a criminalidade de

⁴⁴ Relembramos aqui o “ativismo” do Supremo Tribunal Federal, no julgamento da ADO 26 e do MI 4733, no qual a corte suprema, considerando os reclamos da população, decidiu criminalizar a homofobia através da aplicação da analogia ao crime de racismo, enquanto o Congresso nacional não edita lei nesse sentido.

colarinho branco e dá incentivo aos piores. Como escrevi em recente texto acadêmico: “Outro elemento de fomento à corrupção é a impunidade. As pessoas na vida tomam decisões levando em conta incentivos e riscos. O baixíssimo risco de punição – na verdade, a certeza da impunidade – funcionava como um incentivo imenso à conduta criminosa de agentes públicos e privados. Superar este quadro envolve mudança de atitude, da jurisprudência e da legislação. (...) O enfrentamento da corrupção e da impunidade produzirá uma transformação cultural importante no Brasil: a valorização dos bons em lugar dos espertos. Quem tiver talento para produzir uma inovação relevante capaz de baixar custos vai ser mais importante do que quem conhece a autoridade administrativa que paga qualquer preço, desde que receba vantagem. Esta talvez seja uma das maiores conquistas que virá de um novo paradigma de decência e seriedade”. (HC 126.292/SP p. 81)

Esse “novo paradigma” denominado pelo ministro de “paradigma de decência e seriedade” se alinha ao substancialismo penal, já explicado nos primeiros tópicos desse trabalho. Ficou demonstrado, através da epistemologia garantista, que não cabe a adoção da concepção ontológica no direito penal do Estado Democrático de Direito. Ao proclamar um “paradigma de decência e seriedade” estamos, analogamente, agindo de forma lombrosiana, na medida em que os delinquentes natos seriam os desordeiros, indecentes, violadores da lei penal.

A “valorização dos bons” também citada pelo ministro propõe o retorno do discurso ontológico, substancialista. É a aplicação do direito penal sob o prisma do autor e não do fato. Isso porque, conforme disposto no voto, podemos concluir que, segundo o ministro, os “bons” não infligem a lei penal.

Sem dúvida, há um distanciamento do argumento utilizado no referido voto com a técnica jurídico penal, uma vez que é possível verificar a ausência dos princípios constitucionais na aplicação do direito penal. Essa concepção é aceita pelo pragmatismo jurídico, pois, segundo ele, o poder de discricionariedade do julgador se apresenta na sua capacidade de argumentar e decidir de forma idônea a transformar a realidade prática.

No mais, é possível verificar a implementação de um sistema que possibilite a punição dos acusados pelos crimes de colarinho branco que, segundo o Ministro, ficam impunes. E essa implementação é promovida através da flexibilização de direitos fundamentais, em total coerência com o direito penal do combate.

Quanto ao tema, tão debatido atualmente, da impunidade, o Ministro dedica item próprio.

III. QUEBRA DO PARADIGMA DE IMPUNIDADE

48. Por fim, a mudança de entendimento também auxiliará na quebra do paradigma da impunidade. Como já se afirmou, no

sistema penal brasileiro, a possibilidade de aguardar o trânsito em julgado do REsp e do RE em liberdade para apenas então iniciar a execução da pena tem enfraquecido demasiadamente a tutela dos bens jurídicos resguardados pelo direito penal e a própria confiança da sociedade na Justiça criminal. Ao evitar que a punição penal possa ser retardada por anos e mesmo décadas, restaura-se o sentimento social de eficácia da lei penal. Ainda, iniciando-se a execução da pena desde a decisão condenatória em segundo grau de jurisdição, evita-se que a morosidade processual possa conduzir à prescrição dos delitos. Desse modo, em linha com as legítimas demandas da sociedade por um direito penal sério (ainda que moderado), deve-se buscar privilegiar a interpretação que confira maior – e não menor – efetividade ao sistema processual penal.

49. Em razão dos motivos aqui apresentados, entendo que o princípio da presunção de inocência ou da não culpabilidade não obsta a execução da pena após a decisão condenatória de segundo grau de jurisdição. (HC 126.292/SP, p. 82)

Identificamos nesse trecho o que aqui já foi dito acerca do direito penal do combate ser exercido em coerência com o consenso da maioria, ou seja, no que a população espera que seja realizado pelo judiciário. Como veremos, essa característica é também atribuída à doutrina penal nazista, “o sentimento social de eficácia da lei penal” possui equiparação com o “são sentimento da comunidade do povo”.

A título de conclusão desta análise, compreendemos que o voto estudado não respeita a epistemologia garantista, estando divorciado dos preceitos constitucionais, além de não efetivar uma construção metodológica da decisão amparada nos direitos fundamentais.

A utilização do pragmatismo jurídico possibilitou uma construção argumentativa que aplicou o famoso “os fins justificam os meios”⁴⁵. De modo que, a crise do sistema de segurança pública no Brasil foi incorporada pelo Poder Judiciário para decidir, em matéria penal, que os valores da coletividade se sobrepõem aos direitos individuais.

Mais que isso, o Ministro Luís Roberto Barroso, sem qualquer análise criminológica do fenômeno do crime no Brasil, atribuiu a culpa pela morosidade judicial, “impunidade”, e ausência de efetividade do processo, ao direito fundamental da presunção de inocência.

Com o típico pensamento do direito penal do combate, o voto aqui analisado demonstra o quanto o Poder Judiciário Brasileiro tem se distanciado de sua função

⁴⁵ Conhecida frase de Nicolau Maquiavel, na sua obra “O príncipe”, através da qual defende, muito resumidamente, que qualquer iniciativa é válida quando o objetivo é conquistar algo importante.

constitucional e, conseqüentemente se apresentado à população enquanto órgão de segurança pública, de combate ao crime, ao criminoso, à impunidade e a tudo mais que viole o sentimento da comunidade do povo.

5.3.2. A incompatibilidade da aplicação da teoria do pragmatismo, na seara penal, com o ordenamento jurídico brasileiro

Apesar da utilização do pragmatismo jurídico pelos julgadores brasileiros, defendemos, nesse trabalho, sua incompatibilidade com o ordenamento jurídico pátrio. É inconcebível, do ponto de vista constitucional, que critérios extrajurídicos fundamentem decisões judiciais penais, que tratam da liberdade do cidadão.

Richard Posner critica a antiguidade da Constituição norte americana e defende sua interpretação pragmática considerando os fatos e o resultado prático do conflito, suas conseqüências econômicas. Segundo o citado autor “a questão interpretativa é, em última instância, política, econômica ou social e a sociologia tem mais a contribuir com ela que o direito” (POSNER, 2009, p. 222).

No que diz respeito à interpretação da legislação penal, entendemos que não é possível, sob a perspectiva da democracia constitucional, efetivar uma interpretação pragmática, utilizando-se de argumentos políticos, econômicos ou sociais, de modo a prejudicar a situação do acusado, otimizando os resultados práticos daquela decisão.

A tradição da *civil law* enuncia que, primeiramente, devemos observar a lei, a norma positivada, para só então partir para análise do caso concreto. No sistema penal isso é materializado pelo cognitivismo judicial, considerando nosso sistema acusatório e a sua aplicação conforme os preceitos constitucionais.

Considerando que no âmbito penal a interpretação deve se dar de forma restritiva, observamos que a problemática da aplicação do pragmatismo reside na interpretação dos termos vagos. Desse modo, não havendo qualquer ampliação das palavras precisas e determinadas, o julgador empreende um exercício interpretativo pragmático quando utiliza termos imprecisos.

O pragmatismo, segundo Posner, não é engessado, não limita o sistema jurídico. Conforme o entendimento do citado autor, permite que os juízes adaptem as leis aos novos ambientes sociais e políticos. “Utilizando-se da sensibilidade instrumental, o julgador deve contextualizar as normas ao novo contexto, à nova realidade fática” (POSNER, 2009, p. 425).

Entretanto, entendemos que na seara penal essa contextualização não é possível. Isso porque a unidade do sistema depende da incidência dos direitos fundamentais como esquema epistemológico de identificação do desvio penal (FERRAJOLI, 2002). Bem verdade que esse esquema é um modelo ideal, devendo

ter o papel de orientador de todo o sistema, desde a definição legislativa do desvio punível à comprovação jurisdicional de determinada conduta como desviante.

A racionalidade e a confiabilidade do juízo dependem diretamente da manutenção da epistemologia garantista no ordenamento jurídico, vedando o surgimento de espaço para concepções ontológicas ou substancialistas do desvio punível, conforme sugere o pragmatismo de Posner.

Quanto a estas últimas, importante recordar a figura do “delinquente natural”, na concepção positiva-antropológica; do “direito penal da vontade” ou do “tipo de autor”, na doutrina nazista; e a doutrina stalinista do “inimigo do povo” (FERRAJOLI, 2002).

Entendemos que a proposta do autor norte americano é admitir a interpretação da legislação penal como forma de proteger a lógica do mercado, a eficiência materializa-se nas condenações dos indivíduos que estejam à margem dessa lógica. O que se propõe é uma gestão dos indesejáveis a partir da utilização do aparelho repressor estatal.

