REVISTA DA FACULDADE DE DIREITO DA UFRGS

NÚMERO 39

Riscos do imperativo da convicção na jurisprudência: do “diritto mite” ao “diritto mórbido”?

Risks of the conviction imperative in jurisprudence: from “diritto mite” to “diritto morbido”?

B1

UFRGS

Paulo Silas Taporosky Filho
Universidade do Contestado

Rui Carlo Dissenha
Universidade Federal do Paraná

Riscos do imperativo da convicção na jurisprudência: do “diritto mite” ao “diritto mórbido”?

Risks of the conviction imperative in judgments: from “diritto mite” to “diritto morbid”?

Paulo Silas Taporosky Filho*

Rui Carlo Dissenha**

REFERÊNCIA

TAPOROSKY FILHO, Paulo Silas; DISSENHA, Rui Carlo. Riscos do imperativo da convicção na jurisprudência: do “diritto mite” ao “diritto mórbido”? *Revista da Faculdade de Direito da UFRGS*, Porto Alegre, n. 39, p. 205-224, dez. 2018.

RESUMO

Diante do quadro social contemporâneo, que pressiona as instituições jurídicas a serem ativas no sentido de garantirem clamores populares como a luta contra a sensação social de insegurança, é natural que o Judiciário ganhe protagonismo e termine com uma posição ativa na sua jurisprudência. O que se tem percebido, entretanto, é que, no plano penal, é comum que esse ativismo judicial seja lançado no sentido da reinterpretação de normas garantistas de forma a produzir um aumento do poder punitivo. Fato é que o julgador pode tender a adotar fundamentações que escapam ao jurídico e, mesmo, ao dogmático, para atender a demandas populistas e de ordem pragmática. Nesse exercício, é possível que o Julgador penal siga para além da razoável e constitucional flexibilidade (“mitezza”) do Direito reconhecida por Zagrebelsky, e transforme o Direito em uma massa flácida e amorfa facilmente adaptável aos seus critérios pessoais (“morbida”). Esse exercício, corroborado pelo apoio de parte da doutrina e das falhas do próprio sistema processual penal, são de extremo risco a um poder punitivo controlado e podem produzir, ao mesmo tempo um Judiciário que apenas repete demandas populares e que fomenta a formação de um Estado-gendarme.

PALAVRAS-CHAVE

Jurisdição penal. Decisionismo judicial. Aumento do poder punitivo.

ABSTRACT

In the face of the contemporary social situation, which pressures legal institutions to be active in order to guarantee popular demands such as the fight against the sensation of insecurity, it is natural for the judiciary to gain prominence and end up with in an active position in its judgments. What has been perceived, however, is that, in the criminal sphere, it is common that this judicial activism to be used in the sense of reinterpreting norms in order to produce an increase in punitive power. The fact is that the judge may tend to adopt reasons that escape the juridical sense and even the dogmatic, to meet populist and pragmatic demands. In this exercise, it is possible for the criminal judge to go beyond the reasonable and constitutional flexibility (“miteza”) of the Law recognized by Zagrebelsky, and turn the Law into a flaccid and amorphous mass easily adaptable to its personal (“morbid”) criteria. This exercise, corroborated by the support of the doctrine and the failures of the criminal procedural system itself, is an extreme risk to a controlled punitive power and can procedure, at the same time, a Judiciary that only repeats popular demands and that foments the formation of a Gendarme State.

KEYWORDS

Criminal jurisdiction. Judicial decision-making. Increasing of punitive power.

SUMÁRIO

Introdução. 1. Os riscos do decisionismo judicial e o aumento do poder punitivo. 2. Os riscos do decisionismo e a deformação da estrutura: do *mite* ao *morbido* no poder punitivo. Conclusão. Referências.

* Professor na Universidade do Contestado. Mestrando em Direito pelo Centro Universitário Internacional (UNINTER).
** Professor de Direito Penal no curso de graduação e pós-graduação da UFPR e do Centro Universitário Internacional. Doutor em Direito pela USP. Mestre em Direito pela UFPR.

INTRODUÇÃO

O presente ensaio discorre sobre os riscos inerentes ao aumento do poder punitivo decorrente do fenômeno do decisionismo judicial, entendido como toda e qualquer decisão que se funde em elementos que não normativos-constitucionais¹. O debate que se lança, sem se pretender o esgotamento do problema e sem grandes pretensões metodológicas, é eminentemente crítico e pontua como o subjetivismo das decisões judiciais, exercido no sentido de se justificarem decisões para além do texto normativo, tem se tornado cada vez mais uma forma importante e perigosa de escape às matrizes constitucionais que deveriam orientar a atuação jurisdicional.

O artigo defende que a conformação contemporânea do entorno social que circula do julgador, carregada de um punitivismo inerente ao momento de insegurança social sentida, junto a novas tendências dogmáticas e falhas do próprio sistema processual penal, permitem ao julgador, por vezes, que elabore decisões a partir da destruição da mínima rigidez do pensamento jurídico que dá sustentação à regulação do poder punitivo pelo Direito. Esse desmonte da substância jurídica da decisão, que deveria estar constituída por uma dogmática consciente, lógica e constitucionalmente orientada, permite a criação de decisões adaptadas aos substratos morais livremente determinados pelo julgador – comumente harmônicos com as pretensões de hipercriminalização do seu entorno social. Nesse processo, força-se a flexibilidade do Direito no sentido de se lhe dar uma condição amorfa, mole e certamente muito adiante da ductibilidade que era reconhecida ao Direito pelo mestre Zagrebelsky².

Para tanto, o presente trabalho apoia-se nas análises de pesquisas prévias realizadas sobre a jurisprudência do STF para concluir que, em certa medida, a Corte Superior se desgarrava de conceitos estáveis tradicionalmente adotados pelo sistema jurídico brasileiro na direção da ampliação do poder de punir. E, nesse processo é também seguida por grande parte da doutrina que, diante das características do próprio processo penal nacional, repensa categorias de pensamento clássicas no sentido de também ampliar o poder punitivo, adaptando a prática às novas propostas praticadas nos tribunais. Enfim, essa pesquisa jurisprudencial é realizada por amostragem, ou seja, foram selecionados alguns determinados julgados tidos como paradigmáticos, os quais, aqui assim se sustenta, representam a mentalidade operante na maior parte da jurisdição penal brasileira. Convém esclarecer que o critério de eleição dos julgados analisados é fundamentalmente determinado por conta da magnitude de importância dessas decisões para a conformação do poder punitivo e pelo alcance e penetração jurisprudencial dessas posições judiciais, como notoriamente reconhecido pela doutrina que amplamente deu amplo debate a tais temas. Em comum a essas decisões importa o fato de que não se tratam de ementas mundanas: elas representam posições de rompimento lógico-material na atuação jurisdicional que produzem um efeito cascata sensível no exercício jurisprudencial penal em todo o país. Finalmente, os julgados objeto do estudo foram escrutinados a partir do processo de identificação dos elementos racionalizantes que justificam o argumento usado como base pelo julgador, verificando se possuem um raciocínio lógico claro que permite a sua compreensão jurídica ou se se referem a valores descontextualizados encontrados no texto

¹ Fala-se, portanto, em “decisionismo” naquilo que se observa no Judiciário, “onde predominaria uma postura discricionária e solipsista, fundada na vontade de poder, de modo a promover decisionismos – decisões fundadas em elementos outros que não o respeito à normatividade”

(SANTOS JÚNIOR, Rosivaldo Toscano dos. *Controle Remoto e Decisão Judicial: quando se decide sem decidir*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2014. p. 5).

² ZAGREBELSKY, Gustavo. *Il Diritto Mite*. Milano: Einaudi, 1992.

constitucional ou se submetem à lógica do argumento de autoridade...

Enfim, essas tendências presentes nesses julgados recentes da Corte Superior podem permitir que o substrato jurídico das decisões se torne adaptável aos critérios de convicções pessoais do julgador que, por exercícios retóricos, anima a reinterpretação das normas jurídicas, mesmo constitucionais, de forma a adaptá-las às suas demandas pessoais. A conclusão a que chega este esforço é simples: em tempos onde o Judiciário arrisca se curvar à opinião pública, atendendo aos anseios da população sem levar em conta os mandamentos constitucionais que orientam a correta condução de sua atuação, falta espaço para que um Direito legítimo seja levado a sério. Daí a necessária crítica à jurisdição penal, a qual, dentre tantos problemas, sofre atualmente com interferências externas resultantes do expansionismo penal, cabendo aos juristas se posicionarem no sentido de expor as mazelas que afligem o direito penal e processual penal. Mas, antes de tudo, o julgador deve estar consciente de seu papel no exercício jurisdicional para que se polície no sentido de um controle do poder punitivo.

1 OS RISCOS DO DECISIONISMO JUDICIAL E O AUMENTO DO PODER PUNITIVO

Não é novidade para a doutrina mais abalizada³ que se vem reconhecendo atualmente

um amplo processo de aumento do poder punitivo em várias perspectivas. Tanto porque se fomenta a verborragia legislativa no plano penal, com um aumento substancial de leis penais e de tipos incriminadores, quando porque se prende muito e se mantém pessoas inseridas no sistema carcerário por tempo demais, como resta evidente no caos carcerário brasileiro contemporâneo⁴.

