

**UNIVERSIDADE DO VALE DO RIO DOS SINOS - UNISINOS
UNIDADE ACADÊMICA DE PESQUISA E PÓS-GRADUAÇÃO
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO
NÍVEL MESTRADO**

ISAAC RONALTTI SARAH DA COSTA SARAIVA

**A RELAÇÃO ONTO-ANTROPOLÓGICA DE CUIDADO DE PERIGO COMO LIMITE
A EXPANSÃO DA POLÍTICA CRIMINAL EM FACE DA DOGMÁTICA PENAL –
UMA ABORDAGEM SOBRE A PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA E A ADC 43/DF**

**SÃO LEOPOLDO
2020**

Isaac Ronaltti Sarah da Costa Saraiva

A Relação Onto-antropológica de Cuidado de Perigo como Limite a Expansão da
Política Criminal em Face da Dogmática Penal
uma abordagem sobre a presunção de inocência e a ADC 43/DF

Dissertação apresentada como requisito
parcial para obtenção do título de Mestre
em Direito, pelo Programa de Pós-
Graduação em Direito da Universidade do
Vale do Rio dos Sinos - UNISINOS

Orientador Prof. Dr. Miguel Tedesco Wedy

São Leopoldo
2020

S243r

Saraiva, Isaac Ronaliti Sarah da Costa

A relação onto-antropológica de cuidado de perigo como limite a expansão da política criminal em face da dogmática penal – uma abordagem sobre a presunção de inocência e a ADC 43/DF. / Isaac Ronaliti Sarah da Costa Saraiva -- 2020.
152 f. ; 30cm.

Dissertação (Mestrado) -- Universidade do Vale do Rio dos Sinos, Programa de Pós-Graduação em Direito, 2020.
Orientador: Prof. Dr. Miguel Tedesco Wedy.

1. Direito penal. 2. Política criminal atuarial. 3. Dogmática penal. 4. Ativismo judicial. 5. Realismo jurídico. 6. Presunção de inocência. 7. Onto-antropológico. Título. II. Wedy, Miguel Tedesco.

CDU 343

UNIVERSIDADE DO VALE DO RIO DOS SINOS - UNISINOS
UNIDADE ACADÊMICA DE PESQUISA E PÓS-GRADUAÇÃO
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO – PPGD
NÍVEL MESTRADO

A dissertação intitulada: "A RELAÇÃO ONTO-ANTROPOLÓGICA DE CUIDADO DE PERIGO COMO LIMITE A EXPANSÃO DA POLÍTICA CRIMINAL EM FACE DA DOGMÁTICA PENAL – uma abordagem sobre a presunção de inocência e a ADC 43/DF" elaborada pelo mestrando Isaac Ronalitti Sarah da Costa Saraiva, foi julgada adequada e aprovada por todos os membros da Banca Examinadora para a obtenção do título de MESTRE EM DIREITO.

São Leopoldo, 29 de maio de 2020.



Profa. Dra. **Fernanda Frizzo Bragato**

Coordenadora do Programa de Pós-Graduação em Direito.

Apresentada à Banca integrada pelos seguintes professores:

Presidente: Dr. Miguel Tedesco Wedy _____ *Participação por Webconferência*

Membro: Dr. André Luís Callegari _____ *Participação por Webconferência*

Membro: Dr. Lenio Luiz Streck _____ *Participação por Webconferência*

FONTE FINANCIADORA

O presente trabalho foi realizado com apoio da Coordenação de Aperfeiçoamento de Pessoal de Nível Superior - Brasil (CAPES) - Código de Financiamento 001.

AGRADECIMENTOS

Agradecimentos talvez sejam uma das representações mais sólidas de como não há palavras exatas para demonstrar uma nobre sensação de carinho com aqueles que nos ajudam. Com aqueles que nos acompanham.

Agradecimentos talvez sejam injustos, pois, podem por equívoco, não conseguir representar a devida gratidão às pessoas que inequivocamente devem ser lembradas, e, por erroneamente passar a ideia de que pouco contribuíram aqueles que não foram citados. De fato não é isso!

Agradecer é lembrar que somos formados por aprendizados de todas as pessoas que de alguma forma passaram em nosso caminho.

Agradecer é sentar ao final de uma tarde observando o pôr-do-sol e lembrar a piada de um amigo, do conselho de um professor, da ajuda de um irmão e, dizer a um amigo, sentado ao lado: Você precisa conhecer essa pessoa!

Agradecer tem sabor de fim, de ciclo completo, de meta atingida, de objetivo concretizado. E ao agradecer, indiretamente, reconhecemos que pouco, ou nada somos capazes sem outras pessoas, sem amigos, sem familiares, sem nossos mestres.

Agradecer também é um chamado para compartilhar da autoria de uma criação e silenciosamente dizer: consegui com a tua ajuda! Você contribuiu com tudo isso!

Agradecer significa reconhecer algo acima de todos nós, que por nossas diferenças culturais homens ousaram chamar de Deus, Tupã, Buda, Alá, Orixás, ou tão simplesmente, sem atribuir nomes, intimamente, saber que existe uma força maior que nos guia para o bem e para a concretização de objetivos.

Agradeço ao Vale do Rio dos Sinos e a cidade que aprendi a amar, São Leopoldo. Agradeço a Unisinos e a todo seu corpo de professores e funcionários de secretaria e apoio. Agradeço enormemente ao meu orientador, Professor Dr. Miguel Tedesco Wedy, que, com muita paciência me acompanhou durante todo mestrado e foi lume para o meu caminho. Agradeço a todos os professores do Programa de Pós-Graduação em Direito da Unisinos. Agradeço a todos os amigos e colegas que pude fazer ao decorrer do Mestrado, em especial, Maytê Ovalle, Priscila Anselmini, Fabiano Manzini, Celito de Bona, Augusto Tarradt Vilela e Maria Eduarda Vier Klein.

Agradeço eternamente a minha querida mãe, Dona Maria Eliana Borborema Sarah, pelo seu papel de me apresentar a leitura e a importância do aprender desde os primeiros anos de minha vida.

Agradeço a Ires, minha esposa e, ao Fernandinho, pela paciência e pelas dificuldades enfrentadas em razão da distância.

Agradeço grandiosamente a dois grandes irmãos que me acompanham na última década. Rangel e Queffren, além de colegas de trabalho, sócios, são amigos e apoiadores de grande parte de minhas ideias.

Um agradecimento especial também a Tiago, Thássio Jamil, meus irmãos, e a Vilma e meu pai, o senhor Raimundo Nonato.

Agradeço ao Rio Grande do Sul e a todo aprendizado e mescla de culturas que salientam a riqueza e a grandiosidade de nosso país.

“Honeste vivere, neminem laedere, suum cuique tribere”
(Viver honestamente, não lesar a outrem, dar a cada um o que lhe pertence)

Eneo Domitius Ulpianus

RESUMO

Através da análise da onto-antropologia de Faria Costa objetiva-se saber se a relação de cuidado-de-perigo serviria como mecanismo de limitação de uma nociva interferência da política criminal em face da dogmática penal no ato da decisão de um processo – cenário propício à quebra de garantias do processo e relativização de direitos. É analisado ainda nesta pesquisa o cenário de mudanças e interferências de métodos de decisão estrangeiros apropriados ao direito brasileiro identificando em que medidas questões como realismo jurídico contribuem para um intenso processo que desconsidera a dogmática penal, desconsidera uma lógica hierárquica de leis gerando insegurança jurídica e contribuindo para fenômenos como o Ativismo Judicial. Elegendo o conceito de política criminal atuarial será trabalhado como decisões judiciais passam a utilizar-se de pesquisas e a realidade empírica para fundamentar posicionamentos que divergem da função e da finalidade indicada pelo arcabouço dogmático penal. Apoiado metodologicamente na Crítica Hermenêutica do Direito utiliza-se a questão da presunção de inocência a partir do caso da ADC 43/DF como célula de estudo. Observa-se nos dias atuais um constante ataque a garantias constitucionais do cidadão, em especial, a presunção de inocência, quase sempre lançando mão de argumento de que garantias como a presunção de inocência seria parte da causa da morosidade processual brasileira, assim como a presunção de inocência sendo responsável pela ineficiência do sistema prisional brasileiro – um argumento hodiernamente trabalhado por parte de uma tendência existente no STF que se baseia em um discurso que a presunção de inocência, exercida em sua plenitude, funcionaria como óbice a prevenção geral e ao devido funcionamento do sistema de justiça penal. Faria Costa defende uma proposta onto-antropológica que diverge de uma matriz funcional e encara direito e justiça como recomposição de um estado inicial de cuidado do homem para com o seu próximo.

Palavras-chave: Política criminal atuarial. Dogmática penal. Ativismo judicial. Realismo jurídico. Presunção de inocência. Onto-antropologia.

ABSTRACT

Through the analysis of Faria Costa's onto-anthropology, the objective is to know if the care-of-danger relationship would serve as a mechanism to limit a harmful interference of criminal policy in the face of criminal dogmatics in the act of deciding a process - propitious scenario breach of process guarantees and relativization of rights. In this research, the scenario of changes and interferences of foreign decision methods appropriate to Brazilian law is also analyzed, identifying in which measures issues such as legal realism contribute to an intense process that disregards criminal dogmatics, disregards a hierarchical logic of laws generating legal insecurity and contributing for phenomena like Judicial Activism. Choosing the concept of actuarial criminal policy will be worked out as judicial decisions start to use research and the empirical reality to support positions that differ from the function and purpose indicated by the criminal dogmatic framework. Methodologically supported by the Hermeneutic Criticism of Law, the question of the presumption of innocence is used based on the case of ADC 43 / DF as a study cell. Nowadays there is a constant attack on citizens' constitutional guarantees, in particular, the presumption of innocence, almost always making use of the argument that guarantees such as the presumption of innocence would be part of the cause of the Brazilian procedural slowness, as well as the presumption of innocence being responsible for the inefficiency of the Brazilian prison system - an argument nowadays worked on by an existing trend in the Supreme Court that is based on a discourse that the presumption of innocence, exercised in its fullness, would act as an obstacle to general prevention and proper functioning of the criminal justice system. Faria Costa defends an onto-anthropological proposal that diverges from a functional matrix and sees law and justice as a recomposition of an initial state of care for man towards his neighbor.

Keywords: Actuarial criminal policy. Penal dogmatics. Judicial activism. Legal realism. Presumption of innocence. Onto-anthropology.

RESUMEN

A través del análisis de la onto-antropología de Faria Costa, el objetivo es saber si la relación de cuidado del peligro serviría como un mecanismo para limitar una interferencia perjudicial de la política criminal frente a la dogmática criminal en el acto de decidir un proceso - escenario propicio incumplimiento de garantías de proceso y relativización de derechos. En esta investigación, también se analiza el escenario de cambios e interferencias de los métodos de decisión extranjeros apropiados para la ley brasileña, identificando en qué medidas cuestiones como el realismo legal contribuyen a un proceso intenso que ignora la dogmática criminal, ignora una lógica jerárquica de leyes que generan inseguridad jurídica y contribuyen para fenómenos como el activismo judicial. La elección del concepto de política penal actuarial se resolverá a medida que las decisiones judiciales comiencen a utilizar la investigación y la realidad empírica para respaldar posiciones que difieren de la función y el propósito indicados por el marco dogmático criminal. Metodológicamente respaldado por la crítica hermenéutica de la ley, la cuestión de la presunción de inocencia se utiliza en base al caso de ADC 43 / DF como célula de estudio. Hoy en día hay un ataque constante contra las garantías constitucionales de los ciudadanos, en particular, la presunción de inocencia, casi siempre haciendo uso del argumento de que garantías como la presunción de inocencia serían parte de la causa de la lentitud procesal brasileña, así como la presunción de que la inocencia es responsable de la ineficiencia del sistema penitenciario brasileño, un argumento que hoy en día funciona con una tendencia existente en la Corte Suprema que se basa en un discurso de que la presunción de inocencia, ejercida en su plenitud, actuaría como un obstáculo para la prevención general y el funcionamiento adecuado del sistema de justicia penal. Faria Costa defiende una propuesta antropológica que difiere de una matriz funcional y ve la ley y la justicia como una recomposición del estado inicial de cuidado del hombre por su prójimo.

Palabras clave: Política penal actuarial. Dogmática penal. Activismo judicial. Realismo jurídico. Presunción de inocência. Onto-antropología.

LISTA DE SIGLAS E ABREVIATURAS

ABNT	Associação Brasileira de Normas Técnicas
ADC	Ação Declaratória de Constitucionalidade
ADI	Ação Direta de Inconstitucionalidade
ADPF	Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental
CAPES	Coordenação de Aperfeiçoamento de Pessoal de Nível Superior
CF	Constituição Federal
CPP	Código de Processo Penal
DF	Distrito Federal
HC	Habeas Corpus
IGP	Instituto Geral de Perícias
MG	Minas Gerais
OAB	Ordem dos Advogados do Brasil
PEN	Partido Ecológico Nacional
PMDB	Partido do Movimento Democrático Brasileiro
SC	Santa Catarina
STF	Supremo Tribunal Federal
STJ	Superior Tribunal de Justiça
UNISINOS	Universidade do Vale do Rio dos Sinos

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO	13
2 DO CONCEITO E HISTÓRICO DE DESENVOLVIMENTO DO QUE SE ENTENDE POR POLÍTICA CRIMINAL: O ATIVISMO JUDICIAL COMO PRODUTO DE UMA HIPERTROFIA DA DOGMÁTICA PENAL.....	22
2.1 Do Conceito de Política Criminal - dos vários conceitos de política criminal ao conceito de política criminal atuarial	22
2.2 A Tensão Histórica entre Política Criminal e Dogmática Penal: o desvelar da importância da política criminal significaria a sublimação da dogmática penal?	30
2.3 Realismo Jurídico, Ponderação e Solipsismo como Instrumentos a Serviço da Política Criminal – a faceta do protagonismo judicial interferindo nas decisões judiciais: quando o “sentimento da sociedade” fundamenta a decisão ativista.....	43
2.3.1 A Utilização dos Mandados de Otimização de Robert Alexy como Justificativa Etiquetada de Existência de uma Metodologia da Decisão.....	45
2.3.2 Solipsismo: as amarras de um centro gravitacional afastado da Constituição .	47
2.3.3 Ativismo Judicial: os riscos do ativismo para o contexto democrático.....	50
3 A FUNÇÃO ONTO-ANTROPOLÓGICA E A RELAÇÃO DE CUIDADO-DE-PERIGO NA VISÃO DE FARIA COSTA APLICADA AO DIREITO PENAL E PROCESSUAL PENAL	54
3.1 Faria Costa e a Origem e Influência Filosófica do Conceito de Cuidado (<i>SORGE</i>).....	54
3.1.1 Entre a Serenidade (<i>Gelassenheit</i>) e Ser e o Tempo (<i>Sein und Zeit</i>): a discussão da questão do tempo no desenvolvimento do conceito de cuidado-de-perigo de Faria Costa.....	57
3.2 Faria Costa e a Visão Onto-Antropológica de Cuidado-de-Perigo: fundamento, função, finalidade e necessidade	64
3.2.1 Fundamento, Função, Finalidade e Necessidade	67
3.3 A Relação de Cuidado-de-Perigo Voltada para o Direito Processual Penal - uma ponte entre direito material e processual que se finca na dignidade da pessoa humana	73

3.4 A Visão Onto-Antropológica de Cuidado-de-Perigo e a sua Relação com a Crítica Hermenêutica do Direito.....	76
4 A DISCUSSÃO DA PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA – EMBATES ENTRE A POLÍTICA CRIMINAL E A DOGMÁTICA PENAL: ACORDOS E DESACORDOS ENTRE FINALIDADE E FUNÇÃO ONTO-ANTROPOLÓGICA EM RELAÇÃO À POLÍTICA CRIMINAL ATUARIAL.....	82
4.1 A Presunção de Inocência como Mandato de Liberdade – o ônus da prova como responsabilidade do Estado	84
4.2 O Entrave Histórico Constitucional e os Vários Reveses do STF a Respeito da Presunção de Inocência	89
4.2.1 Os Efeitos das Decisões Condenatórias Interpostas pela Defesa - o caso do HC 84.078/MG – um giro a favor da constituição.....	94
4.2.2 A Mitigação da Presunção de Inocência e o Retorno da Prisão em Segunda Instância no Ano de 2016 – política criminal atuarial como resposta aos crimes do colarinho branco: uma saída a partir do Realismo Jurídico.....	95
4.2.3 Quando a Dogmática perdeu - o STF e a presunção de inocência na Ação Penal 470	99
4.3 A Prisão em Segunda Instância e a Presunção de Inocência: o retorno a um temporário respeito ao texto constitucional? – as ações declaratórias de constitucionalidade 43, 44 e 54 e a volta a um teórico respeito à Constituição ao final de 2019.....	105
4.3.1 “Um Giro Empírico Pragmático” e a Interpretação Constitucional no Brasil – a “correta interpretação” da lei penal processual penal e constitucional brasileira a partir da prevenção geral e da justificação do sistema criminal?	129
4.4 Finalidades e Funções Onto-Antropológicas da Dogmática Divergindo dos Objetivos de uma Política Criminal Atuarial – a função de cuidado-de-perigo como princípio limitador da política criminal em face da dogmática	131
5 CONCLUSÃO	144
REFERÊNCIAS.....	147

1 INTRODUÇÃO

O Direito Penal e Processual Penal vem sendo impactado profundamente pela interferência da política criminal que, hodiernamente, tem caminhado no sentido da intensificação de expansão da punição e de métodos que subvertem o contexto do estado democrático de direito, optando por propostas de cunho funcionalistas e utilitárias.