Ainda que se demonstre a impossibilidade constitucional dessa interpretação no ordenamento jurídico brasileiro, na prática dos tribunais ela já vem sendo adotada. Isso ocorre porque a possibilidade jurídica de admitir-se a invasão do direito pela economia está na ausência de detalhamento da legislação, que não escraviza a atuação do julgador, deixando grande margem de discricionariedade (POSNER, 2010).

Bem verdade que, para Posner e sua concepção econômica do direito, a aplicação da interpretação pragmática não estaria diretamente relacionada a elementos morais, mas sim a aspectos econômicos, sociais e políticos. O fato é que, no Brasil, liberalismo e conservadorismo estão intrinsecamente unidos e, ao menos atualmente, aspecto político confunde-se com moral (STRECK, 2019).

O modelo do pragmatismo, seja através do resultado útil a nível econômico ou moral, representa um modelo substancialista de direito penal, alicerçado na subjetividade dos termos e conseqüente arbitrariedade do julgador. Diante disso, a criminalização reiterada demonstra que o sistema penal se estrutura para que a legalidade não se opere, e seu poder seja exercido com arbitrariedade seletiva dirigida, principalmente, aos indesejáveis (ZAFFARONNI, 2017).

Quanto a estes últimos, o poder penal se apresenta como um dos mais eficazes instrumentos de controle social de pessoas que, aos olhos dos governantes, dos detentores do poder político e do poder econômico, são empecilhos ao projeto capitalista (CASARA, 2017).

Importante ressaltar que a gestão dessas pessoas indesejáveis não se operacionaliza com o afastamento da legalidade estrita, até porque não seria juridicamente possível afastá-la. Ocorre através da utilização de critérios ontológicos na definição de delitos, possibilitando a seletividade empreendida pelo julgador.

Na seara penal, o pragmatismo representa um perigosismo prático, pois é através dessa discriminação na aplicação da lei que o Estado desenvolve a distinção entre pessoas.

A aplicação de uma interpretação que busque a otimização dos resultados da decisão judicial, no âmbito penal, representa o decisionismo tão rechaçado por nós nesse trabalho. Permitir que o julgador empreenda o exercício de verificar a realidade política, social e econômica, como forma de antecipar os resultados práticos de sua decisão é retornar ao autoritarismo, pois a decisão não terá parâmetro jurídico de controle.

Entendemos que a norma jurídico-penal deve ser clara e determinada e, havendo qualquer elasticidade interpretativa, a atividade criativa do juiz deve se dar através do respeito aos direitos fundamentais do cidadão, utilizando, para tanto, a metodologia garantista na produção da decisão, e não, conforme propõe Richard Posner, analisando o resultado prático da questão.

Essa importação do pragmatismo jurídico, feita pelos julgadores brasileiros, principalmente à seara penal, desvirtua o paradigma da democracia constitucional e possibilita o nascimento do que aqui denominamos de direito penal do combate.

Foi através do pragmatismo jurídico que os julgadores abandonaram o direito penal liberal e, através da utilização da retórica vazia do “princípio do interesse público”, estão agindo como verdadeiros órgãos de segurança pública, aplicando argumentos de matriz utilitarista para flexibilizar e suprimir direitos e garantias penais constitucionais.

5.4. O direito fundamental à segurança pública como fundamento do direito penal do combate

Explicamos, anteriormente, o emprego do princípio do interesse público como a base interpretativa do direito penal do combate, eleito através da equivocada ponderação entre o direito individual de liberdade e o interesse da coletividade. Equivocada porque, conforme já explanado, os direitos fundamentais individuais são conquistas caras à sociedade civilizada e a sua efetividade e proteção é que deveriam ser do interesse de todos. A ponderação citada representa um maniqueísmo grosseiro.

Diante da adoção do princípio do interesse público para interpretar e aplicar a lei penal e processual penal, considerando a efetividade do resultado prático, ou seja, a transformação da sociedade através do pronunciamento judicial, compreendemos que a construção hermenêutica do direito fundamental à segurança pública é uma consequência inevitável.

“O sistema de justiça criminal é o principal laboratório para testar a aceitação social de medidas autoritárias” (CASARA, 2017, p. 92). Conforme

analisado em capítulo específico, o credo criminológico da mídia possibilita a incorporação, pela população em geral, da adoção de medidas extremas em benefícios de todos.

O discurso amplamente divulgado acerca da criminalidade promove a incansável busca pela ordem das coisas. Na visão de Bauman (1997), essa ordem refere-se à pureza, ao fato das coisas se encontrarem nos lugares justos e convenientes. Nesse sentido, havendo qualquer desordem há uma desestabilização da sociedade, provocando a sujeira, ou seja, o oposto da pureza promovida pela ordem.

Entretanto, é impossível buscar pureza numa sociedade de risco. A referida ordem se torna, assim, “fruto de um autismo jurídico e de uma boa dose de má-fé” (LOPES Jr., 2017, p. 41). Importante ainda registrar que esse argumento foi utilizado para implementação e manutenção de regimes totalitários, o regime nazista, por exemplo, se utilizada da pureza da raça.

A já analisada “valorização do bom” citada pelo ministro Barroso no julgamento do HC 126.292/SP também nos remete à ideia da pureza conquistada através da ordem, daí porque ele afirma que essa valorização promoveria um “novo paradigma de decência e seriedade”. Entretanto, não há critérios jurídicos que possam aferir e distinguir os bons dos maus, a pureza da sujeira. Essa ideia nos remete a um direito penal já suplantado, diante das atrocidades que promoveu.

Apesar da impossibilidade de alcance da ordem tão desejada pela população, o direito penal e processual penal é aplicado nesse sentido. Não sem razão, Salo de Carvalho (2015, p. 04) afirma que:

(...) as ciências criminais foram direcionadas a anular a violência do bárbaro e afirmar os ideais dos civilizados, mas produziram seu oposto ao longo do processo de constituição (e crise) da Modernidade, ou seja, colocaram em marcha tecnologia formatada pelo uso desmedido da força, cuja programação, caracterizada pelo alto poder destrutivo, tem gerado inominável custo de vidas humanas.

Percebemos que o direito penal tem sido empregado, pelo poder judiciário, no que aqui entendemos como uma subversão do paradigma constitucional, substituindo a razão do direito, o cognitivismo judicial, pela razão punitiva, o substancialismo penal. Isso porque, o “poder penal é um dos principais instrumentos para o controle social de pessoas indesejáveis aos olhos dos governantes, dos detentores do poder político e do poder econômico” (CASARA, 2017, p. 92).

A sustentação de um direito fundamental à segurança pública ressignifica todo o sistema de direitos fundamentais. A proteção deve ser pautada na singularidade do indivíduo, por esta razão a dignidade da pessoa humana foi elencada à categoria de princípio fundamental do Estado Democrático de Direito, e não na proteção do próprio sistema de controle.

Ao utilizar a razão punitiva, empregando como fundamento da decisão penal o denominado direito fundamental à segurança pública, considerando que a proteção da coletividade deve superar a proteção do indivíduo em face do poder punitivo estatal, os julgadores brasileiros descumprem sua função constitucional. Uma vez que, “o poder judiciário apresenta-se como o ente estatal capaz de atender às promessas descumpridas tanto pelos demais agentes estatais quanto por particulares, ou seja, como o ator político destinado a exercer a função de guardião da democracia e dos direitos” (CASARA, 2017, p. 125).

Nesse sentido, ao desvirtuar essa função, o judiciário subverte o paradigma da democracia constitucional, se transformando num facilitador da promoção da repressão. Nas palavras de Rubens Casara (2017, p. 127):

“Não raro, para dar respostas (ainda que meramente formais) às crescentes demandas, o poder judiciário recorre a uma concepção pragmática que faz com que ora se utilize de expedientes técnicos para descontextualizar conflitos e sonegar direitos, ora recorra ao patrimônio gestado nos períodos autoritários da história do Brasil para manutenção da ordem.”

Podemos perceber que o processo de desidratação da Constituição Federal, através de interpretações judiciais divorciadas da principiologia garantista, flexibilizando e suprimindo direitos e garantias penais, é muito natural. Ocorre sem qualquer questionamento por parte da população em geral, fato este que facilita sua incorporação ao ordenamento jurídico.

No entendimento da sociedade brasileira, o “bom juiz” é aquele que considera a aplicação dos direitos fundamentais como empecilho à eficiência do Estado, é o famoso “juiz herói”, que combate o crime e a criminalidade sem medo. Essa é a concepção construída com a ajuda dos meios de comunicação em massa (CASARA, 2017).

Essa população compreende que o direito fundamental à segurança pública é imprescindível para a manutenção da ordem e conquista da pacificação social tão desejadas. Entretanto, caberia ao poder judiciário, se atuasse enquanto poder contramajoritário, não incorporar essa construção de que a segurança pública é um direito fundamental.

Entretanto, ao se apresenta enquanto combatente do crime e da criminalidade, o poder judiciário compreende que a racionalidade que fundamentou a justiça penal moderna deve ser desvinculada do fundamento da liberdade e se vincular à construção artificial da figura aqui analisada correspondente ao “direito fundamental à segurança pública” (ALBRECHT, 2010).