É certo que vários fatores parecem desempenhar papéis importantes nesse aumento punitivo. Para além da pressão popular pela repressão, produzida pelo aumento da sensação de insegurança, a resposta do poder público parece pretender atender a essa demanda em vários planos. Não só, aliás, os poderes Legislativo, Executivo e Judiciário dão forças ao fenômeno, mas também a própria doutrina vem construindo racionalizações mais dedicadas ao reforço do poder punitivo.

Dentre os vários fatores, alguns, de ordem estrutural, podem ser apontados. Por exemplo, desempenha um papel importante nessa lógica expansionista a própria condição dogmática do Direito Processual Penal na medida em que a ausência de uma teoria própria do Processo Penal contribui de forma evidente para a problemática aqui exposta por impedir a construção de uma lógica clara e eficiente ao processo. Veja-se, por exemplo, que o anacronismo de um Código de Processo Penal exageradamente antigo e profundamente alterado demanda uma eterna filtragem constitucional para ser aplicado⁵. Dessa forma, abre-se o processo de interpretação dos

³ SÁNCHEZ, Jesús-María Silva. *A Expansão do Direito Penal: aspectos da política criminal nas sociedades pós-industriais*. 3ª Ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014.

⁴ Conforme levantamento realizado pela “CPI do Sistema Carcerário”, que foi instaurada “com a finalidade de investigar a realidade do sistema carcerário brasileiro, com destaque para a superlotação dos presídios, custos sociais e econômicos desses estabelecimentos, a permanência de encarcerados que já cumpriram pena, a violência dentro das instituições dos sistema carcerário, a corrupção, o crime organizado e suas ramificações nos presídios e de buscar soluções para o efetivo cumprimento

da Lei de Execuções Penais”. (CPI sistema carcerário. – Brasília: Câmara dos Deputados, Edições Câmara, 2009)

⁵ Conforme Marco Aurélio Nunes da Silveira: “Atualmente, o papel da Constituição de 1988, com seu amplo rol de garantias processuais penais, vem eclipsado pela circunstância de se tratar o Código de Processo Penal de uma lei autoritária, surgida num momento de violenta centralização política” (SILVEIRA, Marco Aurélio Nunes da. A cultura inquisitória vigente e a origem autoritária do Código de Processo Penal brasileiro. In: COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda; PAULA, Leonardo Costa de; SILVEIRA, Marco Aurélio Nunes da (Orgs.) *Mentalidade Inquisitória e Processo Penal no Brasil: anais do congresso*

dispositivos para conceitos extremamente vagos constantes no texto constitucional e, especialmente, para um temerário e equivocado “sopesamento” de direitos entre acusado, vítima e sociedade. Isso porque “o Código de Processo Penal brasileiro vigente nasce autoritário e sobrevive inquisitório até os dias atuais, na medida em que segue orientado pela lógica da descoberta da verdade real como um dever de ofício do magistrado”⁶. Nesse ponto, quando deveriam os julgadores agirem na adequação do texto infraconstitucional aos ditames estabelecidos pela Constituição Federal, nota-se aí uma postura muitas vezes passiva, contentando-se em aplicar dispositivos de constitucionalidade duvidosa. É certo, portanto, que “existe uma real divergência entre os dispositivos legislativos legais com o modelo constitucional”⁷.

Disso surgem vários problemas de ordem procedimental, tais como, por exemplo, o constrangimento das regras do processo ao convívio forçado entre os modelos reparador e

punitivo de solução de conflitos que, apesar de diametralmente opostos, são obrigatoriamente conjugados no processo, conforme critica Elmir Ducler. O autor ainda aponta que com a presença dessa fusão de sistemas na maioria dos ordenamentos jurídicos – incluindo aí o Brasil – acaba-se por manter em voga o dogma da unidade da jurisdição, resultando assim “na pretensão de setores da doutrina de construir uma Teoria Geral do Processo, que [...] traz enormes prejuízos ao Direito Processual Penal”⁸. A ausência de estruturação de uma teoria própria para o processo penal permite a defesa de diversas teses complexas que tendem à ampliação do poder punitivo, tais como a “instrumentalidade das formas”⁹ ou a possibilidade de iniciativa probatória por parte do juiz¹⁰, seguindo-se a ideia de que o processo penal brasileiro seria fundando num sistema misto¹¹.

Também no plano material há esforços evidentes no sentido da ampliação do poder punitivo e da sua justificação. Para além da tendência à renormatização de elementos da

internacional “diálogos sobre processo penal entre Brasil e Itália”. Volume 1. Empório do Direito: Florianópolis, 2016. P. 57).

⁶ SILVEIRA, Marco Aurélio Nunes da. A cultura inquisitória vigente e a origem autoritária do Código de Processo Penal brasileiro. In: COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda; PAULA, Leonardo Costa de; SILVEIRA, Marco Aurélio Nunes da (Orgs.) *Mentalidade Inquisitória e Processo Penal no Brasil: anais do congresso internacional “diálogos sobre processo penal entre Brasil e Itália”*. Volume 1. Empório do Direito: Florianópolis, 2016. p. 69

⁷ MINAGÉ, Thiago M. *Prisões e Medidas Cautelares à Luz da Constituição: o contraditório como significante estruturante do processo penal*. 4ª Ed. Florianópolis: Empório do Direito, 2017. p. 59

⁸ RAMALHO JUNIOR, Elmir Ducler. *Por uma Teoria do Processo Penal*. 1ª Ed. Florianópolis: Empório do Direito, 2015. p. 85

⁹ Cabível a lição de Aury Lopes Jr. com relação a ideia de ‘forma’ que deve se ter como adequada no processo penal: “A forma processual é, ao mesmo tempo, limite de poder e garantia para o réu. [...] O processo penal é um instrumento de limitação do poder punitivo do Estado, impondo severos limites ao exercício desse poder e também regras formais para o seu exercício. É a forma, um limite ao poder estatal. Mas, ao mesmo tempo, a forma é uma garantia para o imputado, em situação similar ao princípio

da legalidade do direito penal”. (LOPES JR., Aury. *Direito Processual Penal*. 9ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 1133)

¹⁰ Dentre os equívocos acerca de como se dão os sistemas processuais existentes, há aquele em que costuma se apontar que no sistema acusatório haveria uma divisão de atribuições entre as partes e o julgador, cabendo assim a acusação à parte, e não ao juiz, bastando apenas essa divisão para se dizer que o sistema então seria acusatório. Porém, conforme leciona Jacinto Nelson de Miranda Coutinho, “para o sistema ser acusatório, não basta tão só ter partes nele, mas serem elas as protagonistas-mor do conhecimento, tenha ele a qualificação que tiver” (COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda; PAULA, Leonardo Costa de; SILVEIRA, Marco Aurélio Nunes da (Orgs.) *Mentalidade Inquisitória e Processo Penal no Brasil: diálogos sobre processo penal entre Brasil e Itália*. Volume 2. Empório do Direito: Florianópolis, 2017. P. 58)

¹¹ Não há sistemas mistos. Camilin Poli, após construir todo um robusto apanhado histórico dos sistemas processuais penais (acusatório e inquisitório), conclui que “o sistema processual penal no Brasil é (e sempre foi) essencialmente inquisitório, e a manutenção desta estrutura se deu (e se dá) por razões políticas e ideológicas daqueles que detêm o poder” (POLI, Camilin Marcie de. *Sistemas Processuais Penais*. 1ª Ed. Florianópolis: Empório do Direito, 2016. p. 188).

Teoria do Delito, proveniente de uma guinada doutrinária para a adoção do Funcionalismo penal, também o reforçamento de posições punitivistas é justificado sob argumentos valorativos de conteúdo difuso que são repetidos na construção doutrinária como um senso comum teórico dos juristas¹².

