

DE JUSTIÇA CRIMINAL A JUSTIÇA CRIMINOSA: UMA CRÍTICA AOS PARADOXOS DO JUDICIÁRIO GUARDIÃO DE PROMESSAS

FROM CRIMINAL JUSTICE TO FELONIOUS JUSTICE:
A CRITIQUE TO THE PARADOXES OF THE JUDICIARY GUARDIAN OF PROMISES

José Rafael Fonseca de Melo

Doutorando em Direito Penal pela UERJ. Mestre em Direito Penal pela UFPE. Especialista em Direito Penal e Criminologia pelo ICPC. Advogado Criminal.

Link Lattes: <http://lattes.cnpq.br/357791179067610>

ORCID: 0000-0001-8358-6614

rafaelfonsecademelo@hotmail.com

Resumo: O judiciário, investido artificialmente à guardião de promessas, reproduz e amplifica o colapso institucional oriundo da contradição entre a influência crescente sobre a vida em coletividade e a crise da própria legitimidade. Os desvios ativistas, assim, desnudam um poder agigantado, mas impotente; protagonista, mas serviçal ao populismo; liberal no discurso, mas conservador nas práticas; e inaugurado democraticamente, mas autoritário, que aqui se critica.

Palavras-chave: Positivismo Jurídico, Judiciário, Guardiã de Promessas.

Abstract: Many times seen as a promise keeper, the judiciary reproduces and amplifies the institutional collapse arising from the contradiction between the growing influence on the collective life and the crisis of legitimacy itself. Activist deviations, thus, expose a gigantic but impotent power. They expose the protagonist role, but at the same service time to populism. A liberal in the speech, but conservative in practices. First democratically funded, but ultimately authoritarian, which is what is criticized here.

Keywords: Legal Positivism, Judiciary, Keeper of Promises.

A justiça brasileira e, em especial, seu sistema de justiça criminal atravessam uma crise¹ de (ausência de) credibilidade, (des)confiança geral e, sobretudo, de legitimidade (carência). Ainda assim, a paradoxal indicação, sem precedentes na história brasileira, de que nunca se deprecou tanto a um poder imbuído de solucionar conflitos provoca outra igualmente antagônica e contraditória consequência: a expansão dos seus tentáculos e de suas competências. Pior: tal agigantamento é diretamente proporcional à sua impotência, o que amplifica e evidencia seu fracasso em um ciclo retroalimentante entre intervenção em áreas da vida social que não integram sua alçada e aumento da pretensão de controle, que cria o *direito de intervenção*² justificado e derivado do temor oriundo das mesmas premissas da sociedade de risco e suas perenes ameaças de temas pautados na agenda política como sendo de necessário enfrentamento – mas sem qualquer dado empírico que inspire confiabilidade na sua solução –, tais como a insegurança, a violência e a corrupção. E é exatamente na ambiência dos medos pós-revolucionários oriundos do positivismo como cultura que se (re)produzem as formas de pensar e sentir a questão criminal: “afetividades punitivas que naturalizam a truculência e cultuam a pena como solução mágica e restauradora de todos os conflitos.”³

Assim, necessária é a reflexão acerca dos limites e conteúdo do positivismo jurídico no âmbito pragmático da justiça criminal e a reabertura do debate sobre a condenação daquele pela barbárie que, na verdade, é fruto do “assalto e dominação do sistema legal por um discurso ideológico que impregna o sistema de sua moral e sua tábua axiológica”⁴ reconhecendo a consequente possibilidade de justificação e exculpação nos casos de questionamento ou descumprimento

de decisões tirânicas e determinações iníquas, tendo ainda como preocupação analisar os motivos que levam o judiciário, em uma democracia, a ignorar suas funções precípuas de bem interpretar a Constituição e de ser garantidor de direitos fundamentais ao mesmo tempo em que envida esforços em manter os privilégios de classe, diligência em angariar a empatia da opinião pública e subordina a soberania popular oriunda das leis à oligarquia dos costumes.

