

A ATUAÇÃO DO JUIZ NO PROCESSO PENAL: POR UMA HERMENÊUTICA CONSTITUCIONAL PARA EVITAR A DEGENERAÇÃO DO DIREITO

Américo Bedê Freire Junior

Professor do Programa de Mestrado e Doutorado da Faculdade de Direito de Vitória (FDV/ES). Coordenador do Grupo de Pesquisa Hermenêutica e Jurisdição Constitucional da FDV/ES. Juiz Federal. ORCID: <https://orcid.org/0000-0003-0128-8790>. *E-mail*: bede@jfes.jus.br.

Gustavo Senna

Mestre e Doutorando em Direitos Fundamentais FDV/ES FDV/ES. Professor de Processo Penal da FDV/ES. Professor e coordenador do Curso de Pós-Graduação em Ciências Criminais da FDV/ES. Promotor de Justiça no ES. ORCID: <https://orcid.org/0000-0002-5600-3310>. *E-mail*: gustavosennamiranda@gmail.com.

Resumo: O presente estudo tem o objetivo de analisar a atuação do juiz no processo penal por meio de uma hermenêutica constitucional, de modo a enfrentar a degeneração do direito. Assim, foi trazido à discussão, em um primeiro momento, o sistema de justiça criminal diante de uma sociedade complexa, para em seguida demonstrar que os perigos interpretativos midiáticos e populistas podem acabar levando à degeneração do direito e, por consequência, da democracia. Posteriormente, é feita uma análise da seletividade penal como reflexo de uma ideologia neoliberal. Depois, enfrentou-se a situação do uso retórico da busca por igualdade na aplicação do poder punitivo para ocultar tendências antidemocráticas de ativismo judicial. Por fim, com fundamento na teoria do “direito como integridade”, de Ronald Dworkin, propõe-se uma adequada hermenêutica constitucional na atuação do juiz, com o objetivo de colocar freios no poder punitivo irrazoável e, assim, evitar a erosão do direito.

Palavras-chave: Direito; processual penal. Degeneração do direito. Atuação do juiz. Hermenêutica constitucional.

Sumário: **1** Introdução – **2** O sistema de justiça criminal diante de uma sociedade complexa e de riscos: os perigos interpretativos midiáticos e populistas – **3** A teoria do direito como integridade como um caminho possível para combater a degeneração do direito – **4** Considerações finais – Referências

1 Introdução

Em um mundo que prontamente seria definido como o mais cego dos mundos, a presença de pessoas que ainda insistem na possibilidade de mudança adquire uma importância suprema. (CANETTI *apud* BAUMAN, 2015, p. 98)

A epígrafe que abre o presente ensaio é uma conclamação. Uma conclamação para se insurgir contra o populismo, contra o terror, contra o preconceito, contra o racismo, contra o ódio, contra os inimigos da democracia. Em certos momentos de respiro democrático eles estão à espreita, nas sombras, mas sempre ressurgem, especialmente nos cenários de crise como o que o mundo viveu entre os anos de 2020 e 2021, quando bilhões de pessoas sentiram a angústia de serem destituídas da vida que costumavam levar, da liberdade, de direitos tão caros e fundamentais ao ser humano, tudo por conta da pandemia causada pelo vírus Sars-Cov2.

A humanidade, a exemplo de outras épocas, superará essa triste pandemia. Certamente outros vírus ainda surgirão no futuro. Recordando as palavras proféticas de Camus (2017, p. 286-287), “o bacilo da peste não morre nem desaparece nunca, pode ficar dezenas de anos adormecido nos móveis e nas roupas, espera pacientemente nos quartos, nos porões, nos baús, nos lençóis e na papelada”. A analogia de Camus é perfeita para um outro tipo de vírus que também cobra liberdades, cobra vidas, sendo de igual forma letal, que é o populismo e as tendências autoritárias.

É sabido que nos tempos atuais vivemos em uma sociedade do consumo, complexa e de riscos, que acaba sendo um fator gerador de variados tipos de problemas, que por sua vez provocam reações das mais diversas, com destaque no campo criminal, no qual é notado o florescimento de tendências de um populismo penal¹ desenfreado e irracional, a provocar paulatinamente a degeneração do direito, seja por meio de alterações legislativas, seja por meio de reinterpretações. Essa é a mesma lógica que informava a ideologia nazista, como demonstrou Rùthers (2016), destacando o importante papel que desempenhou a doutrina e a jurisprudência nesse cenário.² Por isso, essas tendências podem e devem ser denunciadas, uma vez que comprometem a democracia e os direitos fundamentais.

¹ Sobre o populismo penal, adota-se no presente artigo a seguinte concepção: “O populismo penal. Expressão introduzida pelo jurista francês Denis Salas e retomada por Eduardo Jorge Prats, utiliza-se do tema segurança, com foco no medo, para obter um consenso popular em torno de propostas legislativas que resultam num direito penal máximo. A consequência é um direito antigarantista e ineficaz para aquilo a que se propõe, sobretudo no que se refere à prevenção” (SALES, 2021, p. 210).

² Eis a explicação: “Se miramos más de cerca todo lo referido a la evolución jurídica bajo el nacionalsocialismo, lo primero que apreciamos es la gran influencia ejercida por la doctrina y la jurisprudencia. Ciertamente, la legislación nacionalsocialista no puede dejarse de lado, en especial con sus numerosas medidas y sus leyes especiales en la materia de derecho penal, política racial o derecho económico y fiscal. Pero en muchos ámbitos esenciales del ordenamiento jurídico el legislador nacionalsocialista mantuvo las normas legales provenientes de la época de Weimar. Tal sucedió especialmente en derecho privado. Los cambios legislativos esenciales se enumeran rápidamente y son la ‘Ley para ordenación del trabajo nacional’, de 1934, y las leyes de matrimonio y testamentos, de 1938. Eso no significa que los gobernantes estuvieran inclinados, respecto a esas leyes mantenidas en vigor, a dejar las cosas como estaban, a aceptar los contenidos jurídicos recibidos. Muy al contrario, el programa que guiaba la política jurídica del nazismo era el de una completa ‘renovación jurídica popular’ basada en la ideología nacionalsocialista” (RÜTHERS, 2016, p. 51).

Não há como ignorar as transformações pelas quais o mundo vem passando de forma cada vez mais veloz. Se de certo modo são inegáveis alguns avanços, lamentavelmente, muitas das promessas sociais previstas na Constituição Federal ainda não são uma realidade nos países periféricos e de modernidade tardia como o Brasil, especialmente para os grupos mais vulneráveis.

E esse cenário provoca em muitos cidadãos um desencanto em relação às instituições, abrindo o caminho para o florescimento de tendências antidemocráticas, de líderes populistas³ que não falam uma linguagem constitucional e humana, o que é cíclico ao longo da história, bastando aqui lembrar a ascensão do nazismo na Alemanha e do fascismo na Itália. É um movimento pendular.

Sim, como nos lembra o personagem Rieux do romance de Camus, apesar de a multidão ignorar essa realidade, é impossível esquecer o que “se pode ver nos livros” (CAMUS, 2017, p. 286), ou seja, que essas tendências erosivas às democracias sempre retornam. Por isso que a conhecida e clássica frase de Bertold Brecht, de que “a cadela do fascismo está sempre no cio”, costuma ser acertadamente invocada, pois se trata de um mal eterno (ECO, 2018), sempre ressurgindo, como lamentavelmente é percebido nos tempos atuais.

Com efeito, na atualidade a democracia vem sofrendo recuos inegáveis, não por meio de golpes ou tomadas a fórceps do poder, que ainda ocorrem, mas são cada vez mais raros, como destacam Levitski e Ziblatt (2018).

Esse cenário, que é conveniente para uma ideologia neoliberal (CASARA, 2021), é ideal também para a degeneração do direito como um todo, com especial destaque para a esfera penal, pois o populismo tende a se valer do poder punitivo para os seus malignos desígnios e assim se perpetuar no poder, transformando o direito penal numa verdadeira “arma infernal”, convertendo o Estado de Direito em um Estado criminal (ZAFFARONI, 2020, p. 13).

É dever de todos que defendem os direitos humanos e a democracia desmascarar e apontar o dedo para essas tendências que provocam a degeneração do direito e, assim, da vida digna. Mas isso não é suficiente pois, se não é possível abolir o direito penal, devemos buscar mecanismos de contenção do poder punitivo. E um dos caminhos passa por uma correta aplicação hermenêutica do direito por parte daqueles que exercem o poder jurídico penal, como os membros do Ministério Público, os advogados e juízes, conforme destaca Zaffaroni:

O poder jurídico que o sistema de justiça criminal possui é o poder de semáforo, ou seja, é poder de contenção; não é poder de exercício

³ “O líder populista, ou quem deseja sê-lo, toma por largada, premissa de ação política, personificação da soberania, ao menos parte dela, o que significa que precisa mobilizar o ódio para aniquilar, ‘purificar’ a sociedade, combater todos aqueles que, em sua estreita ótica, não deveriam fazer parte do povo, do ‘seu povo’” (PIRES, 2021, p. 72).

de poder punitivo. Vamos ser muito claros: se o direito penal é útil para alguma coisa, é para programas de contenção e redução do poder punitivo. Não nos dediquemos a legitimar algo que não exercitamos, dediquemo-nos a legitimar o que exercitamos. Isto é indispensável para a manutenção do Estado de direito, pois sem lei penal o Estado de direito desaparece, não porque o poder punitivo desaparece, mas porque o poder punitivo é exercido sem limite. Este é simplesmente o caso. (ZAFFARONI; BAILONE, 2020, p. 43-44)

Dentre esses sujeitos que exercem o poder jurídico destaca-se o Poder Judiciário, que tem a elevada missão de ser o guardião das promessas constitucionais (GARAPON, 2001). Porém, para tanto, não basta o argumento retórico de que se adota um modelo de sistema acusatório, pois é fundamental compreender se a prática judicial, isto é, o comportamento e as decisões dos juízes ao longo do processo, ocorrem por meio de uma hermenêutica que fale uma linguagem realmente constitucional e de contenção do poder punitivo, especialmente diante de uma sociedade complexa e de riscos, como a atual.