Isaac Sabbá Guimarães, por exemplo, representando toda uma porção da doutrina que revê os conceitos inerentes ao *garantismo penal*, defende que o “discurso em torno de liberdades, de respeito aos direitos e garantias fundamentais e sobre Estado democrático, calcado em pressupostos equivocados, [...] é, sem embargo, sedutor, e tem atraído um número cada vez maior de adeptos”¹³. Em uma reinterpretação do conteúdo dos direitos fundamentais, defende o autor uma lógica de proteção da sociedade aparentemente inversa ao histórico sistema de garantias processuais que preza e zela pela liberdade individual em detrimento do poder punitivo. Por isso, Isaac Sabbá critica as

construções teóricas de doutrinadores apontados como “garantistas” no processo penal brasileiro, tais como Aury Lopes Jr., Eugênio Pacelli e Alexandre Moraes da Rosa, entendendo que pecariam metodologicamente em seus aportes teóricos. Como exemplo, o autor critica a opção de Aury Lopes Jr. pela defesa da instrumentalidade do processo penal como “a máxima eficácia dos direitos e garantias fundamentais da Constituição, pautando-se pelo valor da dignidade da pessoa humana”¹⁴. Para Isaac Sabbá, essa noção desvirtuaria aquilo que entende como fim do processo penal – qual seja, instrumentalizar o Direito Penal. Há, inclusive, todo um esforço do autor para que aquilo que chama de “*ser social*”¹⁵, a saber, a sociedade como um todo, seja levado em conta quando da instrumentalização do processo, de forma a que o julgador pudesse, então, julgado também de acordo com a opinião pública. Nessa toada revisionista do garantismo de Ferrajoli, o autor pretende um “Direito Penal Total”¹⁶ capaz de

¹² A expressão, que vem de Luís Alberto Warat, é explicada por Lenio Streck nos seguintes termos: “*Estamos diante do senso comum teórico dos juristas, como ensina WARAT (1982), quando observamos a forma da concepção de racionalidade científica apropriada na práxis do Direito, verificando como nenhum dos fatores, aparentemente rejeitados, deixa de manifestar-se. E o conhecimento científico do Direito termina sendo um acúmulo de opiniões valorativas e teóricas, que se manifestam de modo latente no discurso, aparentemente controlado pela episteme. O senso comum teórico dos juristas é um conhecimento constituído, também, por todas as regiões do saber, embora aparentemente, suprimidas pelo processo epistêmico. O senso comum teórico não deixa de ser uma significação extraconceitual no interior de um sistema de conceitos, uma ideologia no interior da ciência, uma doxa no interior da episteme*”. (STRECK, Lenio Luiz. *Dicionário de Hermenêutica: quarenta temas fundamentais da Teoria do Direito à luz da Crítica Hermenêutica do Direito*. Belo Horizonte: Letramento: Casa do Direito, 2017. p. 270)

¹³ GUIMARÃES, Isaac Sabbá. *Prisão Preventiva: o STF e a política criminal sobre restrição cautelar de liberdade*. Curitiba: Juruá, 2014. p. 98

¹⁴ LOPES JR., Aury. *Direito Processual Penal*. 9ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 90

¹⁵ GUIMARÃES, Isaac Sabbá. *Prisão Preventiva: o STF e a política criminal sobre restrição cautelar de liberdade*. Curitiba: Juruá, 2014. p. 56

¹⁶ A proposta do autor é a de um *Direito Penal Total*, pois ao elencar a necessidade de observância de todos os ramos do direito que dizem respeito à ciência penal (Direito Processual Penal, Direito Penal, Direito Internacional dos Direitos Humanos, Direito Constitucional, Criminologia...), aduz não ver razão para se tratar da área processual isoladamente, como se estabelecendo sua finalidade sem que todas as demais sejam considerada. Daí a sua proposta de um *Direito Penal Total* - que seria a integração de todos os ramos afins do direito para que se produza uma univocidade de objetivos. Nas suas palavras: “a radical descaracterização do Direito Processual penal é indevida. Levada aos extremos do garantismo jurídica-penal (entenda-se bem, aquele que se desenvolveu em nosso País, numa mescla ametódica de diversas tendências teóricas e outras com impressiva ideologização política), a definição de instrumentalidade como a que tem sido preconizada pela jurisprudência e pela doutrina de autores de visão progressista, inviabiliza os fins do processo e, por conseguinte, do próprio Direito Penal” (GUIMARÃES, 2014, p. 116). Na mesma linha, ver: FISCHER, Douglas; CALABRICH, Bruno; PELELLA, Eduardo. *Garantismo Penal Integral: questões penais e processuais, criminalidade moderna e aplicação do modelo garantista no Brasil*. 3ª ed. São Paulo: Editora Atlas, 2015.

sopesar os interesses sociais e do acusado de forma equânime.

Enfim, embora esse expansionismo seja verificável em vários planos da atuação pública (legislações mais gravosas e atuação policial mais violenta são exemplos desse movimento), causa especial preocupação o movimento doutrinário de apoio a esse aumento punitivo. De fato, a doutrina, incumbida de realizar o devido constrangimento epistemológico¹⁷ ao poder de punir, apoia a ampliação da violência estatal ou, quando muito, queda-se inerte diante dela, solapando sua função acadêmica de produzir conteúdo crítico e de nortear os caminhos possíveis, entregando-se ao conformismo de reproduzir o conteúdo estabelecido pelo Judiciário, de repetir discursos e construções teóricas de facilitação da repressão e de não mais pensar criticamente, ou seja, a não mais fazer doutrina¹⁸.

De qualquer forma, interessa indicar que se esse fenômeno se dá dentro dessa última barreira de controle do poder punitivo, a dogmática, é certamente ainda mais forte e evidente dentro do próprio poder público e o Judiciário não parece

permanecer imune a essa condição. De fato, se o Judiciário pretender expandir o punitivismo, encontrará fácil apoio doutrinário e espaço de crescimento estrutural para suas pretensões. Afinal, há racionalizações dogmáticas para justificar seus interesses e um apoio popular intenso a essa pretensão.

Atualmente, o fenômeno reconhecido como ativismo judicial¹⁹ – e o seu primo, o decisionismo²⁰ – parecem ter se tornado especialmente populares na contemporaneidade, com a valorização do Judiciário e da importância heurística do texto constitucional, despertando a atenção da doutrina mais crítica. É evidente que posturas mais ou menos ativas por parte do julgador são decorrências da necessidade de exercício da interpretação e têm amplo espaço no modelo democrático e constitucional brasileiro. Entretanto, isso não significa dizer que o juiz está livre para decidir conforme bem entender, podendo julgar segundo seus próprios critérios norteadores no campo da “sua” jurisdição. Enfim, embora o ativismo possa ser defendido em certa medida e em alguns casos²¹, quando usado para mitigação de direitos e

¹⁷ Para Lenio Streck, que estabelece o constrangimento epistemológico como um dever do jurista, chamando sempre a atenção para que a doutrina faça, de fato, doutrina, explica que “*elaborar constrangimentos epistemológicos equivale a realizar “censuras significativas”, no sentido de se poder distinguir, através da construção de uma crítica fundamentada, boas e más decisões (ou melhor: decisões constitucionalmente corretas das incorretas). [...] Trata-se de uma forma de se colocar em xeque decisões que se mostram equivocadas. [...] O constrangimento epistêmico ou epistemológico se coloca, assim, como mecanismo de controle das manifestações arbitrárias do sujeito moderno*” (STRECK, Lenio Luiz. *Dicionário de Hermenêutica: quarenta temas fundamentais da Teoria do Direito à luz da Crítica Hermenêutica do Direito*. Belo Horizonte: Letramento: Casa do Direito, 2017. p. 42).

¹⁸ Ainda com STRECK, diz-se que “*a “doutrina deve (voltar a) doutrinar”, e não se colocar, simplesmente, na condição de caudatária e meramente reprodutora das decisões dos tribunais*” (STRECK, Lenio Luiz. *Dicionário de Hermenêutica: quarenta temas fundamentais da Teoria do Direito à luz da Crítica Hermenêutica do Direito*. Belo Horizonte: Letramento: Casa do Direito, 2017. p. 42).

¹⁹ “[...] o Ativismo Judicial pode ser encarado, propriamente, como um movimento de magistrados que optaram por uma ideologia da constitucionalização de matérias jurídicas” (GUIMARÃES, Isaac Sabbá. *Prisão Preventiva: o STF e a política criminal sobre restrição cautelar de liberdade*. Curitiba: Juruá, 2014. p. 93). Ou também com Lenio Streck: “*o ativismo é gestado no interior da própria sistemática jurídica, consistindo num ato de vontade daquele que julga, isto é, caracterizando uma “corrupção” na relação entre os Poderes, na medida em que há uma extrapolação dos limites na atuação do Judiciário pela via de uma decisão que é tomada a partir de critérios não jurídicos*” (STRECK, Lenio Luiz. *Verdade e Consenso*. 6ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2017. p. 87)

²⁰ BARROSO, Luis Roberto. Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática. *Revista de Direito do Estado*, v. 13, 2009, p. 76.

²¹ Estefânia Maria de Queiroz Barboza, por exemplo, defende que o Judiciário brasileiro deve buscar uma postura ativa com base na experiência do Judiciário norte-americano, ou seja, a criatividade judicial proposta não seria aquela do “governo de juizes”, “*mas baseada na experiência do judicial review americano, por meio de uma interpretação calcada na ideologia presente na própria*

garantias do acusado causa um claro desconforto a quem parte de uma interpretação humanista do texto constitucional.