Em relação à guerra ao positivismo e à comprovação pela história de como *em nome da lei* foram autorizadas atrocidades e atribuídas responsabilizações pessoais a partir das sujeições dos juristas, há de se destacar que até então “não se tinha de maneira suficiente atingido um nível aprofundado de responsabilização para juízes e tribunais”⁵ lembrando **Alessandro Baratta**⁶ que, após vinte anos da contribuição de Radbruch, denunciou o reducionismo em atribuir ao positivismo jurídico a catástrofe nazista e como este, na distinção do fato do direito e do seu valor, acabou “estabelecendo a autonomia entre moral e direito, diferenciando os princípios interiores e incoercíveis da ordem moral de critérios exteriores e coativos”⁷ Nesse sentido, destaca **Niló Batista** a partir de Radbruch que, sob o pretexto de cumprimento incondicional provocado pelo princípio de que a lei é lei, a justiça alemã se tornara refém da arbitrariedade e injustiça de leis que, nada obstante possuírem certo valor e sob o argumento de garantirem segurança jurídica, não eram direito – ignorando que há direito acima das leis.⁸

No tocante a esta suprallegalidade do direito, bem como ao direito de resistir ao direito, convém indicar que a vinculação do discurso político ao discurso jurídico-penal em torno das suas funções determinadas de tornar previsível a função do órgão julgador – o que possibilita

a racionalização do reconhecimento de hipóteses supralegais como causa geral de exculpação – é o ponto de partida para tornar sustentável o argumento da supralegalidade como algo intrínseco ao direito, e não externo, como é possível inicial e aparentemente aparentar. Por sua vez, as opções político-criminais de tutela de bens jurídicos revelam a contemplação de interesses existentes *prima facie* em um “imaginário social” e que se concretiza e se externaliza a partir de deduções, mas que, ao final, acaba por desvendar o compromisso ideológico do direito penal e o seu papel na manutenção de interesses no Estado capitalista.

No entanto, se, de um lado, a interpretação era de que o positivismo se utilizara da máxima de que “a lei é lei” e por isso deveria ser incondicionalmente cumprida, por outro, há de se considerar que a elevação da legalidade como um princípio fundamental a uma categoria de garantia diante da possibilidade de punição estatal sempre encontrou – não à toa – resistência precisamente em espaços totalitários, o que demonstra a imprescindibilidade da sua permanente lembrança, mesmo no Estado dito social e democrático de Direito. Isso porque a história demonstra que se o princípio de legalidade significa submissão à lei, muitas vezes significou também que com a lei se pode fazer de tudo.⁹ Assim, é o aspecto material do princípio da legalidade que evita o escárnio do significado de segurança que, nada obstante o seu utilitarismo, não é o valor decisivo que o direito deve realizar.¹⁰

Nesse interim, os diagnósticos de como a excessiva jurisdicionalização pode amplificar a fragilidade das expressões sociais contemporâneas e intensificar a autoridade de um poder colocado estrategicamente na linha de frente da esperança por instituições políticas em vias de decomposição são o enfraquecimento de laços sociais, o desestímulo do altruísmo, a limitação da solidariedade e, conseqüentemente, a criação de outros paradoxos.¹¹ A atual realidade brasileira revela ainda diversos contrassensos, além do exposto inicialmente. Com o crescente protagonismo de juízes e a elevação destes ao *status* de verdadeiras celebridades – que, nada obstante ainda serem minoria, são acompanhados pela maioria em movimentos da categoria – aumenta também a servidão ao apelo populista, reduzindo a independência de atuação conforme a lei, o que fundamenta seu poder e provoca a corrosão da própria autoridade, fazendo nascer a infundável e permanente necessidade de atender às pressões externas e produzindo o que se pode denominar de protagonismo submisso. Aqui está presente um paradoxo menos perceptível e que alcança níveis subliminares, pelo seu caráter estratégico: diante da interpretação ao bom gosto da voz rouca oriunda das ruas e conveniente aos arautos da popularidade, tais juízes se tornam reféns da maioria insubmissa ao modelo do constitucionalismo democrático e à defesa dos direitos fundamentais com os quais não concorda. Logo, o que se apresentava como um par de asas, acaba por ser de fato um grilhão. Nesta perspectiva, o juiz que sempre condena porque isso agrada, só agrada quando condena. Ele não tem poder; ao revés, está condenado a condenar. É réu de si mesmo.¹² Destaque-se que o *são sentimento do povo* já fora fundamento de diversas atrocidades materiais e processuais em temas penais no nazismo alemão, tais como a lei de 28 de junho de 1935 que, ao modificar o § 2º do código do império censorador da *analogia*, passou a punir “(...) quem comete um fato que a lei declara punível ou que é merecedor de punição segundo o conceito que dá fundamento a uma lei penal e segundo o *são sentimento do povo*”, ou ainda o decreto de 5 de setembro de 1939 que previa, em seu § 4º, sanções agravadas – inclusive à pena de