Não se fala apenas de uma convivência coparticipe da política criminal com a dogmática penal – a rigor da proposta de um pensamento clássico a respeito de uma tríade da ciência criminal formada por Criminologia, Política Criminal e Dogmática Penal – mas, de uma contundente sublimação¹ da política criminal em face da dogmática penal².

O que se busca nesta pesquisa é investigar a partir da visão onto-antropológica de cuidado-de-perigo de Faria Costa, lastreado pela lente da Crítica Hermenêutica do Direito, se a desconsideração da dogmática penal pela política criminal contribui para fenômenos como a questão do Ativismo Judicial e com um nefasto descontrole da discricionariedade nas decisões judiciais que acabe por ferir o contexto de equilíbrio do Estado Democrático de Direito.

Utilizar-se da filosofia do direito para adentrar os contornos da nossa temporalidade, buscando analisar os vetores que fazem com que a política criminal

¹ O verbete “**Sublimação**” é um substantivo feminino, cuja origem se reporta ao latim *limen* que nada mais é do que a parte alta de uma abertura de porta. Dessa forma, a palavra originou, na língua portuguesa o substantivo sublime, que designa a coisa que está na região ou estado mais alto possível. O verbete também é costumeiramente utilizado na psicologia, apropriado por Sigmund Freud para explicar o processo de interferência de características que impregnavam no indivíduo no processo de aceitação do mesmo pela sociedade. A ideia de trazer o verbete para o campo jurídico tem como principal objetivo descrever, de fato, o processo de hipertrofia da dogmática pela política criminal, vez que sendo veios de uma mesma ciência, no caso, a ciência criminal, a política criminal, na crítica desenvolvida nesta pesquisa invadiria o campo da dogmática passando a submetê-la e exercendo papel, em tese, estranho a sua função e finalidade. O horizonte semântico que obstinasse construir percorre a ideia de que a política criminal se colocaria acima da dogmática penal durante o ato da decisão judicial.

² O sentido do termo “**dogmática penal**” que é utilizado neste trabalho refere-se ao sentido mais amplo do que se entende por ciências penais positivadas, ou seja, ao direito penal, ao direito processual penal e a parte constitucional expressa na constituição que gera efeitos penais e processuais penais. Sob o ponto de vista da Dogmática Penal, o sistema penal pressupõe o conjunto harmônico e coerente das normas de natureza penal e processual penal, hierarquicamente organizadas. Inclui, portanto, normas no âmbito do direito constitucional, penal, processual, execução penal, penitenciária etc. tudo visando regular a apuração do crime, seu processamento, julgamento, condenação ou absolvição dos acusados, execução e extinção da pena, e reabilitação do condenado com a sua reinserção na vida social. A dogmática penal se propõe a elaborar o seu conteúdo de modo a dar certeza, limites e clareza ao poder punitivo, de modo que os cidadãos tenham previsão sobre as consequências de sua conduta.

submeta a dogmática penal e processual penal, coisificando e subvertendo ainda mais a função real da dogmática processual penal que deveria atentar para a relação onto-antropológica de cuidado-de-perigo e avaliar o quanto esta conjuntura atua fortemente como fomentadora de problemas como a questão do Ativismo Judicial.

A presente proposta de pesquisa fixa marcos na tentativa de esclarecer pontos vinculados à questão da presunção de inocência do art. 5.º, inciso LVII da Constituição Federal de 1988³ e ainda, o previsto no art. 283 do Código de Processo Penal⁴ analisados a partir de uma concepção onto-antropológica de cuidado-de-perigo.

A questão da Presunção de Inocência perpassa efeitos que são gerados, antes, durante e depois do processo, e interferem diretamente na questão do ônus da prova que cabe ao Estado, daí a importância de estudo que coloca no centro da discussão um dos princípios norteadores da estrutura do Direito Penal e Processual Penal, principalmente lembrando a lição de António Castanheira Neves de que, antes de qualquer coisa, a dogmática penal é um “mandado de comando da liberdade⁵”, pois antes de ser tipificadora de crimes e ensejadora de pena é a bula descritiva de defesa daquele que é acusado em relação a aquele que acusa, notoriamente, o Estado.

A função onto-antropológica de cuidado-de-perigo de Faria Costa apresenta preocupações distintas da visão tecnicista da contemporaneidade, o que será apresentado na formulação do problema a ser respondido por esta pesquisa e nas hipóteses, objetivos e justificativa que embasam esta proposta.

A contemporaneidade da sociedade é marcada pela automaticidade e a gradativa coisificação do ser, em meio à liquidez⁶ das relações pós-modernas. Nesse contexto, as soluções encontradas para os problemas contemporâneos quase sempre não acompanham a rapidez do tempo das mudanças sociais.

³ BRASIL. (Constituição [1988]). **Constituição Federal de 1988**. Promulgada em 5 de outubro de 1988. Brasília, DF: Senado Federal: Centro Gráfico, 1988.

⁴ BRASIL. **Código de Processo Penal**. Decreto lei nº 3.689, de 03 de outubro de 1941. Senado Federal: Centro Gráfico 2018.

⁵ NEVES, António Castanheira. «Entre o “legislador”, a “sociedade” e o “juiz” ou entre “sistema”, “função” e “problema” – os modelos actualmente alternativos da realização jurisdicional do direito». **Boletim da Faculdade de Direito**, Coimbra, n. 74, p. 25, 1998.

⁶ BAUMAN, Zygmunt. **Modernidade líquida**. Tradução: Plínio Dentzien. Rio de Janeiro: Zahar, 2003.

Compreendendo o Direito como um produto do constructo social, especialmente, o Direito Penal e o Direito processual penal, observa-se que a saída para problemas relacionados a tais campos são construídos a partir de ferramentas utilitaristas que solapam as garantias fundamentais do cidadão e caminham a partir de uma visão de expansão contínua dos mecanismos de punição, por vezes, ignorando os limites da própria lei em nome do “clamor social”, do “sentimento da sociedade” ou, de conjunturas espasmódicas alimentadas por crimes que são repisados constantemente em jornais, internet e todos os demais meios de comunicação, longe de um filtro que se tenha “serenidade⁷” para fazer a leitura do tempo atual das coisas, e obedecer a um verdadeiro fundamento em que a dogmática penal sirva a restituição de um status de sociedade e não a um processo incontrolado de expansão da punição, na busca de um ideal de prevenção geral que não encontra ressonância mais na sociedade contemporânea.

Há uma clara opção hodierna em relegar ao Estado o total controle, ainda que se abra mão de direitos básicos⁸, em troca de uma falsa sensação de segurança⁹ que o Estado não conseguiu cumprir mesmo com todos os aparatos disponíveis pela Lei – de fato segurança se traduz por uma sensação de resposta a qualquer tipo de ameaça, não necessariamente refletindo na ausência da atividade criminosa em uma sociedade representada pela diminuição das cifras criminais.

Longe da tentativa de uma proposta de pesquisa de cunho abolicionista – o que verdadeiramente não se está a fazer – a relação de cuidado-de-perigo exposta por Faria Costa, encara a pena como um “bem”¹⁰, tem caráter não funcional, é neo-retributiva e conclama a sociedade a um repensar das bases que motivam e tomam por justa causa a punição de um crime e do caminho que se percorre até a definição de uma pena (processo) – por vezes mais importante que a própria execução da reprimenda.

⁷ Empréstado do termo no alemão “*Gelassenheit*” – do original do discurso transformado em obra de Martin Heidegger.

⁸ PRITTWITZ, Cornelius. La desigual competencia entre seguridad y libertad. *In*: CALLEGARI, André Luís (org.). **Política criminal estado e democracia**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007. p. 41- 42.

⁹ José Luiz Bolzan de Moraes trabalha o conceito de “*Surveillance*” a partir de Hardt e Negri, uma extensão da idéia que Ferrajoli classificaria como “Poderes Selvagens. MORAES, José Luis Bolzan de. O fim da geografia institucional do Estado. A crise do Estado de direito! *In*: STRECK, Lenio Luiz; ROCHA, Leonel Severo; ENGELMANN, Wilson (org.). **Constituição, sistemas sociais e hermenêutica**: anuário do Programa de Pós-Graduação em Direito da UNISINOS (Mestrado e Doutorado) n. 13. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2017.

¹⁰ A pena, se quisermos, assume assim, o papel da reposição, da reprimenda, e, por conseguinte, da eficácia de um bem. Ou, se ousarmos ser ainda mais radicais, ela é um bem.

Como já mencionado, as decisões judiciais contemporâneas caminham no sentido de conferir a política criminal maior importância que a dogmática penal, relegando a própria lei a segundo plano em variados casos – como se a lei fosse mero adorno ou perfumaria, e não limite basilar para a atuação do operador do Direito, em consonância com a comunidade jurídica e com natural constrição epistemológica emergente desta última.

Por outro lado, observa-se que os pensadores da dogmática do Direito Penal e Processual Penal passaram a não conferir o devido valor a Filosofia do Direito, abrindo mão do esforço do filosofar jurídico que consiste em discutir os problemas e aclarar as noções que habitualmente os juristas não enfrentam no seu trabalho cotidiano de interpretação do Direito Positivo.

Tomando por base a obra de Faria Costa e a visão onto-antropológica de cuidado-de-perigo é que objetiva-se investigar as tonalidades que surgem da análise do homem no centro das relações, assim como a noção de que o homem é analisado a partir de sua temporalidade e essa temporalidade só pode ser compreendida pela devida correlação do existente humano.

A sanha e o desespero social contemporâneo é tão profundo que, por vezes, chegamos a acreditar que a simples obediência à letra fria da lei, hoje, seria muito melhor que a total falta de limites que se assiste protagonizada por aqueles que deveriam, essencialmente, buscar o máximo que o contexto dos limites da lei permitisse, sem que para isso, houvesse que negligenciar os próprios limites da lei.

Emergem, portanto, variados pontos a serem investigados na relação entre a dogmática penal e a política criminal, campo de pesquisa que se pretende explorar a partir da visão onto-antropológica de Faria Costa e a Crítica Hermenêutica do Direito.

Em que medida a ideia de cuidado-de-perigo, advinda da obra de Faria Costa, poderia servir de instrumento de contenção da sublimação da política criminal e do ativismo judicial em relação à dogmática penal processual penal? Como poderiam ser interpretadas nessa relação, a partir da teoria de base escolhida, questões polêmicas como a presunção de inocência e a relativização do texto constitucional pelas cortes superiores, especialmente no que se refere à possibilidade de prisões a partir da decisão de colégios de segunda instância?

A problemática discutida surge de uma conjuntura que coloca em segundo plano a lei, a norma, e confere a política criminal importância superior ao próprio

rigor e limite que deveria ter o deslinde penal e processual penal. O processo de asfixia da dogmática penal pela política criminal parece de igual maneira, também contribuir para o ativismo judicial nas decisões dos Tribunais.

A Hipótese apresentada para essa pesquisa é que a falta de um embasamento epistemológico lastreado em visões não funcionais e não utilitaristas contribuem para um protagonismo asfixiante da política criminal em face da dogmática penal e processual penal – este processo surge em parte como resposta automática a sociedade ao estado caótico de violência e criminalidade.

A sublimação da política criminal em relação à dogmática penal e processual penal figuraria como um dos principais elementos a contribuir com fenômenos como o Ativismo Judicial, afastando o direito processual penal de uma relação onto-antropológica que deveria por base, observar a necessidade da pena como um núcleo de restabelecimento da relação de cuidado-de-perigo, e que por assim ser, deveria analisar, julgar e conduzir tendo por base a justa causa expressa na norma e o real impacto dos bens jurídicos que foram afetados na relação.

A contemporaneidade é marcada pela velocidade da informação e por uma sociedade marcada pela rapidez da pós-modernidade, alimentada cotidianamente por uma necessidade de respostas rápidas, isso refletindo no processo e expansão de medidas punitivistas e ainda contribuindo com conjunturas mais complexas como a sublimação da dogmática processual penal pela política criminal, quando não, a desconsideração da dogmática em razões técnicas e argumentativas da política criminal nas decisões judiciais, isso teria como consequência lógica o aprofundamento de questões discutíveis como o ativismo judicial.

A pós-modernidade é intrinsecamente ligada à velocidade da comunicação e encurtamento dos espaços. Esse cenário converge com uma sociedade de riscos, normalmente aceitos quando se visiona a questão econômica, mas quase que ignorados no que se refere ao impacto ocasionado nas relações das pessoas no cotidiano.

São objetivos desta pesquisa analisar as influências da política criminal em face da dogmática penal e processual penal, quando estas chegam a ser ignoradas nas decisões judiciais em razão de questões vinculadas a política criminal – um bom exemplo disso é o cenário construído em torno das medidas contra o crime organizado e operações como a lava-jato, questões como a prisão após a decisão em segundo grau e a desconsideração do texto constitucional quanto à presunção

de inocência, em mesmo aspecto desconsiderando o art. 283 do Código de Processo Penal.

O olhar metodológico que se pretende trabalhar parte da visão da onto-antropologia de Faria Costa. Isso se dá principalmente como um processo de crítica hodierna em relação à expansão implacável de medidas de punição e alternativas emergenciais de cunho funcionalista e utilitarista que emergem como a solução prática, técnica e ideal para os problemas criminais da sociedade contemporânea. De certo que, o Direito Penal e o Direito Processual Penal são afetados em sua legitimidade quando esta última não é robustecida pela defesa dos direitos fundamentais que substanciam essa legitimidade, e, verdadeiramente, garantem como mecanismo de proteção de bens jurídicos e não instrumento de vingança do homem pelo “sentimento social” ou pelo Estado, pois daí não se estaria a tratar de Justiça, mas, efetivamente, da mais vil vingança.

Discutir a política criminal interferindo na dogmática também nos aproxima da análise de um cenário muito controverso em que o poder judiciário extrapola suas competências quando da decisão destoante dos limites da dogmática – e aqui não se está a fazer um protesto em nome de uma obediência cega e exegética ao texto da lei, mas inevitavelmente da importância de se manter dentro dos limites estabelecidos pela lei, em homenagem e respeito ao Estado Democrático de Direito e como antídoto ao atual cenário de decisões ativistas pelos Tribunais Superiores que, defenestram a democracia, rompem os limites constitucionais do jogo democrático e atravessam os limites da própria delimitação legal estabelecida na separação de poderes.

Diferenciar os limites da importância da política criminal para o desenvolvimento da lei é um cenário a ser enfrentado, de importância primeva para que isso não se confunda com um estranho processo de aniquilamento da dogmática pela política criminal, e que esta última não seja argumentação lógica para a desconsideração da própria lei nas decisões judiciais, e muito menos em um cenário em que o Ativismo Judicial alimentado pela razão de um decidir embasado em um Realismo Jurídico do “decido conforme minha consciência¹¹”, não aprofunde o cenário cambiante em que a justiça advinda do Estado passa a ser a Justiça

¹¹ A questão da discricionariedade e de seus limites no ato da decisão judicial é tratada nas obras do professor Lênio Luiz Streck. Vide STRECK, Lênio Luiz. **O que é isto – decido conforme minha consciência?** 6. ed. rev. e atual. de acordo com as alterações hermenêutico-processuais dos códigos. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2017.

advinda exclusivamente da vontade de homens, nos ejetando do Império da Lei para o Império da conveniência dos homens – e aqui, cabe uma saudosa referência ao gaúcho Honório Lemes, o Leão do Caverá, ou por muitos conhecidos como “o tropeiro da liberdade” quando proferiu as palavras de que, dever-se-ia primar e lutar por leis que governem homens e não homens que governem leis¹². A opção também pela discussão de Faria Costa se faz no objetivo de uma aproximação do pensar da Filosofia do Direito Criminal que serve de contrarrazão a técnica sem reflexão - como Heidegger vai nos alertar no discurso de *Gelassenheit*¹³ – além de esboçar a necessidade do pensamento contínuo da necessidade, fundamento e finalidade do punir – longe da visão anacrônica da prevenção geral onde a pena serve como amostra coercitiva para o todo social, longe da visão que este posicionamento de forma inócua tenta restabelecer uma legitimidade do punir pelo Estado que se dissolve na perspectiva de expansão do próprio Direito punitivo, onde sua força sempre esteve focalizada na excepcionalidade e na fragmentariedade do punir e na punição como medida *ratio*, como o próprio Faria Costa defende.

Serviria a ideia de cuidado serviria de instrumento de contenção de abusos da política criminal e do ativismo judicial em face da dogmática penal e processual penal, em discussões como a questão da presunção de inocência?

Analisar o solo árido do embate entre a dogmática penal e processual penal e a política criminal e sopesar em que medida o fundamento onto-antropológico de cuidado-de-perigo serviria de instrumento útil no controle da política criminal e de fenômenos como o ativismo judicial; Explicar as características básicas da visão onto-antropológica de cuidado-de-perigo de Faria Costa contextualizada pela Crítica Hermenêutica do Direito. Analisar casos concretos que possam revelar em si o contexto do embate entre dogmática penal e processual penal e política criminal, no caso, a partir da questão da presunção de inocência e o seu tratar nas decisões do STF.

O texto foi dividido em três capítulos sendo que o primeiro trata dos entraves históricos entre a política criminal e a dogmática penal – nesse contexto percorre

¹² "Quero leis que governem homens e não homens que governem leis" – a frase de autoria atribuída ao Gaúcho Honório Lemes, líder político e militar, participou ativamente da Revolução de 30 que levaria Getúlio Vargas ao poder. Maiores informações podem ser consultadas no endereço eletrônico: LONDERO, Clarissa; CRESTANI, Jaqueline. **"A liberdade não se implora de joelhos"**. Porto Alegre, jun. 2008. Disponível em: <http://www.ufrgs.br/ensinodareportagem/cidades/honoriolemes.html>. Acesso em: 9 mar. 2020.