Rosivaldo Toscano dos Santos Junior deixa clara a forma pela qual o ato judicial se deve regular, seguindo parâmetros de base escorreitos e legítimos dentro de um Estado Democrático de Direito. O juiz exerce uma função que é conferida pelo Estado, cujas atribuições inerentes à sua atuação advêm dos critérios estabelecidos pela Constituição Federal. É por isso que a questão deve assim ser entendida, conforme sustenta o autor:

O magistrado é um membro de Poder, no sentido em que representa o Poder Constituído. Mas ele não age ao alvedrio das próprias regras que o legitimaram como tal agente de poder. Assim como não há liberdade absoluta, o juiz não é livre, por assim dizer, para decidir, mas é sempre dentro de uma esfera de normatividade que constitui seu mundo decisório. Se há o dever constitucional de fundamentar suas decisões, há, acima disso, a necessidade de respeitar as regras do jogo democrático. O juiz não cria o direito – não no sentido de inovar o ordenamento jurídico com a geração de normas que não tenha um texto normativo que lhes sirva de esteio.²²

Um juiz deve, portanto, observar as premissas que dão sustento à sua atuação jurisdicional, estando impedido de decidir contrariamente aos ditames normativos, eminentemente aqueles de natureza constitucional. É certo que há sempre diversas

respostas constitucionais possíveis, especialmente diante do uso de expressões complexas e exageradamente amplas tais como a noção de “ordem pública”²³, mas a eleição de posições judiciais se deve dar sempre a partir de uma dogmática robusta e constitucionalmente sistêmica, pois o campo da decisão judicial não comporta solipsismos e posturas pessoais que descontextualizam o ambiente jurídico no qual se situam. Entretanto, mesmo em tribunais superiores, as decisões por vezes parecem divergentes dos parâmetros constitucionais e desgarradas de uma racionalização lógica e funcional.

Há uma interessante pesquisa na qual se apresentam, analisando diversos recentes julgados do Supremo Tribunal Federal (STF) acerca da crise carcerária brasileira, várias controvérsias existentes na posição jurisprudencial desse tribunal superior²⁴. Ao se constatar contradições nos decisórios do STF, destacam-se no estudo que a corte se rende a racionalizações de ordem política em detrimento de argumentos referentes à dignidade humana do encarcerado. O trabalho indica que, por vezes, a racionalização das decisões tente a uma expansão do poder punitivo determinada por conta de demandas de natureza política que atendem a valores referentes muito mais à praticabilidade do exercício do poder político em geral (condição

Constituição”, de modo que o que propõe a autora é que “*deve o Judiciário brasileiro assumir uma postura intervencionista e ativista quando se tratar de direitos fundamentais, buscando mudanças sociais no que diz respeito à proteção de direitos fundamentais*” (BARBOZA, Estefânia Maria de Queiroz. *Jurisdição Constitucional: entre constitucionalismo e democracia*. Belo Horizonte: Fórum, 2007. p. 194-196).

²² SANTOS JÚNIOR, Rosivaldo Toscano dos. *Controle Remoto e Decisão Judicial: quando se decide sem decidir*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2014. p. 168-169

²³ Ferrajoli expõe sua preocupação para com a problemática da linguagem penal, uma vez que a interpretação de termos textuais vagos pode levar à mácula das garantias penais, pois o julgador acaba dizendo qualquer coisa sobre o significado de um termo impreciso, ampliando assim o poder punitivo desmedidamente em detrimento da liberdade

do indivíduo. Para o autor, “*um termo é vago ou indeterminado se sua intensão não permitir determinar sua extensão com relativa certeza, quer dizer, se existirem objetos que não estão excluídos nem incluídos claramente em sua extensão*” (FERRAJOLI, Luigi. *Direito e Razão: teoria do garantismo penal*. 4ª Ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014. p. 116). É o caso do termo “ordem pública” previsto no artigo 312 do Código de Processo Penal.

²⁴ DISSENHA, Rui Carlo; KAMEL, Antoine Youssef. Entre Beccaria e Torquemada: Teses sobre a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal na Crise Prisional. In: QUADROS, Doacir Gonçalves de; BAGGIO, Andreza C.; SOUZA, André Peixoto de. (Eds.). *Estado, Poder e Jurisdição – Volume II*. Mauritius: Novas Edições Acadêmicas, 2017.

que é originalmente de competência do poder que cria as políticas criminais, ou seja, o Executivo) e menos da contenção do poder punitivo. Vale citar parte da conclusão a que chega a pesquisa:

[...] imprensado entre o jogo político dos interesses que permeiam o modelo decisório e os imperativos constitucionais, o STF se obriga a encontrar um delicado posicionamento político. Se o momento clama por mais punição, então as decisões tenderão nesse sentido; mas se há consenso sobre a grave situação carcerária, então também é necessário reconhecê-la. Todavia, o STF, por fazer parte de um sistema maior, não consegue esquecer a sua origem: é poder e é elite, sempre, e ao mesmo tempo. Portanto, é necessário decidir de forma a se preservarem as instituições – e especialmente, aqui, o Judiciário, que é a seara onde atuam os ministros. Por isso a “praticabilidade das decisões” importa tanto, em certos casos até mais do que a dignidade do encarcerado, e provavelmente é por isso que o STF produz, por vezes, uma jurisprudência esquizofrênica que transita desavergonhadamente e com facilidade entre o humanitarismo de Beccaria e a inquisitorialidade de Torquemada²⁵

Neste trabalho, é conveniente apontarem-se alguns exemplos dignos de nota. Inicialmente, pela importância e pela ampla crítica que recebeu o julgado, vale lembrar da decisão do STF no *Habeas Corpus* n.º 126.292/SP, sobre a possibilidade de prisão depois da decisão em segunda instância. O expansionismo penal do voto vencedor do Ministro Relator evidencia-se do claro viés utilitarista do embasamento da decisão, em que se busca justificar o

posicionamento adotado com base em assertivas retóricas, consequencialistas e pragmáticas, no exato sentido que DWORKIN emprega à expressão²⁶. A decisão é gramaticalmente dissonante do texto constitucional ao assumir que a presunção de inocência bem convive com a execução da pena feita antes do “trânsito em julgado” da sentença condenatória e termina por reinterpretar uma porção do texto constitucional de conteúdo cristalino. A análise do voto do Ministro relator indica o recurso da decisão a argumentos de autoridade (que podem, como se sabe, ser contrariados por outras autoridades, mormente votos e construções teóricas de ministros da própria Suprema Corte²⁷), a um paupérrimo exercício de Direito Comparado (em um exercício comparativo que ignora qualquer contexto ou aspecto histórico do método da comparação, a experiência brasileira é comparada à de países como Inglaterra, Canadá e Alemanha²⁸) ou a argumentos fundamentalmente pragmáticos (como o reconhecimento da necessidade de uma atuação mais formalista e burocrática do Tribunal Superior pela reiteração da “preclusão da matéria envolvendo os fatos da causa²⁹”).

Aliás, a decisão ainda toca em um ponto que revela uma clara esquizofrenia do conteúdo e sentido recente das decisões do STF. O conteúdo do voto indica a pretensão de se reconhecer que a

²⁵ DISSENHA, Rui Carlo; KAMEL, Antoine Youssef. Entre Beccaria e Torquemada: Teses sobre a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal na Crise Prisional. In: *Estado, Poder e Jurisdição – Volume II*. QUADROS, Doacir Gonçalves de; BAGGIO, Andreza C.; SOUZA, André Peixoto de. (Editores). Maurítius: Novas Edições Acadêmicas, 2017. p. 151

²⁶ Aqui se refere ao conceito de pragmatismo exposto por Dworkin – quando explica que “o pragmático adota uma atitude cética com relação ao pressuposto que acreditamos estar personificado no conceito de direito: nega que as decisões políticas do passado, por si sós, ofereçam qualquer justificativa necessária à coerção na justiça, na eficiência ou em alguma outra virtude contemporânea da própria decisão coercitiva, como e quando ela é tomada por juízes, e acrescenta que a coerência com qualquer decisão legislativa ou judicial anterior não contribui, em princípio,

para a justiça ou a virtude de qualquer decisão atual” (DWORKIN, Ronald. *O Império do Direito*. 3ª Ed. São Paulo: Martins Fontes, 2014. p. 185)

²⁷ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. CONSTITUCIONAL. *HABEAS CORPUS*. PRINCÍPIO CONSTITUCIONAL DA PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA (CF, ART. 5º, LVII) SENTENÇA PENAL CONDENATÓRIA CONFIRMADA POR TRIBUNAL DE SEGUNDO GRAU DE JURISDIÇÃO. EXECUÇÃO PROVISÓRIA. POSSIBILIDADE. *Habeas Corpus* 126.292 SP. Marcio Rodrigues Dantas, Maria Claudia de Seixas e relator do HC n.º 313.021 do Superior Tribunal de Justiça. Relator: Ministro Teori Zavascki. DJE 17/05/2016 – Ata n.º 71/2016. DJE n.º 100, divulgado em 16/05/2016. p. 3-9.

²⁸ *Ibidem*. p. 9-12.

²⁹ *Ibidem*. p. 6.