Esse é o objetivo do presente ensaio. Assim, num primeiro momento, faremos uma incursão no sistema de justiça criminal diante de uma sociedade complexa e de riscos, bem como os perigos interpretativos midiáticos e populistas em relação ao enfrentamento tanto da criminalidade tradicional (crimes dolosos contra a vida, contra o patrimônio etc.), como também dos denominados crimes de colarinho branco (SUTHERLAND, 2015).

Num segundo momento, busca-se demonstrar que a teoria do direito como integridade, de Ronald Dworkin, pode ser um caminho para uma adequada hermenêutica da atuação judicial, de modo a frear o poder punitivo irracional e, assim, evitar a degeneração do direito, na busca de um direito penal mais humano.

2 O sistema de justiça criminal diante de uma sociedade complexa e de riscos: os perigos interpretativos midiáticos e populistas – A degeneração do direito

É corrente na doutrina o entendimento de que o direito penal possui algumas missões, sendo uma das principais a proteção de bens jurídicos penalmente tutelados em razão de ataques intoleráveis,⁴ que não podem ser tutelados por

⁴ Não desconhecemos os questionamentos que gravitam na atualidade sobre a questão da missão de proteção de bens jurídicos pelo direito penal, que vive uma crise acentuada, conforme destaca, dentre

outros ramos do direito. Contudo, é preciso repensar essa ideia, pois pode levar a tendências messiânicas do direito penal, que é marcadamente sancionador e não constitutivo, já que ele não cria bens jurídicos, mas apenas recebe aqueles que já são tutelados pelo direito.

Essa compreensão é fundamental para afastar tendências populistas de utilização indevida do direito penal para missões que não esteja vocacionado, o que na atualidade vem provocando a sua expansão irrazoável. Claro que essa afirmação não quer significar uma desconsideração da tutela de certos bens jurídicos pelo direito, pois apenas quer chamar a atenção a respeito da crença de que o direito penal é a panaceia para todos os males da sociedade, o que não passa de uma venda de ilusão, típica de um populismo penal.

Com efeito, mesmo diante dos problemas típicos da sociedade pós-industrial, não deve ser esquecido que o direito penal é considerado o mais grave sistema de controle formal por parte do Estado. Logo, até mesmo nesses casos deve ser a *ultima ratio*, reconhecendo os seus limites. E isso, é bom dizer, não quer significar que para algumas situações não seja legítimo, como nos casos de corrupção e crimes ambientais, só para citar dois casos para os quais existem mandados constitucionais expressos de criminalização (CF, arts. 37, §4º e 225, §3º).

É claro que o que foi afirmado não significa uma adesão acrítica a um expansionismo irrazoável do direito penal e sua anarquia legislativa que precisa ser controlada por aqueles que exercem o poder jurídico. Basta citar o exemplo da elevação abusiva de condutas de natureza meramente administrativa à categoria de crimes,⁵ o que acaba proporcionando a antecipação da punição.

E isso, de modo algum, quer significar um desrespeito às leis. Contudo, nunca deve ser esquecido que o direito penal, pouco importa o tipo de crime, deve prestar vassalagem à Constituição, bem como de que não pode ser utilizado de modo puramente simbólico,⁶ com o objetivo ilegítimo de acalmar, ainda que momentaneamente, a insegurança e os medos da população, muito por conta de uma criminologia

outros, Sánchez (2011a, p. 476). Contudo, ainda predomina a ideia de legitimidade do direito penal para proteção de bens jurídicos dignos de tutela (BUSATO (2013, p. 15).

⁵ Fenômeno que é conhecido como “administrativização do direito penal”. Assim, “o Direito Penal, que reagia a *posteriori* contra um fato lesivo individualmente delimitado (quanto ao sujeito ativo e ao passivo), se converte em um direito de gestão (punitiva) de riscos gerais e, nessa medida, está ‘administrativizado’” (SILVA SÁNCHEZ, 2011b, p. 148). Trata-se, segundo Hassemer, de uma característica do que ele denomina de “direito penal moderno”. Segundo o referido autor “o Direito Penal, a partir de agora, não quer mais ser uma resposta adequada a um injusto pretérito e sim instrumento para controlar o futuro. As estruturas de pensamento e atuação do Direito penal abandonam um padrão normativo para assumirem qualidades empíricas” (HASSEMER, 2008, p. 255), convertendo o Direito penal, de *ultima ratio*, converte-se em *prima* ou *sola ratio*.

⁶ Por Direito penal simbólico são fundamentais as observações de Hassemer (2008, p. 221), para o qual “‘simbólico’, em sua compreensão crítica, consiste no atributo que uma norma penal apresenta, segundo o qual as funções latentes da norma suplantam suas funções manifestas, de maneira a gerar a expectativa de que o emprego e o efeito da norma concretizarão uma situação diversa da anunciada pela própria norma”.

midiática perversa que, com sua necrofilia e todo seu vocabulário bélico, assume, na aguda crítica de Eugenio (ZAFFARONI; BAILONE, 2020, p. 91), o discurso dos leucócitos sociais:

A criminologia midiática assume o discurso dos leucócitos sociais. A metáfora biológica é geralmente expressa na comunicação social, embora em tempos recentes se saiba que ela não é de bom tom, mas sim de positivismo e mesmo antes disso a linguagem da higiene social é bem expressa. A metáfora escatológica é muito gráfica, ela é para a criminologia da mídia as fezes do corpo social. Continuando o raciocínio que normalmente é interrompido aqui, parece que este produto normal do descarte deve ser canalizado por meio de um esgoto, que seria o sistema penal. Para essa criminologia, nossa função seria a de limpadores de fezes, e o Código Penal seria um regulamento para drenos de esgoto. Políticos, juízes, magistrados, promotores, professores, criminologistas, todos nós poderíamos tirar os uniformes e as vestes e imaginar o traje que essa criminologia que nos assusta pretende vestir.

Não há como deixar de aderir a essa crítica. É necessário, porém, deixar claro que não compartilhamos com a postura típica de um discurso de resistência, como o que é feito por alguns autores que rechaçam a legitimidade do direito penal em relação aos crimes de natureza difusa, como faz Hassemer (2008) ao inserir esses delitos dentro da categoria de “direito penal moderno”, entendendo que seriam melhor disciplinados dentro do que ele denomina “direito de intervenção” (HASSEMER, 2008, p. 261-262). Não negamos a importância do pensamento desse autor para evitar a erosão do direito penal. Contudo, a sua proposta não é imune a críticas, pois acaba transferindo para fora do sistema penal questões da sociedade moderna, porém, sem a incidência de todas as suas garantias e princípios informadores.

Evidente que quando é defendida a legitimidade do direito penal não significa adesão à ideia de que ele seria a panaceia para resolver todos os males da sociedade, principalmente porque “La solución de los problemas sociales no puede servir de apoyo para utilizar el Derecho penal como arma principal” (DONINI, 2010, p. 402). Também, é importante destacar, não é nossa pretensão afirmar que o direito penal teria a missão de erradicar o crime, o que seria uma aspiração ingênua e impossível, crença, aliás, que pode levar à idolatria do terror, como bem apontado já no século XIX por Carrara (1945, p. 14):

La loca idea de que la medicina debe extirpar todos los morbos conduciría a la ciencia salutífera al empirismo, induciendo al Pueblo a tener fe en los curanderos. La loca idea de que el Derecho deba

extirpar los delitos de la tierra conduce en la Ciencia penal a la del terror y al Pueblo, a la fe en verdugo, que es el verdadero curandeiro del Derecho penal.

Seguindo. Uma fala recorrente que é notada em diversos autores é que o modelo atual do sistema de justiça criminal vem passando por uma profunda crise. É preciso repensar essa afirmação que virou lugar comum. Dizer que o sistema criminal está em crise não passa de sofisma, de uma retórica manipuladora que acaba por encobrir a verdade, que é o fato de que o sistema de justiça criminal brasileiro, em larga escala, é perverso, seletivo e antidemocrático, servindo como forma de manutenção de poder das classes dominantes dentro de uma ideologia neoliberal.

Sendo assim, é preciso chamar as coisas por seu verdadeiro nome. E uma “crise” não pode ser denominada com esse nome se os seus problemas são históricos e permanentes, como infelizmente ocorre com o sistema de justiça criminal brasileiro, sendo perfeitamente adequada para a nossa realidade a seguinte percepção de Anitua (2018, p. 114):

Em todo caso, uma referência comum dessa percebida crise termina em um juízo sobre uma ineficácia, que pode orientar soluções que não façam senão aumentar os problemas prévios. Acredito que muitos desses aspectos são símbolos de mudança. É isso, e não outra coisa, o que significa a palavra ‘crise’. As mudanças, o seu existir, poderiam ser (sem necessidade nem determinismo algum) para melhorar ou piorar. Que tudo possa seguir igual, acende-se os alarmes de alerta.

Ainda assim, essa percepção não pode levar a uma postura de fatalismo, de que não há nada a fazer diante do inquestionável fracasso do direito penal. Valendo-se da metáfora de Zaffaroni (2020, p. 69): “O uso da ferramenta não deve se confundir com a sua natureza: amassar o dedo com um martelo não prova, de modo algum, a inutilidade do martelo”. Logo, é preciso encontrar caminhos democráticos na busca de um direito penal mais humano, que inclui, dentre outras frentes, permanentes alterações legislativas⁷ e mudança de comportamento daqueles que exercem o poder jurídico, inclusive abrindo seus olhos para a perversa realidade.

⁷ “Contudo uma crise permanente e persistente dificilmente pode reputar-se como tal. É por isso que podem albergar sérias dúvidas sobre a existência de uma tal crise no sistema de justiça penal. Se ela existisse poderia indicar algumas pautas para posterior modificações da justiça penal, tão mais profundas quanto seja a crise. Mas ainda não o é, essa persistência não deve fazer com que se desista da sua tentativa de melhora, pois se confirmou com razão que ‘a reforma da justiça penal é uma tarefa permanente, quase uma atitude frente ao sistema penal’, como afirma BINDER” (ANITUA, 2018, p. 114).