¹³ HEIDEGGER, Martin. **Serenidad (Gelassenheit)**. Barcelona: Serbal, 1994.

uma trajetória histórica que discute os limites entre vertentes de uma ciência comum até as discussões mais contemporâneas como os elementos e conceitos de política criminal.

Tratar-se-á também do cenário de hipertrofia da dogmática penal pela política criminal, além de tônicas e consequências dessa interferência, como a exemplo, a questão do Ativismo Judicial - a instrumentalização do Realismo Jurídico, através da importação de métodos de decisão, chegando à exemplificação da polêmica e mal recepcionada ponderação de Alexy no Brasil.

O segundo capítulo apresentará a tônica básica e metodológica da presente pesquisa. Iniciando com um aprofundamento básico a respeito das raízes heideggerianas da Onto-Antropologia e do fundamento do cuidado-de-perigo de Faria Costa – esboçando as características da visão de Faria Costa, a discussão do tempo das coisas que, interfere diretamente na leitura que fazemos da realidade e, na ponte que a filosofia heideggeriana permite entre a visão onto-antropológica de Faria Costa e a Crítica Hermenêutica do Direito. Onde se insere o fundamento, função, finalidade e necessidade características básicas da relação de cuidado-de-perigo, trabalhada por Faria Costa na leitura que ele faz do Direito Penal, e, por consequência, do Direito Processual Penal?

Por fim, a pesquisa tratará de uma análise a respeito da questão da presunção de inocência – célula de análise escolhida para a identificação da problemática do conflito entre política criminal e dogmática penal. Será analisado o perfil histórico da presunção de inocência a partir da tratativa dada ao princípio na Constituição Federal de 1988, seus efeitos antes, durante e após o término processual, e ainda o caso concreto da discussão do art. 283 do Código de Processo Penal tratado perante o Supremo Tribunal Federal no ano de 2019, através das Ações de Declaração de Constitucionalidade nº. 43, 44 e 54. Juntando os fragmentos do debate será possível identificar funções e finalidades da política criminal e da dogmática penal e ainda saber como a onto-antropologia de Faria Costa pode contribuir para limitar as interferências da política criminal em face da dogmática no processo de decisão, tendo por base assim os efeitos reais da necessidade da pena, a importância do processo justo, legal e que respeita garantias constitucionais para o alcançar da promoção da credibilidade da justiça e das suas instituições – o que, a princípio, percebe-se falhar a partir de práticas obsoletas como da prevenção geral e de um sistema prisional que vê na

expansividade penal a solução mais rápida para as complexidades que envolvem a seara penal e a contemporaneidade.

Sem dúvida alguma, não há saída fora a democracia e também não há como haver saída construída embasada em um estado que aumenta o seu poder perante a fragilidade do cidadão e que encontra em suas garantias constitucionais, a exemplo da presunção de inocência, motivos que justifiquem a inoperância das instituições, a morosidade processual e um sistema carcerário que não respeita a dignidade humana.

Decerto, respondendo a questionamento do Ministro Luís Roberto Barroso a respeito de que lado da história o STF ficaria ao decidir questões polêmicas, como a exemplo, a questão da presunção de inocência, não seria ousado responder que, o STF como todo sistema de justiça deve, por respeito a sua função, ao sentido de sua existência, ficar ao lado da Constituição e suas garantias, ao lado do devido processo legal e ao lado de decisões que não tentem construir cenários que não cabem a aquele que decide, mas que respeitam o limite estabelecido aos poderes na própria constituição.

2 DO CONCEITO E HISTÓRICO DE DESENVOLVIMENTO DO QUE SE ENTENDE POR POLÍTICA CRIMINAL: O ATIVISMO JUDICIAL COMO PRODUTO DE UMA HIPERTROFIA DA DOGMÁTICA PENAL

Discorrer a respeito de duas bases da ciência criminal requer, antes de qualquer coisa, um remonte histórico que apresente o processo de embate e tensão que sempre existiu entre política criminal e dogmática penal. Mas essencialmente, de que política criminal estaria a se falar? Evidentemente que o processo histórico fez com que o conceito de política criminal fosse esculpido de forma distinta ao decorrer dos últimos dois séculos.

A visão clássica a respeito do que viria a ser política criminal acompanha a preocupação de escritores clássicos, como por exemplo, Cesare Beccaria e seu épico “Dos Delitos e das Penas”. Este capítulo tratará de apresentar um histórico a respeito dos embates entre política criminal e dogmática penal, e ainda, tratará dos conceitos de política criminal, bem como do conceito de política criminal atuarial, que se encaixa a leitura que se quer apresentar neste trabalho.

Será tratado ainda da questão do Ativismo Judicial como efeito de um processo da interferência da política criminal nas decisões judiciais, principalmente através da importação de técnicas de decisões estrangeiras e da utilização consolidada do Realismo Jurídico no Brasil, além de uma mal recepcionada “ponderação” Alexyana.

2.1 Do Conceito de Política Criminal - dos vários conceitos de política criminal ao conceito de política criminal atuarial

A política criminal é tida como uma das três bases principais das ciências criminais – acompanhada da criminologia e da dogmática penal. Antes de qualquer incursão no ambiente de análise específica que se propõe estabelecer nesta pesquisa, faz-se necessário um aprofundamento do conceito que notadamente venha a esclarecer os limites do que se entende por política criminal.

Um ponto crucial na definição do conceito de política criminal é fazer um aparte necessário entre duas questões básicas: a política criminal servindo de estrutura a basear mudanças e alterações legislativas que possam contribuir com a paz social, ou, a política criminal utilizada como argumento de justificativa de

desconsideração da lei no ato de decisões judiciais – este aparte é feito principalmente por considerar que a indefinição do tempo e do processo em que ocorre a influência da política criminal poderia confundir quanto da importância desta, principalmente, quanto ao limite do uso da política criminal como ferramenta importantíssima no processo de produção das leis criminais, mas também, quanto ao limitar da sua interferência nas questões sopesadas no ato de uma decisão judicial.

Gloeckner¹⁴ assevera que o atual sistema penal funciona como uma espécie de triturador de direitos, principalmente em razão do nosso arcabouço legislativo processual penal ainda manter as bases do processo penal da Itália de Mussolini. A crítica de Gloeckner perpassa a ideia de que, ainda que os dispositivos do nosso Código de Processo Penal tenham sido parcialmente recepcionados pela Constituição Federal de 1988, estes dispositivos continuam a manter uma estrutura mecânica interna que leva ao ferimento de direitos – isso se dá por um composto simples: no caso o contexto político criminal imprimido na Carta processual penal da Itália de Mussolini que serviu de referencial base a uma estrutura copiada a rigor de processo penal para o Brasil.

São dois cenários distintos, mas Gloeckner, ainda defende que a estrutura de nossa carta processual penal, acaba contribuindo para o ataque a direitos, especialmente manifestando expressamente a oportunidade de atos que ultrapassam o cenário da simples aplicação da Lei, sendo que princípios como, por exemplo, o da Instrumentalidade da Lei¹⁵, poderia ressoar teoricamente como um motivador do cenário do ativismo judicial¹⁶.

Embora a crítica apurada de Gloeckner possua total coerência, voltamos a uma questão básica, o momento/tempo de interferência da política criminal em relação à lei: 1) Pode ser antes da lei, originando alterações ou mesmo a mudança da lei obedecido o processo legislativo oficial; 2) Pode ocorrer de forma alienígena

¹⁴ GLOECKNER, Ricardo. **Autoritarismo e processo penal**: uma genealogia das ideias autoritárias no processo penal brasileiro. Florianópolis: Tirant Lo Blanch, 2018. v. 1, p. 49.

¹⁵ Ibid., p. 53.

¹⁶ Clarissa Tassinari afirma que o ativismo judicial no Brasil é caracterizado em dois aspectos, pela adoção de um modelo que não é próprio, importado dos Estados Unidos, e pela utilização despojada do contexto de seu surgimento. Além do mais, aparece carregada de um pragmatismo, de forma perigosa, porque vinculada a um ato de vontade do julgador. Assim, acompanhando raciocínio de Lênio Streck, num momento em que predominantemente é necessário o ativismo judicial para concretizar direitos no Brasil, o instituto não funciona da forma que deveria. Cf. TASSINARI, Clarissa. **Jurisdição e ativismo judicial**: limites da atuação do judiciário. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013.

no ato da aplicação da lei, no momento da decisão judicial, inclusive, por vezes justificando o desrespeitar da própria Lei – e aqui entraríamos no cenário definido por Tassinari¹⁷ no que tange ao Ativismo Judicial, ou, como Dias classificaria como *Decisionismo Voluntário Incontrolável*¹⁸.

Existem dois momentos bem claros a ser apartados, no modal tempo, quanto da interferência da Política Criminal em relação à questão da dogmática.

O conceito de política criminal vem sendo historicamente trabalhado desde obras clássicas como “Dos delitos e das penas” de Cesare Beccaria, Feuerbach, Liszt, e mais recentemente de forma categórica por Claus Roxin.

Neste sentido, qual seria a melhor conceituação para Política Criminal, tendo em vista que é conceituação variável e de terminologia controversa.

Feuerbach¹⁹ diria que o conceito de política criminal poderia ser definido como o conjunto de procedimentos através dos quais o corpo social organiza as respostas ao fenômeno criminal – ou seja, a partir da política criminal seriam criados modelos de combate ao crime.

Liszt conceituou de forma bem direta Política Criminal dizendo que a mesma só se referia a repressão do crime, tendo a ver apenas com o delinquente, sendo que a política social é que caberia suprimir ou limitar as condições sociais facilitadoras do crime, e a ela também caberia a criar meios preventivos²⁰.

O conceito de política criminal é tensionado por uma linha limítrofe muito tênue que envolve a criminologia e o direito penal. Precipuamente, entender-se-ia que a criminologia deveria oferecer elementos de análise do crime e das condições do crime e do criminoso, para que políticas pudessem ser pensadas no ambiente correspondente a política criminal e que, consolidadas pudessem estas políticas motivar a atualização, ou mesmo a alteração de pontos da lei, através da influência, normalmente, do processo legislativo específico para tal.

¹⁷ Cf. TASSINARI, Clarissa. **Jurisdição e ativismo judicial**: limites da atuação do judiciário. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013.

¹⁸ DIAS, Jorge de Figueiredo. A reforma do direito penal português – princípios e orientações fundamentais. **Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra**, Coimbra, v. 48, n. 24, p. 118, 1972.

¹⁹ GRECO, Luís. **Lo vivo y lo muerto en la teoría de la pena de Feuerbach**: una contribución al debate actual sobre los fundamentos del derecho penal. 1. ed. Trad. Paola Dropulich e José R. Béguelin. Madri: Marcial Pons, 2015. p. 258.

²⁰ LISZT, Franz von. **Tratado de derecho penal**. Madrid: Biblioteca Jurídica de Autores Españoles y Extranjeros, 1999. t. 1, p. 112.

O sistema penal, como um todo é reconhecido pela racionalidade e pelo exercício de poder planejado²¹. Portanto, a partir de premissas lógicas é que o Estado utilizando-se de dados da criminologia, embasa e desenvolve os parâmetros para sua política criminal – normalmente não se resumindo a isso o papel da política criminal – estes últimos servindo de aporte para o desenvolvimento de leis e, conseqüentemente, dos comportamentos e atos que deverão ser eleitos pelo corpo social como passíveis de tipificação criminal. Mas normalmente que, estes limites bem visíveis que se apresentam, já não são definidores ou explicam de forma satisfatória parte do problema que é trabalhado nesta pesquisa.

A referência que se discute a respeito do conceito de política criminal, no contexto da pós-modernidade - assim como nos falaria Bauman²² – em meio a liquidez das relações, inclusive naquela surgida do entrevero entre os poderes oficiais em crise, faz com que a política criminal se descole essencialmente de uma teórica ponte entre a criminologia e o Direito Penal, passando a política criminal a interferir diretamente no ato decisório daquele que julga – seja por questões prisionais, como superlotação, ou mesmo, por questões de reformas processuais que, a exemplo, o contexto do Estado brasileiro optou por não enfrentar²³ - um cenário de polêmicas que por questões políticas o congresso deixa de cumprir seu papel de feitura da lei.

Esta mesma política criminal, funcionou durante muito tempo como dispositivo acessório em parceria da criminologia para o desenvolvimento e compreensão de perspectivas que auxiliassem a dogmática e que tivesse como produto a compreensão do crime e formas de coibi-lo²⁴.

Segundo Beccaria²⁵, o cárcere deveria ser a meta de uma política criminal radical, o que anacronicamente, é conselho que destoa da realidade prisional brasileira. Notadamente, o contexto político criminal brasileiro atende a um processo de encarceramento em massa, ainda que existentes mecanismos de penas

²¹ ZAFFARONI, Eugênio Raúl. **O inimigo no direito penal**. 2. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2007. p. 16.

²² BAUMAN, Zygmunt. **O mal-estar da pós-modernidade**. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 1998.

²³ A omissão do legislativo, a falta de eficiência do setor público perante direitos sociais contribuíram diretamente para o surgimento de um judiciário protagonista – culminando esse processo na proposta de Emenda à Constituição nº. 33, que, entre outras coisas suscitava a possibilidade de controle de decisões do STF pelo Congresso Nacional. MORAIS, José Luis Bolzan de; BRUM, Guilherme Valle. **Políticas públicas e jurisdição constitucional**: entre direitos, deveres e desejos. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2016.

²⁴ SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. **A expansão do direito penal**: aspectos da política criminal nas sociedades pós-industriais. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. p. 22.

²⁵ BECCARIA, Cesare. **Dos delitos e das penas**. São Paulo: Martin Claret, 2006.

alternativas, o que se percebe é que a escolha pelo punitivismo desenfreado parece ser a alternativa eleita de um modelo de política criminal que não está no tradicional ambiente apenas revisional ou reformador da lei, mas, efetivamente, na forma em que se julga e que se sentencia.

Stegmann²⁶ trabalha o conceito de política criminal baseado a partir do viés que ele veio a classificar como “atuarial”. Esta perspectiva de política criminal causa profundos reflexos no Direito Penal, no direito processual penal e principalmente nas decisões judiciais contemporâneas, pois é marcado pela redução matemática de imperativos de um Estado que sente a obrigatoriedade de tentar recompor um status de estabilizador da sociedade através de postulados que em um Estado Democrático de Direito passam a ser conflitante, vez exigências democráticas quanto a procedimentos claros para um processo, rigor com a tipificação penal e a anterioridade da pena – o que oportunamente irá colocar em choque a legislação e garantias - estas passando a figurar como óbice para a concretização de uma visão de política criminal que se concentra no fim, independentemente do meio que usa para chegar ao mesmo.

Definitivamente, a versão de uma política criminal atuarial chega ao cúmulo de deslegitimar os dispositivos da lei e considera-los como pura burocracia impeditiva de resultados passando a ter “*vocação para reciclar velhas – e terríveis – práticas punitivas em novos e falsificados disfarces, mais ou menos elaborados*”²⁷

Por um lado, no que se refere ao Direito Penal, a reestruturação da criminalização primária e secundária por ferramentas de avaliação do risco (‘risk assessment tools’) reclama a subordinação de princípios e regras tributários à razão iluminista às diretrizes da lógica atuarial, não raro ao ponto de simplesmente negar a legitimidade do ordenamento jurídico, considerado indolente ou inapto para lidar com as atuais questões de segurança pública. As leis são vistas, portanto, como empecilhos à necessária automatização das práticas punitivas, que agora se reorganizam em torno da mais simples pretensão de continência do risco²⁸.

²⁶ DIETER, Maurício Stegmann. **Política criminal atuarial – a criminologia do fim da história**. 2011. f. 9. Tese (Doutorado em Direito do Estado) -- Universidade Federal do Paraná. Curitiba, 2011.

²⁷ SCHERER, Sebastian. Three trends into the new millenium: the Managerial, the populist and the road towards global justice. *In*: GREEN, Peter; RUTHERFORD, Andrew (ed.). **Criminal policy in transition**. Oxford, Portland: Hart Publishing, 2000. p. 243.

²⁸ DIETER, *op. cit.*, p.09.

A expressão de resultados matemáticos a partir da eficiência comparativa advinda da construção de padrões identificados em agrupamentos humanos evidencia a possibilidade que determinada pessoa com padrões matematicamente traduzidos, que seja semelhante ao padrão identificado de algum preso, possa representar risco específico ao corpo social, sendo que este risco pré-existente, surge para o Estado como uma prevenção antecipada em relação a um determinado indivíduo, ainda que este indivíduo, não tenha cometido crime algum. Na forma mais popular para descrever esta visão, o brocardo popular “filhinho de peixe, peixinho é!”, serviria como padrão de análise de risco de determinado indivíduo em um determinado agrupamento social.

A crítica a um expansionismo desenfreado já era denunciado por nomes como Hassemer e todo o contexto conjuntural dos pensadores da Escola de Frankfurt – uma realidade em que o controle do estado subjugasse e colocasse em segundo plano a própria liberdade e garantias individuais, entendendo que o contexto político criminal deveria direcionar-se a um processo de despenalização, mas também reconhecendo o sentido contrário que a política criminal passara a desempenhar deixando de orientar para interferir diretamente até mesmo no momento da decisão judicial²⁹.