Esse novo direito fundamental possui a finalidade não somente de legitimar o direito penal, mas principalmente de adotar políticas criminais irracionais utilizando como justificativa a proteção do cidadão da violência dos outros cidadãos e conseqüentemente, promovendo a perda da liberdade (ALBRECHT, 2010).

A relação de confiabilidade do cidadão no Estado, nessa perspectiva de segurança, sempre promoveu a utilização de mecanismos repressores em diferentes momentos históricos.

A nosso ver, a legitimação filosófica da outorga de liberdade pelo Estado é frágil, especialmente a partir de uma análise empírica da história de violações à liberdade relacionadas à atuação estatal. A simbiose proveniente de uma antropologia que se funda em uma atitude de desconfiança e receio nas relações intersubjetivas e otimismo excessivo no tocante ao poder exercido pelo Estado fragiliza o reconhecimento recíproco e potencializa a tendência do poder punitivo em ultrapassar os limites estabelecidos pela legalidade (BOLT e ADEODATO, 2018, p. 08).

Essa atual aceitação de um direito fundamental à segurança pública viola o ideário iluminista, que fabricou os alicerces da humanização do sistema penal⁴⁶, suplantando as arbitrariedades naturalizadas pelos regimes absolutistas.

Nesse sentido, o direito penal moderno é construído com base na garantia dos direitos naturais dos indivíduos contra os abusos estatais, com a implementação de limites rígidos à atuação do *jus puniendi* estatal e a racionalização responsável pelo afastamento das imagens religiosas (CASARA, 2017).

Assim, na concepção do Estado moderno, o direito penal foi pensado enquanto limitador e controlador de uma “ameaçadora liberdade humana desenfreada” (ALBRECHT, 2010, p. 156) e a liberdade enquanto legitimadora desse Estado. Entretanto, a criação dessa figura jurídica artificial, de direito fundamental à segurança pública, tem ameaçado a manutenção dessa estrutura.

Com a justificativa de que é necessária a proteção do cidadão da violência dos outros cidadãos, a citada construção jurídica artificial rejeita a liberdade como legitimadora do Estado e transfere essa legitimação à segurança pública (ALBRECHT, 2010).

Essa nova legitimação busca a ordem já citada aqui na perspectiva de Bauman. Uma ordem inalcançável em meio à sociedade de risco na qual estamos inseridos, o que justifica a implementação cada vez mais expressiva de mecanismos de repressão.

Colocar a segurança como direito fundamental constitui uma ilusão altamente funcional ao exercício arbitrário do poder punitivo estatal, uma vez que a segurança seria um pressuposto que condiciona a própria existência do Estado a partir da fábula contratualista. Ora, qual seria então o sentido de atribuir à segurança o status de direito fundamental, se a função do Estado

⁴⁶ Essa humanização é empregada no sentido de evolução das práticas punitivas adotadas nos regimes absolutistas, anteriores ao movimento iluminista.

está exatamente em assegurar a paz e a defesa dos cidadãos? A segurança de garantia da liberdade dos indivíduos é o que justifica a criação deste “deus mortal”, levando os homens a cederem os seus direitos ao soberano. Com a invenção do direito fundamental à segurança pública, mitos são conservados e impedem a emancipação pretendida pela filosofia iluminista. Entregues à sedução do canto das sereias, prolongamos nosso aprisionamento às origens míticas do Estado em nome da autoconservação e presenciamos a promessa da felicidade se dissolver ao preço da repressão e da razão (BOLT e ADEODATO, 2018, p. 10).

Não há espaço constitucional para aplicação dessa construção jurídica no ordenamento brasileiro. Ainda assim, ela é empregada através da adoção do pragmatismo jurídico que objetiva a transformação da realidade através das decisões judiciais. Para nós, esse é o verdadeiro canto das sereias, na busca incessante por uma ordem inalcançável e uma pacificação social ilusória, a população tem anuído cada vez mais com a supressão dos direitos através dos pronunciamentos judiciais penais, sem perceber que a liberdade, valor legitimador do Estado, está sendo suprimido.

Desse modo, podemos concluir que o pragmatismo jurídico é utilizado como teoria decisória na materialização do direito penal do combate através da aplicação do princípio do interesse público, na interpretação da lei penal e processual penal, contribuindo com a incorporação da figura jurídica artificial do novo direito fundamental à segurança pública.

6

NADA É POR COMPLETO NOVO: ANTECEDENTES DO DIREITO PENAL DO COMBATE

Já analisamos nesse trabalho que a argumentação materializadora do direito penal do combate não é uma inovação jurídica. Apesar dos seus aplicadores se apresentarem como símbolos de novo judiciário, eficaz, ágil, efetivo, sempre ao lado da população, essa postura já foi experimentada em outros períodos, não só da história do Brasil, mas, principalmente, da participação dos julgadores na implementação dos regimes autoritários durante a segunda grande guerra.

O caráter cíclico das construções jurídicas também comprova que a inovação não ocorre enquanto efetivadora dos direitos fundamentais. Apesar dos mais de 20 anos da Constituição Cidadã, continuamos com velhas práticas jurídicas conservadoras, sem qualquer conexão com a efetividade dos direitos fundamentais. Um clássico exemplo, na atual quadra histórica brasileira, é a tentativa de implementação de um Estado Policial, através da tentativa de criminalização de manifestações populares e movimentos sociais, perseguição da imprensa pelos governantes, edição de legislação que endurece, ainda mais, o sistema de justiça criminal, ausente, como já era esperado, de políticas públicas para redução do abismo social econômico.

Nesse sentido, o direito penal do combate, ou seja, a aplicação de uma interpretação pautada em critérios extrajurídicos e, consequentemente, inconstitucionais, contribui para implementação desse Estado Policial.

Já analisamos o papel da publicidade na incorporação da subversão do paradigma constitucional, cabe apenas ressaltar que o discurso autoritário atual, denominado por Zaffaroni de “discurso único do novo autoritarismo *cool*”, que é disseminado na América Latina, é mais uma construção do simplismo norte americano no tratamento do tema. Esse discurso se orgulha da ausência de respaldo acadêmico,

uma vez que é através da publicidade popularesca que consegue denegrir a opinião técnica jurídica e criminológica (ZAFFARONI, 2007).

Conforme já explanado aqui, esse discurso autoritário, que se dissemina desprezando o conhecimento técnico jurídico, ganha a adesão dos operadores políticos, dentre eles, os julgadores. É um discurso incoerente, pois não possui qualquer fundamento racional, tratando apenas de mera propaganda.

“A irracionalidade é de tal magnitude que sua legitimação não pode provir nem sequer de grosserias míticas – como Rosenberg no nazismo – reduzindo-se, antes a pura mensagem publicitária, com o predomínio de imagens” (ZAFFARONI, 2007, p. 74).

Entendemos que o credo criminológico da mídia vende o poder punitivo como se este fosse uma mercadoria. Desse modo, o êxito comercial se dá com a promoção emocional dos impulsos vingativos e, por sua vez, todos os serviços de notícia que se comprometem com essa mercadoria disseminam esse discurso. Os ditos especialistas, que promovem os debates nesses serviços de notícia, não possuem dados empíricos sérios, são, na verdade, verdadeiros palpiteiros livres que se limitam a reiterar o discurso único (ZAFFARONI, 2007).

No caso especificamente brasileiro, nossa atual Constituição foi promulgada após mais de 20 anos nos quais o Brasil ficou sob a égide de um Regime Autoritário. A instauração desse regime se deu com a propaganda acerca do perigoso avanço comunista, essa propaganda foi vendida como mercadoria e facilmente aderida por diversos segmentos⁴⁷.

Atualmente, a propaganda disseminada continua promovendo impulsos vingativos nos seus telespectadores, ela diz respeito ao aumento do crime e da criminalidade, à insegurança coletiva, à situação de caos instaurada em todo o país. A partir daí, é construída uma narrativa de união da comunidade, das pessoas que se autoproclamam “cidadãos de bem”, contra os criminosos. Como vimos na seção anterior, é a construção do direito fundamental à segurança pública, consubstanciado na proteção de todas as pessoas da violência provocada por algumas pessoas.

Bem verdade que a tese do “Direito Penal do Inimigo”, apresentada por Jakobs, é explícita quanto à necessidade de proceder a uma distinção entre pessoas e inimigos (não pessoas), no âmbito penal, como a forma inevitável de conter as grandes organizações criminosas, citando como exemplo dos terroristas.

Em síntese, o citado autor define três características principais da sua tese, quais, sejam: o aumento da gravidade das penas, defendendo inclusive a aplicação de penas “draconianas”; a abolição ou redução ao mínimo das garantias penais e processuais; a criminalização de condutas que não implique em perigo para bens jurídicos concretos, ampliando a intervenção do direito penal (JAKOBS, 2007)

Desse modo, em uma rápida análise das características citadas e da realidade brasileira, podemos afirmar que já adotamos a tese de Jakobs no nosso Ordenamento

⁴⁷ Esse tema pode ser melhor compreendido através da obra “Brasil Nunca Mais” de autoria de Dom Frei Paulo Evaristo Arns.

Jurídico. Entretanto, a sutileza do posicionamento brasileiro está em defender que não há uma distinção legislativa entre cidadão e não cidadão, possuindo todos os mesmos direitos e garantias.