morte – para quem praticasse crime aproveitando-se das condições anormais derivadas do estado de guerra “desde que tais penas fossem requisitadas pelo *são sentimento do povo*”.¹³

Constata-se ainda que a atecnia e a ausência de ética conduziram a um processo de criminalização parcial, histórico e autoritário, expondo o péssimo custo-benefício entre os elevados gastos e o trabalho apresentado como resultado final, provocando os mais abjetos episódios onde os excessos se contradizem com a única justificativa dos elevados custos do poder judiciário: em um processo de inversão, as garantias constitucionais dos magistrados acabam por assegurar a retirada da sua inércia e cumprir com outra finalidade que não aquela de atribuir-lhe a desnecessidade de prestação de contas acerca do conteúdo das suas decisões.

É certo que toda instituição que exerça alguma forma de autoridade em espaços democráticos há de se defrontar com tensões sobre

sua legitimidade e, por isso, que justiça e democracia devem ser admoestadas e retificadas. Aqui há uma similitude útil a justificar tal diagnóstico: o destino da política e do judiciário é o mesmo e, portanto, se o ativismo jurisdicional é paradoxal, ele o é na medida em que afeta a democracia jurídica como um todo.¹⁴ Logo, se voltar contra o protagonismo jurisdicional e no que este desperta o velho demônio inquisitório e a tentação do velho sonho de justiça redentora é parte da retomada da democracia desnordeada.

Sob a ótica da eficiência, por sua vez, o saber penal deve buscar sempre a decisão socialmente menos violenta a

fim de recuperar legitimidade e se afastar do risco de converter-se definitivamente em instrumento de guerra e propaganda do inimigo. Ao se afastar dessa premissa, portanto, acaba por se transformar em um direito penal apoiado em novas emergências e postulante da expansão punitiva com fins simbólicos e apoiados em uma ciência autista¹⁵ e manipuladora – cujo nível de eficácia provado é absolutamente nulo e cujo discurso fácil e clientelista de lei e ordem ocultam a realidade de um problema cuja solução está longe do direito penal.¹⁶

O modelo democrático construído na transição da ditadura de 1964-1985 está edificado basicamente sobre quatro pilares, amplamente conhecidos – apesar de constantemente ignorados: as garantias do estado liberal; as mecânicas próprias do Estado social; a concepção democrática cujo epicentro é a dignidade da pessoa humana; e a supremacia dos direitos humanos sobre a própria soberania interna. Com fulcro em viabilizá-los, o constituinte erigiu as cláusulas pétreas e a inafastabilidade do judiciário de apreciar lesão ou ameaça a direito – atribuindo ao próprio juiz o papel de garantidor. Ou seja: a Constituição é, em um contexto punitivista e de exceção, um remédio contra a pretensão das majorias e as erupções episódicas de paixões e efeitos ocasionais, funcionando como as correntes de Ulisses¹⁷ para não sucumbir ao despotismo e seus efeitos encantadores e desviantes dos objetivos, mesmo em tempos de desespero coletivo. E aqui impõe-se um paradoxo bem conhecido na longa trajetória institucional brasileira: a combinação da legislação liberal com a prática autoritária. Mais especificamente, no caso, um amplo instrumental de direitos humanos conferido aos agentes que são, seguidamente, desestimulados a usá-lo. O discurso jurídico de matriz liberal, assim, segue a lógica do progresso dos direitos individuais e, em oposição, as práticas concretas e preferências políticas dos magistrados nacionais tendem a ser cada vez mais conservadoras. Isto é: quanto mais democrático se torna o Direito formal, mais reacionária revela-se a ética de sua prática. Ou ainda, como já dito: a democracia das leis é