O gerencialismo implantado na justiça penal passa a corroer e obstruir os fundamentos limitantes do estado em uma ordem democrática. Uma predestinação identificada por números que, beira uma quimera calvinista, passa a calcular uma sociedade de riscos, na medida em que essa definição de política criminal se contrapõe aos postulados básicos do Estado Democrático de Direito gerando efeitos catastróficos e aprofundando uma crise³⁰ no Direito Penal, na Criminologia, bem como no Direito Processual Penal³¹ – a exemplo da célula de estudo que identificamos, no caso, a presunção de inocência, que a frente será temática melhor explorada.

²⁹ PRITTWITZ, Cornelius. **Strafrecht und risiko**: Untersuchungen zur Krise Von Strafrecht und Kriminalpolitik in der Risikogesellschaft. Frankfurt am Main (Alemanha): Vittorio Klostermann, 1993.

³⁰ RODRIGUES, Roger de Melo. **A vítima e o processo penal Brasileiro**. 2012. f. 211. Dissertação (Mestrado em Direito) -- Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo (FADUSP), São Paulo, 2012.

³¹ DIETER, Maurício Stegmann. **Política criminal atuarial – a criminologia do fim da história**. 2011. f. 9. Tese (Doutorado em Direito do Estado) -- Universidade Federal do Paraná. Curitiba, 2011.

Em outro sentido, o alemão Scherer³² defende que pensadores clássicos que analisaram o crime e a pena como Montesquieu e Beccaria seriam mais críticos que a própria jurisprudência contemporânea. Scherer defende uma visão de política criminal que ele vem a chamar de Política Criminal Negativa. Esta política criminal negativa seria uma proposta que flerta com o abolicionismo, mas garante uma célula comum de punição *ratio* para os crimes mais odiosos, como por exemplo, o assassinato, o estupro. No entanto, a visão da Política Criminal Negativa de Scherer se concentra em um momento de preparação para a produção da lei, daí a origem do verbete “negativo” que adjetiva política criminal, vez que a visão de Scherer é que ao invés de expandir condutas penais, a política criminal deve servir para diminuir os números de condutas consideradas criminosas, restando a punição mais densa apenas para um núcleo duro de posturas identificado pelo o cometimento de atos atrozes cometidos de uma pessoa pela outra.

A visão de Scherer vai no sentido contrário à visão expansionista do punitivismo identificado na política criminal atuarial. A partir de uma visão de expansão do punitivismo cria um mundo que escapa a toda tentativa de educação e não cria mecanismos lógicos de controle administrativo real³³.

A eficiência buscada pela matriz de política criminal atuarial pode ser traduzida de forma bela em números, que, grosso modo, produzem uma falsa sensação de segurança na população quando relatados em cifras mastigadas em jornais e na internet – grosso modo, estes números e estatísticas servem mais de perfumaria e de mimetização de um cenário dantesco de punição que só se aprofunda.

Neste sentido, o judiciário passa a ser alvo de pressões sociais e de diversos setores – não é difícil encontrar nas fundamentações dos Ministros do Supremo a justificativa de decisões que sigam no caminho do atendimento a um pretense “sentimento da sociedade”. Isso talvez como uma forma de reafirmar a legitimidade de um poder que já perece pelo descumprimento das próprias regras do jogo, vez que cotidianamente, como já exposto, a corte que deveria proteger a Constituição Federal passa a desobedece-la com fundamento em questões de política criminal,

³² SCHERER, Sebastian. Three trends into the new millenium: the Managerial, the populist and the road towards global justice. *In*: GREEN, Peter; RUTHERFORD, Andrew (ed.). **Criminal policy in transition**. Oxford, Portland: Hart Publishing, 2000. p. 243-248.

³³ DIETER, Maurício Stegmann. **Política criminal atuarial – a criminologia do fim da história**. 2011. f. 14. Tese (Doutorado em Direito do Estado) -- Universidade Federal do Paraná. Curitiba, 2011.

ou mesmo em razão do acumulado histórico processual que, por vezes, vira desculpa para desobedecer a própria Constituição – a exemplo do caso da presunção de inocência que trataremos a frente. O que se observa, de fato, é a decisão a partir de contornos básicos que possam ser transformados em número – os Tribunais bem como o Conselho Nacional de Justiça sinalizam nesse sentido.

Ora, o problema maior na conceituação de política criminal é a tônica e o tempo de quando a mesma é utilizada para exercer influência na produção da lei, e ainda, quando esta política criminal é utilizada de forma alienígena e abusiva no momento da decisão judicial. Normalmente que não deveria ser justificativa plausível, deixar de cumprir um dispositivo constitucional em razão do número de intervenções processuais que a própria lei em vigor permita – ou seja, de forma bem direta, por motivos de ordem político criminal a Constituição estaria sendo desobedecida e a corte cometendo uma ilegalidade alegando óbice de natureza burocrática em razão do número de recursos existentes e legais da lei processual vigente – nos mesmos termos da realidade apresentada por Dieter.

A política criminal atuarial se vale de várias ferramentas e técnicas com apenas uma função e um só objetivo: a reorientação da justiça criminal para o fim de controle social de coletivos sociais³⁴. Neste sentido, caberia a política criminal a função de desenvolver estratégias e meios para conter a criminalidade – realidade que se mantém exclusivamente apartada do momento da decisão judicial – ou seja, dependendo da visão conceitual tomada para a definição de política criminal observa-se o deslocamento da política criminal do plano de estratégia para a diminuição do crime – seja através do fomento da revisão da lei/ sua reforma – para um ambiente em que não se pode afirmar que ela não esteja, mas que de fato não deva imperar, no caso, no momento da decisão judicial.

Não se trataria essencialmente de criar estratégias de política criminal que diminuíssem a possibilidade e o número de estupros, seria equivocadamente exercer expedientes não cabíveis na lei no ato decisório para, a partir disso, levar a sociedade uma informação que aquele que cometesse tal crime sofreria reprimenda substancial, ainda que essa punição seja exercida a partir da transformação de garantias – que passam a ser vistas como proteção de bandidos

³⁴ DIETER, Maurício Stegmann. **Política criminal atuarial – a criminologia do fim da história**. 2011. f. 101. Tese (Doutorado em Direito do Estado) -- Universidade Federal do Paraná. Curitiba, 2011. Vide o Capítulo II, A política criminal atuarial, especialmente o subcapítulo 2.3, a respeito do “perfil das classes perigosas” .

– em símbolos de uma estrutura vencida, baseada em uma burocracia processual que impede que o estado aplique punições rigorosas.

Trazendo para o contexto contemporâneo a respeito do que podemos entender como sendo o conceito de política criminal Pierangeli e Zaffaroni “[...] a política criminal é a ciência ou a arte de selecionar os bens (ou direitos), que devem ser tutelados jurídica e penalmente, e escolher os caminhos para efetivar tal tutela, o que iniludivelmente implica a crítica dos valores já eleitos³⁵.

Justamente no conceito de Pierangeli e Zaffaroni, encontramos uma definição clara do que poderíamos entender por política criminal, que se limitaria a uma eleição de bens jurídicos a serem protegidos, cumulado da função de como poderia vir a ofertar a proteção destes bens jurídicos.

Aqui surge um problema bem claro: parece comportar dentro do conceito de política criminal, ao que pese, ao menos, ao apresentado pelos autores de que essa contribuição/interferência da política criminal, que esta pudesse influenciar diretamente obedecendo a limites lógicos no processo de decisão judicial, mas jamais subverter a própria dogmática, ou mesmo, desconsiderá-la.

2.2 A Tensão Histórica entre Política Criminal e Dogmática Penal: o desvelar da importância da política criminal significaria a sublimação da dogmática penal?

O debate a respeito da relação entre a dogmática penal e política criminal flutua entre idas e vindas desde o final do século XVIII. A princípio, a questão da relação entre direito material e o sombreamento deste pela política criminal sempre esteve em voga na discussão dos pensadores que dedicaram sua atenção à criminologia, a dogmática penal e a política criminal.

Ao utilizar-se do verbete “sombreamento”, para se referir à relação desenvolvida entre campos irmãos de uma mesma ciência, mas que são verdadeiramente heterogêneos, a discussão de Luhmann³⁶ e os sistemas surge como uma viagem necessária na Teoria do Direito e no que Luhmann classifica como uma irritação de sistemas autônomos – por vistas, o que ocorre na relação

³⁵ ZAFFARONI, Eugenio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. **Manual de direito penal brasileiro:** parte geral. 11. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015. p. 115.

³⁶ LUHMANN, Niklas. **O direito da sociedade.** São Paulo: Martins Fontes, 2016. p. 52.

entre dogmática penal e a interferência da política criminal é de fato a irritação de um sistema por outros sistemas do Direito.

Liszt deu continuidade à preocupação de pensadores clássicos como Montesquieu, Beccaria quanto a uma preocupação aprofundada a respeito da relação entre dogmática penal e política criminal, não à toa, o próprio Liszt vai dedicar tópico específico no Código Penal alemão para tratar exclusivamente da questão da política criminal. De fato, um imperativo categórico será trabalhado na obra de Liszt sendo posteriormente desmembrado em camadas por Roxin – e aqui reside um ponto fulcral na discussão do tema: qual o real peso e qual era a visão de Liszt sobre a interferência da política criminal no Direito Penal e no Direito Processual Penal?

Uma questão precisa ser aclarada nesse debate, que seria normalmente o reflexo no direito processual penal de questões interligadas do Direito Material, nisso, nos apresenta a lição de Fernando Fernandes quanto do sombreamento entre disciplinas autônomas, mas interligadas dentro de todo um contexto de um mesmo sistema penal – em tese, tratar-se-iam de subsistemas.

Liszt é membro de uma geração de pensadores fortemente influenciada pela sociologia e por fenômenos de análise social – ele redireciona o olhar da questão criminal para uma análise não definida apenas pelo Direito Penal quanto da sua relação crime e pena – Liszt vai trabalhar a questão da política criminal interferindo no direito penal a partir de três pressupostos guias que seriam: (I) a reeducação através da correção daqueles que ocasionalmente praticaram um crime; (II) a intimidação pelo exemplo daqueles que não cometeram crimes e; (III) da inocuidade daqueles que, em tese, seriam “incorrigíveis”³⁷.

Chega-se, portanto a uma síntese que resumiria o pensamento de Liszt quanto à relação entre política criminal e dogmática penal, que, transitaria na importância da interferência de fatores sociais no desenvolvimento de leis que não se restringissem apenas a aplicação de uma pena e a definição de um crime, mas com efeitos externos a essa própria relação – isso poderia resumir a ideia de política criminal em Liszt.

Quando se trata de um perfil de controle para a interferência da política criminal em relação à dogmática penal e processual penal, quase sempre se conduz

³⁷ ELBERT, Carlos Alberto. **Franz von Liszt**: teoría y práctica en la política-criminal 1899-1919. 1. ed. Ciudad Autónoma de Buenos Aires: Prosa y Poesía American, 2017. p. 68.

a uma visão míope de que estaria a se pregar o ignorar da política criminal, ou mesmo, torna-la inócua perante o processo de construção legislativa penal – definitivamente, não é isso! Se assim fosse feito, a lente de reflexão voltaria para o tempo das considerações de Liszt, quando, influenciado pela sociologia e pelos pensadores modernos alemães passou a considerar pressupostos que fugiam diretamente a objetividade traçada pela escola exegética³⁸.

Noutro sentido, o que se está a debater é algo bem mais profundo que a simples ministração de doses da política criminal no processo de produção da lei, mas sim, a total subserviência da dogmática, por vezes, a sua desconsideração, culminando no uso direto de pressupostos da política criminal como argumento e imperativo lógico utilizado a desconsiderar a própria dogmática – isso bem evidente nas decisões judiciais contemporâneas.

Roxin e Fernandes vão revisitar Liszt para falar da importância da política criminal como campo de apoio autônomo ao direito material – isto será trabalhado mais a frente.

Liszt é contemporâneo ao cenário complexo de construção dos movimentos radicais na Alemanha – oportunamente, questões como a Constituição de Weimar e as frustrações advindas da não concretização de direitos exarados no corpo textual³⁹, além do cenário de crise e desarmonia geopolítica que vivenciava toda

³⁸ A Escola da Exegese surgiu no início do século XIX em meio ao caos político e social da França revolucionária. Nessa época, as diversas trocas de governo no Estado Francês, principalmente durante o período do Terror, provocaram uma grande desordem no ordenamento jurídico deste país. Tal fato causava grandes prejuízos aos negócios da classe social mais favorecida pela Revolução: a burguesia. A Escola da Exegese também pregava o Estado com a única fonte do Direito, pois todo o ordenamento jurídico seria originado da lei e, esta, por ser proveniente do legislador, teria como origem o Estado, ou seja, das fontes formais do direito atualmente aceitas pelo ordenamento jurídico brasileiro, somente a lei era admitida como fonte do Direito. No que discerne a aplicação do Direito, a Escola da Exegese pregava a concepção silogística. Tal entendimento, influenciado pelas ideias de Montesquieu, via o Direito como possuidor de três elementos básicos: o fato, a norma e a sentença. Outra importante fato a respeito da Escola da Exegese foi o seu caráter pioneiro no que discerne à divulgação do positivismo jurídico. Uma das principais características dessa corrente jurídico-filosófica é o princípio da adoção da onipotência do legislador. Tal aspecto está muito presente no Código Civil napoleônico. Cf. MELO, Liana Holanda de. *Hermenêutica jurídica: a escola da exegese e o mito da neutralidade. Âmbito Jurídico*, Rio Grande, ano 14, n. 85, fev. 2011. Disponível em: http://www.ambitojuridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=9031&revista_caderno=15. Acesso em: 9 jan. 2020; BOBBIO, Norberto. *O positivismo jurídico: lições de filosofia do direito*. São Paulo: Ícone. 1995. p. 65.

³⁹ Reconhecida como uma das primeiras propostas de Constituição a adensar pautas sociais, em contraposição visível ao movimento ascendente do socialismo na Europa. Talvez, em razão da frustração da não efetividade de tanta promessa, se intente a idéia de um refluxo que acabou fortalecendo movimento que vieram a descambar no Nazismo. KRELL, Andreas J. *Direitos sociais e controle judicial no Brasil e na Alemanha: os (des)caminhos de um direito constitucional "comparado"*. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 2002. p. 95-105.

região, serviram de pano de fundo para o desenvolvimento de diversas teorias de cunho sociológico e antropológico.

Não se pode descartar que questões como o Behaviorismo, além de um esforço de ressignificação também da Criminologia serviram de base para o desenvolvimento de ideologias como a do Nacional Socialismo.

Junto a Adolf Dochow, Liszt fundou a Revista para la ciência penal conjunta⁴⁰ (*Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft*) em 1881, nos anos seguintes Liszt vai passar pelas Universidades de Marburg e de Halle, sempre trabalhando temas e disciplinas conexas a criminologia, Direito Penal e Processual Penal⁴¹.

Liszt foi profundamente influenciado por Ihering⁴². Seu pensamento quanto à política criminal era que, esta, deveria ser orientada a fim da ressocialização e garantia das correntes retributivas dominantes da época, perseguindo uma finalidade utilitária e prática para os objetivos do Direito Penal⁴³.

O legado de Liszt é justamente trazer a lente à devida importância à política criminal como ciência autônoma, mas acessória do direito material, vez que em partes, foi com a interferência moderna da Sociologia Alemã que a própria política criminal assim como a criminologia passou a ser protagonista no que se refere ao sistema penal.

Efetivamente como isso se consolidou como interferência prática nos campos da dogmática penal (direito penal e processo penal)? Fernandes⁴⁴ faz um interessante apontamento, de algo que ele nomeou como sendo um perigo alertado por Liszt na relação entre dogmática e política criminal, especialmente de que a política criminal não deveria interferir diretamente nas decisões judiciais sujeita a estas se tornarem tão somente a representação do mais vil “decisionismo voluntário⁴⁵” de Juízes.

⁴⁰ ELBERT, Carlos Alberto. **Franz von Liszt: teoría y práctica en la política-criminal 1899-1919**. 1. ed. Ciudad Autónoma de Buenos Aires: Prosa y Poesía American, 2017. p. 84.

⁴¹ *Ibid.*, p. 84.

⁴² Rudolf von Ihering foi um jurista positivista alemão. Ocupa ao lado de Friedrich Karl von Savigny lugar ímpar na história do direito alemão, tendo sua obra grandemente influenciado a cultura jurídica em todo o mundo ocidental. Ihering foi um dos primeiros juristas a avaliar o direito como um produto construído por toda a sociedade enfatizando que “o direito é um labor contínuo, não apenas dos governantes, mas de todo o povo”. IHERING, Rudolf von. **A luta pelo direito**. Tradução de José Cretella Jr. e Agnes Cretella. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998. p. 28.

⁴³ ELBERT, *op. cit.* p. 84.

⁴⁴ FERNANDES, Fernando. **O processo penal como instrumento de política criminal**. Coimbra: Livraria Almedina, 2001. p. 17. (Coleção Teses).

⁴⁵ Oficialmente, o termo “decisionismo voluntário” foi criado pelo português Jorge de Figueiredo Dias.

Tentando conciliar a relação entre política criminal e dogmática penal, o português Dias propôs uma saída através da construção de uma terceira via que verdadeiramente conciliasse as duas vertentes da ciência criminal, principalmente para que o pensamento jurídico estivesse *“liberto tanto do dogma da exacta subsunção logicamente imposta, assim como da aventura da decisão voluntarista incontrolada⁴⁶”*.

Em que pese o fato de Dias ser um funcionalista, a proposta dele serve para confirmar um embate e a necessidade da definição de marcos na relação entre dois dos vetores da ciência criminal.