De fato, seria impossível uma discriminação legislativa dessa monta. Contudo, o fenômeno se manifesta de forma implícita e geral. Não há necessidade dessa distinção porque todos aqueles que são selecionados pelo direito penal já podem ser considerados inimigos da sociedade e a característica da supressão ou redução ao mínimo das garantias penais e processuais penais é vista no sistema de justiça criminal como regra, dirigida a todos.

O direito penal do combate se assemelha ao direito penal do inimigo sem, contudo, distinguir explicitamente as pessoas, ou seja, sem empreender um duplo direito para cidadão e não cidadão. É considerado não cidadão todo aquele que fere o pacto social infringindo a lei penal e, a partir daí, cabe ao judiciário puni-lo exemplarmente.

Enquanto na tese de Jakobs o direito penal se torna ilimitado através da própria legislação, que admite a distinção entre pessoas e, conseqüentemente, um tratamento extremo a um dos grupos, no direito penal do combate a expansão do direito penal ocorre através da interpretação judicial. De modo que, a supressão e minimização das garantias penais e processuais penais são realizadas sem modificar a Constituição ou a legislação, tudo é feito através de um jogo interpretativo pautado no pragmatismo jurídico e considerando o interesse público para, ao final, o judiciário se apresentar enquanto garantidor do direito fundamental à segurança pública.

Essas semelhanças possuem antecedentes comuns, seria injusto considerar que o direito penal do inimigo é uma construção jurídica inovadora realizada por Jakobs (CONDE, 2011). Da mesma forma que o Judiciário Brasileiro não inova quando adota uma postura pragmática de combatente do crime, procedendo a um exercício hermenêutico que restringe direitos fundamentais.

Apenas para ilustrar, cabe expor o entendimento de Franz Von Liszt, catedrático de direito penal da Universidade de Berlim entre o final do século XIX e início do século XX. Segundo Von Liszt, o direito penal deveria ser “a barreira intransponível da política criminal” (Von Liszt apud Muñoz Conde, 2011, p. 15).

Dessa forma, o direito penal deveria ser visto como o baluarte inexpurgável a toda política criminal que pretendesse acabar com o crime e a criminalidade a qualquer custo, seria então um limite aos excessos e abusos. Von Liszt entendia que não era possível prescindir dos princípios básicos do direito penal e os denominava de “Magna Carta do delinquente” (CONDE, 2011, p. 15).

Entretanto, o citado posicionamento é revisto por Von Liszt quando ele se depara com a questão dos reincidentes. Passa, assim, a considerar que os criminosos habituais são incorrigíveis, formando um grupo de “inimigos da ordem social”.

O elo certamente mais importante e perigoso dessa cadeia de patologias sociais que denominamos sob o nome genérico de proletariado. Mendigos e vagabundos, prostituídos de ambos os gêneros, alcoólatras, bandidos e gente do submundo em sentido

amplo, degenerados anímica e corporalmente. Todos esses constituem o exército de inimigos principais da ordem social, entre os quais os delinquentes habituais constituem o Estado maior (Von Liszt apud Munoz Conde, 2011, p. 15).

A partir dessa percepção, Franz Von Liszt, segundo Muñoz Conde (2011, p. 15), “não parecia muito disposto a ser consequente com a concepção garantista que poucas páginas antes em sua monografia havia proposto como missão do Direito Penal frente à política criminal”. Desse modo, passou a defender a inocuização das pessoas que fossem consideradas inimigas da ordem social e esse processo se daria da seguinte forma:

A prisão perpétua ou, se for o caso, de duração indeterminada, em campo de trabalho, em “servidão penal”, com estrita obrigação de trabalhar e com o máximo aproveitamento possível de sua força de trabalho sem excluir como sanção disciplinar a pena de açoites e com a consequente perda dos direitos civis e políticos, para mostrar o caráter desonroso da pena. O isolamento individual apenas operaria como sanção disciplinar em cela escura e em estrito jejum

(...)

O trabalho forçado com disciplina militar, com menor gasto possível, até que esses bandidos sejam arruinados. Indispensável a pena de açoites. A inocuização deve levar-se a cabo às suas custas e não às nossas. Alimentá-los, dar-lhes ar e movimento conforme princípios tacionais é um abuso do dinheiro dos contribuintes (Von Liszt apud Muñoz Conde, 2011, p. 16).

Podemos perceber o quanto o posicionamento de Von Liszt se assemelha ao discurso disseminado pelo credo criminológico da mídia e incorporado pela população em geral. A partir desse raciocínio de que essas pessoas são inimigas da sociedade porque são incorrigíveis é aplicada a interpretação que flexibiliza, e até mesmo suprime, direitos e garantias constitucionais.

No mesmo sentido pensado por Von Liszt, o julgador brasileiro diferencia os “inimigos da sociedade” do “cidadão de bem”. O primeiro representa o grupo de pessoas selecionadas pelo direito penal e o segundo representa o grupo de pessoas que escapam desse filtro. Acredita firmemente na ideia de que está agindo de forma correta, pois retira da sociedade e segrega pessoas indesejáveis, a qualquer custo.

Porém, o julgador combatente não percebe que a postura adotada por ele possui antecedentes pouco admiráveis e, a própria história comprova que qualquer interpretação que amplie o poder punitivo estatal, ainda que seja especificamente em casos mais graves, abre as portas para o totalitarismo, ou seja, para o Estado autoritário, que representa a negação do Estado de Direito (CONDE, 2011).

Verificamos que, em alguma medida, o direito penal do combate resgata aspectos jurídicos da tese do Direito Penal do Inimigo, desenvolvida por Jakobs. Entretanto, esta última propõe a alteração diretamente legislativa, para construção de um direito positivado duplo, diferenciando inimigos de cidadãos. No direito penal do combate essa distinção é feita de forma sutil, utilizando-se a Constituição e as leis para realizar uma interpretação discriminatória.

No próximo tópico demonstraremos que a mudança empreendida pela interpretação judicial se assemelha, em alguns aspectos, à doutrina penal nazista, mais precisamente a desenvolvida entre os anos de 1933 a 1945. Ressaltamos que não é objetivo desse trabalho aprofundar um tema tão complexo, pretendemos somente elencar algumas semelhanças jurídicas e demonstrar o quanto a atual a-historicidade do saber pode ser prejudicial ao nosso sistema civilizatório.

6.1. A comunidade do povo e a interpretação da lei

Um sistema que se pretende legítimo não é imposto coercitivamente. Antes disso, utiliza-se do próprio ordenamento jurídico para justificar suas arbitrariedades, com o uso do que aqui denominamos de “veniz jurídico”. Os regimes totalitários na Itália e na Alemanha, durante a segunda grande guerra, são um exemplo disso.

Como já explanado nesse trabalho, o fascismo italiano não admitiu a supressão do princípio da legalidade. Entretanto, a perspectiva adotada não era a do direito penal liberal, pois não possuía a função de garantir a liberdade do cidadão frente ao poder punitivo estatal, mas sim de efetivar o *jus puniendi* estatal, garantindo a supremacia do Estado frente ao indivíduo.

Por sua vez, o nazismo se utiliza da mesma construção jurídica fascista, acrescentando que caberia aos julgadores decidir conforme o sentimento do povo que estava encarnado por próprio desejo do Führer. De modo que, uma lei poderia ser afastada na aplicação do direito se o juiz entendesse que ela não realiza a justiça ao caso concreto⁴⁸, tudo conforme o sentimento da comunidade do povo.

⁴⁸ Um exemplo emblemático dessa postura na atual conjuntura jurídica no Brasil é o Procedimento Administrativo Disciplinar instaurado contra o, à época, juiz Sérgio Moro, na Corregedoria Regional da Justiça Federal, após a apreciação da Reclamação 23.457 pelo Supremo Tribunal Federal. Em síntese, um grupo de advogados questionou a postura do então juiz ao vazar, para os meios de comunicação, conversas sigilosas, captadas em interceptação telefônica, entre a então Presidente da República, Dilma Rousseff, e o ex presidente Lula. O STF entendeu a irregularidade do vazamento mas declarou não possuir competência para analisar a responsabilização, uma vez que era atribuição da Corregedoria. Instaurado o procedimento, através de requisição do STF, os desembargadores corregedores, por maioria (apenas o voto do Desembargador Rogério Fraveto foi contrário) decidiram não punir o representado, fundamentando que o Brasil se encontra em estado de exceção, para tanto foi citado um parágrafo da obra de Giorgio Agambem, que tem como título “Estado de

O nazismo alemão não foi uma imposição, houve, antes, uma intensa preparação ideológica, incorporada por grande parte dos intelectuais da época. Nas palavras de Zaffaroni (2019, p.31):

É muito chamativo que desde fins do século XIX se observe o lento crescimento de uma tônica intelectual de nostalgia, frustração, tédio, desprezo pelos valores burgueses, pelos princípios democráticos, pelos aspectos mais positivos do velho liberalismo, uma estendida apelação aos sentimentos, a invocação de valores absolutos, a admiração pelo herói, uma criatividade libertária mesclada com demandas de condução autoritária. Quer dizer, o crescimento de um conjunto confuso de expressões que, no campo literário, plástico, arquitetônico, mostrava as ânsias de algo novo em um espaço que parecia vazio. A intelectualidade foi cavando um vácuo enorme, que ampliou a derrota e sua consequência no primeiro pós-guerra, mas a crise do Estado-Nação o aprofundou ainda muito mais com a debilitação da República de Weimar.