2.1 Abrindo os olhos para enxergar a inegável seletividade penal como reflexo de uma ideologia populista e neoliberal

O triunfo da democracia moderna no Ocidente coincidiu com o período da sua história durante o qual essa região do mundo esteve implicada em um duplo movimento de consolidação interna e de expansão ultramarina. A história da democracia moderna é, no fundo, uma história de duas faces, ou melhor, de dois corpos: o corpo solar, de um lado, e o *corpo noturno*, de outro. O império colonial e o Estado escravagista – e, mais precisamente, a *plantation* e a colônia penal – constituem os maiores emblemas do corpo noturno. (MBEMBE, 2020, p. 46)

Muito embora a Constituição tenha adotado o modelo de um Estado Democrático de Direito (art. 1º, *caput*), consagrando diversos princípios garantistas que devem ser respeitados pelo poder punitivo estatal, infelizmente o que se vê no cotidiano do sistema de justiça criminal são tendências populistas informadas por uma racionalidade neoliberal apoiada por uma direita extrema, que acabam desaguando na camada mais vulnerável da população, especialmente de cor preta e parda, com reflexos evidentes no crescimento da população carcerária.⁸

Não se nega aqui o problema da violência, que no Brasil, como é notório, atinge números ainda alarmantes. Contudo, isso não pode levar à conclusão mecânica e acrítica de que o direito penal é o único caminho, apesar de necessário. Com efeito, não é difícil perceber que o melhor caminho para prevenir a criminalidade são as políticas públicas por parte do Estado, especialmente em um país como o Brasil, onde a racionalidade neoliberal faz com que “a desigualdade seja naturalizada e a responsabilidade pela pobreza acabe atribuída ao pobre” (CASARA, 2021, p. 304).

Antes de prosseguir sobre a questão da desigualdade no sistema de justiça criminal faz-se necessário esclarecer a nossa concepção de neoliberalismo. Não obstante o sentido polissêmico da palavra, adota-se no presente estudo o pensamento de Dardot e Laval (2016, p. 17):

⁸ Dados divulgados pelo *Monitor da Violência* (análise que se deu com parceria entre o *site G1*, o Fórum Brasileiro de Segurança Pública e o Núcleo de Estudos da Violência da Universidade de São Paulo) indicam o número de pessoas presas – em regime fechado ou semiaberto – caiu no ano de 2020, passando dos 709,2 mil (relativo ao ano de 2019) para 682,2 mil (BRASIL. Conselho Nacional de Justiça (CNJ). “Novos dados do sistema prisional reforçam políticas judiciais do CNJ”. 20 maio 2021. Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/novos-dados-do-sistema-prisional-reforcam-politicas-judiciarias-do-cnj/>. Acesso em: 13 abr. 2022). Referido número é ainda extremamente elevado, devendo também ser destacado que não considera os presos em regime aberto e os que estão em carceragens de delegacias da polícia civil dos estados, destacando o mesmo estudo que se forem contabilizados esses presos o número chega a quase 750 mil no país.

A tese defendida por esta obra é precisamente que o neoliberalismo, antes de ser uma ideologia ou uma política econômica, é em primeiro lugar e fundamentalmente uma *racionalidade* e, como tal, tende a estruturar e organizar não apenas a ação dos governantes, mas até a própria conduta dos governados. A *racionalidade* neoliberal tem como característica principal a generalização da concorrência como norma de conduta e da empresa como modelo de subjetivação. O termo racionalidade não é empregado aqui como um eufemismo que nos permite evitar a palavra ‘capitalismo’. O neoliberalismo é a *razão do capitalismo contemporâneo*, de um capitalismo desimpedido de suas referências arcaizantes e plenamente assumido como construção histórica e normal geral da vida. O neoliberalismo pode ser definido como o conjunto de discursos, práticas e dispositivos que determinam um novo modo de governo dos homens segundo o princípio universal da concorrência.

Seguindo com a questão da seletividade penal, a desigualdade é ainda mais gritante quando é observado o perfil da população carcerária. Conforme dados divulgados pelo Departamento Penitenciário Nacional,⁹ 44,79% dos presos é formada por jovens entre 18 e 29 anos, 66,31% é de negros ou pardos (atualizado até junho de 2020), sem desconsiderar que quase 90% da população carcerária não tem a educação básica completa.

Os dados, lamentavelmente, revelam fortes indicativos de um “racismo estrutural” (ALMEIDA, 2020) no sistema de justiça criminal brasileiro. Daí porque, como destaca Borges (2020, p. 89): “É preciso pensar, portanto, o sistema de justiça criminal como esse reordenamento sistêmico pela manutenção desse sistema racial de castas”.¹⁰ Assim, a conclusão inexorável, diferentemente do que é propalado pelo populismo penal¹¹ midiático, é que se pune muito no Brasil, havendo inequívocos indicativos de excesso de direito penal para os excluídos, como se vivêssemos uma distopia de uma guerra civil contínua.

É preciso jogar luz do sol nessa afirmação. É difícil entender os motivos que impedem a percepção dessa seletividade penal endêmica que massacra a

⁹ BRASIL. Ministério da Justiça e Segurança Pública. Departamento Penitenciário Nacional. *Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias*. Disponível em: <https://www.gov.br/depen/pt-br/sisdepen/sisdepen>. Acesso em: 13 abr. 2022.

¹⁰ É claro que esse não é um problema exclusivamente brasileiro, pois é observado em outros países, sendo emblemático os Estados Unidos: “Mais de 50% dos dois milhões e meio de presos nos Estados Unidos são afro-americanos, o que indica uma enorme super-representação da população carcerária. O resto eu não sei, mas presumo que eles devem ser em grande parte latinos” (ZAFFARONI; BAILONE, 2020, p. 22).

¹¹ “El populismo penal es una actitud radicalmente pragmática ante los problemas político-criminales, a los que concibe como fáciles de resolver, mediante una rígida voluntad” (ELBERT, 2009, p. 34).

população mais vulnerável, retirando-lhe, em muitos casos, o desejo de viver e de considerar a si mesmo como agente moral. Valendo-se de uma metáfora, poder-se-ia dizer que há uma espécie de cegueira que acaba fazendo com que algumas pessoas percam a capacidade de reparar e escutar esses males, não escutando, dessa forma, Saramago (1995), quando diz na epígrafe do seu magnífico romance: “Se podes olhar, vê. Se poder ver, repara”.

Com efeito, não há como negar a existência de um punitivismo irrazoável e sem limites em muitos casos do triste cotidiano do sistema de justiça criminal, no qual campeia o desrespeito de regras e princípios fundamentais para a contenção do poder punitivo em relação à parcela menos favorecida da sociedade, vítima de uma espécie de fascismo midiático.¹² Nessa realidade distópica é como se houvesse dois Estados de Direito: um dos incluídos, que são a minoria; outro dos excluídos, pela raça e pela classe social, a grande maioria.

Adaptando o pensamento de Mbembe (2020, p. 38), é como se vivêssemos em uma democracia dividida em duas ordens: a dos semelhantes, regida pela lei da igualdade, que aqui na nossa terra poderia ser lida também como “nós”; e a dos dissemelhantes, que não possuem o direito de ter direitos, regidos pela lei da desigualdade, os “eles”. Degenera-se não apenas a democracia, mas também, o direito, que deve e precisa ser preservado, pois “preservar o direito, encará-lo como um produto democrático pelo qual todos temos de zelar, é preservar, sempre, a democracia de si mesma” (ABBOUD, 2021, p. 36).

Essa racionalidade neoliberal contamina o poder jurídico. Com efeito, infelizmente, é visível uma espécie de inversão do discurso garantista, com prisões provisórias arbitrárias e por prazos irrazoáveis, espetacularização de buscas e apreensões, invasões de domicílios por policiais sem autorização judicial, processos criminais instaurados por bagatelas, falta de racionalidade na análise dos meios probatórios, esfumaçamento das formas com fundamento no discurso do “eficientismo”, demonização do *habeas corpus*, condenações com base em subjetivismos e voluntarismos etc.

Para ilustrar, citemos a situação do reconhecimento por meio fotográfico em sede policial, que é uma prática corriqueira. É sabido que a forma de reconhecimento que tem previsão expressa no sistema brasileiro é o pessoal (arts. 226 a 228 do Código de Processo Penal – CPP). Porém, o reconhecimento fotográfico

¹² “Para criar essa realidade, a mídia monopólica explora e aprofunda os piores preconceitos, reafirma estereótipos racistas, sexistas, étnicos, classistas etc., o que debilita o sentimento de comunidade através de uma espécie de fascismo midiático (nas palavras de Souza Santos). Em geral estimula a violência sob pretexto de combatê-la, promove a vingança, aprofunda os preconceitos e cria estereótipos e ‘bodes expiatórios’ por meio de uma cultura da imagem que neutraliza o pensamento abstrato. A mídia monopólica do mundo atual não inova em nada no que se refere à estratégia em relação à tática *völkisch* de entreguerras, somente agrega maior tecnológica” (ZAFFARONI, 2020, p. 21).

desde sempre vem sendo admitido pelos tribunais ao argumento que o Código não possui um rol fechado, cabendo, além dos meios de provas típicos (provas nominadas), os meios de provas atípicos (provas inominadas). Assim, bastaria aplicar, por analogia, o procedimento previsto para o reconhecimento pessoal.

Nessa linha, o caminho foi aberto para o já famoso “álbum de fotografias” (modernamente as imagens de computador) de pessoas que já passaram por investigações. Não bastasse a fragilidade desse “meio” de prova – que olvida o fato de que o reconhecimento pessoal, por si, já é um meio bem precário em vista de seu inegável sugestionamento –, desconsidera o procedimento previsto em lei, entendendo os tribunais – e boa parte da doutrina – que se trata de uma mera irregularidade. Consagra-se a máxima de que na busca incessante da “verdade real” o céu é o limite, quando o correto, na perspectiva dos direitos fundamentais do imputado, seria dizer que o inferno não tem limite.¹³

Daí porque não há como concordar com a utilização reinante do denominado reconhecimento fotográfico, que foi acriticamente normalizado, convertendo-se numa usina de injustiças, permitindo, não raramente, prisões provisórias e condenações fundamentadas nessa prática, além de também consagrar posturas indicativas de que o crime tem cor, ou seja, de um vergonhoso racismo estrutural.

Uma outra questão que desperta perplexidade, mas que lamentavelmente ainda ocorre no sistema de justiça criminal, é a instauração de investigações e processos criminais por crimes insignificantes. Um dos episódios recentes diz respeito a uma condenação pelas instâncias ordinárias do poder judiciário do estado de Minas Gerais, pelo furto de dois filés de frango empanados, cujo valor total soma R\$4,00 (quatro reais). Ao julgar o caso (RHC 126.272), a Sexta Turma do STJ, por unanimidade, aplicou o princípio da insignificância para trancar o processo.