Jorge de Fernando Fernandes, brasileiro influenciado pelo funcionalismo português Liszt vai discorrer em brilhante Tese na Universidade de Coimbra a respeito do Processo Penal como instrumento de política criminal – embora a proposta de Fernandes siga trajeto diverso da crítica construída a partir dos dados presentes nesta pesquisa, vez o autor tentar consolidar o processo penal como instrumento de política criminal, e em algum termo, isso colidir justamente com a crítica que é tecida neste trabalho, e, oficialmente não convergir com o funcionalismo, a pesquisa de Fernandes surge com importantes elementos que acabam por ajudar subsidiar informações ajudando a desenvolver algumas das hipóteses levantadas nesta pesquisa.

Roxin⁴⁷ revisita Liszt para novamente trazer o foco da lente para a política criminal. A tentativa de Roxin se concentrava novamente em trazer importância para a política criminal no processo de desenvolvimento das políticas que se transformariam posteriormente em lei – diferentemente da ideia de utilizar-se da política criminal e transformá-la em centro decisório ao arripio da dogmática penal no ato da decisão judicial.

Ao perguntar-se nos dias atuais, qual o Estado da arte referente à questão penal? Dada às complexidades do questionamento, e ao dinâmico estágio de movimentação existente na sociedade pós-moderna, quase sempre é feita uma opção pelo entendimento da questão penal apenas limitada a um círculo de análise condicionado exclusivamente pela questão do crime e da pena – e, de fato, são estes elementos cruciais, mas efetivamente, não são os únicos.

⁴⁶ DIAS, Jorge de Figueiredo. A reforma do direito penal português – princípios e orientações fundamentais. **Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra**, Coimbra, v. 48, n. 24, p. 118, 1972.

⁴⁷ ROXIN, Claus. **Política criminal e sistema jurídico penal**. Rio de Janeiro: Renovar, 2002. p. 54.

A análise da questão penal em seu veio originário quer seja, o da dogmática penal, não está de nenhuma maneira desalinhada da forma como se verifica o direito – efetivamente através do direito processual penal, assim como a questões imbricadas como a organização judiciária, e ainda, a relação de todos os demais órgãos correlatos a essa discussão: enfim, acaba por verificar-se que a relação a crime e pena como objeto de desenvolvimento de campo é muito mais complexo e extenso⁴⁸.

Longe da perspectiva da construção de uma ciência pura – afinal efetivamente a ciência vive muito mais de combinações e contrastes que essencialmente a busca da indivisibilidade ou de uma tenacidade límpida e unitária, Fernandes, a partir e sua visão funcionalista do Direito Penal, salienta um choque anterior à questão da discussão dos embates entre política criminal e dogmática, quando o mesmo afirma que existe uma tensão originada do conflito hodierno dessas duas escolas na questão penal⁴⁹. Isso se intensificou especialmente após o avanço do terrorismo na Europa e nos Estados Unidos de meados da década de 90 para o início dos anos 2000⁵⁰. Efetivamente o que Fernandes está a denunciar é que em razão da necessidade de uma legislação de emergência que fosse eficiente, alastrou-se isso como um fenômeno generalizado que passou a influenciar de forma mais contundente a “questão penal” de uma forma geral, desde a leitura, as tipificações e o processo penal como um todo.

Como já abordado, a rapidez do mundo pós-moderno e o avanço de tecnologias tornaram a questão do crime, da pena e de como se apura e pune os crimes, em meio à complexidade das mais variadas modalidades que surgem a cada dia, figuram como motor de uma tensão que já é natural entre linhas penais, uns

⁴⁸ FERNANDES, Fernando. **O processo penal como instrumento de política criminal**. Coimbra: Livraria Almedina, 2001. p. 9. (Coleção Teses).

⁴⁹ *Ibid.*, p. 10.

⁵⁰ FARIA COSTA, José Francisco de. O direito penal, a linguagem e o mundo globalizado. Babel ou Esperanto universal? In: D'AVILA, Fábio Roberto (org.). **Direito penal e política criminal no terceiro milênio**: perspectivas e tendências. Porto Alegre: EDIPUCRS, 2011. E com a crise desse modelo de Estado entrou também em crise uma certa ideia liberal de direito penal. Por todos os cantos se ouvem vozes a reclamar mais direito penal, sobretudo através de neocriminalizações – tantas vezes com um valor meramente simbólico, porquanto é difícil, quando não impossível, aí descobrir a proteção de qualquer bem jurídico –, e ainda por meio da exasperação das penas a que não falta também a ideia de uma clara diminuição das garantias processuais. E quer isso tudo em cada um dos Estados. E porquê? Porque há um inimigo comum. E qual é ele? O terrorismo. Um inimigo sem rosto que está em todo o sítio e em lugar nenhum. E se esta é retórica política que se propala não se pense que não há a dimensão estritamente jurídico-penal a tentar legitimar “cientificamente” uma tal maneira de ver e interpretar estes tempos de desconfiança e de medo de todos contra todos. O chamado direito “penal do inimigo” é a tentativa de resposta uma tal exigência de securitarismo.

optando por modelos mais “garantistas” – que normalmente possuem como característica básica a defesa daquele que é acusado através de mecanismos idôneos, legislação prévia, juízo prévio e garantias constitucionais perante o *jus puniendi* do Estado, em contrapartida a um modelo que tem por maior preocupação a eficiência e a funcionalidade dos aparelhos estatais e do sistema de justiça prisional como um todo.

O cenário apresentado no parágrafo anterior coloca em choque a formalidade e os limites da dogmática com o interesse emergencial de resposta do estado em relação à criminalidade e a violência – e modelos de respostas que interferem, seja na relação com o terrorista na Itália quanto na relação com o crime organizado na América do Sul, ou, mesmo na relação do Poder Judiciário com o homem médio que normalmente não participa e não vive o cotidiano de uma vida no crime, mas também a focos direcionados a grupos segmentados e modalidades de crimes como a cruzada aos crimes de colarinho branco, no Brasil, a rigor exercidos pela Operação Lava Jato.

Trata-se efetivamente de uma discussão de modelos e engenharias de punição que variam diametralmente entre a necessidade constitucional de um estado limitado pelo princípio da culpabilidade (sujeito a formas e normas) e um Estado em que a pena é útil pragmaticamente pelo seu fim social, passando a tratar como coisa/objeto a pessoa que vai ser submetida a ela. Noutro sentido, entende-se que um Estado em que a pena e o processo penal estão limitados ao princípio da culpabilidade/presunção de inocência, estaria esta pena condenada a não ter funcionalidade⁵¹.

O que se está a apresentar é uma tensão entre modelos que, em mais ou menos grau, de um lado aproxima-se do constitucionalismo cidadão e garantista na questão penal e processual, ou, optam seguem a opção de encarar a questão penal estritamente como um modelo punitivo efficientista.

A princípio, apresenta-se uma crise em relação à forma administrativa como o Estado passou a se sujeitar ao constitucionalismo e às regras do Estado de Direito – este último também em crise isso de igual forma afetando o direito penal e

⁵¹ JAKOBS, Gunther. El principio de culpabilidade el principio de culpabilidade. **ADPCP**, [S. l.], t. 45, fasc. 3, p. 1051-1083, 1992. Disponível em: <http://www.cienciaspenales.net>. Acesso em: 9 mar. 2020. p. 126. Vide também FERNANDES, Fernando. **O processo penal como instrumento de política criminal**. Coimbra: Livraria Almedina, 2001. p. 10. (Coleção Teses).

reflexivamente o direito processual penal⁵². A sujeição do Estado a regras constitucionais passou a figurar como óbice para o combate a violência e o crime – sendo que a interferência do estado na questão penal, guiada por respeito às liberdades e garantias individuais, coloca a política criminal como ferramenta de intervenção, ou, mecanismo a solucionar os problemas administrativos da questão penal.

Existe efetivamente um processo de crise⁵³ tanto no direito penal quanto no direito penal processual que coloca em choque modelos diferentes: de um lado a busca por uma eficiência utilitarista com toques da *common law*⁵⁴, e do outro lado um garantismo que sobrevive as acusações de ser inócuo perante a sociedade contemporânea, mas que efetivamente cumpre parte daquilo que se idealizou a partir das ideias das constituições liberais e toda a tradição da *civil law* de onde se origina o direito brasileiro.

O mais contundente nessa relação é que esta interferência da política criminal não vai se limitar apenas a contribuir com o processo legislativo de alteração das leis, mas efetivamente se tornar guia e bússola até de decisões judiciais que ignoram a dogmática penal.

Fernandes parece fazer o caminho inverso da pesquisa que aqui se desenvolve. Isso fica saliente quando Fernandes apresenta a ideia básica do seu trabalho que, seria em síntese, analisar as possibilidades do uso da política criminal no processo penal como óleo de engrenagem a azeitar a funcionalidade do sistema como um todo – neste ponto salienta-se que, por motivo metodológico este trabalho utiliza-se do trabalho de Fernandes, mas a proposta de Faria Costa não é funcionalista, e objetivamente a escrita e os objetivos do trabalho de Fernando Fernandes são essencialmente funcionalistas.

A princípio, como bem demonstrado na introdução da tese de Fernandes, existe uma preocupação na adoção de mecanismos advindos e influenciados pela política criminal que garantam maior “funcionalidade” ao direito processual penal⁵⁵, que analisa a possibilidade de dialogo desse modelo com uma pretensa

⁵² RODRIGUES, Roger de Melo. **A vítima e o processo penal Brasileiro**. 2012. f. 213. Dissertação (Mestrado em Direito) -- Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo (FADUSP), São Paulo, 2012.

⁵³ FERNANDES, Fernando. **O processo penal como instrumento de política criminal**. Coimbra: Livraria Almedina, 2001. p. 18. (Coleção Teses).

⁵⁴ *Ibid.*, p. 11.

⁵⁵ *Ibid.*

compatibilidade ao movimento garantidor. O funcionalismo encarado por Fernandes evidencia a tensão entre modelos garantista e eficientista⁵⁶ e discute, especialmente, se referindo ao Brasil, um processo de americanização da lei⁵⁷, principalmente quando alerta para uma conversão de um modelo *law in book* em *law in action*⁵⁸, como solução para superação eventual de lacunas, conflitos de normas, citando inclusive o caso da Lei 9099/95 (Lei dos Juizados Especiais Criminais) – que invariavelmente infiltrou no ordenamento jurídico brasileiro⁵⁹ instrumentos do *plea bargaining* americano⁶⁰, tais como a transação penal e a suspensão condicional do processo.

Faria Costa, em texto produzido para o encontro de política criminal no terceiro milênio, no ano de 2009, curiosamente defendia, especialmente no direito penal, a defesa de uma “Babel”, em razão de uma malfadada e perigosa tentativa de criação de um direito penal que funcionasse como um “esperanto universal” - uma crítica direta a importação/transposição legislativa como forma de política de combate ao terrorismo e as formas grupos organizados para o crime – a preocupação de Faria Costa baseava-se essencialmente que a extensão de mecanismos externos do direito penal pudesse ocasionar uma lassidão do direito penal para outros campos normativos, assim avançando sobre direitos e garantias fundamentais constitucionais em nome de uma pretensa sensação de securitização⁶¹.

A princípio estaria Liszt a fazer um aparte entre Direito e Moral, levantando a problemática de uma dificuldade em que a própria ciência penal transita entre a ciência social e a ciência jurídica, evidenciando um conflito insurgente entre o interesse coletivo da sociedade e os ideais liberais que atrelariam a dogmática uma

⁵⁶ FERNANDES, Fernando. **O processo penal como instrumento de política criminal**. Coimbra: Livraria Almedina, 2001. p. 13. (Coleção Teses).

⁵⁷ SUXBERGER, Antonio Henrique Graciano; GOMES FILHO, Dermeval Farias. Funcionalização e expansão do direito penal: o direito penal negocial. **Revista de Direito Internacional**, Brasília, DF, v. 13, n. 1, p. 377, 2016.

⁵⁸ *Ibid.*, p. 379.

⁵⁹ CORDINI, Nicolás Santiago. The internationalization of criminal law transnational criminal law basis for a regional legal theory of criminal law. **Revista Brasileira de Políticas Públicas**, Brasília, DF, v. 8, n. 1. p. 260-275, abr. 2018.

⁶⁰ SARAIVA, Isaac Ronalhti Sarah da Costa. Plea bargaining: a influência do direito premial americano no direito penal brasileiro. *In*: ÁVILA, Gustavo Noronha de; BRAGA, Romulo Rhemo Palitot (coord.). Direito penal, processo penal e criminologia. **Revista Legal Framework For Information Society (LEFIS)**, Zaragoza, p. 164-182, 2019.

⁶¹ FARIA COSTA, José Francisco de. O direito penal, a linguagem e o mundo globalizado. Babel ou Esperanto universal? *In*: D'ÁVILA, Fábio Roberto (org.). **Direito penal e política criminal no terceiro milênio: perspectivas e tendências**. Porto Alegre: EDIPUCRS, 2011. p. 23.

bula de limites materiais e processuais que possibilitariam a pena a conduta recriminada, a partir de limites lógicos, bem definidos e limitados. Fernandes vai dizer que

Distinguem-se, assim, no plano da Ciência Penal, a dogmática jurídica – à qual corresponde a função liberal do Estado de Direito de assegurar a igualdade na aplicação do Direito e a liberdade individual contra o ataque do Estado – da política criminal, cuja missão inclui os métodos adequados, no sentido social, para a luta contra o delito, ou seja, a chamada missão social do Direito Penal. Enquanto o Direito Penal, como ‘magna carta do delinquente’, protege não a comunidade e sim o indivíduo que se rebela contra ela, garantindo-lhe o direito de ser castigado somente sob os pressupostos e limites legais, à política criminal pertenceria à ideia de finalidade dessa parcela do ordenamento jurídico⁶².

Outro funcionalista português, Dias, vai analisar a questão da problemática entre dogmática penal e política criminal dando como sugestão de solução para a questão a alternativa da terceira via – a princípio entendendo o direito como um sistema aberto e que seu fechamento se daria pela contextualização do caso concreto com a lei e a consideração de questões político criminais no ato da aplicação da decisão⁶³. Mas de fato, essa questão já foi por demais discutida por pensadores da hermenêutica, em especial, por Streck que vai atribuir a função de fechamento do sistema do direito aos princípios⁶⁴, pois estes princípios já estariam embutidos dentro do contexto lógico interpretativo da letra da lei – logo não podendo por uma questão de política criminal decidir contrário a lógica do próprio texto da lei – a rigor o que ocorreu no caso da questão da presunção de inocência no Brasil, durante uma extensão temporal absurda pós 1988, mas precisamente até 2009, e retornando a tal entendimento de 2016 até o julgado da ADC 43/DF, ao fim de 2019.

Surgem dois momentos especiais a serem discutidos: o primeiro a respeito do momento da formatação e desenvolvimento da lei pelo legislador e outro, o momento da aplicação da lei e a natural subsunção e interpretação aplicada ao caso concreto.

⁶² FERNANDES, Fernando. **O processo penal como instrumento de política criminal**. Coimbra: Livraria Almedina, 2001. p. 29-30. (Coleção Teses).

⁶³ DIAS, Jorge de Figueiredo. A reforma do direito penal português – princípios e orientações fundamentais. **Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra**, Coimbra, v. 48, n. 24, p. 118, 1972.

⁶⁴ STRECK, Lenio Luiz. **Dicionário de hermenêutica**: quarenta temas fundamentais da teoria do direito à luz da crítica hermenêutica do direito. Belo Horizonte: Letramento: Casa do Direito, 2017. p. 304.

Tomamos no início deste subcapítulo o texto de cunho de Dias, para tratar a respeito se esse mesmo julgador estaria preso à exegética de uma subsunção fria vinculada estritamente a letra da lei, ou, conviveria com a possibilidade aberta da arbitrariedade de um “decisionismo voluntário incontrolado”, que aqui tomar-se-ia como um sinônimo do contemporâneo Ativismo Judicial.

Ao decorrer da história alguns movimentos tentaram condicionar a lei ao sentido estrito da literalidade do texto. Entre os maiores expoentes desse pensar destaca-se a escola exegética⁶⁵ francesa que propugnava um condicionamento total a letra da lei e tão somente a isso, o que, sabe-se controverso em razão das possibilidades de caso concretos aplicados a letra fria da lei acabar inclusive por produzir injustiça em algumas oportunidades – daí a seara do pensamento de entender o raciocínio da lei a partir de princípios e de uma função social que a lei objetivou no momento da sua formação: um objetivo social que está embutido na lei, e que, a ela, reflete uma determinada finalidade e função, que, de maneira alguma, poderia ser subvertida em relação ao objetivo originário que fez com que determinada lei fosse constituída.

A escola da exegese teve como base parte do legado do Direito Romano, principalmente do *corpus juris civilis*, afinal foi a partir destes elementos e destas tradições advindas dos “criadores da lei escrita” que um de seus principais expoentes, o movimento codificador Francês⁶⁶, passou a aplicar a ideia do uso de textos codificados figurando como espécie de texto sagrado e sendo origem do que se entende por Positivismo, pois, a partir dali, os códigos escritos passariam a ser o “dado positivo com o qual deveria lidar a ciência do Direito⁶⁷”. Outros movimentos como a Jurisprudência analítica (Inglaterra) e a Jurisprudência dos Conceitos (Alemanha) surgiram em mesma época, e, possuíam como lastro comum o fato de conferir ao Juiz o papel limitado do que ficou conhecido como “Juiz boca da lei⁶⁸”.