Corte se deve afastar da análise valorativa das decisões de instâncias inferiores, efetivamente desligando o papel dos Ministros do STF do exame da “*justiça ou injustiça de sentenças em casos concretos*”³⁰ em favor da “*preservação da higidez do sistema normativo*”³¹. Essa posição é especialmente importante na decisão, pois pode implicar à Suprema Corte um legado bastante formalista, apesar de contrariar outras decisões da Corte em que se defende um papel do STF muito mais ativista em termos de “luta contra a impunidade” ou a proteção de bens e interesses específicos. Apenas a título de exemplo, pode-se apontar o Recurso Extraordinário n. 548.181/PR, em que o STF, diante da dificuldade para se imputar um fato ilícito contra uma pessoa concreta em delitos ambientais que envolvam organizações corporativas complexas, entendeu possível que a responsabilização penal da pessoa jurídica seja reconhecida sem que haja necessidade de se condicionar tal responsabilidade concomitantemente a uma pessoa física. A despeito da existência de debate doutrinário sobre a questão, e independentemente do mérito do posicionamento, a decisão da Relatora é lançada para se “*evitar a impunidade pelos crimes ambientais frente às imensas dificuldades de individualização dos responsáveis internamente às corporações, além de reforçar a tutela do bem jurídico ambiental*”³², ou seja, sustentada a decisão em argumentos muito mais pragmáticos do que doutrinários ou jurisprudenciais – quiçá, mesmo, legais – mas

certamente em busca do que o Judiciário entende por “justiça” (no caso, evitar a impunidade). Enfim, não é a pretensão do presente artigo analisar profundamente a jurisprudência da Suprema Corte, mas os apontamentos indicam uma opção do STF por argumentações circunstanciais que revelam, portanto, uma certa falta de coesão decisória por parte desse tribunal que representa um fenômeno presente em todo o Judiciário.

Obviamente, não se ignora que o julgador decide dentro do mundo e fica sujeito, portanto, a uma pluralidade imensa de fatores a determinarem as suas escolhas. A questão se torna fulcral, entretanto, e ainda mais acentuada, quando o resultado das decisões advém menos de uma interpretação jurídica coesa e erigida num sustentáculo teórico robusto e mais dos aparentes posicionamentos pessoais do próprio julgador. Como a pluralidade de razões do julgador é certamente maior do que os resultados teóricos possíveis e viáveis a partir das construções doutrinárias aplicáveis ao caso, é natural que desse processo surja uma plêiade imensa de soluções novas e criativas. Nesse contexto, não é incomum que o julgador acabe decidindo desgarrado de argumentos jurídicos e racionalizações teóricas, mas por fatores alheios e externos ao Direito que são frutos de anseios idiossincráticos internos – muitas vezes decorrentes de fatores originários de uma *vontade de poder*³³. É a isso que se tem denominado de “decisionismo”. É uma consequência importante

³⁰ *Ibidem*. p. 12.

³¹ *Idem*.

³² BRASIL. Supremo Tribunal Federal. RECURSO EXTRAORDINÁRIO. DIREITO PENAL. CRIME AMBIENTAL. RESPONSABILIDADE PENAL DA PESSOA JURÍDICA. CONDICIONAMENTO DA AÇÃO À IDENTIFICAÇÃO E À PERSECUÇÃO CONCOMITANTE DA PESSOA FÍSICA QUE NÃO ENCONTRA AMPARO NA CONSITUIÇÃO DA REPÚBLICA. Recurso Extraordinário 548.181 PR. Ministério Público Federal e Petróleo Brasileiro S/A - Petrobrás. Relator: Ministra Rosa Weber. DJE 30/10/2014

– Ata n.º 160/2014. DJE n.º 213, divulgado em 29/10/2014. p. 1-2.

³³ O conceito aqui utilizado é aquele nietzschiano, quando, por mais que, com DUSSEL e sua diferenciação ontológica do poder político com os conceitos de *potentiae potestas*, possa se dizer que “o poder visto como mera dominação autoritária é um reducionismo”, dada a formação cultural pátria, “o manejo do poder e da coisa pública como própria termina sendo prática comum – até naturalizada. Quando a potestas se fetichiza, isto é, se distancia da potentia que a legitima e fundamenta, perde força, a ponto de, em havendo o desconhecimento da potentia, virar exercício despótico, mera vontade de poder” (SANTOS JÚNIOR, Rosivaldo

desse movimento é o surgimento de uma espécie formidável de expansionismo penal retroalimentado, de origem judicial, independente, mesmo, de legislações mais gravosas ou de políticas criminais menos garantistas e apoiada por uma doutrina populista e pelas lacunas proporcionadas por um processo penal anacrônico.

Enfim, a decisão por convicções sentimentais ou valorações morais quaisquer tem se tornado, de forma perigosamente comum, uma das bases de ampliação da postura persecutória estatal. Especialmente em tempos de luta contra a criminalidade como argumento de reforço da atuação estatal, o Judiciário corrobora cada vez mais com essa ampliação ao se justificar – e justificar decisões – sustentando-se, como se viu, na demanda pela cessação da impunidade. Conforme reconhecido por Jesús-María Silva Sanchez³⁴, a sensação social de insegurança sentida é um dos determinantes da vida contemporânea, e nenhum agente social está livre da pressão pelo aumento do poder punitivo por ela exercida – nem mesmo o julgador.

Nesse processo, é ubíquo o discurso de luta contra o crime nas decisões judiciais de forma a se modificar a clássica função do julgador penal: de uma singela avaliação da existência do crime e da necessidade de aplicação de pena ao autor do fato, transforma-se o exercício jurisdicional em uma avaliação da proporcionalidade entre os direitos do acusado e a garantia da ordem pública ou manutenção da segurança social, o que facilita sobremaneira o constrangimento de direitos e garantias arduamente conquistados ao longo da história.

Toscano dos. *Controle Remoto e Decisão Judicial: quando se decide sem decidir*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2014. p.57-58).

³⁴ SÁNCHEZ, Jesús-María Silva. *A Expansão do Direito Penal: aspectos da política criminal nas sociedades pós-industriais*. 3ª Ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014. p. 32-33

2 OS RISCOS DO DECISIONISMO E A DEFORMAÇÃO DA ESTRUTURA: DO MITE AO MORBIDO NO PODER PUNITIVO

Esse processo de ampliação do poder punitivo em decorrência do ativismo e decisionismo judiciais pode criar riscos ao próprio funcionamento do Direito. Afinal, o aumento da subjetividade no plano jurídico tende a afastar a materialização do princípio democrático por substituir o consenso comum, expresso, em geral, na lei, pela determinação pessoal do julgador.

Lenio Streck, ao apontar fatores que arriscam o Direito, indica que “o direito deve ter um grau de autonomia. Deve-se resguardar dos predadores endógenos e exógenos. A subjetividade descontrolada é um predador endógeno. A política e a moral são perigosos fatores exógenos”³⁵. Essa subjetividade descontrolada tende a manifestar preconceitos que encontram sua fonte em uma opinião pública que nem sempre expressa valores constitucionais. Jacinto Nelson de Miranda Coutinho, por exemplo, critica a sociedade brasileira como um todo nesse aspecto por sua “*mentalidade hodierna, muito ligada a um pensamento de Lei e Ordem e conduzida por imbrogli verbais ditados pelos meios de comunicação*”³⁶.

De fato, a problemática, quiçá a principal, reside justamente nesse ponto em que se abrem possibilidades de decisões que se utilizam de *argumentos não jurídicos*, embora às vezes até assim travestidos, porque correspondentes a um axiologismo pessoal do julgador em um processo de transferência da jurisdição do público para o privado: o julgador exerce a *sua* jurisdição, não a jurisdição pública, carregada de conteúdo

³⁵ STRECK, Lenio Luiz. *Heróis, soldados, minimalistas ou mudos? São estes os perfis dos juízes?* Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2015-nov-12/senso-incomum-heroi-soldado-minimalista-ou-mudo-sao-perfis-juizes>>. Acesso em: 14/01/2018.

³⁶ COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. *Temas de Direito Penal & Processo Penal (por prefácios selecionados)*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010. p. 33

democrático. Por isso, e sem se pretender o retorno do juiz *bouche de la loi*, faz-se necessário estabelecer que as decisões judiciais devem ser dadas apenas com base em *argumentos jurídicos*, ou seja, construídos com base em raciocínios juridicamente sonoros e claramente desenvolvidos na decisão de forma a permitir-se que se reconstrua também a argumentação lógico-jurídica que embasa o exercício judicante constitucionalmente orientado, pois com isso “*a sociedade tem uma garantia: o respeito à Constituição. Ninguém está acima dela. Ela é o norte do regime democrático porque condiciona todos a um regramento único*”³⁷. Especialmente porque é pelo aumento de uma discricionariedade³⁸ do julgador, juntamente com o populismo legislativo no plano penal, que se reconhecem muitos dos golpes sofridos pela jurisdição penal na sua perspectiva garantista. A ampliação do poder punitivo se manifesta, portanto, na liberdade ampla de decidir do juiz que se desvincula da lei em nome de perspectivas em geral moralizadoras ou políticas que sustentam suas posições pessoais.