¹³ Por isso, é digna de elogios a recente decisão proferida pela Sexta Turma do STJ, no *Habeas Corpus* nº 598.886 – SC (2020/0179682-3), que teve como relator o Min. Rogério Schietti, fazendo valer o importante papel contramajoritário dos direitos fundamentais. No voto o relator propôs algumas diretrizes. Pela importância, vale a transcrição: “1) O reconhecimento de pessoas deve observar o procedimento previsto no art. 226 do Código de Processo Penal, cujas formalidades constituem garantia mínima para quem se encontra na condição de suspeito da prática de um crime; 2) À vista dos efeitos e dos riscos de um reconhecimento falho, a inobservância do procedimento descrito na referida norma processual torna inválido o reconhecimento da pessoa suspeita e não poderá servir de lastro a eventual condenação, mesmo se confirmado o reconhecimento em juízo; 3) Pode o magistrado realizar, em juízo, o ato de reconhecimento formal, desde que observado o devido procedimento probatório, bem como pode ele se convencer da autoria delitiva a partir do exame de outras provas que não guardem relação de causa e efeito com o ato viciado de reconhecimento; 4) O reconhecimento do suspeito por mera exibição de fotografia(s) ao reconhecedor, a par de dever seguir o mesmo procedimento do reconhecimento pessoal, há de ser visto como etapa antecedente a eventual reconhecimento pessoal e, portanto, não pode servir como prova em ação penal, ainda que confirmado em juízo” (BRASIL. Superior Tribunal de Justiça – STJ. Disponível em: <https://www.stj.jus.br/sites/portalp/SiteAssets/documentos/noticias/27102020%20HC598886-SC.pdf>. Acesso: em 18 abr. 2022).

Na sessão virtual do referido julgamento o ministro Sebastião Reis Júnior fez o seguinte desabafo:

Dizer que essa política que estamos adotando diminui a criminalidade é brincadeira. Dizer que comportamento de nós todos – esses atores do processo – está diminuindo a criminalidade é brincadeira. Estamos num caminho completamente equivocado e completamente errado. E esse caso é a prova viva disso. Onde já se viu o STJ perder tempo para julgar um Habeas Corpus para trancar uma ação onde valor do furto foi de R\$ 4? Quanto que se gastou com esse processo?¹⁴

Não obstante os ministros estarem cobertos de razão nas suas críticas, é possível ir além. Poderíamos indagar, por exemplo, quantas vidas são perdidas, destroçadas ou anuladas com essa prática; qual tipo de racionalidade gravita em torno do comportamento de muitos que exercem o poder jurídico; o porquê de não conseguirmos adotar um sistema de justiça criminal mais humano, de modo a frear a irracionalidade do poder punitivo?

Uma última situação que merece atenção é a banalização das prisões provisórias. Aqui as distorções são gritantes, com prisões arbitrárias, abusivas e excessivas. E há quem diga, sem o mínimo pudor, sem ficar ruborizado, que pouco se prende no Brasil. Insensíveis ao sofrimento alheio parecem acometidos por uma espécie de cegueira ética e moral, tal como “cegos que vêem, cegos que, vendo, não vêem” (SARAMAGO, 1995, p. 310).

Ora, é inquestionável que há um excesso do poder punitivo em relação às prisões provisórias, que ainda são banalizadas.¹⁵ E essa banalização das prisões provisórias vem ocorrendo até mesmo depois do advento de reformas pontuais, como a de 2011, que ampliou o leque de medidas cautelares diversas das prisões provisórias (art. 319 do CPP, com redação determinada pela Lei nº 12.403/2011), e a de 2019, que tornou ainda mais claro o comando da Constituição Federal de necessidade de fundamentação das decisões judiciais (especialmente o §1º do art. 315 do CPP, com redação determinada pela Lei nº 13.964/2019).

¹⁴ BRASIL. Conjur. “Positivismo desenfreado: STJ aplica insignificância a réu que furtou R\$4 em comida e faz apelo jurisprudencial”. 1º jun. 2021 (disponível em: <https://www.conjur.com.br/2021-jun-01/stj-aplica-insignificancia-furto-comida-faz-apelo>). Acesso em: 16 abr. 2022).

¹⁵ Pode ser verificado pelo Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias, relativo ao período de janeiro a junho de 2020, que o percentual de presos provisórios gravita em torno de 30% (BRASIL. Ministério da Justiça e Segurança Pública. Departamento Penitenciário Nacional. *Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias*. Disponível em: <https://www.gov.br/depen/pt-br/sisdepen>. Acesso em: 16 abr. 2022), variando de estado para estado, o que ainda é um percentual elevado em se considerando o princípio da presunção de inocência.

A maneira como muitos juízes interpretam a lei nesses exemplos que foram trazidos à baila é um misto de positivismo legalista e jusnaturalismo, em alguns casos vestindo um traje aparentemente de gala, que recebe o nome de “neoconstitucionalismo”. Como verdadeiros “juízes acrobatas”,¹⁶ ora atacam o positivismo e desprezam leis regularmente votadas pelo parlamento, ora dizem que há uma lacuna, que pode ser preenchida por meio da discricionariedade, do nefasto ativismo judicial. Há um verdadeiro sequestro ideológico do direito, pervertendo a ordem jurídica.

Prosseguindo, em relação à criminalidade do andar de baixo, lamentavelmente é notado uma quase invisibilidade de muitos suspeitos e acusados criminalmente. Realmente, o tratamento como dissemelhantes é uma constante, pois são regidos pela lei da desigualdade, como se não possuíssem o direito de ter direitos.

Claro que o direito penal deve ser o direito penal do fato, e não do autor, do indivíduo pelo que ele é, por sua classe e sua cor, como infelizmente é observado em diversas situações do cotidiano da justiça criminal. Mas isso não quer significar que não seja fundamental compreender que os investigados e acusados no sistema de justiça criminal não podem ser vistos como mero objeto.

Da mesma forma que se repudia a degeneração do direito em relação à criminalidade do andar de baixo, também deve ser repudiada a degeneração do direito no enfrentamento da criminalidade dourada (de colarinho branco). É também preciso jogar luzes nesse problema, que é o objeto do próximo ponto.

2.2 O uso retórico do discurso do combate à impunidade e da busca por igualdade na aplicação do poder punitivo: ocultando tendências antidemocráticas de discricionariedade e ativismo judicial

Como foi demonstrado, é curial que as garras do poder punitivo não possuem o mesmo nível de eficiência em relação à criminalidade de poder, do andar de cima, ainda que casos recentes, como a criticada operação “Lava Jato”, apoiada pela criminologia midiática, tentem vender a ilusão de que o sistema de justiça criminal não é mais seletivo, o que não passa de uma falácia argumentativa, que tem o objetivo de enviar para as massas a ilusória mensagem de que o poder punitivo também atinge os poderosos com a mesma eficácia¹⁷ e, desse modo, justificar eventual tendência de um punitivismo irrazoável e sem limites.

¹⁶ A expressão foi cunhada por Rütters (2018, p. 19).

¹⁷ Como observa Zaffaroni (2012, p. 421), “a criminologia midiática o exhibe como a cara negativa do self man, pretendendo fazer-nos crer que a sociedade é igualitária e a mobilidade vertical ilimitada: assim como

Realmente, não há como negar que a punição não parece atingir o andar de cima com a mesma eficácia do andar de baixo, havendo uma inquestionável seletividade a atingir mais fortemente a classe baixa,¹⁸ os dissemelhantes, bastando observar os dados estatísticos relacionados à condenação dos agentes responsáveis pela denominada “criminalidade dourada”.¹⁹ Desse modo, inexorável concluir que há um excesso de direito penal para os pobres e uma falta de direito penal para os poderosos (ELBERT; BALCARCE, 2009, p. 95-96).

Não bastasse a desigualdade do direito penal material, com penas desproporcionais para os que cometem delitos patrimoniais quando comparados com as penas previstas para os crimes cometidos contra a administração pública em geral (os delitos de corrupção pública em suas diversas formas), há também, de certo modo, uma desigualdade do ponto de vista processual. Realmente, ao lançar um olhar crítico para o sistema é fácil notar a existência de regras que acabam funcionando como verdadeiras zonas de imunização da criminalidade dita de poder.

É preciso, porém, que o poder jurídico também contenha eventual excesso do poder punitivo em relação à criminalidade dourada. Não cabem aqui argumentos retóricos repetitivos que já viraram lugar comum, como o “combate à impunidade” e o “combate à corrupção”, que se converteram, em muitos casos, em discursos político-populistas, em cruzadas moralistas da racionalidade neoliberal que, além de provocarem a degeneração do direito, encobrem as verdadeiras mazelas da sociedade.²⁰

Ora, é inquestionável o elevado grau de dano provocado por alguns tipos de ilícitos da denominada criminalidade dourada, bastando lembrar, apenas a título de exemplo, os ilícitos de corrupção pública e privada. Não resta dúvida de que tais ilícitos atingem, em boa medida, interesses difusos, com efeitos deletérios para os objetivos estratégicos do Estado, merecendo, assim, eficaz punição quando falham os mecanismos de prevenção.

Mas é evidente que essa punição não desconsidera a necessidade de que venha a ser feita de conformidade com as regras e princípios inerentes ao devido

o engraxate pode chegar à gerente de banco, o poderoso pode acabar no cárcere. Como é óbvio, trata-se sobretudo de casos publicitários plurifuncionais”.

¹⁸ Sobre a distinção entre o direito penal da classe baixa e o direito penal da classe alta, conferir: SCHÜNEMANN, 2009, p. 13-40.

¹⁹ A expressão remete a Versele, que fala sobre as cifras douradas da criminalidade, que se refere aos delitos não tratados no sistema penal relativo aos indivíduos que dispõem de poder político e econômico (VERSELE, 1978, p. 21).