*LOGO, SE VOLTAR CONTRA
O PROTAGONISMO
JURISDICIAL E NO QUE
ESTE DESPERTA O VELHO
DEMÔNIO INQUISITÓRIO E A
TENTAÇÃO DO VELHO SONHO
DE JUSTIÇA REDENTORA É
PARTE DA RETOMADA DA
DEMOCRACIA DESNORTEADA.*

cada vez mais subordinada à oligarquia dos costumes. No cerne do diagnóstico de declínio da política e da ocupação desse espaço pelo expansionismo do judiciário está o crescente distanciamento entre o sistema de justiça criminal e os cidadãos. E esse afastamento avança na mesma intensidade com que os esforços externos se mostram insuficientes para remover a magistratura nacional de um atraso institucional, tornando tardio tal desiderato diante da corrosão do modelo que o instituiu. É como o olhar soberbo e indiferente dos moradores da casa da perfeição¹⁸ sobre “o homem no parque”, cujo isolamento de questões locais próximas corrompem a comunicação e distancia semelhantes. Logo, há de se refletir sobre o conteúdo e limites do positivismo jurídico sob a perspectiva prática da justiça criminal e de como o poder judiciário, ao ocupar o lugar de guardião de promessas, reproduz e amplifica o colapso que se defrontam as instituições integrantes desse sistema, oriundo da contradição entre a crescente influência dessa justiça sobre a vida em coletividade e a crise da própria legitimidade. A mudança de paradigma em relação ao papel dos juízes passa necessariamente pela transformação da democracia, sendo o ponto de partida a identificação da gênese

desta crise, remetendo ao íntimo da consciência cidadã – local de reconhecimento da autoridade da instituição política. Desde os desvios provocados pelo ativismo jurisdicional até a revelação da função oculta do sistema penal, brocados erguidos à condição de princípios, tais como “a lei é para todos” e “ninguém está acima da lei”, levam à sujeição própria do positivismo jurídico que ressuscitam hodiernamente a tradição nazista, que atualiza que “a lei deve ser cumprida” ou que sujeitava os soldados com o mandamento que “ordens são ordens”. A expectativa de que os juízes passariam a angariar a crença quanto ao papel de guardião de promessas, no que haviam sido artificialmente investidos, se revela ineficaz. Evidenciam-se assim, em conclusão, quatro paradoxos: o agigantamento do judiciário ao lado da sua crescente impotência; o protagonismo que coincide com sua servidão ao apelo populista; o discurso jurídico de matriz liberal acompanhado de práticas cada vez mais conservadoras (ou a democracia das leis cada vez mais subordinada à oligarquia dos costumes); e, por fim, a incapacidade de adaptação do judiciário brasileiro pós-Constituição de 88 às regras do jogo democrático coincidente com a própria derrocada do modelo político que as inaugurou.