O mestre argentino sintetiza assim os eventos que promoveram o desenvolvimento do nazismo alemão, denominando, na ausência de melhor palavra para conceitua-los em conjunto, de Romantismo. No campo jurídico, Helmut Nicolai desenvolve o Romantismo Jurídico (ZAFFARONI, 2019).

Na concepção de Nicolai, caracterizada pelo extremismo que beira o delírio, o direito é vivente, pois, segundo ele, nasce com o homem como um instinto jurídico ao nível da consciência, esta, por sua vez, é responsável pelo discernimento entre verdadeiro e falso, bom e ruim. E a comunidade do povo é formada por pessoas que tenham essa consciência, por isso, somente dentro dessa comunidade o direito é válido, “quem está fora do povo está fora da paz, fora da ordem jurídica, nem tem iguais direitos nem é igual aos outros” (Nicolai apud Zaffaroni, 2019, p. 41).

Importante transcrever o contexto no qual o direito estava inserido e era compreendido nessa época:

Idealiza o direito germânico, ou seja, que segue a corrente romântica de conceber um paraíso, só que o põe no passado, como paraíso perdido que deve ser recuperado. Introduce repetidamente a ideia de lealdade ou fidelidade (die Treue), central para o conceito jurídico nazista. Eram altas as exigências que se demandavam para o correto comportamento do indivíduo. A lealdade era o núcleo da essência germânica. O direito e o bom não era o que não estava proibido, como na concepção romana e na nossa atual, mas sim o que o mandato ético ordenava fazer (...). Assim o direito abria passo a partir da ideia de eticidade, em cujo ponto central estavam a lealdade e a honra pela pedra fundamental da forma de ser alemã, e

Exceção” e, nessas circunstâncias, a postura do juiz em vazar as conversas não poderia ser punida pois atendia ao interesse público.

a sua força que obriga provinha do sangue, unida em finita corrente perpétua de vida. Obviamente, isto nega radicalmente a separação iluminista entre direito e moral, pecado e delito. A separação romana da lei e a moral era estranha ao direito germânico que, pelo contrário, considerava direito só o que se correspondia com a perpétua ideia ética (...). (ZAFFARONI, 2019, p 42)

Podemos compreender, a partir dessa perspectiva ética e moral do direito, a justificativa dos juristas nazistas em reduzir a lei à função apenas de orientação do juiz, considerando que “o juiz é servidor do direito e não da lei, deve dizer o direito, não interpretar a lei e, se o fio da lei desse lugar a uma injustiça, deverá evitá-la e decidir segundo o bem, baseando-se de forma independente” (Nicolai apud Zaffaroni, 2019, p.42).

Nesse sentido, o Direito era concebido enquanto sentimento de justiça e isso possibilitou uma insegurança jurídica programada, tão lembrada pela história daquela época. Zaffaroni (2019) acrescenta ainda que Nicolai reconhece a escola do direito livre como precursora na função que agora incumbia ao direito nazista, isso porque, aquela não entendia o julgador como mero aplicador da lei, com a restrita função de deduzir a solução da lei, mas sim como criador da solução segundo um sentimento jurídico. E, esse sentimento não podia ser confundido com o sentimento pessoal do julgador, mas deveria representar o sentimento do *formicarius*, da comunidade do povo, da coletividade.

No direito penal do combate, esse sentimento é materializado através do princípio do interesse público, na aplicação da lei penal. Desse modo, o julgador é orientado pela lei, mas decide conforme o sentimento da comunidade. Não precisamos repetir que o desejo da comunidade é resumido no fim da impunidade, no combate ao crime e no retorno da falsa⁴⁹ nostálgica paz social, ainda que para isso, direitos fundamentais sejam violados.

Para os julgadores combatentes, há, de igual forma, uma nítida confusão entre direito e moral. As decisões judiciais penais são fundamentadas em conceitos éticos, subjetivos e pessoais acerca do fato analisado. No nazismo, o sentimento do povo era interpretado pelo Führer, no direito penal do combate quem interpreta o sentimento “são” da comunidade do povo é o Poder Judiciário. Isso é feito através de um criativo exercício de hermenêutica constitucional, a título de ilustração, segue trecho do voto do Ministro Luís Roberto Barroso, proferido no julgamento do *habeas corpus* aqui já analisado.

A mutação (constitucional) está associada à plasticidade de que devem ser dotadas as normas constitucionais. Este novo sentido ou alcance do mandamento constitucional pode decorrer de uma mudança na realidade fática ou de uma nova percepção do

⁴⁹ Atribuímos o adjetivo “falsa” à paz de tempos passados, conforme apregoada por muitas pessoas, pois adotamos a perspectiva harendtiana de violência. Para uma melhor compreensão é necessária a leitura da obra “Sobre a Violência” de Hannah Arendt.

Direito, uma releitura do que deve ser considerado ético ou justo. A tensão entre normatividade e facticidade, assim como a incorporação de valores à hermenêutica jurídica, produziu modificações profundas no modo como o Direito contemporâneo é pensado e praticado. (HC 126.292/SP, p.31)

O perigo do irracionalismo das doutrinas penais que se desenvolvem a partir do abandono do ideário iluminista é amplamente alertado, e este não é um alerta atual. Neste trabalho, alertamos para a situação de construção de um direito penal do combate, que subverte o paradigma interpretativo constitucional. De modo que os julgadores se utilizam de interpretações que esvaziam direitos fundamentais, sobrepondo a eles o interesse público, amparados no credo criminológico da mídia, para dar caráter ilimitado ao poder punitivo estatal. Defendemos aqui que essa atuação do Poder Judiciário Brasileiro coloca em risco o próprio Estado de Direito.

Em 1979⁵⁰, Giuseppe Bettiol igualmente alertava para os perigos do irracionalismo do direito penal. Argumentava que, desde o fim da segunda guerra, os riscos não haviam diminuído, mas apenas incorporado sentidos diversos, precisamente dois característicos, quais sejam, a expansão da “idolatria do poder punitivo” e a defesa de um “direito penal popular” (ZAFFARONI, 2019).

No que diz respeito à expansão de uma verdadeira “idolatria do poder punitivo”, o alerta é quanto ao reconhecimento da onipotência do poder punitivo diante de qualquer conflito, transformando-o em uma espécie de panaceia, diante da ausência de capacidade para uma resolução racional. E essa ausência de capacidade origina o que Bettiol denominou de “terrorismo mediático” que, por sua vez, alimenta o “pânico moral” (ZAFFARONI, 2019).

O mesmo alerta serve à ciência jurídica atual, na qual se torna quase inviável a defesa racional da contenção do poder punitivo diante da propagação de uma publicidade comprometida com soluções mágicas e absolutamente divorciada da técnica jurídica e da criminologia, na qual o poder punitivo é vendido como mercadoria e sustenta uma ordem mundial que conta com dois terços da população passando por necessidades básicas (ZAFFARONI, 2019).

Por sua vez, o outro alerta se refere à defesa de um direito penal popular, ou seja, aquele direito penal que conte com a participação cidadã através de plebiscitos e consultas sobre questões relacionadas à segurança pública, além de questões penais. Ressalte-se que, em matéria penal, as pessoas que mais se indignam nas repostas às consultas públicas são aquelas mais vulneráveis a se tornarem vítimas do poder punitivo (ZAFFARONI, 2019).

O fato é que, tanto na época de ascensão do nazismo alemão, quanto nos demais regimes autoritários que surgiram depois, havia o Estado de Direito regulado

⁵⁰ Giuseppe Bettiol em conferência proferida na cidade de Padova, Itália, no ano de 1979, texto “*verso un nuovo romanticismo giuridico*”.

pelas leis. A especificidade desses momentos históricos reside na forma como os juristas e intelectuais da época manipulavam esse conceito.

Famoso teórico do direito nazista, Carl Schmitt possuía cautela ao manipular a expressão Estado de Direito, afirmando que a oposição entre um Estado de direito e um estado justo é compreendida na medida em que se interprete o conteúdo do primeiro. Schmitt defendia que o liberalismo do século XIX deu, à expressão Estado de Direito, o significado de que ele representaria uma arma na luta contra o Estado (ZAFFARONI, 2019).

O Estado de Direito idealizado por Hans Kelsen era utilizado por Schmitt, para apresentar o Estado nacional-socialista como modelo do estado de direito, na perspectiva de identificação com a ordem jurídica. Para tanto distorcia até mesmo as lições de Montesquieu, afirmando que o vínculo não se pode dar direta e unicamente com a lei, mas deve manter coerência com o sentimento da comunidade popular, que naquela época possuía como intérprete máximo o Führer (ZAFFARONI, 2019).