²⁰ O que não passou despercebido pela visão crítica de Souza (2015, p. 156), quando assevera que “com isso criam-se falsos problemas e prioridades, como cruzadas moralistas contra a corrupção que passam a ocupar o lugar da atenção às questões básicas de distribuição desigual em todas as dimensões. A realidade social não é visível nem compreensível a olho nu. Pode-se ver a pobreza e a miséria de muitos e desconhecer as causas que produzem esse estado”.

processo legal, uma vez que a punição não pode e não deve ser buscada a qualquer custo. Nessa linha, são oportunas as palavras Martins (2013, p. 105), ao observar que

é falsa a ideia de que o Estado de direito seja salvo por cada vez que o sistema penal pune um poderoso ou um convicto corrupto; por mais que custe à chamada ‘opinião’, o Estado de direito só é salvo de cada vez que um poderoso ou um convicto corrupto são punidos no decurso de um devido processo legal; o contrário disto é populismo puro.

Não obstante, em diversas situações relacionadas ao enfrentamento desse tipo de criminalidade o que se vê são tendências populistas e midiáticas por certa parcela daqueles que exercem o poder jurídico. Na busca de um *bode expiatório*, do inimigo, manipula-se o discurso e subverte-se a hermenêutica, com interpretações dos textos jurídicos divorciadas da Constituição Federal, o que é uma postura ilegítima,²¹ que acaba por degenerar o direito.

E o exemplo da corrupção é emblemático. Claro que a corrupção é um grave e abominável delito que merece ser enfrentado. Porém, é inquestionável que o seu sentido vem sendo manipulado retoricamente e seus perigos foram maximizados para atender a uma racionalidade neoliberal e a um populismo penal midiático. São aqui pertinentes as ponderações de Zaffaroni (2020, p. 44): “Conforme a cultura de cada tempo, o poder inventou perigos inexistentes ou superdimensionados ou existentes até transformá-los em um mal cósmico que colocava em perigo toda a humanidade”.

Infelizmente, é o que vem ocorrendo em terras brasileiras, pois os *slogans* “combate à corrupção” e “combate à impunidade” transformaram-se em verdadeiros “cavalos de Troia” para invadir o Estado Democrático e, assim, degenerar o direito. Realmente, é sintomático que com esse “escudo” muitos que exercem parcela do poder jurídico, apoiados pela criminologia midiática, justificam a discricionariedade e o ativismo judicial, posturas ideológicas que até podem ter boas intenções, mas que representam um perigo para a democracia e para o direito. E, nesse ponto, nunca é demais lembrar a pergunta já clássica de Marques Neto (2016): “Quem nos protegerá da bondade dos bons?”.

²¹ De certo modo essa fabricação de um inimigo é conveniente para a racionalidade neoliberal, servindo aos seus interesses econômicos, como bem observa Casara quando invoca o pensamento de Michel Onfray e o que ele chamou de “Teoria da Ditadura” de George Orwell, sustentando que: “(...) para a tirania existir, é necessário um inimigo, um adversário. Pouco importa quem ele seja (...). O que importa é dispor de um bode expiatório capaz de concentrar sobre ele a raiva, o ressentimento e as paixões tristes” (*apud* CASSARA, 2021, p. 241).

Assim, a exemplo da criminalidade tradicional, na criminalidade dourada, em muitas situações, campeiam tendências punitivistas, quase sempre informadas por um decisionismo judicial que parece não encontrar limites nem mesmo na Constituição Federal. Na lógica do combate à corrupção e à impunidade adota-se a tática da guerra, uma guerra judicial (*lawfare*²²) na qual tudo vale, com magistrados muitas vezes se convertendo em acusadores sistemáticos e cegos na sua cruzada moralista do bem contra o mal.

A adoção de uma atuação discricionária e ativista por parte de parcela do Poder Judiciário é visível, é de uma clareza solar. E não raramente valem-se de sofismas e maquiagens argumentativas para tentar ocultar a perversa face do populismo penal. Abusa-se do poder “criativo” do direito ou de uma “reinterpretação” do texto jurídico, inclusive constitucional. A atuação judicial acaba descambando para o puro subjetivismo, do “decido conforme a minha consciência”, para assim “contribuir” com os avanços sociais.

Nessa toada punitivista multiplicam-se casos de discricionariedade e ativismo judicial desenfreado em todas as instâncias, inclusive no Supremo Tribunal Federal. Para ilustrar, citamos dois casos recentes e emblemáticos dignos de registro: i) o Inquérito 4.781,²³ Distrito Federal, conhecido como o “Inquérito das Fake News”, que tem como relator o Ministro Alexandre de Moraes; ii) a Questão de Ordem na Ação Penal 937, Rio de Janeiro (relator Ministro Luís Roberto Barroso), na qual o Plenário do Supremo Tribunal Federal, reinterpreta a Constituição Federal, restringiu a incidência do foro por prerrogativa de função, aplicando-o apenas aos crimes cometidos durante o exercício do cargo e relacionados às funções desempenhadas.

²² Conforme observa Costa (2020, posições 1497 e 1504), “trata-se de um conceito militar como grande parte da terminologia que usamos na Ciência Política contemporânea. Quem primeiro cunhou a expressão foi um general dos Estados Unidos que, num texto do limiar do século 21, tratou do fato de, em algumas circunstâncias, o direito à legalidade ser utilizado em substituição a meios militares, para obtenção de resultados operacionais objetivos atinentes à guerra”. Mais adiante, observando o fenômeno nos tempos atuais, destaca: “Contemporaneamente, o *Lawfare* é exercido de duas formas principais. A primeira forma de exercício do *Lawfare* é fabricar escândalos de corrupção, a partir da civilização do espetáculo, de modo que seja possível criar uma rede de antipatia a um determinado adversário político. A segunda forma de *Lawfare* é a seletividade da denúncia. A seletividade faz com que práticas rigorosamente iguais sejam etiquetadas de modo diferente de acordo com o autor destas mesmas práticas”.

²³ Que tem por objeto “a investigação de notícias fraudulentas (*fake news*), falsas comunicações de crimes, denúncias caluniosas, ameaças e demais infrações revestidas de *animus caluniandi*, *diffamandi* ou *injuriandi*, que atingem a honorabilidade e a segurança do Supremo Tribunal Federal, de seus membros; bem como de seus familiares, quando houver relação com a dignidade dos Ministros, inclusive o vazamento de informações e documentos sigilosos, com o intuito de atribuir e/ou insinuar a prática de atos ilícitos por membros da Suprema Corte, por parte daqueles que tem o dever legal de preservar o sigilo; e a verificação da existência de esquemas de financiamento e divulgação em massa nas redes sociais, com o intuito de lesar ou expor a perigo de lesão a independência do Poder Judiciário e ao Estado de Direito” (BRASIL. Supremo Tribunal Federal – STF. Disponível em: <https://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/mandado27maio.pdf>. Acesso em: 16 abr. 2022).

Também vale mencionar as situações que gravitam em torno das imunidades parlamentares (art. 53 da CF), pois sobre elas há sérias divergências. Um dos pontos mais sintomáticos dessas divergências é a questão da imunidade prisional, bastando lembrar o recente episódio envolvendo o decreto de prisão em flagrante do deputado federal Daniel Silveira (PSL-RJ), determinado, em 16 de fevereiro de 2021, pelo Ministro Alexandre de Moraes, em decisão proferida no Inquérito (INQ) 4781, mantida à unanimidade pelo Pleno.²⁴

Não cabe aqui analisar de forma detalhada os referidos casos. Porém, são visíveis alguns problemas neles apresentados, como a violação ao sistema acusatório (v.g., Poder Judiciário investigando), decisões informadas pela discricionariedade e pelo ativismo judicial etc. É uma forma de atuar do poder jurídico que não fala uma linguagem constitucional, pouco importando se está diante de *easy cases*, de *hard cases* ou, ainda, de cláusulas gerais ou conceitos jurídicos indeterminados, uma vez que esses fatores não autorizam que o magistrado possa alcançar a decisão que quiser. Confunde-se imprecisão com discricionariedade.²⁵

Ainda assim, referidas decisões foram aplaudidas por alguns juristas e, claro, pela criminologia midiática, gerando um efeito ilusório na população de que o Poder Judiciário é o guardião moral da vida social, política e econômica. Contudo, não há como concordar com esse cenário, pois não passa de uma tentação populista, como adverte Garapon (2001, p. 66), ao dizer: “Alguns indivíduos aproveitam a mídia para se emancipar de qualquer tutela hierárquica. Ela lhes oferece um acesso direto, conforme expressão de Perelman, ao ‘auditório universal’, quer dizer, à opinião pública”.

É preciso esclarecer que chamar atenção para tais fatos não quer significar, de modo algum, que não exista de nossa parte ressalvas em relação ao disciplinamento do foro por prerrogativa de função e das imunidades parlamentares (em especial a prisional).²⁶ O que se questiona é a interpretação “criativa” que está sendo realizada em relação ao texto constitucional por meio de sofismas, de um subjetivismo sem limites. Por melhor que seja a intenção, essa tendência criativa provoca a degeneração do direito.

²⁴ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. “Por unanimidade, Plenário mantém prisão em flagrante do deputado federal Daniel Silveira (PSL-RJ)”. 17 fev. 2021. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/noticias/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=460657&ori=1>. Acesso em: 16 abr. 2022.

²⁵ Nesse ponto, é oportuna a lição de Neves (2013, p. 137), ao destacar que “não se deve confundir a questão da imprecisão com a questão da discricionariedade em sentido estrito. A imprecisão semântica, nas formas de ambiguidade (conotativa) e vagueza (denotativa), implica, a partir primariamente do significado do texto e do seu âmbito de referência, a incerteza cognitiva em relação à norma a aplicar” (NEVES, Marcelo. *Entre Hidra e Hércules*. São Paulo: Martins Fontes, 2013, p. 13).

²⁶ Sobre esse tema conferir: SENNA (2019).

3 A teoria do direito como integridade como um caminho possível para combater a degeneração do direito

O direito é um conceito interpretativo. Os juízes devem decidir o que é o direito interpretando o modo usual como os outros juízes decidiram o que é o direito. (...) O que é o direito? Ofereço, agora, um tipo diferente de resposta. O direito não é esgotado por nenhum catálogo de regras ou princípios, cada qual com seu próprio domínio sobre uma diferente esfera de comportamentos. Tampouco por alguma lista de autoridades com seus poderes sobre parte de nossas vidas. O império do direito é definido pela atitude, não pelo território, o poder ou o processo. (DWORKIN, 1999, p. 488 e 492)

Quando são endereçadas críticas à discricionariedade e ao ativismo judicial de modo algum isso quer indicar adesão ao positivismo jurídico.²⁷ Definitivamente não, pois uma das características principais do positivismo jurídico é justamente a aceitação da discricionariedade judicial em certas situações, especialmente nos denominados *hard cases*, quando há uma certa zona de penumbra em vista de regras jurídicas de textura aberta, conforme entende Hart (2001), teórico que não pode ser desprezado, pois exerceu uma grande contribuição para a evolução da teoria do direito, já que o seu ponto de vista sobre o direito é, necessariamente, um ponto de vista hermenêutico, do que decorre que a interpretação passa a ser um conceito de experiência, que exerce uma mediação entre o passado e presente.