Mas efetivamente o que se estar a tratar não é de uma obediência cega e ligada exclusivamente ao texto frio da lei – isso inclusive figura como ponto superado

⁶⁵ BOBBIO, Norberto. **O positivismo jurídico**: lições de filosofia do direito. São Paulo: Ícone. 1995. p. 66.

⁶⁶ *Ibid.*, p. 67.

⁶⁷ STRECK, Lenio Luiz. **Dicionário de hermenêutica**: quarenta temas fundamentais da teoria do direito à luz da crítica hermenêutica do direito. Belo Horizonte: Letramento: Casa do Direito, 2017. p. 168.

⁶⁸ *Ibid.*, p. 168-169.

por pensadores da Teoria do Direito Vesting⁶⁹, Friedrich Muller e pela própria Crítica Hermenêutica, capitaneada por Streck. Também não se está a falar ao ideal de uma visão de complementariedade entre a dogmática penal em relação à política criminal, ou mesmo ainda em relação à criminologia. De fato, não se trata disso.

Tomando por base a Revista Brasileira de Políticas Públicas⁷⁰, observa-se um chamado voltado para a questão penal – a própria edição tomou como mote o enunciado de Políticas públicas e boas práticas para o sistema penal. O foco da temática da revista, do ano de 2018, apresenta proposta da formulação da agenda político-criminal com base no modelo de ciência conjunta do direito penal. Invariavelmente retorna-se ao tempo de Liszt para reafirmar algo completamente aceitável. Sim! Não há problema alguma na visão de complementariedade entre dogmática penal, criminologia e política criminal – de fato, o contexto de utilização de tais medidas, pode, sem excessos, orientar com muito mais afinco o processo de políticas públicas para a área criminal: aqui talvez resida o maior problema em questão: o próprio Liszt apartou política criminal como política pública de Estado, notadamente vinculada ao poder executivo.

O ponto nodal da discussão é que o que se trata não é de uma utilização complementar, por exemplo, da criminologia a fim da criação de mecanismos penais mais eficientes. Também não está a se tratar de um judiciário que aplica leis observando a dogmática penal e tomando decisões embasadas na política criminal dentro dos limites normativos e principiológicos – pois afinal, o que se está a fazer (um dos próprios casos que serão desenvolvidos em capítulo seguinte deste trabalho) é o completo ignorar da legislação utilizando-se da política criminal como justificativa lógica de decisões que ferem tanto o fundamento e a função do Direito Penal, como do Direito Processual Penal, como a dogmática penal que está adstrita a Constituição Federal assentada em procedimentos e garantias.

Efetivamente, a ideia construída de apoio da política criminal como uma ciência conjunta, transita na hipótese dos estudos e políticas públicas voltadas para a questão criminal servirem de embasamento para o desenvolvimento das próprias

⁶⁹ Vesting fala que após a segunda guerra mundial a teoria do direito foi fortemente influenciada por características já denunciadas em seus textos pelo próprio Martin Heidegger, tais como, o tecnicismo, o fordismo jurídico e “[...] o estudo altamente mecanizado do direito vigente”, exercendo o papel apenas da “[...] mera aplicação da lei estatal”. VESTING, Thomas. **Teoria do direito: uma introdução**. São Paulo: Saraiva, 2015. p. 09.

⁷⁰ POLÍTICAS públicas e boas práticas para o sistema penal. **Revista Brasileira de Políticas Públicas**, Brasília, DF, v. 8, n. 1, 2018.

leis – e isso normalmente será criticado demais, pois a política criminal também tem interferido no processo de posituação de medidas de expansão do Direito penal e processual penal. O que, de certo, é ponto secundário neste trabalho, em razão de questão mais grave, que seria, de fato, a política criminal interferindo diretamente nas decisões judiciais em desrespeito completo a dogmática penal - seja na mais pura e limitada visão exegética, que, em alguns casos ainda seria mais respeitável que a total negação do texto da lei nos seus mais diversos sentidos semânticos, normativos e principiológicos, vez garantir algo que hoje falta às decisões judiciais: segurança jurídica.

Fora feito um aparte em duas questões para que elas pudessem ser dissecadas, pois dão fio ao raciocínio desta discussão: a primeira questão seria a política criminal interferindo de forma nociva no processo de produção das leis; o segundo ponto seria o total desrespeito da dogmática penal a partir de pressupostos essencialmente da política criminal, nesse caso dando base para fenômenos como o Ativismo Judicial, ou, como pontuado por Dias, um Decisionismo voluntário incontrolado – um efeito arbitrário que desconsidera a dogmática, assim como os princípios garantistas do Direito material e processual penal com o objetivo de proferir decisões que teoricamente passem para a sociedade/coletividade a ideia de securitização e combate ao crime.

Nisso, pode-se concordar que exista na pena, a partir de uma visão funcional, parte do objetivo de coerção do comportamento criminal na sociedade, este último invariavelmente incompatível com a visão onto-antropológica de Faria Costa, vez que a mesma se baseia em uma ideia não funcional e também, bebe na fonte garantista que prioriza o respeito à dignidade humana e as direitos e garantias fundamentais constitucionais, nos mesmos termos das palavras de Neves quando afirma que “por estranho que pareça, o direito penal é uma ordem de liberdade⁷¹”.

Por outro lado, cita-se que a interpretação da política criminal impediria a possibilidade de arbitrariedades de um decisionismo voluntário, ou, como bem conhecido nos dias atuais, Ativismo Judicial.

Mas o que se observa é que a interferência da política criminal, em especial, no caso do Brasil, acaba por gerar a desconsideração do texto da lei, os princípios

⁷¹ NEVES, António Castanheira. «Entre o “legislador”, a “sociedade” e o “juiz” ou entre “sistema”, “função” e “problema” – os modelos actualmente alternativos da realização jurisdicional do direito». **Boletim da Faculdade de Direito**, Coimbra, n. 74, p. 25, 1998.

que nela estariam contidos, passando a decidir processos criminais a partir do prisma do quanto eles vão repercutir na sociedade⁷², ou mesmo, o quanto isso significará para a diminuição na fila de processos nas cortes superiores, ou ainda, se tal decisão atenderá ao interesse de parte da sociedade – justificativas que fogem, grosso modo, a própria lei e ao interesse de promoção da justiça.

Ainda que estas últimas aparentem significar resposta estatal a violência e combate ao crime, a forte interferência da política criminal em face da dogmática nas decisões judiciais carrega consigo parte dos elementos de um Realismo Jurídico à brasileira, que se alimenta de um protagonismo judicial, ou aquilo que será classificado como Ativismo Judicial, uma conjuntura que “tende a relativizar os direitos individuais – cerne da estrutura de garantias de um processo penal⁷³” em nome de um interesse público, ou de um sentimento da sociedade que em nada em compatível com o sistema processual penal acusatório que vigora no Brasil, ou que ao menos se pensa vigorar.

2.3 Realismo Jurídico, Ponderação e Solipsismo como Instrumentos a Serviço da Política Criminal – a faceta do protagonismo judicial interferindo nas decisões judiciais: quando o “sentimento da sociedade” fundamenta a decisão ativista

O Realismo Jurídico é um movimento jurídico com dois expoentes de maior destaque – no caso, o Realismo americano e o escandinavo, mas vamos nos ater especialmente ao primeiro. A figura de Oliver Wendel Holmes é conhecida como um dos maiores pensadores do Realismo americano. Streck no Dicionário de Hermenêutica⁷⁴ apresenta algumas das características básicas adotadas pelos adeptos do Realismo Jurídico americano:

- a) mantêm sua atenção nas mudanças e não sobre o caráter estático da realidade jurídica;
- b) afirmam que os juízes exercem uma atividade criativa sobre o direito;

⁷² D’AVILA, Fábio Roberto (org.). **Direito penal e política criminal no terceiro milênio: perspectivas e tendências**. Porto Alegre: EDIPUCRS, 2011

⁷³ STRECK, Lenio Luiz. **Dicionário de hermenêutica**: quarenta temas fundamentais da teoria do direito à luz da crítica hermenêutica do direito. Belo Horizonte: Letramento: Casa do Direito, 2017. p. 290-291.

⁷⁴ *Ibid.*

- c) o Direito é concebido não como um fim, mas como meio para alcançar objetivos sociais;
- d) assumem uma atitude científica direcionada a observação dos fatos sociais;
- e) em sua concepção o conjunto de regras jurídicas não se coloca como o principal objeto de análise pela ciência do Direito;
- f) criticam conceitos jurídicos tradicionais e normas entendidas em sentido tradicional, e advogam que essas últimas nada mais seriam que ‘profecias’ a indicar o que os tribunais provavelmente irão fazer [...].⁷⁵

O realismo jurídico é tido como uma postura não cognitivista – o direito é tido como uma técnica operacional advinda daquilo que o intérprete diz que ele é⁷⁶. O Realismo jurídico surgiu como uma forma de contraposição ao formalismo exegético, abrindo caminho para discricionariedades e decisionismo.

Há no Realismo Jurídico uma opção em nome do protagonismo judicial através da crença em um “protagonismo dos juízes”⁷⁷ – estes estariam, autorizados, a partir de uma série de possibilidade de “opções corretas” originadas no ordenamento jurídico, a escolher qualquer uma das opções segundo seu arbítrio.

Essas características acabam por afetar toda uma ordem pensada em uma lógica do direito voltada do plano do conhecimento para o plano da vontade exclusiva dos magistrados, gerando incompatibilidades no sistema de separação dos poderes, vez que o judiciário passa a ser o centro geral dos poderes; o Estado de Direito é afetado pela falta de previsibilidade das decisões, insegurança jurídica, e mesmo os direitos individuais passam a ficar a mercê exclusivamente da “vontade dos magistrados”.

Os realistas são considerados “positivistas fáticos”⁷⁸, pois concentram no fato empírico a guia mestre das decisões.

A escola do realismo americano é literalmente “o Direito de Juízes” e o Direito será, efetivamente, aquilo que os “Juízes decidirem” – no Supremo Tribunal Federal, além das decisões do Ministro Luiz Roberto Barroso que acompanharemos no presente estudo de caso, o próprio Ministro Fux já prolatou afirmativas em decisões dizendo que o Direito seria aquilo que o Juiz diz que é.

⁷⁵ STRECK, Lenio Luiz. **Dicionário de hermenêutica**: quarenta temas fundamentais da teoria do direito à luz da crítica hermenêutica do direito. Belo Horizonte: Letramento: Casa do Direito, 2017.

⁷⁶ *Ibid.*, p. 246.

⁷⁷ *Ibid.*, p. 291.

⁷⁸ *Ibid.*, p. 247.

Em tese, para o Realismo americano, o Direito está apartado da norma. Mais do que na norma, o Direito está na sociedade, em uma clara referência aos sensores da sociedade que fornecem comando de resposta a aquilo que se desenvolve pelo Estado enquanto política criminal.

O Realismo jurídico está embutido de uma essência profunda de “altas exigências morais”, e estas não se subjugam a uma hierarquia de normas, assim como pensou e estruturou Hans Kelsen – os realistas recusam a lógica originada do normativismo kelseniano⁷⁹. Notadamente, para o Realismo Jurídico a autonomia do Direito é recusada, na medida em que o texto legal passa a condição de mera perfumaria utilizada para convalidar retoricamente as decisões dos Juízes – o direito é em poucas palavras aquilo que os juízes dizem que é⁸⁰.

Apresentadas as características básicas do Realismo Jurídico, vamos apresentar alguns pontos presentes no Voto do Ministro Barroso que indicam forte influência da vertente do Realismo Jurídico Americano.

A ausência de preocupação com a autonomia do Direito faz com que a busca pela integridade e o horizonte de uma decisão justa, sejam substituídos por concepções sociológicas, elementos da moral que visam encapsular o comando da lei a serviço de visões sociais que aparentam serem justas, mas que afetam diretamente a divisão de poderes e os limites das competências de cada um dos poderes – nesta visão, passa-se a trazer elementos do cotidiano da sociedade para justificar o contorcionismo discrepante que é feito ao arrepio do texto constitucional.

2.3.1 A Utilização dos Mandados de Otimização de Robert Alexy como Justificativa Etiquetada de Existência de uma Metodologia da Decisão

Utilizar a “ponderação” como justificativa para a solução de um caso que envolva conflito de regras, ou princípios virou moda nas decisões judiciais no Brasil. A importação da Teoria de Robert Alexy é profundamente criticada por diversos autores – e aqui é preciso ressaltar uma crítica feita com maestria por Streck quando

⁷⁹ Como bem sabido, Kelsen idealizou uma pirâmide hierárquica de leis, enfatizando uma estrutura programática para o controle de constitucionalidade de tudo aquilo que partisse da lei maior de uma nação – notadamente controlado por um Tribunal Constitucional.

⁸⁰ STRECK, Lenio Luiz. **Dicionário de hermenêutica**: quarenta temas fundamentais da teoria do direito à luz da crítica hermenêutica do direito. Belo Horizonte: Letramento: Casa do Direito, 2017. p. 249.

ele diz que a Ponderação passou a ser usada apenas para legitimar a “escolha”⁸¹ aleatória feita em uma decisão. Isso porque, embora se cite costumeiramente “proporcionalidade”, “ponderação”, “mandados de otimização”, não se seguem efetivamente, as etapas indicadas por Alexy para a resolução de “hards cases” que tenham em conflito regras e princípios, o que se faz na verdade é o que Philipp Heck intitulou de “Jurisprudência dos Interesses”⁸² – uma influência que levou os Tribunais brasileiros a transformar a regra da ponderação em princípio⁸³.

Originalmente a ponderação de Alexy serviria tão somente a ser aplicada quando do conflito de princípios, jamais havendo essa possibilidade quanto à aplicação da Teoria em eventual conflito de regras – isso seria inadmissível, vez que, o sistema do Direito, princípios e regras são em sua essência “normas”, assim, ao se estar ponderando normas, estariam incluídas nestas tantas as “regras” quanto os “princípios”, o que notadamente é vedado pelo próprio Alexy a aplicação da ponderação a regras, pois ao fazer, o juiz deixaria de cumprir uma regra – afinal regras se cumprem ou não, só que a ponderação, subjetiva como é, não oferece elementos suficientes que possa fundamentar uma possível antinomia. Sendo assim, não poderia o juiz criar normas ou deixar de aplicar uma regra válida, ato que seria extremamente grave, vez que efetivamente transformaria o Poder Judiciário em um legislador⁸⁴ – problema que pode facilmente ser constatado em trecho do voto do Ministro Luiz Roberto Barroso na ADI 5874

3. Deveres de proteção e mandamento da proporcionalidade

[...]

74. Para assegurar que a atuação estatal na garantia de valores constitucionais se dê em justa medida, o mandamento da proporcionalidade comporta, além de uma vertente de *proibição do excesso*, que paralisa a eficácia de restrições irrazoáveis a direitos fundamentais, uma dimensão de *vedação à proteção insuficiente*. De acordo com essa ideia, as normas jurídicas que deixem de estabelecer patamares adequados de proteção a valores resguardados pela Constituição são inválidas. Em tais casos, o poder público descumpre o dever de adotar as ações necessárias à defesa de valores de estatura constitucional, justificando-se, portanto, a atuação corretiva do Supremo Tribunal Federal.

⁸¹ Em Verdade e Consenso, professor Streck faz uma brilhante distinção a respeito de “escolha” e “decisão”. STRECK, Lenio Luiz. **Verdade e consenso**. 6. ed. rev. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2017.

⁸² STRECK, Lenio Luiz. **Dicionário de hermenêutica**: quarenta temas fundamentais da teoria do direito à luz da crítica hermenêutica do direito. Belo Horizonte: Letramento: Casa do Direito, 2017. p. 153.

⁸³ STRECK, *op. cit.*, p. 81.

⁸⁴ STRECK, Lenio Luiz. **O que é isto – decido conforme minha consciência?** 6. ed. rev. e atual. de acordo com as alterações hermenêutico-processuais dos códigos. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2017. p. 63.

Nesse sentido, a missão principal do Direito é evitar diminuir e/ou eliminar a discricionariedade na decisão judicial, isso reforça primados como segurança jurídica e a previsibilidade – o que se espera das decisões em uma democracia.

No Brasil, a ponderação, teoria de Alexy parece ter sido importada da forma mais grosseira possível, pois quase sempre a ponderação é tomada nas decisões como “a escolha de um argumento que teria, em tese, mais relevância para determinado caso⁸⁵.

Segundo Alexy, a ponderação obedeceria três etapas identificadas como: (I) adequação, (II) necessidade e a (III) proporcionalidade em sentido estrito – sendo que as duas primeiras se concentrariam na análise das possibilidades fática e a terceira⁸⁶ teria a função de apresentar as possibilidades jurídicas para o litígio, observando sempre que “quanto maior for o grau de não satisfação ou de afetação de um princípio, tanto maior terá que ser a importância da satisfação do outro”.

Em pesquisa feita por Fausto de Moraes comprova o viés equivocado que o próprio Supremo Tribunal Federal tem tratado a questão da proporcionalidade, quando avalia que em 189 casos julgados ao decorrer de uma década em nenhum dos casos o Supremo Tribunal seguiu o procedimento nos termos do propugnado na Teoria Alexiana⁸⁷.

Oportunamente, a Teoria Alexyana tem servido de pano de fundo ao protagonismo judicial, pois, literalmente se etiqueta as decisões com uma virtual presença do método da teoria Alexyana, mas as decisões judiciais terminam sendo exclusivamente do juiz e suas *escolhas*⁸⁸.