O julgador é, inevitavelmente, influenciado pela sociedade em que se situa³⁹. Como agente social, é um construído pela sociedade com poder de influenciá-la diretamente. Nesse sentido, uma sociedade temerosa produzirá um juiz temeroso; uma sociedade violenta criará um juiz violento; uma sociedade que clama por ampliação do poder de punir produzirá, também, um julgador que pede por mais punição.

É nesse contexto que vale lembrar a lição de Zagrebelsky⁴⁰. Em sua conhecida obra *Il Diritto Mite*, o autor desenvolve as características gerais do Direito que o justificam como um sistema flexível, embora vinculado a disposições legais aparentemente fixas, e, portanto, apto a se adaptar à realidade. De fato, segundo o autor, não é mais possível pensar o Direito como um processo simples e direto de relação entre premissas menor e maior ou de direta subsumção⁴¹. Submetida a *due padroni*, a lei e a realidade, a jurisprudência precisa dessa dialética para que a efetiva função jurisdicional venha à tona⁴². Do contrário, arrisca um exercício meramente casuístico, se fiar-se apenas à realidade, ou simplesmente dogmático e abstraído da realidade, se apoiar-se na lei. Daí a importância fundamental do caso para a norma: “*le esigenze dei casi valgono di più della volontà legislativa e possono invalidarla. Dovendo sacrificare Le esigenze del caso o quelle della legge, sono queste seconde che soccombono nel giudizio di costituzionalità al quale la legge stessa viene sottoposta*”⁴³. Assim, sem ignorar que os casos mudam, tanto quanto os valores, o autor reconhece a necessidade adaptação do Direito ao caso, especialmente a partir da forma aberta da norma que se reconhece nos princípios. A norma jurídica, de fato, não é feita para a abstração, pois precisa do caso a lhe dar sentido⁴⁴.

A verdade é, portanto, que a solução de conflitos pelo Judiciário implica a solução de um problema – e não de um simples “fato social”. E esse problema precisa ser entendido pelo julgador, que poderá entendê-lo de várias formas,

³⁷ STRECK, Lenio Luiz. *Verdade e Consenso*. 6ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2017. p. 685

³⁸ “É preciso compreender a discricionariedade como sendo o poder arbitrário “delegado” em favor do juiz para “preencher” os espaços da “zona de penumbra” do modelo de regras” (STRECK, Lenio Luiz. *Dicionário de Hermenêutica: quarenta temas fundamentais da Teoria do Direito à luz da Crítica Hermenêutica do Direito*. Belo Horizonte: Letramento: Casa do Direito, 2017. p. 54).

³⁹ COELHO, Luiz Fernando. *Direito Constitucional e Filosofia da Constituição*. Curitiba: Juruá, 2014. p. 167, 169.

⁴⁰ ZAGREBELSKY, Gustavo. *Il Diritto Mite*. Milano: Einaudi, 1992.

⁴¹ ZAGREBELSKY, Gustavo. *Il Diritto Mite*. Milano: Einaudi, 1992, p. 179.

⁴² ZAGREBELSKY, Gustavo. *Il Diritto Mite*. Milano: Einaudi, 1992, p. 181.

⁴³ ZAGREBELSKY, Gustavo. *Il Diritto Mite*. Milano: Einaudi, 1992, p. 183.

⁴⁴ ZAGREBELSKY, Gustavo. *Il Diritto Mite*. Milano: Einaudi, 1992, p. 191.

para ser resolvido. Consequentemente, segundo o professor italiano, “*la comprensione di senso conduce e condiziona la comprensione di valore in vista del giudizio*”⁴⁵, ou seja, o julgador aplicará valores à solução do caso de acordo com como o compreenda.

Mas com apoio em quais valores o julgador está apto a conformar o caso à norma? É evidente que se torna tentador ao julgador usar seus parâmetros morais para tanto ou, mesmo, recorrer ao pleito social para justificar a sua posição pela adaptação da norma (como ocorre quando a demanda popular por punição implica um decisionismo populista e alavanca, inevitavelmente, o poder punitivo do Estado), fazendo referências, como faz o STF e quando em quando, como seu viú, à cessação da impunidade. Importa esclarecer, entretanto, com Zagrebelsky:

[...] **é importante notare che il ‘senso’ e il ‘valore’ che devono avere rilievo dal punto di vista dell’applicazione giudiziaria hanno un significato oggettivo, non soggettivo.** Poiché il diritto è norma ‘media’ che attribuisce solo eccezionalmente una rilevanza alle motivazioni interiori degli agenti, la categorizzazione del loro agire deve riferirsi al contesto culturale obiettivo nel quale si svolge. Naturalmente, quando tale contesto manca (...) colui che applica il diritto si trova senza parametri diversi da quelli che deve egli stesso darsi. L’aspirazione alla obiettività cede il passo alle visioni oggettive. Ma questo é conseguenza di um difetto, mentre il punto di vista del diritto permanece intrinsecamente e radicalmente diferente da quello della psicologia o della sociologia (...) dove é essenziale invece l’immedesimazione del punto di vista dell’agente, per poter indagare le reali strutture dell’agire sociale⁴⁶.

Em outras palavras, a liberdade do juiz é certamente condicionada pelas demandas do caso, mas também por valores democráticos, orientado

por princípios, que ancoram objetivamente o julgado. Ele não é livre para escolher seus valores, pois não é *sua* a jurisdição que ele exerce, mas a jurisdição do Estado. Zagrebelsky, é certo, flexibiliza o Direito e abre a atuação do juiz, mas não desvincula o julgador das matrizes constitucionais que lhe são postas: reitere-se que o exercício jurisdicional democrático de um poder não eleito é apenas aquele orientado valorativamente pelo que determinam os princípios constitucionais. Além disso, e essa é outra razão que afasta o subjetivismo judicial, a demanda de adaptação da norma ao caso pelo julgador, na construção da jurisprudência, é sempre um exercício feito com *ragionevolezza* (racionalidade, que classicamente se denominava *prudentia*⁴⁷), nunca uma postura emocional, como acontece nessa ampliação do poder punitivo levada a cabo pela necessidade de atendimento de critérios outros que não aqueles constitucionalmente determinados e sempre segundo uma construção argumentativa de ordem adequadamente jurídica⁴⁸.

Tome-se como exemplo o crescimento do pânico social quanto ao crime decorrente da espetacularização midiática do processo penal. Carnelutti já há tempo declarava que cada vez mais “*o processo interessa à opinião pública. Os jornais ocupam boa parte de suas páginas para a crônica dos delitos e dos processos*”, ensejando no problema de que se assiste “*ao processo do mesmo modo com que delicias o espetáculo cinematográfico*”⁴⁹. Aliás, segundo Caio Patrício de Almeida, “*as demandas por criminalização nunca deixaram o gosto popular. E, com isso,*

⁴⁵ ZAGREBELSKY, Gustavo. *Il Diritto Mite*. Milano: Einaudi, 1992, p. 188.

⁴⁶ ZAGREBELSKY, Gustavo. *Il Diritto Mite*. Milano: Einaudi, 1992, p. 188-189 (grifou-se).

⁴⁷ ZAGREBELSKY, Gustavo. *Il Diritto Mite*. Milano: Einaudi, 1992, p. 168.

⁴⁸ Com Lenio Streck, pode se dizer que “*a decisão (resposta) estará adequada na medida em que for respeitada, em*

maior grau, a autonomia do Direito [...], evitada a discricionariedade [...] e respeitada a coerência e integridade do Direito, a partir de uma detalhada fundamentação” (STRECK, Lenio Luiz. *Verdade e Consenso*. 6ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2017. p. 654).

⁴⁹ CARNELUTTI, Francesco. *As Misérias do Processo Penal*. 3ª Ed. Leme: CL EDIJUR, 2015. p. 6

jamais abandonaram a agenda política”⁵⁰. O julgador descuidado tende a refletir os efeitos desse fenômeno que não se dão apenas nos agentes externos ao processo (os espectadores), mas também geram efeitos ao exercer influência concreta no próprio caso penal. Como pontua Rubens Casara:

[...] no julgamento-espetáculo, todos querem exercer bons papéis na trama. Ninguém ousa atuar contra os desejos da audiência, sempre manipuláveis, seja por um juiz-diretor talentoso, seja pelos grupos econômicos que detêm os meios de comunicação de massa. Paradoxalmente, os atores jurídicos mais covardes, aqueles que têm medo de decidir contra a opinião pública(da), os que para atender ao “desejo de audiência” violam a lei e sonegam direitos fundamentais, são elevados à condição de heróis.⁵¹

O atendimento, pela jurisprudência, da demanda popular pelo espetáculo, com a consequência inevitável da ampliação do poder punitivo, como bem explica Eduardo Newton⁵², implica a perda da racionalidade que deve caracterizar qualquer flexibilidade do Direito. Já não mais se olha para os princípios constitucionalmente elencados, que devem realizar os parâmetros de flexibilização, mas para outros valores eleitos circunstancialmente e subjetivamente pelo julgador e desvinculados da relação binomial entre realidade e lei. Esse

julgador veste um manto muito diverso daquele da Justiça: “*nasce uma mística: scovi ed stirpi eresie o delitti, combatte potenze malefiche in una crociata quotidiana; merito suo se il mondo non finisce divotado dal diavolo; fosse neutrale, sarebbe complice dell’inferno; e gli scrupoli sono ignavia*”^{53,54}.