Não há como no presente artigo aprofundar a discussão sobre as teorias do direito que gravitam em torno da decisão judicial. Ainda assim, de forma sintética, o positivismo jurídico hartiano entende que os indivíduos só possuem direitos jurídicos quando os mesmos tenham sido criados por decisões políticas ou práticas sociais expressas (DWORKIN, 2002, p. XV). Para tal concepção, as regras jurídicas são apenas aquelas produzidas por uma fonte autorizada, o que é denominado, conforme Dworkin (2002, p. 28), como “teste de pedigree”.

Desse modo, a validade de uma determinada regra não é avaliada por seu conteúdo, mas sim por sua origem, como pode ser visualizado pelo exemplo das regras de trânsito, que serão válidas pelo simples fato de ter sido promulgada

²⁷ Não desconhecemos a existência de diversas vertentes do positivismo e da sua própria evolução ao longo do tempo, especialmente depois das críticas realizadas por Ronald Dworkin ao positivismo hartiano. Contudo, para os fins do presente estudo, é preciso advertir, com Torrano (2019, p. 64), que o positivismo jurídico “não é, e nunca foi, sinônimo de direito positivo. Pode-se falar que a origem do positivismo jurídico ocorreu no momento em que se afirmou que o direito positivo é o único direito que existe na acepção estritamente ‘jurídica’, negando-se, assim, o caráter de juridicidade a tudo aquilo que não fosse produto da vontade e da ação dos indivíduos concretos”.

pelo Congresso Nacional, não dependendo para a sua constatação nada além do desrespeito ao estabelecido pela própria norma. O que se faz, portanto, é uma interpretação mecânica, dedutiva dessas regras, que também pode ser encarada como um ponto problemático, pois desconsidera que existem direitos preexistentes.

Nota-se, portanto, que o positivismo jurídico de Hart é uma teoria convencionalista, uma vez que faz o direito depender de convenções sociais distintas que ele designa de convenções jurídicas, notadamente de convenções sobre as quais as instituições deveriam ter o poder de elaborar as leis e como, do que se conclui que a prática jurídica para tal concepção configura uma questão de respeitar e aplicar as convenções e de considerar a suas conclusões, possuindo uma coerência com o passado, que é limitado às regras e aos precedentes.

Mas o grande problema se dá quando o caso ultrapassa o âmbito dessas regras, não se encaixando em nenhuma delas, sendo indeterminado juridicamente, pois nesse espaço de indeterminação, caracterizado por uma zona obscura, o positivismo jurídico acaba por admitir que é possível que o Poder Judiciário venha a exercer uma atividade “criadora”, por meio da discricionariedade, como pode ser notado no pensamento de Hart (2001).

Eis aí o grande problema do positivismo jurídico, que é inegavelmente o seu ponto mais sensível. Realmente, ao admitir a discricionariedade judicial e, assim, a atividade “criadora” dos juízes, são abertas as comportas para a passagem do subjetivismo, já que a discricionariedade não aceita a ideia de coerência com os princípios, uma vez que sua coerência se limita às regras e aos precedentes do passado, de uma fonte autorizada.

Em razão desse problema é que surgiu uma outra teoria, que é o pragmatismo jurídico que, a exemplo do convencionalismo, é uma teoria interpretativa. Porém, diferentemente deste, não considera nenhuma decisão política do passado, pois as pessoas jamais possuem direito a nada, a não ser a decisão judicial que, ao final, revelar-se o melhor para a comunidade como um todo, do que se nota que as decisões judiciais se voltam para o futuro. Diante disso, na busca de sempre fazer o melhor possível para a sociedade, o Poder Judiciário acaba sendo desobrigado de respeitar ou assegurar a coerência de princípio com aquilo que outras autoridades públicas fizeram ou farão (DWORKIN, 1999, p. 196-197).

Trata-se, assim, de uma concepção utilitarista do direito, uma vez que busca o maior benefício possível para o maior número de pessoas. Contudo, isso é grave para a integridade do direito, pois a partir do momento que nega a coerência com os princípios, acaba permitindo que o Poder Judiciário assumira uma atitude legislativa, o que não passa de um ativismo judicial a transformar o Poder Judiciário numa espécie de “superego da sociedade” (MAUS, 2000).

Portanto, ambas as teorias são problemáticas, já que aceitam a discricionariedade e o ativismo judicial e, desse modo, acabam por depositar nas mãos

do Poder Judiciário missões que não lhe compete, criando ainda no imaginário dos juízes a ilusão de que são os receptáculos da moral, os paladinos para se alcançar uma sociedade melhor. E o perigo reside no fato de que isso poderá ser de conformidade com a sua concepção de mundo, da sua moral e da sua vontade. E, assim, passam a decidir conforme a sua consciência, desprezando uma descrição coerente com a ordem jurídica, olvidando que “em uma democracia, toda a interpretação do direito constitucional deve considerar a própria democracia” (ABBOUD, 2021, p. 365).

Por isso, para evitar a degeneração da democracia e do direito, devemos buscar mecanismos, barreiras para impedir decisões judiciais sem limites, especialmente em sede criminal, na qual os direitos fundamentais são hipersensíveis.

Claro que essa defesa não significa desconsiderar que o direito é composto também por princípios. Mas os princípios não autorizam o desprezo das regras, uma vez que as últimas também integram o direito. O que se repudia é o malabarismo jurídico que vem sendo feito em terras brasileiras, sob o argumento de utilização da técnica da ponderação,²⁸ que em muitos casos não passa de uma maquiagem para ocultar posturas discricionárias e ativistas dos juízes, consagrando uma espécie de “panprincipiologismo”.²⁹

Nessa linha, diante do caso a ser decidido, o intérprete deve se valer de um esforço hermenêutico coerente. E entendemos que esse caminho passa pela adoção da teoria do direito como integridade, de Dworkin (1999),³⁰ uma vez que ela se revela como uma teoria mais madura e democrática do direito, na medida em que visa também uma segurança jurídica, olhando para o passado, porém, ao mesmo tempo, mirando o futuro, o que é mais adequado a uma sociedade complexa e plural, como a atual.

²⁸ “A ponderação – nos termos propalados por seu criador, Robert Alexy – não é uma operação em que se colocam os dois princípios em uma balança e se aponta para aquele que ‘pesa mais’ (*sic*), algo do tipo ‘entre dois princípios que colidem, o intérprete escolhe um’ (*sic*). Nesse sentido, é preciso fazer justiça a Alexy: sua tese sobre ponderação não envolve essa ‘escolha direta’” (STRECK, 2014, p. 60).

²⁹ “Em linhas gerais, o *panprincipiologismo* é um subproduto do neoconstitucionalismo que acaba por minar as efetivas conquistas que formaram o caldo de cultura que possibilitou a consagração da Constituição brasileira de 1988. Esse *panprincipiologismo* faz com que, a pretexto de aplicar princípios constitucionais, haja uma proliferação descontrolada de enunciados para resolver determinados problemas concretos, muitas vezes ao alvedrio da própria legalidade constitucional” (STRECK, 2014, p. 60).

³⁰ Não se ignora o fato de que Dworkin, com sua teoria, pretende oferecer uma teoria do direito que faça jus ao liberalismo, como pode ser percebido na introdução da sua clássica obra “Levando os direitos a sério”, quando afirma: “Os diferentes capítulos deste livro definem e defendem uma teoria liberal do direito” (DWORKIN, 2002, p. VII). Porém, o fato de utilizarmos a sua teoria não quer significar adesão irrestrita e irrefletida a essa ideologia. Porém, é perfeitamente possível se apropriar da referida teoria sem ser um liberal ou, pior, um neoliberal. É o que fazemos, uma vez que entendemos ser uma teoria que fala uma linguagem constitucional e humana do direito.

O direito como integridade é uma alternativa para resolver os paradoxos das teorias anteriores (jusnaturalismo, positivismo e realismo jurídico). A integridade nos remete à ideia de que eu não posso simplesmente decidir sobre o direito. A teoria do direito como integridade remete a uma teoria política maior, e que remete para a hipótese estética do direito, ou seja, a teoria democrática, o respeito aos direitos fundamentais. Assim, o direito é construído por meio de uma prática jurídica construtiva e argumentativa, na qual os princípios também são inseridos, porém sempre de forma coerente. Nas palavras de Dworkin (1999, p. 271):

O direito como integridade nega que as manifestações do direito sejam relatos factuais do convencionalismo, voltados para o passado, ou programas instrumentais do pragmatismo jurídico, voltados para o futuro. Insiste em que as afirmações jurídicas são opiniões interpretativas que, por esse motivo, combinam elementos que se voltam tanto para o passado quanto para o futuro; interpretam a prática jurídica contemporânea como uma política em processo de desenvolvimento. Assim, o direito como integridade rejeita, por considerar inútil, a questão de que os juízes descubrem ou inventam o direito; sugere que só entendemos o raciocínio jurídico tendo em vista que os juízes fazem as duas coisas e nenhuma delas.

Na construção dessa teoria, várias metáforas são utilizadas, merecendo destaque a metáfora do “romance em cadeia” (DWORKIN, 1999, p. 275-286), na qual é feita uma comparação entre direito e literatura. E isso se explica porque a literatura soube abandonar o positivismo, que não consegue ler algo com sua luz melhor, reduzindo o texto ao que o autor diz (no caso do direito, ao que o legislador ou outra fonte autorizada diz). A literatura abandonou o positivismo justamente porque o positivismo não contempla a estética da literatura, que de há muito superou a ideia de que o leitor é passivo, vinculado à vontade do autor do texto literário.