NOTAS

- 1 Ao analisar um tema submetido às grandes controvérsias, é costume atribuir-lhe o anátema de que está em *crise*. No entanto, mudanças bruscas capazes de interromper o equilíbrio acabam por provocar parâmetros negativos e instáveis, bem como apenas iniciam a indicação de que todo o sistema que o envolve sempre esteve em agonia. Ou seja, há de se buscar suas causas (gênese) para, só então, aspirar o desiderato da solução – que, neste caso, é a cura ou a fatalidade. Sobre o conceito de *crise*: TAVARES, Juarez. *Teoria dos crimes omissivos*. Madri: Marcial Pons, 2012, p. 28-30.
- 2 HASSEMER, Winfried. *Verdad y búsqueda de la verdad en el proceso penal*. D.F.: Ubijus, 2009, p. 13.
- 3 BATISTA, Vera Malaguti. O positivismo como cultura. *Passagens. Revista Internacional de História Política e Cultura Jurídica*, Rio de Janeiro, v. 8, n. 2, p. 293-307, maio/ago. 2018, p. 299.
- 4 BATISTA, Nilo. Justiça Criminal x Justiça Criminosa. *Revista de Direito Penal e Criminologia*, Rio de Janeiro, n. 32, p. 70-78, jul./dez. 1981, p. 75.
- 5 A assertiva é feita após o professor alemão Gustav Radbruch ter examinado um grupo de casos onde se questionou o valor justificativo ou escusante do cumprimento de ordens ou leis iníquas e, reformando em certo sentido suas opiniões anteriores, expôs o quanto a justiça criminal pode se transformar em uma instância de execução de programas políticos nefastos, como no caso nazista – tudo com a imprescindível colaboração dos juízes e tribunais. BATISTA, Nilo, *Op. cit.*, p. 70-71.
- 6 BARATTA, Alessandro. *Positivismo giuridico e scienza del diritto penale*. Milão: Ed. Giuffrè, 1966.
- 7 BATISTA, Nilo, *Op. cit.*, p. 74.
- 8 BATISTA, Nilo, *Op. cit.*, p. 72.
- 9 GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, Antonio. Sobre el principio de intervención mínima do derecho penal como límite do ius puniendi. In: RUS, Juan José González (Coord.), *Estudios penales e jurídicos, homenaje al Prof. Dr. Enrique Casas Barquero*. Córdoba: Ed. Secretariado de Publicaciones Universitarias de Córdoba, 1996.
- 10 BATISTA, Nilo. Justiça Criminal x Justiça Criminosa. *Revista de Direito Penal e Criminologia*, Rio de Janeiro, n. 32, p. 70-78, jul./dez. 1981.
- 11 A experiência francesa trazida por Antoine Garapon em sua obra “*Le Gardien des Promesses*”, sobre a excessiva judicialização naquele país no ano de 1996, demonstra como a justiça se transforma no último refúgio de um ideal democrático desencantado e como os juízes aparecem como um recurso contra a implosão de sociedades democráticas que não conseguem controlar de outra maneira a complexidade

e diversidade que elas geram. Na versão brasileira, GARAPON, Antoine. *O juiz e a democracia: o guardião das promessas*. Rio de Janeiro: Revan, 1999.