Essa posição é especialmente perigosa quando adotada por tribunais superiores, especialmente pelo STF, pela potência imperiosa da sua jurisprudência, que termina por ter reconhecido um aspecto totêmico⁵⁵ que é tomado como dogma⁵⁶.

Ao decidir, portanto, subjetivamente, adaptando o caso aos seus valores pessoais – sejam eles bons ou ruins, pouco importa – o julgador pratica o decisionismo de que tanto se fala e se afasta dos critérios objetivos constitucionais tornando o eventual acerto da sua decisão não mais um exercício jurídico, mas um acaso no qual pouco se pode confiar por conta da falibilidade humana. Nesse exercício, o direito já não é mais *flexível* ou *dútil* segundo as demandas do caso, mas, sim, mole, flácido e amorfo, apto a ser o que o julgador entender necessário que seja segundo o exercício de sua jurisdição particular. O *diritto mite*, de Zagrebelsky, dá ensejo ao *diritto*

⁵⁰ ALMEIDA, Caio Patricio de. Hipercriminalização: o sintoma totalitário na política da liberdade. In: *Revista Brasileira de Ciências Criminais – RBCCRIM*, v.123, set. 2016. Disponível em:

<http://www.mpsp.mp.br/portal/page/portal/documentacao_e_divulgacao/doc_biblioteca/bibli_servicos_produtos/bibli_boletim/bibli_bol_2006/RBCCrim_n.123.07.PDF>.

Acesso em: 26 out. 2017.

⁵¹ CASARA, Rubens R. R. *Processo Penal do Espetáculo: ensaios sobre o poder penal, a dogmática e o autoritarismo na sociedade brasileira*. 1ª Ed. Florianópolis: Empório do Direito, 2015. p. 13-14

⁵² NEWTON, Eduardo Januário. Os desafios da defesa criminal na era midiática. In: GOSTINSKI, Aline; PRAZERES, Deivid Willian dos; MINAGÉ, Thiago (Orgs.) *Tempo de Resistência*. Empório do Direito: Florianópolis, 2017 p. 77

⁵³ “*nasce uma mística: descobrem-se e extirpam-se heresias ou delitos, combatem-se potências maléficas em uma cruzada diária; é por mérito seu que o mundo não é*

devorado pelo diabo; se fosse neutro, seria cúmplice do inferno; por fim, os escrúpulos são covardia”.

⁵⁴ CORDERO, Franco. *Procedura Penale*. Terza edizione. Milano: Giuffrè, 1995. p. 23

⁵⁵ FERRAREZE FILHO, Paulo. *Manual Politicamente Incorreto do Direito no Brasil*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2016. P. 112-113

⁵⁶ Aqui se pode apontar para o fenômeno do juiz-filho querendo agradar o tribunal-pai no âmbito da jurisdição penal, quando presente se faz o contrassenso apontado, conforme elucidam Aury Lopes Jr. e Alexandre Moraes da Rosa: “*De nada adianta independência se o juiz é totalmente dependente do tribunal-pai, sendo incapaz de pensar ou ir além do que ele diz. É preocupante o nível de dependência que alguns juízes criam em relação ao “entendimento” deste ou daquele tribunal, e, o que é pior, a sujeição de alguns tribunais ao que dizem outros tribunais superiores*” (LOPES JR., Aury; ROSA, Alexandre Moraes da. *Processo Penal no Limite*. 1ª Ed. Florianópolis: Empório do Direito, 2015. p. 59).

*morbido*⁵⁷ que tem orientado o Judiciário brasileiro no sentido da ampliação do poder punitivo. O risco maior que se vislumbra no horizonte desse Judiciário que molda a norma à vontade de premissas pessoais e populistas é a de que se torno um simples “apêndice burocrático” do aumento do poder punitivo⁵⁸.

CONCLUSÃO

O enfoque do presente trabalho se estabelece no campo da jurisdição penal, constatando-se o expansionismo decisionista que ocupa os tribunais brasileiros – posicionamento este que vem sendo cancelado pelo Supremo Tribunal Federal. A discussão que se pretendeu trazer à baila foram justamente as consequências perigosas desse processo. Conjuntamente a alterações na dogmática e deficiências do sistema normativo, esse decisionismo exercido contra o texto constitucional provoca um aumento perigoso do poder punitivo. A reinterpretção de valores razoavelmente estáveis, a colmatação de lacunas e a busca pela realização de valores para-constitucionais permite um caminhar do sistema punitivo no sentido perigoso da construção de um *Estado-gendarme*⁵⁹. De fato, essa condição cria a possibilidade do “*aumento descuidado do direito de punir do Estado coloca em xeque a noção de Direito Penal de ultima ratio e relê os efeitos de*

uma série de princípios clássicos de limitação do poder punitivo de forma a revisá-los”⁶⁰.

Nesse tocante, fatores endógenos e exógenos, que não dizem ao respeito diretamente ao Direito (tais como a moral, política, subjetividade pessoal do julgador...) podem passar a dizer mais à decisão do que os argumentos jurídicos e dogmáticos. Daí ser salutar a exposição de Zagrebelsky que compreende necessária a flexibilidade do Direito, mas sem o seu desapego aos critérios valorativos determinados pelo texto constitucional e que determinam o *telos* a ser trilhado pelo julgador.

Se é certo que a sensação de insegurança e impunidade que comovem a opinião pública, é também certo que influenciam os responsáveis pelo exercício da jurisdição penal, vistos, sobretudo, como a esperança de mudança do quadro. E essa condição pode fomentar no juízo a tendência a certeza de que o viés adequado a ser perseguido “*está em que nenhum culpado fique impune, à custa da incerteza de que também algum inocente possa ser punido*”⁶¹. Eis o perigo de se apostar as fichas na efetivação de uma inalcançável segurança completa sob o pretexto de se assegurar a ordem pública em detrimento dos direitos e garantias individuais.

Diante dos breves apontamentos aqui feitos, fica a indagação sobre qual seria uma possível saída para a mudança desse cenário. Certamente a aposta deve se dar na efetivação concreta dos

⁵⁷ “Morbido”, em italiano, tem o sentido de “mole” ou “macio”.

⁵⁸ ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *Em busca das penas perdidas: a perda da legitimidade do sistema penal*. Rio de Janeiro: Revan, 1991. p. 200

⁵⁹ Segundo Zaffaroni e Pierangeli, “a vigência deste direito penal depende apenas de sua potência repressiva. À medida que o direito penal perde efetividade, deve fazer um uso maior da força para conservar a sua vigência. Se nada interrompe o processo de ‘repressão’, este termina por aniquilar o direito penal que, em certo momento, deixa de ser direito, para ficar reduzido a um mero uso da força. A efetividade do direito penal é a mais importante questão que sempre se colocará à política penal, e o dogmático deve interpretar o direito penal vigente como efetivo, sempre que

não haja elementos iniludíveis que lhe mostrem o contrário, em razão de que uma política penal repressiva – isto é, não fundamentada antropológicamente – será sempre suicida, o que nunca é possível presumir” (PIERANGELI, José Henrique; ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *Manual de Direito Penal Brasileiro* – volume 1 – Parte Geral. Sexta edição. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006. p. 324).

⁶⁰ DISSENHA, Rui Carlo. Bem Jurídico Penal Supraindividual e a Obrigatoriedade de Repressão? *Revista Jurídica – UNICURITIBA*, Curitiba, v.1, n. 30, p. 284-311, 2013, ISSN: 2316-753X. p. 285-286

⁶¹ FERRAJOLI, Luigi. *Direito e Razão: teoria do garantismo penal*. 4ª Ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014. p. 103

direitos fundamentais, superando a noção de que a crítica fique apenas no campo da fala, alterando-se a forma de agir principalmente no campo da jurisdição penal ao abandonar aqueles discursos tendenciosos que levam ao arbítrio e ao uso desmedido do poder, ou seja, ao expansionismo penal, já que “a prevalência dos Direitos Fundamentais, no campo do processo e direito penal, impede juízos em favor da coletividade, dado que invertem a lógica do Estado Democrático de Direito”⁶².

Talvez um primeiro passo seja o reconhecimento da falibilidade do ser humano, tomando ciência das próprias limitações a que se está sujeito – principalmente quando no exercício do poder, superando-se o mito do sujeito racional. Isso porque:

[...] em geral, o jurista é obcecado por ele mesmo, e o pleno domínio da racionalidade. Impulsionado pelo excesso de confiança em sua pseudocapacidade de percepção do mundo, aposta de modo ingênuo em suas crenças, sustentadas como verdades absolutas em um universo de incerteza⁶³

Enfim, os envolvidos no exercício da jurisdição penal se devem dar conta de que também estão inseridos em um contexto social, que são influenciados pelos seus *quadri mentali paranoid*⁶⁴ e que a flexibilidade do Direito precisa de limites constitucionais claros. Saber reconhecer que eventuais anseios pessoais de cunho punitivista não devem ensejar consequências anticonstitucionais no exercício da jurisdição pode ser um primeiro passo para cessar o imperativo da convicção pessoal na construção da jurisprudência.