2.3.2 Solipsismo: as amarras de um centro gravitacional afastado da Constituição

O solipsismo é parte das características de um ceticismo que está vinculado ao Realismo Jurídico e ao uso equivocado da Teoria de Robert Alexy – essa miscelânea de teorias serve exclusivamente para justificar Ativismos e o

⁸⁵ STRECK, Lenio Luiz. **O que é isto – decido conforme minha consciência?** 6. ed. rev. e atual. de acordo com as alterações hermenêutico-processuais dos códigos. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2017. p. 62.

⁸⁶ ALEXY, Robert. **Tres escritos sobre los derechos fundamentales y la teoría de los principios.** Trad. Carlos Bernal Pulido. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2003. cap.3, p. 93-137.

⁸⁷ STRECK, Lenio Luiz. **Dicionário de hermenêutica:** quarenta temas fundamentais da teoria do direito à luz da crítica hermenêutica do direito. Belo Horizonte: Letramento: Casa do Direito, 2017. p. 154.

⁸⁸ *Ibid.*, p. 155.

protagonismo judicial decisionista. Nele, o juiz pensa que pode e, assim o faz⁸⁹. Reproduzo as palavras de Streck quando diz que “deixemos que os textos nos digam algo”. É preciso que deixemos que a Constituição, através da sua linguagem pública, dê o seu recado. Mas esta mesma Constituição não constrange epistemologicamente o sujeito solipsista. O juiz passa a definitivamente ser o sentido, a razão e a decisão. Ele se basta! Do alto de uma decisão privada – sim! Privada, pois não parte de mecanismos legítimos para a busca da integridade e da coerência⁹⁰ na decisão - desrespeita a autonomia pública que o Direito deveria ter como alvo.

De forma mais direta, seguindo o Dicionário de Filosofia, citado por Streck, nos presentes termos se daria a definição do sujeito solipsista: “é a consequência extrema de se acreditar que o conhecimento deve estar fundado em estado de experiências interiores e pessoais – e aqui trazemos a visão de Barroso por diversas vezes já apresentada em seus votos no Supremo Tribunal Federal quando avoca a corte a função de um pretense “motor da história⁹¹”: esse raciocínio parte exclusivamente de uma corrente filosófica que determina que exista apenas um “eu” no comando do mundo – um mundo seria controlado, consciente ou inconscientemente pelo sujeito⁹².

O sujeito solipsista, ao fim e ao cabo, é a raiz e o coração do “decido conforme minha consciência⁹³” - e aqui reside a maior problemática da questão, e voltamos à luta pelas bases de uma democracia.

Questão apresentada por Streck, quando pergunta qual seria o sentido de tantas lutas pela democracia e pela afirmação de direitos fundamentais nos textos legais-constitucionais para simplesmente delegar ao juiz a apreciação discricionária de textos legais. Afinal, quando o Ministro Barroso questiona a discricionariedade do Indulto presidencial previsto no art. 84, inciso XII, da Constituição Federal, e passa

⁸⁹ STRECK, Lenio Luiz. **Dicionário de hermenêutica**: quarenta temas fundamentais da teoria do direito à luz da crítica hermenêutica do direito. Belo Horizonte: Letramento: Casa do Direito, 2017. p. 277.

⁹⁰ DWORKIN, Ronald. **O Império do direito**. Tradução Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 1999.

⁹¹ OLIVEIRA, Rafael Tomaz de. Financiamento de campanha e o STF como “motor da história”. **Consultor Jurídico**, São Paulo, 04 jan. 2014. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2014-jan-04/diario-classe-financiamento-campanha-stf-motor-historia>. Acesso em: 9 mar. 2020.

⁹² STRECK, Lenio Luiz. **O que é isto – decido conforme minha consciência?** 6. ed. rev. e atual. de acordo com as alterações hermenêutico-processuais dos códigos. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2017. p. 69,

⁹³ *Ibid.*, p. 68.

ele mesmo a propor intervenções e limites que não estão previstos no texto constitucional – ainda que estes perante a sociedade sejam legítimos (essa não é a questão e nem o ambiente do mérito aqui discutido) – não estaria o próprio Ministro aviltando competências e legislando, na medida em que usa argumentos políticos para justificar um contorcionismo que afronta até a discricionariedade da norma expressa na própria constituição? Quem afinal está passando os seus limites: o Presidente que executa o comando de um dispositivo expresso no texto constitucional – já limitado por dispositivos presentes na própria Constituição, ou, o Ministro Luiz Barroso que por entendimento pessoal acha que tal discricionariedade é exacerbada, deveria competir ao legislativo, ou utilizando-se do aporte do interesse da sociedade que clama por medidas mais duras contra a corrupção? Lembrando que estes são alguns dos argumentos utilizados por Barroso para exigir limitação ao art. 8, inciso XII, que a própria Constituição não o faz.

Esse problema poderia ser normalmente resolvido com a inclusão de crimes de corrupção no rol taxativo de crimes hediondos, mas este seria o caminho legal, ocorreria no Legislativo, obedeceria a requisitos para a aprovação em ambas às casas legislativas, mas nunca, nunca através do ato legiferante equivocado, ilegal, desproporcional e antidemocrático dos votos de Ministros de um Poder que genuinamente não tem o condão de tal engenharia.

Contraopondo Queiroz, Streck critica a questão da decisão como um “ato de vontade” do Juiz e não uma questão de interpretação e aplicação imbricadas uma na outra. Streck alerta quanto ao risco do decisionismo destas posturas traz a lume as palavras de Queiroz quando diz que “sempre que condenamos ou absolvemos, fazêmo-lo porque queremos fazê-lo, de sorte que, nesse sentido, a condenação ou a absolvição não são atos de verdade, mas **atos de vontade**⁹⁴”.

Na visão de Queiroz, independente de se ter motivos para absolver ou para condenar, não são essencialmente os motivos legais e as provas que pesam em maior grau no momento da decisão, mas sim a vontade e o entender do julgador em querer fazê-lo – isso, embora Queiroz não admita, abre espaços gigantescos para arbitrariedades e decisionismo fiado na decisão de “vontade” daquele que julga⁹⁵.

Um dos maiores defensores do Realismo Jurídico, Alejandro Nieto, mixa elementos do subjetivismo com a discricionariedade positivista – em rasas palavras,

⁹⁴ STRECK, Lenio Luiz. **Verdade e consenso**. 6. ed. rev. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2017.

⁹⁵ *Ibid.*, p. 43.

a ideia central do pensamento desse movimento perpassa a ideia de que, a Constituição, ainda que seja o norte da interpretação, doutrina e jurisprudência, mais importante será o “produto”, o resultado desta equação – este último sempre condicionado a cargo da convicção-do-juiz, transmutado em um pretense álibi de execução da discricionariedade daquele que julga⁹⁶, e dando enfoque a uma máxima maquiavélica que observa o fim (ideal de securitização da sociedade) independente do meio (processo e garantias).

Um cenário motivado por importações que afetam garantias fundamentais assentadas em nosso escopo penal e processual penal, as limitações e as influências do modelo americano, especialmente do Realismo Jurídico, revela o cenário contemporâneo de um Estado que sucumbe perante a criminalidade, mas de que forma controversa procura ganchos para manter uma lógica de sistema punitivo, mas que se não observado e compreendido, pode normalmente ser patrocinador de incoerências e profundas injustiças⁹⁷.

2.3.3 Ativismo Judicial: os riscos do ativismo para o contexto democrático

Tassinari discutindo o conceito de Ativismo Judicial vai falar que a partir de 1988, direito e política no Brasil passaram a ter uma vinculação muito mais profunda⁹⁸.

O ativismo judicial poderia ser definido como uma invasão extraordinária e ilegal do poder judiciário em face dos demais poderes, a partir de decisões judiciais que, por não atentar efetivamente para um ponto de lei existente acabam por ferir a separação de poderes e as competências democráticas relegadas a cada um dos poderes na Constituição Federal.

Parte dessa interferência do que vem a ser chamado de Ativismo Judicial transita o papel de controle constitucional por parte do STF e também o controle que é exercido no que tange ao controle incidente de políticas de ação social do

⁹⁶ STRECK, Lenio Luiz. **Verdade e consenso**. 6. ed. rev. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2017.p. 43.

⁹⁷ CALLEGARI, André Luis. O direito penal do risco como resposta às políticas de segurança e controle social. O Autor explana sobre o perigo da aplicação indiscriminada de prisões preventivas com notável objetivo de coação para a realização de “colaborações premiadas”. CALLEGARI, André Luis. O direito penal do risco como resposta às políticas de segurança e controle social. *In*: STRECK, Lenio Luiz; ROCHA, Leonel Severo; ENGELMANN, Wilson (org.). **Constituição, sistemas sociais e hermenêutica**: anuário do Programa de Pós-Graduação em Direito da Unisinos – Mestrado e Doutorado, n. 13. Porto Alegre Livraria do Advogado, 2017. p. 26-28.

⁹⁸ TASSINARI, Clarissa. **Jurisdição e ativismo judicial**: limites da atuação do judiciário. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013. p. 33.

governo⁹⁹. A crítica ao Ativismo Judicial surge “justamente para evitar que o judiciário assuma funções de governo¹⁰⁰” em suas decisões.

Tomando como exemplo prático o que alerta Tassinari quanto a questão do Ativismo Judicial, Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) 5874, que tratou a respeito da questão do indulto presidencial recolheu-se trecho do voto do Ministro Barroso para destacar pontos em que a decisão extrapola as competências constitucionais do próprio poder judiciário.

Suscitando inconstitucionalidade parcial do indulto presidencial Ministro Barroso apresenta uma série de motivos para justificar a inclusão dos crimes de colarinho branco no rol de condutas insuscetíveis e inalcançados pelo benefício do indulto – uma atenção ao momento para a interferência direta de questões diretas da política criminal, que ao final vão se sobressair ao que a Constituição veda e ao que nem previsto em lei figura, em um claro movimento direcionado a questão dos crimes de colarinho branco e relacionada à Operação Lava Jato: i) contrariou parecer do Conselho Nacional de Políticas Criminais e Penais por não estabelecer no Decreto que os crimes de corrupção não seriam abarcados pelo indulto¹⁰¹; (II) O decreto, segundo Barroso, carece de “legitimidade democrática finalística” em razão de beneficiar criminosos presos e condenados por corrupção¹⁰²; (III) Carece de moralidade e probidade pública¹⁰³.

Enfim, sintetiza parte dos diversos argumentos que foram discutidos neste tópico, votando a relatoria pela inconstitucionalidade parcial do decreto, e excluindo da possibilidade do indulto os crimes de corrupção: (I) o peculato; (II) a concussão; (III) a corrupção passiva; (IV) a corrupção ativa; (V) o tráfico de influência; (VI) os crimes praticados contra o sistema financeiro nacional; (VII) os crimes previstos na Lei de Licitações; (VIII) os crimes de lavagem de dinheiro e de ocultação de bens; e (IX) os crimes previstos na Lei de Organizações Criminosas. Como já repisado aqui,

⁹⁹ TASSINARI, Clarissa. **Jurisdição e ativismo judicial**: limites da atuação do judiciário. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013. p. 34.

¹⁰⁰ *Ibid.*, p. 35.

¹⁰¹ Cf. Parágrafo 87 do voto da relatoria da ADI 5874. Tópico: A ausência de legitimidade democrática. BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Medida cautelar na ação direta de inconstitucionalidade 5.874 Distrito Federal**. Requerente: Procuradora-Geral da República. Intimado: Presidente da República. Am. Curiae.: Defensoria Pública da União et al. Relator: Min. Roberto Barroso. Brasília, 12 de março de 2018. Disponível em: <https://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/LiminarMinistroBarrosoADI5874.pdf>. Acesso em: 9 mar. 2020.

¹⁰² Cf. Parágrafo 89 do voto da relatoria da ADI 5874. Tópico: A ausência de legitimidade democrática. *Ibid.*

¹⁰³ Cf. Parágrafo 90 do voto da relatoria da ADI 5874. Tópico: A ausência de legitimidade democrática. *Ibid.*

não se trata do mérito de concordar ou não com o combate a corrupção. Definitivamente não é isso! O que se discute é a instabilidade criada dentro da democracia quando, utilizando-se de subjetividades e do contexto fático social opta-se por decidir sobre algo, não respeitando o rigor da autonomia do direito e, cometendo de forma mais grave aquilo que, em tese, estaria a avaliar: a invasão de competências de um poder sobre outro.

A Constituição Federal é simplesmente colocada de lado, e, os fatores sociais, as opções de política criminal, a Lava Jato, o que “eu acredito a respeito do mundo”, o que acredito ser “justo” passa a ser o vetor principal da decisão – sendo que a Constituição Federal e suas regras passaram tão somente a ser ornamento, perfumaria a ser desconsiderada.

Leva-se a crer que, em nome de uma cruzada que entenda ser a sociedade “justa”, a constituição pode ser afastada, a Constituição pode ser ignorada, ou, até mesmo uma regra não prevista em seu texto pode ser exigida em uma decisão sem os reais critérios de atendimento da legalidade e varando de forma ativista a própria competência do Poder Judiciário.

Não se deve olvidar que, haverá de se contar com um surgimento de um Manual de Direito Constitucional comentado a luz da Operação Lava Jato. Ironia que em nome de uma operação, que tem seus méritos normalmente, passe a Constituição que, até então, foi sol deste sistema solar, a gravitar em torno de um pequeno planeta. Talvez a lógica mude e não se procure o “criminoso” a partir do “crime”, mas talvez passemos a decidir sobre o crime a partir do “criminoso” – uma simples metáfora de como nesse episódio, Barroso utilizou de todos os argumentos possíveis (moral, ponderação, prevenção geral, sentimento da sociedade) para amoldar a norma constitucional a um interesse espasmódico que, poderia até ser legítimo, desde que tivesse origem no Legislativo, jamais em seu voto.

Embora ao deslinde, tenha sido vencido o Ministro Luís Roberto Barroso pela votação da maioria da corte, que, decidiu pela constitucionalidade do Decreto Presidencial – a proposta de Barroso, ainda se insere no contexto ativista quanto da inserção judicial de vedação não prevista na Lei e muito menos apresentada no indulto presidencial, quer seja: a questão da vedação do indulto em relação a pessoas que tenham cometido crimes de corrupção.

Como já bastante repisado, o que se discute é que o Ativismo direto daquele que decide a partir de suas convicções, do sentimento social, da opinião pública,

não podem submeter à constituição e as leis ao que se quer que elas sejam. Essa conduta fere o Estado Democrático de Direito, na medida em que, a lei passa a ser inexoravelmente aquilo que o Juiz decide, independentemente se suas respostas encontram ressonância na base de tudo, a constituição e as leis.

O ativismo judicial, sempre vinculada à vontade exclusiva do julgador, não pode ser apoiado por, aparentemente apresentar uma forma pragmática de solução ao anseio da sociedade pela concretização de direitos, pois definitivamente isso não caberia a apenas a boca de uma pessoa – em contrapartida a defesa da Constituição e do Direito democraticamente produzido¹⁰⁴. Não nos é cansativo lembrar que os “objetos de controle de constitucionalidade são normas jurídicas, e não a realidade empírica¹⁰⁵”.

Reivindicar competências que fogem a missão e limites do Poder Judiciário extrapola os limites do Estado Democrático de Direito e macula a separação de poderes e o equilíbrio constitucional, sendo que o Ativismo Judicial poderia ser definido por um *“Poder Judiciário revestido de supremacia, com competências que não lhe são reconhecidas constitucionalmente¹⁰⁶”*.

¹⁰⁴ TASSINARI, Clarissa. **Jurisdição e ativismo judicial**: limites da atuação do judiciário. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013. p. 108.

¹⁰⁵ Cf. STRECK, Lenio Luiz. ADPF 347: a questão prisional, Estado de coisas inconstitucional e HC coletivo 143.641. In: STRECK, Lenio Luiz. **30 anos da CF em julgamentos**: uma radiografia do STF. Rio de Janeiro: Forense, 2018. p. 272.

¹⁰⁶ TASSINARI, *op. cit.*, p. 36.

3 A FUNÇÃO ONTO-ANTROPOLÓGICA E A RELAÇÃO DE CUIDADO-DE-PERIGO NA VISÃO DE FARIA COSTA APLICADA AO DIREITO PENAL E PROCESSUAL PENAL

Faria Costa tem sua obra concentrada na análise do Direito Penal a partir de uma visão que reúne elementos que consideram a temporalidade e o ser influenciado pela historicidade e pela factualidade.

A partir da função onto-antropológica de cuidado-de-perigo, Faria Costa apresenta novas bases para o entendimento do crime, da pena contextualizada pelo fundamento, a função, finalidade e necessidade – elementos que serão desenvolvidos ao decorrer deste capítulo.

A princípio será apresentado um aprofundamento sobre a ideia base da relação de cuidado-de-perigo, suas influências filosóficas e as relações que estruturam o pensamento onto-antropológico.

Por fim, será apresentada uma linha de conexão entre a visão onto-antropológica de cuidado-de-perigo e a Crítica Hermenêutica do Direito embasada na defesa de decisões justas que objetivem a promoção da justiça, da paz social, da dignidade humana e que, tanto no âmbito penal quanto no processual penal respeitem garantias e princípios constitucionais.

3.1 Faria Costa e a Origem e Influência Filosófica do Conceito de Cuidado ***(SORGE)***

O conceito de cuidado (*Sorge*) trabalhado por Faria Costa desenvolvido na visão da função onto-antropológica de cuidado-de-perigo encontra origem na filosofia heideggeriana, onde o cuidado é concebido como o ser do ser-aí, ou da presença¹⁰⁷ (*Dasein*).