- 12 A conclusão de que o juiz *com poder* não é aquele que condena com lastro no apoio popular ou que é saudado pela multidão em júbilo, mas o que decide *apesar dela e contra ela*, reforça que a cara independência da magistratura impõe a ela alheamento por estima. As expressões são próprias e precisas. In: SEMER, Marcelo. A justiça hoje em quatro paradoxos. *Cult*, Além da lei, 30 jul. 2018. Disponível em: <<https://revistacult.uol.com.br/home/a-justica-hoje-em-quatro-paradoxos/>>. Acesso em: 14 ago. 2018.
- 13 O sintagma em destaque referente à *sanidade do sentimento popular* traz consigo terminologicamente uma hipótese indemonstrável e, por óbvio, não é criação nossa – mas literalidade das leis penais nazistas que traduziam o sentimento daquele período. Ver BATISTA, Nilo, *Op. cit.*, p. 70-71.
- 14 RICOUER, Paul. Prefácio. In: GARAPON, Antoine. *O juiz e a democracia: o guardião das promessas*. Rio de Janeiro: Revan, 1999, p. 13-14.
- 15 A expressão “autista”, aqui levada no sentido técnico, é oriunda da simplificação e esvaziamento de sentido político da discussão teórica alheia à redução racional do exercício do poder punitivo. In: ZAFFARONI, E. Raúl. *En torno de la cuestión penal*. Montevídeu: B de F, 2005, p. 73.
- 16 ZAFFARONI, E. *Origen y evolución del discurso crítico en el derecho penal*. Buenos Aires: Ediar, 2009, p.18-20.
- 17 Na Odisseia (Homero, 1997), Ulisses, durante seu regresso à Ítaca, sabia que enfrentaria provações de toda sorte. A mais conhecida era o “canto das sereias” que, por seu efeito encantador, desviava os homens de seus objetivos e os conduzia a caminhos tortuosos, dos quais dificilmente seria possível retornar. Ocorre que, sabedor do efeito encantador do canto das sereias, Ulisses ordena aos seus subordinados que o acorrentem ao mastro do navio e que, em hipótese alguma, obedecem qualquer ordem de soltura que ele pudesse vir a emitir posteriormente. Ou seja, Ulisses sabia que não resistiria e, por isso, criou uma autorrestrrição para não sucumbir depois. In: STRECK, Lenio Luiz. Ulisses e o canto das sereias: sobre ativismos judiciais e os perigos da instauração de um “terceiro turno da constituinte”. In: *Revista de Estudos Constitucionais, Hermenêutica e Teoria do Direito (RECHTD)*, São Leopoldo, v. 1, n. 2, p. 75-83, jul./dez. 2009, p. 75.
- 18 CHRISTIE, Nils. *Uma razoável quantidade de crime*. Rio de Janeiro: Revan, 2011, p. 21-23.

Bibliografia

- BARATTA, Alessandro. *Positivismo giuridico e scienza del diritto penale*. Milão: Ed. Giuffrè, 1966.
- BATISTA, Nilo. Justiça Criminal x Justiça Criminosa. *Revista de Direito Penal e Criminologia*, Rio de Janeiro, n. 32, p. 70-78, jul./dez. 1981.
- BATISTA, Vera Malaguti. O positivismo como cultura. *Passagens. Revista Internacional de História Política e Cultura Jurídica*, Rio de Janeiro, v. 8, n. 2, p. 293-307, maio/ago. 2018.
- CHRISTIE, Nils. *Uma razoável quantidade de crime*. Rio de Janeiro: Revan, 2011.
- GARAPON, Antoine. *O juiz e a democracia: o guardião das promessas*. Rio de Janeiro: Revan, 1999.
- GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, Antonio. Sobre el principio de intervención mínima do derecho penal como límite do ius puniendi. In: RUS, Juan José González (Coord.), *Estudios penales e jurídicos, homenaje al Prof. Dr. Enrique Casas Barquero*. Córdoba: Ed. Secretariado de Publicaciones Universitarias de Córdoba, 1996.
- HASSEMER, Winfried. *Verdad y búsqueda de la verdad en el proceso penal*. D.F.: Ubijus, 2009.

RICOUER, Paul. Prefácio. In: GARAPON, Antoine. *O juiz e a democracia: o guardião das promessas*. Rio de Janeiro: Revan, 1999.

SEMER, Marcelo. A justiça hoje em quatro paradoxos. *Cult*, Além da lei, 30 jul. 2018. Disponível em: <<https://revistacult.uol.com.br/home/a-justica-hoje-em-quatro-paradoxos/>>. Acesso em: 14 ago. 2018.

STRECK, Lenio Luiz. Ulisses e o canto das sereias: sobre ativismos judiciais e os perigos da instauração de um “terceiro turno da constituinte”. In: *Revista de Estudos Constitucionais, Hermenêutica e Teoria do Direito (RECHTD)*, São Leopoldo, v. 1, n. 2, p. 75-83, jul./dez. 2009.

TAVARES, Juarez. *Teoria dos crimes omissivos*. Madri: Marcial Pons, 2012.

ZAFFARONI, E. Raúl. *En torno de la cuestión penal*. Montevídeu: B de F, 2005.

ZAFFARONI, E. *Origen y evolución del discurso crítico en el derecho penal*. Buenos Aires: Ediar, 2009.