Esse entendimento de Carl Schmitt é o adotado, atualmente, através da utilização do pragmatismo jurídico na seara penal. A interpretação da Constituição Federal pelo julgador criminal, e até mesmo pela Corte Suprema, procura manter a coerência da realidade compreendida por meio dos anseios populares. No direito penal do combate a lei deve ser interpretada na medida em que seja justa, e a justiça nesse caso é efetivar a punição de criminosos, dar uma resposta à sociedade, promover a paz social.

“Schmitt afirmava que ao Estado de direito liberal não interessa a justiça, mas sim a legalidade formal, enquanto que o Estado nazista interessa a justiça, que exige o castigo dos criminosos” (ZAFFARONI, 2019, p.70).

Essa tensão entre o formalismo legal atribuído, por Schmitt, ao estado de direito liberal e a justiça, interesse do estado nazista através do castigo dos criminosos, também pode ser ilustrada na imaginária tensão entre direitos fundamentais, construída no voto do Ministro Barroso no *habeas corpus* aqui já analisado:

23. Na discussão específica sobre a execução da pena depois de proferido o acórdão condenatório pelo Tribunal competente, há dois grupos de normas constitucionais colidentes. De um lado, está o princípio da presunção de inocência, extraído do art. 5º, LVII, da Constituição, que, em sua máxima incidência, postula que nenhum efeito da sentença penal condenatória pode ser sentido pelo acusado até a definitiva afirmação de sua responsabilidade criminal. No seu núcleo essencial está a ideia de que a imposição ao réu de medidas restritivas de direitos deve ser excepcional e, por isso, deve haver elementos probatórios a justificar a necessidade, adequação e proporcionalidade em sentido estrito da medida.

24. De outro lado, encontra-se o interesse constitucional na efetividade da lei penal, em prol dos objetivos (prevenção geral e específica) e bens jurídicos (vida, dignidade humana, integridade física e moral, etc.) tutelados pelo direito penal. Tais valores e interesses possuem amplo lastro na Constituição, encontrando previsão, entre outros, nos arts. 5º, caput (direitos à vida, à segurança e à propriedade), e inciso LXXVIII (princípio da razoável duração do processo), e 144 (segurança). Esse conjunto de normas postula que o sistema penal deve ser efetivo, sério e dotado de credibilidade. Afinal, a aplicação da pena desempenha uma função social muitíssimo relevante. Imediatamente, ela promove a prevenção especial, desestimulando a reiteração delitiva pelo indivíduo que tenha cometido o crime, e a prevenção geral, desestimulando a prática de atos criminosos por membros da sociedade. Mediamente, o que está em jogo é a proteção de interesses constitucionais de elevado valor axiológico, como a vida, a dignidade humana, a integridade física e moral das pessoas, a propriedade, e o meio ambiente, entre outros. (HC 126.292/SP, p. 40).

Nesse sentido, o trecho do voto proferido pelo citado Ministro guarda coerência com o direito penal do combate, na medida em que legitima o Poder Judiciário a fazer a ponderação entre o que a lei dispõe e o que, factualmente, é justo. Decidindo por escolher pelo justo quando a lei não estiver em sintonia com o sentimento da comunidade do povo.

Essa ponderação entre direitos fundamentais para aplicação da lei penal, conforme suscitada no trecho transcrito, além da aplicação, empreendida pelo Ministro, da mutação constitucional, possui semelhança com o posicionamento de um, também julgador, contemporâneo do período nazista, Roland Freisler:

O direito penal vigente em um Estado é em grande medida a expressão da essência do estado mesmo, já que neste o Estado assinala tudo o que considera digno de proteção e declara com que dureza deve reagir contra as agressões que àquilo que reconhece como bens éticos, espirituais e materiais do povo. Em consequência, pode considerar-se o direito penal como a imagem espelhada da posição anímica do povo. Isto é válido em grande medida para o atual direito penal alemão (Freisler apud Zaffaroni, 2019, p. 122).

Desta feita, outra não poderia ter sido a decisão do voto proferido pelo Ministro Barroso, pois entre a proteção do direito de todos os cidadãos e a proteção da liberdade de apenas alguns que não agiram de forma ética perante a comunidade, a primeira deve ser priorizada, pois é a imagem que espelha a

posição anímica do povo. Ressaltamos que esse tipo de ponderação não passa de um maniqueísmo grosseiro.

Nas palavras de Nicolai (apud Zaffaroni, 2019, p.118) “no Estado que representa a comunidade do povo, o juiz não só tem o direito, mas o dever de proteger a generalidade, pois, do contrário, o direito naufraga e o povo se desintegra”.

Não podemos deixar de registrar aqui que essa interpretação acerca das questões penais, que estão diretamente relacionadas aos direitos fundamentais de primeira geração, ou seja, direitos e garantias individuais de todo cidadão, é possível diante da utilização equivocada da discricionariedade judicial.

Equivocada porque, consoante já detalhado no segundo capítulo, existe uma metodologia na produção dos pronunciamentos judiciais penais que possibilita a racionalização do produto na perspectiva constitucional. Isso não significa que a sua não utilização torne a decisão irracional, uma vez que há motivação e fundamento na decisão carente de constitucionalidade. Entretanto, ela é amparada em uma racionalidade punitiva, que para muitos doutrinadores penalistas é considerada como irracionalismo, a exemplo de Giuseppe Bettiol, mas outros denominam de “razão punitiva”, a exemplo de Peter Alexis Albrecht.

Para nós, independentemente da nomenclatura que se adote, trata-se de uma decisão que viola o paradigma da democracia constitucional. Isso porque, além de flexibilizar, e até mesmo suprimir, direitos fundamentais, esvazia a função contramajoritária do Poder Judiciário, o transformando em órgão de segurança pública.

Também é possível verificar, na doutrina penal alemã, grande semelhança com o pragmatismo jurídico, quanto à aplicação do direito penal, na medida em que em ambos se defende a análise da realidade factual, do melhor resultado para a coletividade, para a comunidade do povo.

Nas palavras de Posner (2009, p. 425), “utilizando-se da sensibilidade instrumental, o julgador deve contextualizar as normas ao novo contexto, à nova realidade fática”. Nesse sentido, no caso brasileiro, a lei deve se adequar à realidade do aumento da criminalidade, procurando proteger os interesses da comunidade, a segurança, os bens jurídicos de todos, em detrimento dos interesses do criminoso.

Percebemos, assim, a aproximação do Direito Penal do Combate com a Doutrina Penal Nazista, diante da autorização de aplicação da lei penal na medida em que esta seja coerente com o espírito da comunidade e, não havendo interpretação possível nesse sentido, pode-se afastar a lei em nome da justiça, ou do direito fundamental à segurança pública.

CONCLUSÃO

Realizamos, através dessa dissertação, a análise da atual postura adotada por parte do Poder Judiciário Brasileiro na produção dos pronunciamentos judiciais penais. Verificamos o esvaziamento do caráter contramajoritário do judiciário e a adoção de um perfil proativo no combate ao crime. Denominamos esse fenômeno de Direito Penal do Combate.

Analisamos a compatibilidade dessa postura combatente com o paradigma da democracia constitucional, instituído pela Constituição Federal de 1988, e chegamos à conclusão de que, ao se autoatribuir a função de combate ao crime, parte do Judiciário Brasileiro subverte o citado paradigma.

Demonstramos que, apesar da atividade judicial ser uma atividade criativa, isso não autoriza que, em nome do livre convencimento motivado, o julgador se utilize de argumentos puramente éticos, morais e políticos.

Enquanto ciência, o Direito deve possuir metodologia para nortear as produções dele advinhas, a exemplo dos pronunciamentos judiciais e, no caso aqui analisado, mais especificamente dos penais. Referida metodologia, no ordenamento jurídico brasileiro, possui fundamento na Constituição Federal, que enumera os direitos e garantias dos investigados e dos acusados.

Nesse sentido, através da análise da epistemologia garantista, verificamos que a função legislativa tem contribuição direta para a racionalização do sistema. Isso porque, o princípio da estrita legalidade prevê que os preceitos legislativos, ou seja, o conteúdo da norma deve ser suficientemente determinado, respeitando o axioma “nullun crimen, nulla poena sine legi scripta”.

Ressaltamos ainda que é insuficiente a previsibilidade apenas gramatical, sendo necessária também a previsibilidade conteudística. Uma vez observado o princípio da estrita legalidade, pelo legislador, cabe ao julgador, ao aplicar a lei ao caso concreto, utilizar-se também de signos linguísticos determinados, de modo que seja possível o exercício de verificação e refutação da decisão judicial. Assim agindo, o julgador observa a jurisidiccionariedade estrita.

Do contrário, não havendo a estrita legalidade e a jurisidiccionariedade estrita, ocorrerá o decisionismo judicial, que não possui qualquer compromisso com o cognitivismo, mas sim com o substancialismo penal, tão rechaçado em todos os ordenamentos jurídicos ocidentais pós segunda guerra.

A decisão judicial fundamentada no direito penal do combate, na qual não há exercício de verificabilidade/falseabilidade é incompatível com o Estado de Direito. Um dos exemplos demonstrados nesse trabalho que ilustra essa questão foi o julgamento do caso Renan da Penha, no qual o TJRJ efetivou uma total ressignificação probatória, reformando a sentença absolutória para condená-lo. Considerando que não há qualquer limite técnico jurídico objetivo, que possibilite o

exercício de verificação e refutação da análise judicial, decisões dessa natureza são juridicamente legítimas, apesar de estar em desconpasso com o ordenamento jurídico.