E isso representa um empobrecimento do texto, na medida em que pretender reduzir o texto ao que o autor quis dizer é reduzi-lo a uma espécie de diálogo que não passa de um verdadeiro monólogo, no qual o leitor ocupa uma posição passiva, tendo ainda que desvendar os confins psicológicos da mente do autor. E isso, convenhamos, não faz nenhum sentido na atualidade, sem contar que seria uma tarefa praticamente impossível.

Nessa linha, o paradigma positivista deve ser abandonado pelo direito, adotando-se doravante o paradigma da literatura, que entende que a obra literária é fruto de uma comunidade de leitores. E o direito, tal como a obra literária, é também paradigmático, pois nos leva a fornecer a noção de certo e errado. Desse modo, é preciso que o direito também descubra a sua hipótese estética, que é justamente o respeito à democracia, o respeito aos direitos fundamentais.

Assim, devemos buscar ao máximo a interpretação correta, que é o respeito ao máximo dos direitos fundamentais. Na metáfora do romance em cadeia o trabalho do juiz é tal como um romancista. E aqui Dworkin se utiliza de outra metáfora, que é o “juiz Hércules”,³¹ um juiz imaginário, com capacidade e paciência sobre-humanas, criado para expor a complexa estrutura de interpretação jurídica dentro da concepção do direito como integridade.

Essa metáfora foi muito criticada pelos adversários de Dworkin, porém é necessário compreendê-la bem. Na verdade, ela é uma fina ironia de Dworkin, tanto que ele não elogia o “juiz Hércules”, mas coloca para ele um fardo, em analogia com os seus conhecidos doze trabalhos da mitologia. Portanto, é apenas um modelo a ser seguido, sendo evidente que Dworkin não quis com essa metáfora equiparar os juízes a seres divinos, com superpoderes. Seus doze trabalhos são apenas um esquema e Hércules um ideal.

Assim, por meio de uma melhor compreensão da mitologia, os doze trabalhos de Hércules são realizados para que ele possa pagar a dívida que tem para com a humanidade e, então, finalmente alcançar o Olimpo. É desse modo que deve ser lido o “juiz Hércules”, ou seja, como tendo um débito para com os homens, para com a democracia, sendo o seu grande desafio, tal como um romancista, escrever apenas um parágrafo na história, um capítulo, daquele direito, na história daquele princípio. Para tanto, o “juiz Hércules” não precisa reinventar a roda a cada sentença (“criar o direito”), uma vez que ele dispõe da história, da qual pode se servir. Contudo, também tem que servi-la, fazendo dialogar e evoluir aquele princípio. Não é um juiz solipsista, pois tem ciência que a democracia exige uma comunidade de intérpretes.

Enfim, o caminho para o direito como integridade é um grande desafio, sendo uma tarefa árdua. Mas o seu caminho é uma questão de atitude, atitude para se fazer a coisa certa, para se buscar um direito penal mais humano. É verdade que o caminho das soluções fáceis é sempre sedutor. Porém, ele gera distorções, gera injustiças, cobra sonhos e vidas. E quem disse que o direito é algo simples? Aqueles que pensam assim devem repensar a sua profissão, pois talvez não tenham feito a escolha correta.

³¹ O “juiz Hércules” surge pela primeira vez nos escritos de Dworkin em sua célebre coletânea “Levando os direitos a sério”, depois aparecendo nos seus escritos posteriores, sempre em evolução. Segundo Dworkin (2002, p. 165): “Podemos, portanto, examinar de que modo um juiz filosófico poderia desenvolver, nos casos apropriados, teorias sobre aquilo que a intenção legislativa e os princípios jurídicos requerem. Descobriremos que ele formula essas teorias da mesma maneira que um árbitro filosófico construiria as características de um jogo. Para esse fim, eu inventei um jurista de capacidade, sabedoria, paciência e sagacidade sobre-humanas, a quem chamarei de Hércules. Eu suponho que Hércules seja um juiz de alguma jurisdição norte-americana representativa. Considero que ele aceita as principais regras não controversas que constituem e regem o direito em sua jurisdição. Em outras palavras, ele aceita que as leis têm o poder geral de criar e extinguir direitos jurídicos, e que os juízes têm o dever geral de seguir as decisões anteriores de seu tribunal ou dos tribunais superiores cujo fundamento racional (*rationale*), como dizem os juristas, aplica-se ao caso em juízo”.

4 Considerações finais

O poder jurídico gerencia uma espécie de semáforo; ascende a luz verde que permite avançar o poder punitivo, que já está sendo exercido sobre uma pessoa acusada de um delito grave (um homicídio, um estupro etc.); se o operador é racional, acende a luz vermelha para parar o poder punitivo quando se trata de algo insignificante (um adolescente fumando maconha na praça); dispõe também da luz amarela para ter tempo de decidir em outros casos não tão claros. (ZAFFARONI, 2020, p. 30)

As palavras de Zaffaroni são perfeitas para essa breve conclusão, para esse epílogo, que poderia ser acompanhado de um posfácio, esclarecendo que essa história não acaba aqui, uma vez que avançar é preciso, pois ainda existem muitos caminhos pela frente. O direito como integridade é um desses caminhos. Poder-se-ia objetar ao argumento de que se trata de uma teoria pensada para uma outra realidade, para os países de tradição da *common law*. Contudo, como foi demonstrado, é uma teoria que defende ardentemente a democracia e os direitos fundamentais de forma irrestrita. Se é assim, é uma teoria universal.

Por meio da teoria do direito como integridade o juiz compreende sua missão como ser no mundo, ciente de que – tal como o autor de uma obra literária – ele também é só um intérprete da própria obra, pois o direito, como um livro de romance, pertence ao mundo, a uma comunidade de intérpretes. Logo, existe um conjunto de interpretações que permitem chegarmos a um acordo sobre a melhor interpretação, que depende da hipótese estética do direito, para que, assim, o direito cumpra verdadeiramente a sua função de direito.

Desse modo, valendo-se da teoria do direito como integridade, o juiz terá melhores condições para exercer essa função de gerenciador, de *gatekeeper* do sistema penal,³² obstando a entrada de um poder punitivo arbitrário e irrazoável como, por exemplo, denúncias criminais por ilícitos de bagatelas, denúncias vagas e genéricas, recebimento de denúncias e prolação de decisões de pronúncia com fundamento no famigerado *in dubio pro societate*, pedidos abusivos de prisões provisórias e outras medidas cautelares etc. Enfim, deve o juiz ter a compreensão que no âmbito do Estado Democrático de Direito os direitos fundamentais possuem função contramajoritária.

³² Deve ser lembrado que o juiz não é o único responsável por exercer essa função, muito embora seja um dos mais importantes. Também o Ministério Público exerce esse papel de *gatekeeper* do sistema penal (ASSIS, 2020, p. 133). Mas esse é um tema que pretendemos aprofundar em outra oportunidade.

Caminhando, lembrando Machado de Assis, no conto “Verba Testamentária” (1984, p. 87): “Esquecer é uma necessidade. A vida é uma lousa, em que o destino, para escrever um novo caso, precisa de apagar o caso escrito”. Inspirado no genial escritor, podemos dizer que essa missão dos juízes de gerenciador do sistema criminal é cambiante, sendo um trabalho em construção permanente, como ocorre com o mundo, com a vida.

Mas, nesse caminho do direito como integridade, já é possível ver algumas pedras e extrair algumas importantes lições, tal como fez Rùthers (2016, p. 227-231), a saber: i) o respeito às leis democraticamente produzidas não é um discurso conservador ou apegado a um positivismo radical, sendo o seu desapego uma forma de degeneração do direito; ii) a discricionariedade e o ativismo judicial são incompatíveis com a democracia e com a Constituição, uma vez que pode levar a um subjetivismo sem limites, com o risco de incutir na mentalidade dos juizes a ilusão de que é o guardião da moral social e, assim, converter o poder judiciário em uma verdadeira “organização clerical do poder” (GARAPON, 2001, p. 62); iii) a aplicação dos princípios não pode ser banalizada, devendo ser realizada de modo coerente, sendo fundamental revisitar o debate das regras vs. princípios, de modo a evitar o fenômeno do panprincipiologismo; iv) no âmbito do Estado Constitucional os direitos fundamentais possuem função contramajoritária, sendo essencial essa compreensão por parte de todos que exercem parcela do poder jurídico, de modo a servir de escudo protetor contra tendências totalitárias de um populismo penal midiático informado por uma racionalidade neoliberal; v) o direito não se produz isoladamente, sendo toda decisão judicial fruto da interpretação e do diálogo de uma comunidade de intérpretes, sendo o juiz apenas um deles.

Finalizando, Tolstói (2017, p. 1424) disse que “todos os esforços das pessoas, todas as motivações para a vida, são apenas esforços de um aumento de liberdade. (...) Para uma pessoa, imaginar a si mesma sem liberdade é o mesmo que se imaginar alguém privado da vida”. Esse é o pensamento que devemos ter quando colocamos alguém no banco dos réus. Por isso, é um imperativo categórico (KANT, 2007) tentar humanizar o sistema penal.

Falando de forma metafórica, para que se concretize o sonho de um direito penal mais humano, com os direitos sendo efetivamente respeitados e preservados, é fundamental que a integridade penetre na aorta dos que exercem o poder jurídico e chegue aos seus corações, reforçando-os contra todas as investidas violentas de um poder punitivo sem limites. É preciso ter esperança, porque, como disse o personagem “o velho”, do tocante romance “O velho e o mar”, de Hemingway (2020, p. 104): “É uma estupidez não ter esperança (...). Além disso acho que é um pecado perder a esperança”. Sigamos! Com esperança, mas, também, com atitude.

The role of the judge in the criminal procedure: for a constitutional hermeneutics to avoid the degeneration of law

Abstract: This study aims to analyze the role of the judge in criminal proceedings through a constitutional hermeneutics, in order to face the degeneration of Law. For this purpose, the criminal justice system was first discussed within a complex and risky society, to then demonstrate that the media and populist interpretative dangers can end up leading to the degeneration of the Law and, consequently, degeneration of democracy. Subsequently, an analysis of penal selectivity is carried out as a reflection of a neoliberal populist ideology. Then, the situation regarding the rhetorical search for equality in the application of punitive power to hide anti-democratic discretion tendencies and judicial activism was addressed. Finally, based on Ronald Dworkin's theory of "Law as integrity", an adequate constitutional hermeneutics is proposed for the role of the judge in criminal proceedings, so as to prevent unreasonable punitive power and, thus, avoid the erosion of Law.