REFERÊNCIAS

ALMEIDA, Caio Patricio de. Hipercriminalização: o sintoma totalitário na política da liberdade. *Revista Brasileira de Ciências Criminas – RBCCRIM*, v. 123, set. 2016. Disponível em: <http://www.mpsp.mp.br/portal/page/portal/documentacao_e_divulgacao/doc_biblioteca/bibli_servicos_produtos/bibli_boletim/bibli_bol_2006/RBCCrim_n.123.07.PDF>. Acesso em: 26 out. 2017.

BARBOZA, Estefânia Maria de Queiroz. *Jurisdição Constitucional: entre constitucionalismo e democracia*. Belo Horizonte: Fórum, 2007.

BARROSO, Luis Roberto. Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática. *Revista de Direito do Estado*, v. 13, 2009.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Penal. Processual penal. Recurso especial. Delito ambiental. Possibilidade de responsabilização da pessoa jurídica. Recurso conhecido e parcialmente provido. *Recurso Especial 989.089 SC*. Ministério Público do Estado de Santa Catarina, Dirceu Demartini Microempresa e Dirceu Damartini. Relator: Ministro Arnaldo Esteves Lima. DJE 28/09/2009.

_____. Supremo Tribunal Federal. Recurso extraordinário. Direito penal. Crime ambiental. Responsabilidade penal da pessoa jurídica. Condicionamento da ação à identificação e à persecução concomitante da pessoa física que não encontra amparo na Consituição da República. *Recurso Extraordinário 548.181 PR*. Ministério Público Federal e Petróleo Brasileiro S/A - Petrobrás. Relator: Ministra Rosa Weber. DJE 30/10/2014 – Ata n.º 160/2014. DJE n.º 213, divulgado em 29/10/2014.

⁶² ROSA, Alexandre Moraes da. *Guia do Processo Penal Conforme a Teoria dos Jogos*. 4. Ed. Florianópolis: Empório do Direito, 2017. p. 301

⁶³ WOJCIECHOWSKI, Paola Bianchi; ROSA, Alexandre Moraes da. *Vieses da Justiça: como as heurísticas e vieses*

operam nas decisões penais e a atuação contraintuitiva. Florianópolis: EModara, 2018. p. 75

⁶⁴ CORDERO, Franco. *Guida alla procedura penale*. Torino: UTET, 1986. p. 51.

_____. Supremo Tribunal Federal. Constitucional. *Habeas corpus*. Princípio constitucional da presunção de inocência (cf, art. 5º, LVII) sentença penal condenatória confirmada por tribunal de segundo grau de jurisdição. Execução provisória. Possibilidade. *Habeas Corpus 126.292 SP*. Marcio Rodrigues Dantas, Maria Claudia de Seixas e relator do HC n.º 313.021 do Superior Tribunal de Justiça. Relator: Ministro Teori Zavascki. DJE 17/05/2016 – Ata n.º 71/2016. DJE n.º 100, divulgado em 16/05/2016.

CALABRICH, Bruno; FISCHER, Douglas; PELELLA, Eduardo. *Garantismo Penal Integral: questões penais e processuais, criminalidade moderna e aplicação do modelo garantista no Brasil*. 3. ed. São Paulo: Editora Atlas, 2015.

CARNELUTTI, Francesco. *As Misérias do Processo Penal*. 3. Ed. Leme: CL EDIJUR, 2015.

CASARA, Rubens R. R. *Processo Penal do Espetáculo: ensaios sobre o poder penal, a dogmática e o autoritarismo na sociedade brasileira*. 1. Ed. Florianópolis: Empório do Direito, 2015.

COELHO, Luiz Fernando. *Direito Constitucional e Filosofia da Constituição*. Curitiba: Juruá, 2014.

CORDERO, Franco. *Guida alla procedura penale*. Torino: UTET, 1986.

_____. *Procedura Penale*. Terza edizione. Milano: Giuffrè, 1995.

COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. *Temas de Direito Penal & Processo Penal (por prefácios selecionados)*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda; PAULA, Leonardo Costa de; SILVEIRA, Marco Aurélio Nunes da (Orgs.) *Mentalidade Inquisitória e Processo Penal no Brasil: diálogos sobre processo penal entre Brasil e Itália*. v. 2. Empório do Direito: Florianópolis, 2017.

CPI sistema carcerário. Brasília: Câmara dos Deputados, Edições Câmara, 2009.

DISSENHA, Rui Carlo. Bem Jurídico Penal Supraindividual e a Obrigatoriedade de Repressão? *Revista Jurídica – UNICURITIBA*, Curitiba, v. 1, n. 30, p. 284-311, 2013.

DISSENHA, Rui Carlo; KAMEL, Antoine Youssef. Entre Beccaria e Torquemada: Teses sobre a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal na Crise Prisional. In: QUADROS, Doacir Gonçalves de;

BAGGIO, Andreza C.; SOUZA, André Peixoto de. (Eds.). *Estado, Poder e Jurisdição – Volume II*. Mauritius: Novas Edições Acadêmicas, 2017.

DWORKIN, Ronald. *O Império do Direito*. 3. Ed. São Paulo: Martins Fontes, 2014.

FERRAJOLI, Luigi. *Direito e Razão: teoria do garantismo penal*. 4. Ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014.

FERRAREZE FILHO, Paulo. *Manual Politicamente Incorreto do Direito no Brasil*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2016.

GUIMARÃES, Isaac Sabbá. *Prisão Preventiva: o STF e a política criminal sobre restrição cautelar de liberdade*. Curitiba: Juruá, 2014.

LOPES JR., Aury; ROSA, Alexandre Moraes da. *Processo Penal no Limite*. 1. Ed. Florianópolis: Empório do Direito, 2015.

MINAGÉ, Thiago M. *Prisões e Medidas Cautelares à Luz da Constituição: o contraditório como significante estruturante do processo penal*. 4. Ed. Florianópolis: Empório do Direito, 2017.

NEWTON, Eduardo Januário. Os desafios da defesa criminal na era midiática. In: GOSTINSKI, Aline; PRAZERES, Deivid Willian dos; MINAGÉ, Thiago (Orgs.). *Tempo de Resistência*. Empório do Direito: Florianópolis, 2017.

PIERANGELI, José Henrique; ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *Manual de Direito Penal Brasileiro*. 6. Ed. v. 1 – Parte Geral. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

POLI, Camilin Marcie de. *Sistemas Processuais Penais*. 1. Ed. Florianópolis: Empório do Direito, 2016.

RAMALHO JUNIOR, Elmir Ducler. *Por uma Teoria do Processo Penal*. 1. Ed. Florianópolis: Empório do Direito, 2015.

ROSA, Alexandre Moraes da. *Guia do Processo Penal Conforme a Teoria dos Jogos*. 4. Ed. Florianópolis: Empório do Direito, 2017.

SÁNCHEZ, Jesús-María Silva. *A Expansão do Direito Penal: aspectos da política criminal nas sociedades pós-industriais*. 3. Ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014.

SANTOS JÚNIOR, Rosivaldo Toscano dos. *Controle Remoto e Decisão Judicial: quando se decide sem decidir*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2014.

SILVEIRA, Marco Aurélio Nunes da. A cultura inquisitória vigente e a origem autoritária do código de processo penal brasileiro. In: COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda; PAULA, Leonardo Costa de; SILVEIRA, Marco Aurélio Nunes da (Orgs.). *Mentalidade Inquisitória e Processo Penal no Brasil: anais do congresso internacional “diálogos sobre processo penal entre Brasil e Itália”*. Volume 1. Empório do Direito: Florianópolis, 2016.

STRECK, Lenio Luiz. *Heróis, soldados, minimalistas ou mudos? São estes os perfis dos juízes?* Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2015-nov-12/senso-incomum-heroi-soldado-minimalista-ou-mudo-sao-perfis-juizes>>. Acesso em: 14 jan. 2018.

_____. *Verdade e Consenso*. 6. Ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

_____. *Dicionário de Hermenêutica: quarenta temas fundamentais da Teoria do Direito à luz da Crítica Hermenêutica do Direito*. Belo Horizonte: Letramento: Casa do Direito, 2017.

WOJCIECHOWSKI, Paola Bianchi; ROSA, Alexandre Moraes da. *Vieses da Justiça: como as heurísticas e vieses operam nas decisões penais e a atuação contraintuitiva*. Florianópolis: EModara, 2018.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *Em busca das penas perdidas: a perda da legitimidade do sistema penal*. Rio de Janeiro: Revan, 1991.

ZAGREBELSKY, Gustavo. *Il Diritto Mite*. Milano: Einaudi, 1992.

Recebido em: 06/07/2018

Aceito em: 11/11/2018