Desse modo, ainda que a decisão judicial tenha seus espaços naturais de incerteza, uma vez que a lei não dispõe de meios para prever todas as situações fático jurídicas possíveis, não é legítimo que a discricionariedade se torne arbitrariedade judicial. Assim, apesar de reconhecermos o caráter político da função judicial, entendemos que os citados espaços de incerteza não podem ser preenchidos através de critérios subjetivos de justiça substancial.

A técnica jurídica não permite que a fundamentação se restrinja ao próprio sentido formal de fundamentar, é necessário que o conteúdo seja coerente com a Constituição Federal e os preceitos legais. O livre convencimento motivado não autoriza ao julgador proceder livremente à argumentação ética e moral que o orienta pessoalmente. Conforme vimos, esse fato foi predominante em um dos momentos históricos mais sombrios do mundo, ainda que amparado legalmente.

Não se pode conceber que a liberdade do julgador para motivar suas decisões seja interpretada em dissonância com a Constituição Federal. É imprescindível a utilização de técnica jurídica, de metodologia, de observância aos princípios gerais para que a atividade de produção da decisão esteja amparada no cognitivismo e não no decisionismo.

Contudo, apesar da delimitação objetiva da linguagem, através da técnica legislativa, é possível que, na análise do caso concreto, haja incerteza insolúvel no plano cognitivo, seja na subsunção do fato à norma, ou na própria análise probatória. Para tanto, a metodologia garantista prevê a utilização dos princípios gerais do direito como critério de orientação da discricionariedade judicial.

Os princípios gerais do direito são, doutrinariamente, orientações que corroboram com a coerência do sistema quando há espaços de incerteza na produção da decisão. A exemplo da regra de julgamento consubstanciada no *in dubio pro reo*, que advém do princípio constitucional da presunção de inocência. Quanto à aplicação desta regra de julgamento não cabe ao juiz qualquer análise acerca de sua justeza ou não, mas sim aplica-la.

O decisionismo, hoje visto em grande atuação no país, através da interpretação judicial combatente, pauta-se nesse tipo de análise judicial, individual, ética, moral e política, acerca da concordância pessoal do magistrado com a principiologia adotada pela Constituição Federal e pelo ordenamento jurídico brasileiro.

A manutenção do ordenamento jurídico democrático, enquanto Estado de Direito, exige racionalidade e inteligibilidade nos pronunciamentos judiciais penais e, para isso, deve ser utilizada a metodologia garantista limitadora do poder punitivo estatal e controladora do arbítrio judicial.

Defendemos que a base teórica da decisão que aplica o Direito Penal do Combate é o pragmatismo jurídico e demonstramos, de forma exemplificativa, sua aplicação através da análise de voto proferido por ministro do Supremo Tribunal Federal em julgamento que questionava direito fundamental explícito.

Considerando que, no Ordenamento Jurídico Brasileiro, a Constituição Federal é a responsável para manter a racionalidade do sistema, limitando os poderes e enunciando as diretrizes interpretativas na seara penal, através das garantias penais e processuais penais, entendemos pela impossibilidade da aplicação do pragmatismo jurídico.

Os pronunciamentos judiciais penais são produto da aplicação da ciência do direito e não devem ser produzidos violando os direitos fundamentais, daí a importância do emprego da metodologia garantista para essa produção, o que afasta qualquer argumentação que inobserve o espírito constitucional.

Diante da escolha política feita pelo legislador constituinte, verificamos que é inadmissível a utilização de argumentação extrajurídica para cercear a liberdade de qualquer cidadão brasileiro, ainda que sob o pretexto de transformar a realidade e promover a paz social.

No entanto, apesar da normatização constitucional, observamos que o Poder Judiciário Brasileiro tem efetivado interpretações pragmáticas, levando em consideração inclusive a análise econômica do direito, ainda que de modo implícito.

As reinterpretações de garantias penais e processuais penais de modo a prejudicar os acusados, aumentando, ilimitadamente, o poder punitivo estatal, não são condizentes com a principiologia que fundamenta a lógica racional do sistema jurídico brasileiro. Essa nova lógica interpretativa, na qual o próprio Judiciário abdica de sua função de poder contramajoritário e passa a atuar conforme a necessidade do neoliberalismo, ou seja, gerindo os indesejáveis deste sistema, inaugura o que alguns autores, a exemplo de Rubens Casara, denominam de Estado Pós Democrático.

Nesse sentido, a superação do paradigma da democracia constitucional se dá através da produção de decisões judiciais pragmáticas, atentas ao seu resultado eficiente para a sociedade, ainda que para isso seja violadora dos preceitos constitucionais de proteção do cidadão face ao poder punitivo estatal.

Tudo isso é possível diante da interpretação judicial divorciada do espírito democrático. Não se pode negar que os julgadores brasileiros são provenientes das camadas econômicas mais privilegiadas da população. Esse fato torna ainda mais perigosa a aplicação irrestrita da discricionariedade judicial, uma vez que o direito passa a ser utilizado e aplicado como instrumento de manutenção de privilégios e segurança a esses privilégios.

O pragmatismo na seara penal significa a gestão dos indesejáveis com violação das normais constitucionais e infraconstitucionais. O julgador brasileiro não está autorizado, pelo nosso ordenamento jurídico, a decidir conforme sua livre

convicção amparado em critérios outros que não sejam jurídicos, a exemplo do critério econômico, proposto por Posner.

A obediência à Constituição e à legislação infraconstitucional é medida imprescindível para manutenção da racionalidade do sistema jurídico penal, pois, somente assim, o Judiciário cumpre sua função de poder contramajoritário, sem avaliar custos e benefícios para as maiorias.

As decisões judiciais são legitimadas através do respeito aos direitos fundamentais e não em virtude da eficiência do seu resultado prático.

Desse modo, ainda que a atividade de interpretação seja criativa, os juízes não podem ser comparados a artistas, como feito por Posner, pois não estão autorizados a proceder à mudança da sociedade conforme suas percepções pessoais. O artista é livre para imprimir sua visão estética à sociedade, mas o julgador não possui a liberdade da impressão de sua visão política. A única visão que deve ser impressa pelo julgador é a visão constitucional, seja ou não aceita por ele.

Enquanto agente estatal, o julgador deve agir adstrito aos preceitos do ordenamento jurídico, não está autorizado a imprimir sua visão política e, através dela, empreender mudanças na sociedade. O espírito do artista é libertário, enquanto que o do julgador deve sempre ser constitucional.

O Direito Penal do Combate parte da premissa de que estamos em guerra, que há inimigos da sociedade, que são aqueles que infringem a lei penal e devem ser combatidos. Essa premissa é construída a partir do desvirtuamento do princípio da publicidade processual, e não representa uma inovação, como analisado nesse trabalho.

Não vivemos em estado de guerra. O aumento da criminalidade é, antes de tudo, um fenômeno social, com causas ligadas à ausência do Estado na prestação de serviços básicos, como saúde, educação e saneamento.

Devemos lembrar que o constitucionalismo reconhece a toda e qualquer pessoa sua dignidade humana. Por isso, a eleição de inimigos a serem combatidos coloca em risco o próprio Estado de Democrático de Direito.

Analisamos ainda as semelhanças do Direito Penal do Combate com algumas doutrinas que adotaram a postura de combate aos “inimigos”, e, no caso da doutrina penal nazista, aceita pela população diante do falseamento da propaganda.

O arbítrio estatal, consubstanciado no aumento do poder punitivo, não pode ser legitimado pelo consenso da maioria, pois viola direitos fundamentais do cidadão, positivados no nosso ordenamento jurídico, tanto na Constituição Federal quanto nos Tratados Internacionais ratificados pelo Brasil.

O discurso do terror tem justificado majoritariamente o combate à criminalidade no Brasil com o uso de meios ilícitos, abusivos, ilegais, enfim, juridicamente ilegítimos. A bandeira levantada e divulgada pela grande mídia de combate à criminalidade, custe o que custar, ainda que pareça caricatural para muitos

juristas, esconde a face mais terrível do Estado, que é o autoritarismo, além de contaminar os poderes públicos, quando é aceito como solução viável pela maioria.

A pretensão desse trabalho é fazer com que o Poder Judiciário Brasileiro relembre e retome o seu papel de poder contramajoritário, reveja os seus pronunciamentos eivados de carga valorativa, quando não lhe cabe esse papel, e passe a atuar na efetividade das garantias constitucionais, ao invés de interpretá-las de modo violador, amparado na vontade da maioria, diante do contexto histórico e social no qual vivemos.