Keywords: Law. Penal procedural. Degeneration of law. The role of the judge. Constitutional hermeneutics.

Table of contents: **1** Introduction – **2** The criminal justice system in the face of a complex and risky society: media and populist interpretive dangers - the degeneration of law – **3** The theory of law as integrity as a possible way to combat the degeneration of law – **4** Final considerations – References

Referências

ABBOUD, George. *Direito constitucional pós-moderno*. São Paulo: Thompson Reuters, 2021.

ALMEIDA, Silvio. *Racismo estrutural*. São Paulo: Sueli Carneiro; Jandaíra, 2020.

ANITUA, Gabriel Ignacio. *Introdução à criminologia: uma aproximação desde o poder de julgar*. Tradução: Augusto Jobim do Amaral et al. Florianópolis: Tirant lo Blanch, 2018.

ASSIS, Adriano Marcus Brito de. *Ministerio Público y combate a la corrupción política: cuestiones constitucionales y procesales sobre la configuración orgânica de la institución*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2020.

BAUMAN, Zygmunt. *A riqueza de poucos beneficia todos nós?* Tradução: Renato Aguiar. Rio de Janeiro: Zahar, 2015.

BORGES, Juliana. *Encarceramento em massa*. São Paulo: Sueli Carneiro; Jandaíra, 2020.

BRASIL. Conjur. "Positivismo desenfreado: STJ aplica insignificância a réu que furtou R\$ 4 em comida e faz apelo jurisprudencial". 1º jun. 2021. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2021-jun-01/stj-aplica-insignificancia-furto-comida-faz-apelo>. Acesso em: 16 abr. 2022.

BRASIL. Conselho Nacional de Justiça (CNJ). "Novos dados do sistema prisional reforçam políticas judiciárias do CNJ". 20 maio 2021. Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/novos-dados-do-sistema-prisional-reforcam-politicas-judiciarias-do-cnj/>. Acesso em: 13 abr. 2022.

BRASIL. Ministério da Justiça e Segurança Pública. Departamento Penitenciário Nacional. *Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias*. Disponível em: <https://www.gov.br/depen/pt-br/sisdepen/sisdepen>. Acesso em: 13 abr. 2022.

BRASIL. Ministério da Justiça e Segurança Pública. Departamento Penitenciário Nacional. *Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias*. Disponível em: <https://www.gov.br/depen/pt-br/sisdepen>. Acesso em: 16 abr. 2022.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça – STJ. Disponível em: <https://www.stj.jus.br/sites/portalp/SiteAssets/documentos/noticias/27102020%20HC598886-SC.pdf>. Acesso em: 18 abr. 2022.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Disponível em: <https://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/mandado27maio.pdf>. Acesso em: 16 abr. 2022.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. “Por unanimidade, Plenário mantém prisão em flagrante do deputado federal Daniel Silveira (PSL-RJ)”. 17 fev. 2021. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/noticias/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=460657&ori=1>. Acesso em: 16 abr. 2022.

BUSATO, Paulo César. *Direito Penal: parte geral*. São Paulo: Atlas, 2013.

CAMUS, Albet. *A peste*. 23. ed. Tradução: Valerie Rumajaneck. Rio de Janeiro: Record, 2017.

CARRARA, Francesco. *Programa del Curso de Derecho Criminal dictado en la Real Universidad de Pisa*. Tradução: Sebastián Soler et al. Buenos Aires, 1945.

CASARA, Rubens. *Contra a miséria neoliberal*. São Paulo: Autonomia Literária, 2021.

COSTA, Flávio Dino de Castro e. *Lawfare político: instrumento de destruição do inimigo por meio de processo aparentemente legal*. In: MARTINS JUNIOR, Osmar Pires (Org.). *Lawfare em debate*. Goiânia: Kelps, 2020.

DARDOT, Pierre; LAVAL, Christian. *A nova razão do mundo: ensaio sobre a sociedade neoliberal*. Tradução: Mariana Echalar. São Paulo: Boitempo, 2016.

DONINI, Massimo. *El Derecho Penal Frente a los Desafíos de la Modernidad*. Peru: Ara, 2010.

DWORKIN, Ronald. *O império do direito*. Tradução: Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 1999.

DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*. Tradução: Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

ECO, Umberto. *Fascismo eterno*. Tradução: Eliana Aguiar. Rio de Janeiro: Record, 2018.

ELBERT, Carlos A.; BALCARCE, Fabián I. *Exclusión y castigo en la sociedad global*. Buenos Aires: BdeF, 2009.

GARAPON, Antoine. *O juiz e a democracia: o guardião das promessas constitucionais*. 2. ed. Tradução: Maria Lucia de Carvalho. Rio de Janeiro: Revan, 2001.

HART, Herbert L. *O conceito de direito*. 3. ed. Tradução: A. Ribeiro Mendes. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2001.

HASSEMER, Winfried. *Direito Penal: fundamentos, estrutura, política*. Tradução: Adriana Beckman Meirelles. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2008.

HASSEMER, Winfried. *Introdução aos fundamentos do Direito Penal*. Tradução: Pablo Aflen da Silva. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2005.

HEMINGWAY, Ernest. *O velho e o mar*. 102. ed. Tradução: Fernando de Castro Ferro. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2020.

KANT, Immanuel. *Fundamentação da Metafísica dos Costumes*. Lisboa: Edições 70, 2007.

KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito*. 6. ed. Tradução: João Baptista Machado. São Paulo: Martins Fontes, 1999.

LEVITSKI, Steven; ZIBLATT, Daniel. *Como as democracias morrem*. Tradução: Renato Aguiar. Rio de Janeiro: Zahar, 2018.

MACHADO DE ASSIS, Joaquim Maria. *Obra Completa de Machado de Assis*. Vol. II. Rio de Janeiro: Nova Aguillar, 1994.

- MARQUES NETO, Agostinho Ramalho. *Limites à atuação do juiz*. Disponível em: <https://emporiododireito.com.br/leitura/limites-a-atuacao-do-juiz-por-agostinho-ramalho-marques-neto>. Acesso em: 16 maio 2022.
- MARTINS, Rui Cunha. *A hora dos cadáveres adiados: corrupção, expectativa e processo penal*. São Paulo: Atlas, 2013.
- MAUS, Ingeborg. Judiciário como superego da sociedade: o papel da atividade jurisprudencial na “sociedade órfã”. Tradução: Martônio Lima e Paulo Albuquerque. *Novos Estudos CEBRAP*, São Paulo, n. 58, p. 183-202, nov. 2000.
- MBEMBE, Achille. *Políticas da inimizade*. Tradução: Sebastião Nascimento. São Paulo: N-1 Edições, 2020.
- MORIN, Edgar. *É hora de mudarmos de via: as lições do coronavírus*. Tradução: Ivone C. Benedette. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2020.
- NEVES, Marcelo. *Entre Hidra e Hércules*. São Paulo: Martins Fontes, 2013.
- PIRES, Luis Manuel Fonseca. *Estados de exceção: a usurpação da soberania popular*. São Paulo: Contracorrente, 2021.
- RÜTHERS, Bernd. *Derecho degenerado*. Teoría jurídica y juristas de cámara en el Tercer Reich. Tradução: Juan Antonio Garcia Amado. Madrid: Marcial Pons, 2016.
- RÜTHERS, Bernd. *Teoría del Derecho: concepto, validez y aplicación del derecho*. Bogotá: Editorial Temis, 2018.
- SALES, José Edvaldo Pereira. *Autoritarismo e garantismo: tensões na tradição brasileira*. São Paulo: Tirant lo Blanch, 2021.
- SÁNCHEZ, Jesús-María Silva. *Aproximação ao direito penal contemporâneo*. Tradução: Roberto Barbosa Alves. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011a.
- SÁNCHEZ, Jesús-María Silva. *A expansão do direito penal: aspectos da política criminal nas sociedades pós-industrial*. 2. ed. Tradução: Luiz Otavio de Oliveira Rocha. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011b.
- SARAMAGO, José. *Ensaio sobre a cegueira*. São Paulo: Companhia das Letras, 1995.
- SENNA, Gustavo. *Combate à má governança e à corrupção: uma questão de direitos fundamentais e humanos*. Belo Horizonte: D'Plácido, 2019.
- STRECK, Lenio Luiz. *Verdade e consenso: constituição, hermenêutica e teorias discursivas*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.
- SUTHERLAND, Edwin H. *Crime de colarinho branco: versão sem cortes*. Tradução: Clécio Lemos. Rio de Janeiro: Revan, 2015.
- TOLSTÓI, Liev. *Guerra e paz*. Tradução: Rubens Figueiredo. São Paulo: Companhia das Letras, 2017.
- TORRANO, Bruno. *Democracia e respeito à lei: entre positivismo jurídico, pós-positivismo pragmatismo*. 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2019.
- VERSELE, Severin C. Las cifras doradas de la delinquencia. In: *Revista del ILANUD AL DÍA*, Año 1, San José da Costa Rica, 1978.
- ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *Direito penal humano e poder no século XXI*. Tradução: Ílison Dias dos Santos e Jhonatas Pérciles Oliveira. Salvador: EDUFBA, 2020.
- ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *A palavra dos mortos: Conferências de Criminologia Cautelar*. Tradução: Cecília Perlingeiro et al. São Paulo: Saraiva, 2012.
- ZAFFARONI, Eugenio Raúl; BAILONE, Matías. *Dogmática penal e criminologia cautelar com ênfase na criminologia midiática*. Tradução: Rodrigo Murad do Prado. São Paulo: Tirant lo Blanch, 2020.

ZUNZUNEGUI, Ignacio José Subijana. *El principio de protección de las víctimas en el orden jurídico penal: Del olvido al reconocimiento*. Granada: Comares, 2006.

Informação bibliográfica deste texto, conforme a NBR 6023:2018 da Associação Brasileira de Normas Técnicas (ABNT):

FREIRE JUNIOR, Américo Bedê; SENNA, Gustavo. A atuação do juiz no processo penal: por uma hermenêutica constitucional para evitar a degeneração do direito. *Direitos Fundamentais & Justiça*, Belo Horizonte, ano 17, n. 48, p. 189-216, jan./jun. 2023.

Recebido em: 13.07.2022.

Pareceres: 14.09.2022; 15.09.2022 e 17.10.2022.

Aprovado em: 22.05.2023.