Enfim, esquece-se que direitos fundamentais não somente devem ser respeitados como também efetivados. Esquece-se que o garantismo penal nada mais é que a face constitucionalista do direito penal. Esquece-se que o ser humano não perde sua condição de humano quando comete os atos mais desumanos que se possa imaginar. Esquece-se que ao Poder Executivo cabe a função de prevenir os delitos, reduzir a criminalidade, através de políticas públicas que concretizem direito fundamentais como saúde, saneamento básico e educação. Esquece-se que ao Poder legislativo cabe legislar em absoluta observância aos preceitos constitucionais, concordem ou discordem destes, os parlamentares têm poderes limitados pela Constituição Federal. Esquece-se que a função do poder Judiciário não consiste em ditar a moralidade do país, muito menos em solucionar seus diversos problemas conjunturais e estruturais, aos juízes cabe garantir direitos e aplicar a lei conforme os preceitos constitucionais. Enfim, atualmente há um esquecimento geral, por parte das instituições democráticas, acerca de suas atribuições constitucionais.

Nesse sentido, percebemos que a confusão empreendida por esses esquecimentos, ainda que proposital, tem oportunizado a elevação das bandeiras de ideias autoritárias, disfarçadas de avanço democrático.

Cada vez mais se torna imprescindível defender a resistência a toda e qualquer ideia que reduza a proteção conferida pela nossa Constituição Federal ao ser humano, à pessoa humana, ao cidadão brasileiro, independentemente de sua origem, raça, cor, credo, orientação sexual, porque se apresenta como uma ideia rasa, vazia, infundada, sem conhecimento do real papel do constitucionalismo, mais precisamente do garantismo na esfera penal.

Por fim, desenvolvemos o Direito Penal do Combate para rechaça-lo, para demonstrar o quanto é violador dos preceitos constitucionais, além de representar a porta de entrada para um Estado autoritário e, conseqüentemente, antidemocrático.

REFERÊNCIAS

- ALBRECHT, Peter Alexis. **Criminologia: uma fundamentação para o direito penal**. 1ª edição. Rio de Janeiro. Editora Lumem Juris, 2010.
- BARATA, Alessandro. **Criminologia Crítica e Crítica do Direito Penal**. Rio de Janeiro. Editora Revan 2017.
- BATISTA, Nilo. **Punidos e mal pagos: violência, justiça, segurança pública e direitos humanos no Brasil de hoje**. 1ª edição. Rio de Janeiro. Editora Revan, 1990.
- BAUMAN, Zygmunt. **O mal-estar da pós-modernidade**. 1ª edição. Rio de Janeiro. Editora Zahar, 1997.
- BECCARIA, Cesare. **Dos Delitos e das Penas**. Edição especial. São Paulo. Editora Nova Fronteira, 2016.
- BETTIOL, Giuseppe. **Intituciones de derecho penal y procesal penal**. 1ª edição. Barcelona. Editora Bosh, 1976.
- BÖCKENFORDE, Ernst-Wofgang. **Escritos sobre derechos fundamentales**. 1ª edição. Baden Baden. Editora nomos Verlagsgesellschaft, 1993
- BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos**. 28ª Edição. Rio de Janeiro. Editora Elsevier, 2004.
- BOLDT, Raphael e ADEODATO, João Maurício. **O direito como mito**. Revista Quaestio Iuris v. 11, n.4, Rio de Janeiro, 2018.
- CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 7ª Edição. Coimbra. Edições Almedina, 2003.
- CÁRCOVA, Carlos María. **Direito Política e Magistratura**. 1ª edição. São Paulo. Editora LTr, 1996.
- CARNELUTTI, Francesco. **As misérias do processo penal**. Campinas. Editora Servanda, 2016.
- CARVALHO, Salo de. **Pena e Garantias**. 3ª Edição. Rio de Janeiro. Editora Lumen Juris, 2008.
- CARVALHO, Amilton Bueno de. **Lei para que(m)?** Escritos de direito penal e processo penal. Rio de Janeiro. Editora Lumen Juris, 2001.

CASARA, Rubens R. R.. **Estado Pós Democrático: neo-obscurantismo e gestão dos indesejáveis**. 1ª edição. Rio de Janeiro. Editora Civilização Brasileira, 2017.

CASARA, Rubens R. R.. **Sociedade sem lei**. 1ª Edição. Rio de Janeiro. Editora Civilização Brasileira, 2017.

CASARA, Rubens R. R.. **Mitologia processual penal**. 1ª Edição. São Paulo. Editora Saraiva, 2015.

CONDE, Francisco Muñoz. **As origens ideológicas do direito penal do inimigo**. Revista Justiça e Sistema Criminal, v. 3, n. 4, p. 7-32, jan/jun. 2011.

COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. **Direito e Psicanálise: interlocuções a partir da literatura**. 1ª edição. Rio de Janeiro. Editora Tirant lo Blanch, 2018.

FERRAJOLI, Luigi. **Democracia y garantismo**. 2ª Edição. Editora Trotta. Madrid, 2010.

FERRAJOLI, Luigi. **Direito e razão: teoria do garantismo penal**. 3ª edição. São Paulo. Editora Revista dos Tribunais, 2002.

FERRAJOLI, Luigi. **Poderes Selvagens: a crise da democracia italiana**. 1ª edição. São Paulo. Editora Saraiva, 2014.

FERRAJOLI, Luigi. **Epistemología Jurídica y garantismo**. 1ª edição. Colonia del Carmen. Editora Fontamara, 2004.

FERRAJOLI, Luigi. **Constitucionalismo más allá del Estado**. 1ª edição. Madrid. Editora Trotta, 2018.

FERRAJOLI, Luigi. **Derechos y garantías: la ley del más débil**. 8ª edição. Madrid. Editora Trotta, 2016.

GADAMER, Hans-George. **Verdade e Método**. 3ª edição. Petrópolis. Editora Vozes, 1999.

GAROFALO, Rafael. **La Criminología: estudio sobre el delito y sobre la teoría de la repressão**. 2ª edição. Madri. Editora La España moderna, 1890.

GRAU, Eros Roberto. **Ensaio e discurso sobre a interpretação/aplicação do direito**. 1ª edição. São Paulo. Editora Malheiros, 2003.

GOLDSCHMIDT, James. **Problemas jurídicos e políticos do processo penal**. 1ª edição. Livraria do advogado, 2018.

HART, Herbert L. A.. **O conceito de Direito**. 1ª edição. São Paulo. Editora Martins Fontes, 2009.

HESSE, Korand. **Escritos de derecho constitucional**. 1ª edição. Madrid. Editora Centro de estudos Constitucionais, 1992.

JAKOBS, Günther. **Direito Penal do Inimigo: noções e críticas**. 2ª edição. Porto Alegre. Livraria do Advogado, 2007.

KELSEN, Hans. **Teoria Pura do Direito**. 8ª edição. São Paulo. Editora Martins Fontes, 2009.

LOPES JÚNIOR, Aury. **Fundamentos do processo penal: introdução crítica**. 3ª edição. Editora Saraiva. São Paulo, 2017.

LOSANO, Mario G. **Sistema e Estrutura no Direito**. 1ª edição. São Paulo. Editora Martins Fontes, 2010.

MENDES, Gilmar Ferreira e BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de direito constitucional**. Editora Saraiva. São Paulo, 2013.

NALINI, José Renato. **Ética da Magistratura**. 4ª Edição. São Paulo. Editora Revista dos Tribunais, 2019.

POSNER, Richard A. **A economia da Justiça**. 1ª edição. São Paulo. Editora Martins Fontes, 2010.

POSNER, Richard A. **Para além do direito**. 1ª edição. São Paulo. Editora Martins Fontes, 2009.

PRADO, Geraldo. **Sistema Acusatório: a conformidade constitucional das leis processuais penais**. 3ª edição. Rio de Janeiro. Editora Lumen Juris. 2005.

SANTOS, Juarez Cirino dos. **Direito Penal: parte geral**. 8ª edição. Florianópolis. Editora Tirant lo Blanc, 2018.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. 12ª edição. Porto Alegre. Livraria do Advogado, 2015.

STERN, Klaus. **Elementos de direito constitucional da república federativa alemã**. 1ª edição. Editora Safe, 2004.

STRECK, Lenio Luiz. **Verdade e Consenso**. 6ª edição. São Paulo. Editora Saraiva, 2017.

STRECK, Lenio Luiz. **Precisamos falar sobre direito e moral**. 1ª edição. Rio de Janeiro. Editora Tirant lo Blanch, 2019.

TAVARES, Juarez. **Teoria do Injusto Penal**. 3ª edição. Belo Horizonte. Editora Del Rey, 2003.

TOURAINÉ, Alain. **Crítica da Modernidade**. 10ª Edição. Petrópolis. Editora Vozes 2012

VIRILIO, Paul. **Velocidade e Política**. Editora Estação da Liberdade. São Paulo, 1996.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl. **Em busca das penas perdidas**. 5ª edição. Rio de Janeiro. Editora Revan, 2017.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl. **Doutrina Penal Nazista**. 1ª edição. Rio de Janeiro. Editora Tirant lo Blanch, 2019.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl. **O inimigo no Direito Penal**. 2ª edição. Rio de Janeiro. Editora Revan, 2007.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl. PIERANGELI, José Henrique. **Manual de Direito penal Brasileiro – Parte Geral**. 9ª Edição. São Paulo. Editora Revista dos Tribunais, 2011.

Impresso na Provisual Gráfica e Editora
Utilizando o papel Triplex 250 g na capa,
papel Offset 75g no miolo.
Usando a fonte TimesNewRoman