A obra de Heidegger apresenta uma tripartição quanto ao entendimento do que viria a ser o conceito de “cuidado”. Essa tripartição estaria fundamentada na existencialidade (*Existenzialitat*), na Faticidade (*Faktizitat*) e queda (*Verfallen*).

¹⁰⁷ Existem traduções distintas para o termo em alemão. A mais tradicionalmente usada é a tradução como “ser-aí”, mas é possível encontrar traduções para o termo como “pre-sença”, ou ainda como “existente humano”.

O espanhol José Manuel Chillon ao explorar a ideia sobre cuidado em Heidegger¹⁰⁸ apresenta que o ser-aí, se desenvolveria no cotidiano estabelecido do ser-no-mundo, e neste ser-no mundo é que se processaria o cuidado em relação às coisas e aos outros – neste mundo é que se processaria o existente humano projetado no a-se-fazer.

O homem visto como condição de possibilidade na filosofia heideggeriana é movido por uma noção de cuidado que é autenticamente, desenvolvida a partir de uma relação de angústia (*Angst*) que faz com que o ser-aí projete, renove ou modifique as relações quando da sua compreensão em relação a si e aos outros.

Ricoeur fará menção às noções de ocupação (*Besorge*) e solicitude (*Fursorge*) que escamam a relação mais intrincadas na ideia de cuidado (*Sorge*) de Heidegger, vez se relacionarem a uma ideia primeva¹⁰⁹ – que será genialmente captada e desenvolvida na obra de Faria Costa – de que o cuidado posto por Heidegger seria o destilado da ideia do cuidado para com as coisas e a solicitude (que pode também ser traduzida como preocupação) para com as pessoas.

Esse cuidado para com as coisas e para com os outros se relacionariam no existente humano e se comunicariam no cotidiano. Como já pontuado, o cuidado apresentado por Heidegger teria uma divisão trina, onde a faticidade seria o cuidado na constatação de um *factum* – ou seja, o lançado do já-ser-em (*In-sein*)¹¹⁰.

A existencialidade seria uma visão do antecipar-se-a-si do existente humano, que quando voltada ao cuidado estaria diretamente à condição de possibilidade projetada do ser-aí. Na existencialidade o ser-aí se define e escolhe seu modo de ser, interferido por suas escolhas¹¹¹.

É no proceder a si mesma, enquanto ser para o poder-ser mais próprio, que subsiste a condição ontológico-existencial de possibilidades propriamente existenciais¹¹².

Por fim, Heidegger vai expor a queda (*Verfallen*) que seria um terceiro momento da tripartição que ele constrói a respeito do conceito de cuidado: a queda

¹⁰⁸ CHILLON, José Manuel. Ser el mundo sin ser del mundo. Serenidad e direcciones del cuidado em Heidegger. **Revista Pensamiento**: revista de información e investigación filosófica, [S. l.], v. 74, n. 281, 2018. Disponível em: <https://doi.org/10.14422/pen.v74.i281.y2018.007>. Acesso em: 10 fev. 2020.

¹⁰⁹ RICOEUR, Paul. **O si mesmo como um outro**. Campinas: Papyrus, 1994. p. 362.

¹¹⁰ HEIDEGGER, Martin. **Ser y tempo**. Santiago de Chile: Editorial Universitaria. 1997. p. 56.

¹¹¹ *Ibid.*, p.193.

¹¹² *Ibid.*, p.193.

estaria ligada ao estar-no-meio-de, estar em meio aos entes, onde o ser-aí ocupar-se-ia da solitudine para com os entes.

A partir destas três estruturas que definiriam o conceito de cuidado (*Sorge*) na obra heideggeriana, revela-se a estrutura fundamental da noção de comportamento que exija cuidados para com o próximo, que será profundamente trabalhada na obra de Faria Costa, enfatizando que essa estrutura que se apresenta como o cuidado é um todo fático representado pelo “comportamento” e a “situação” do ser-aí¹¹³.

Segundo Chillon Heidegger, engenhosamente desenhou através do programa fenomenológico, a alternativa de distanciar-se da metafísica definindo cuidado como um emaranhado de atividade e condições de possibilidade do humano, daí entender o cuidado como algo que seria transcendental e que estaria de certa forma não condicionado pela teoria ou pela prática, e por ser assim permitiria condições de possibilidade tanto para a teoria quanto para a prática¹¹⁴ – uma negativa contundente a desconstrução filosófica que Heidegger vai protagonizar em relação à metafísica e a própria quebra da análise limitada a sujeito-objeto.

Dreyfus¹¹⁵ vai pontuar que *Sorge* em uma tradução do alemão levada a cabo seria “os cuidados do mundo”, e de que no inglês, *Sorge* traduzido para “*care*” refletiria noções de amor e interesse, e que a conceito de cuidado trabalhado em *Sein und Zeit* revelaria todo o contexto de interpretação ôntica do ser-aí (*Dasein*).

Segundo Chillon¹¹⁶, existiria uma crítica fenomenológica ao ser-aí que não se compreenderia em relação a sua faticidade, e que isso teria como consequência a atração do homem à impessoalidade que geraria um desejar inautêntico, objeto de um desejo que nunca satisfaria totalmente. Esse impessoal que se processaria na queda (terceira fase de que nos é apresentada por Heidegger) em um dos momentos do cuidado, toma o existente humano não conhecedor da faticidade do ser-aí e sofre por consequência o efeito de ser tomado de acordo com o que todos dizem e fazem, limita a divergência, limita possibilidades contrárias, gera silêncio. Para Heidegger o impessoal tem como principal objetivo manter tudo como está, no patamar do conhecido, assimilável ao que todos conhecem – crítica parecida é

¹¹³ HEIDEGGER, Martin. **Ser y tempo**. Santiago de Chile: Editorial Universitaria. 1997. p. 193.

¹¹⁴ CHILLON, José Manuel. Ser el mundo sin ser del mundo. Serenidad e direcciones del cuidado em Heidegger. **Revista Pensamiento**: revista de información e investigación filosófica, [S. l.], v. 74, n. 281, 2018. Disponível em: <https://doi.org/10.14422/pen.v74.i281.y2018.007>. Acesso em: 10 fev. 2020.

¹¹⁵ DREYFUS, Hubert. **Being-in-the-world**. A commentary on Heidegger's Being and Time. Cambridge: Mit Press, 1993. p. 239.

¹¹⁶ CHILLON, *op. cit.*

apresentada quando se fala do pensamento técnico no discurso de *Gelassenheit* (Serenidade)¹¹⁷.

A obra de Heidegger e a noção de cuidado que é apropriada por Faria Costa objetiva principalmente a constante análise das relações do ser com as coisas e do ser com os outros, desaguando na possibilidade e responsabilidade que o humano deve ter em relação ao outro, e que, esta responsabilidade reconhecida pela relação de cuidado que é ser do ser-aí, reflete no próprio cuidado de si.

A crítica à técnica é repetida por ela representar parte da crítica fundamental de Heidegger quando chama a interpretação do ser e da relação do ser com as coisas e com os outros. Como é exposto em *Gelassenheit*, o pensamento desenvolvido na técnica – embora não se critique o mesmo ao ponto de ignorá-lo ou não considerar sua importância – afasta a interpretação hermenêutica da presença, do existente humano, do Ser-aí, e isso teria como principal reflexo a quebra do entendimento do ser e a sua relação com as coisas e com os outros.

3.1.1 Entre a Serenidade (*Gelassenheit*) e Ser e o Tempo (*Sein und Zeit*): a discussão da questão do tempo no desenvolvimento do conceito de cuidado-de-perigo de Faria Costa

Santo Agostinho no Livro XI da Obra *Confissões*¹¹⁸ constrói um incrível discurso a respeito do tempo: E questiona: o que seria o tempo? Como ele poderia ser medido? O tempo que rodeia as conversas, que é o agora, mas o agora que passado segundo já compreende um passado. O que chama a atenção no monólogo de Santo Agostinho a respeito do tempo é sua afirmativa quanto à existência única e exclusiva do presente: o passado não existe mais, pois já não é mais acessível as nossas ações; e o futuro não é existente da mesma forma que ainda não o alcançamos – nisso o presente é todo o existente e é nele que esboçamos nossos projetos, nossas ações e nele montamos a leitura daquilo que tentamos reconstruir a partir de uma visão do ocorrido que chamamos de passado,

¹¹⁷ Serenidade, do alemão *Gelassenheit*, é, essencialmente uma crítica ao pensamento técnico, fazendo uma cisão entre o pensar técnico e o pensar reflexivo, atribuindo um retorno a este último, O que verdadeiramente não significa um ignorar da importância do pensar técnico, mas a importância do olhar para a essência das coisas.

¹¹⁸ AGOSTINHO, Santo. **Confissões**. Trad. e notas: A. E. Santo, J. Beato, M. C. C. Pimentel. Introd. de M. B. C. Freitas. Lisboa: IN-CM, 2000. (Estudos Gerais. Série universitária).

ou daquilo que intentamos, nas mais diversas projeções, aquilo que chamamos futuro.

O esboço sobre o tempo na visão de Santo Agostinho serve como introito para a discussão a respeito da visão onto-antropológica de cuidado-de-perigo desenvolvido por Faria Costa.

E onde entraria o tempo nessa discussão? Essencialmente é o tempo e o ser a discussão básica do que se pretende representar na ideia onto-antropológica de Faria Costa.

Em essência – já que se estar a tratar do tempo – faz-se necessário revisitar duas obras básicas de Martin Heidegger: Serenidade (*Gelassenheit*) e Ser e o Tempo (*Sein und Zeit*) para que possamos discutir os efeitos da sociedade moderna e do tempo no fio de desenvolvimento do conceito de cuidado, ou, como nas palavras de Zigmunt Bauman, os efeitos da modernidade líquida¹¹⁹ nas relações.

Faria Costa adentra a filosofia heideggeriana para pescar a base filosófica que define a relação onto-antropológica do ser-no-mundo e no desvelar do ente alicerçado pelo tempo/história do ser-aí (*Dasein*).

Costumou-se falar que determinada pessoa estaria à frente do seu tempo quando do protagonismo dessa pessoa nas relações humanas, nas conquistas e na visão de mundo expressa no comportamento. Ocorre que partindo de uma visão agostiniana, ninguém poderia estar à frente do seu próprio tempo - isto se explica no desvelar de que, talvez, por infortúnio, grande parte das pessoas não tenha a compreensão sobre o seu próprio tempo, e daí projetem o pensar que alguém que está a fazer a leitura mais aproximada da realidade de seu tempo, esteja à frente inequivocamente do tempo em que vive.

Há, de fato, um reconhecimento na discussão a respeito do tempo, tanto por Heidegger assim como por Faria Costa, da dificuldade que o homem, grosso modo, tem de analisar o seu próprio tempo – Faria Costa adverte que na pós-modernidade, e todo o cenário construído pelos efeitos da Globalização que “o homem contemporâneo tem dificuldade na compreensão do seu próprio tempo”.

A rapidez lancinante e a superficialidade das relações fazem com que as explicações a respeito do mundo sigam necessariamente a resposta mais rápida, mais geral e quase sempre inquestionável – até porque aparenta não ser um desejo

¹¹⁹ BAUMAN, Zygmunt. **Modernidade líquida**. Tradução: Plínio Dentzien. Rio de Janeiro: Zahar, 2003.

do homem da pós-modernidade a problematização pela reflexão das coisas e consequentemente a respeito do próprio homem – Faria Costa a respeito do tempo vai afirmar que, “vivemos um tempo débil e que quando se ousa ir contra o tempo, de duas uma: ou se não tem razão, ou, se tem razão para outro tempo”¹²⁰.

Não é novidade a afirmativa de que a globalização provocou efeitos consideráveis nas relações humanas, desde o encurtamento do espaço, a fluidez e a relativização do tempo e o automatismo das respostas na contemporaneidade. Isso nos remete ao vínculo que é apresentado na obra de Heidegger “Serenidade”. Serenidade é um discurso comemorativo – assim como mesmo definiu Heidegger feito a sua cidade natal em razão do centenário da morte do músico Conradin Kreutzer. O texto principal de serenidade transita a respeito da discussão entre o tempo, a percepção do tempo e das coisas e a relação do tempo e das pessoas com as técnicas modernas do presente.

3.1.1.1 Serenidade: o tempo e a cisão entre o pensar técnico e o pensar reflexivo

Heidegger, imerso na realidade complexa do pós-guerra, precisamente no ano de 1949, defende em Serenidade que o homem moderno estaria a fugir do pensamento reflexivo e que isso lhe afastava efetivamente da essência das coisas. Mais ao certo, o que seria esse pensamento reflexivo? Heidegger ao decorrer do texto divide o pensar em duas vertentes – como se sabe, Heidegger supera a afirmativa de Descartes quanto ao simples pensar fosse a prova da existência do homem, e defende que o homem só existe enquanto possibilidade.

Neste sentido, Heidegger vai defender em Serenidade que existem duas formas de pensamento: (i) o pensamento que calcula (essencialmente técnico - calculatrix)¹²¹ e o pensamento reflexivo (aquele que pensa e analisa o ser, a existência das coisas)¹²². Adverte que o pensamento técnico, ou que calcula, necessariamente não discute ou reflete o mundo e as coisas, pois, notadamente, como apresentado no próprio texto, ao falar a respeito do novo mundo e as possibilidades eufóricas de uso da energia nuclear, Heidegger incita que o pensamento que calcula só busca resultado em formas já pré-concebidas, pré-

¹²⁰ FARIA COSTA, José Francisco de. **Linhas de direito penal e de filosofia: alguns cruzamentos reflexivos**. Coimbra: Editora Coimbra, 2005. p. 208.

¹²¹ HEIDEGGER, Martin. **Serenidad (Gelassenheit)**. Barcelona: Serbal, 1994.

¹²² *Ibid.*, p. 17.

existentes e inteligíveis – não é questionado quanto a sua aceitabilidade, quanto aos seus limites, quanto as suas necessidades, muito menos quanto aos efeitos da sua relação direta com o homem, tempo e espaço.

A condição de compreensão do homem se dá pelo Dasein - um raciocínio lógico de que o homem só pode ser compreendido a partir da sua relação com a temporalidade e com o mundo. A relação do homem com os outros e com o mundo é que permite a construção de sentidos do ente, uma teia relacional¹²³ que dá sentido ao homem, a sua existência e que se funde na ideia de cuidado (*Sorge*).

Faria Costa vai buscar a ideia de cuidado trabalhada na obra de Heidegger para defender que a relação onto-antropológica do homem é uma relação de cuidado-de-perigo, e que esta relação é a transfiguração da proteção que o homem deve dá ao outro. Quando esta relação é rompida surge, pois então a necessidade de restabelecimento da relação de cuidado-de-perigo, utilizando-se a pena como um bem necessário para a proteção dos bens jurídicos e a manutenção das relações da teia relacional pelo homem como ser-no-mundo e sua condição de desvelar do Dasein.

A condição técnica esboçada na preocupação de Heidegger no final da década de 40 é apresentada por Faria Costa, por Wedy e por tantos outros pensadores das ciências criminais que encaram a contemporaneidade como resultado de tentativas de resposta a uma realidade lancinante, rápida, que necessariamente a ausência de “serenidade” na sua interpretação faz com que passemos a agir apenas com efeito do que se espera de um imediatismo que não consegue dar respostas e que não obedece de fato às necessidades de uma análise onto-antropológica dos mecanismos de punição do homem e de como se dá o processo que conduz a uma punição – passando as ações a não identificar de fato as relações de dano a um bem jurídico, reflexo do ato daquele que praticou conduta criminosa, apenas cifras de *Standards* técnicos a serem utilizados de forma técnica como esboço de ação estatal contra a violência e a criminalidade pelo estado.

Isso resulta em uma expansão desenfreada de mecanismos penais que, antes de ser resposta efetiva para a análise da necessidade e da efetividade de

¹²³ Esse termo é utilizado pelo Professor Wedy na obra *A eficiência e sua repercussão no Direito Penal e no Processo Penal – apropriamos do termo por ele representar de forma bem clara a ideia de cuidado-de-perigo e o atrelamento lógico entre o ser e sua temporalidade – esse termo consegue de forma singular representar parte de uma essência de representação lógica do conceito onto-antropológico*. WEDY, Miguel Tedesco. **A eficiência e sua repercussão no direito penal e no processo penal**. 1. ed. Porto Alegre: Elegancia Juris, 2016. p. 78.

penas, servem com resposta rápida a uma insegurança generalizada¹²⁴ da sociedade, a atos legislativos surgidos no calor dos debates de ocorrências e ao ativismo desenfreado das decisões judiciais, muitas das vezes não observando os limites da própria dogmática – como se sabe a dogmática e a política criminal são campos distintos, mas uma e outra atuam em condições e espaços distintos, mas efetivamente, a política criminal passa a subjugar a dogmática, que, na pior dos planos deveria esta última significar limites para a primeira.

Silva Sanchez¹²⁵ vai falar em velocidades do direito penal – uma perspectiva que se conecta de forma direta a discussão de tempo que também está encravada nesta pesquisa. Sanchez define 3 velocidades para o Direito Penal culminando na visão mais árida e cruel do ato de se punir que é apresentado pelo Direito Penal do Inimigo¹²⁶.

Na necessidade de uma análise onto-antropológica definida na obra de Faria Costa, observa-se a raiz do pensamento de Heidegger, em que pese a necessidade de análise do tempo, do ser, e das condições de cada tempo, mas principalmente na necessidade da *Gelassenheit* para que tenhamos condição de não nos afastarmos do pensamento reflexivo e conseguirmos criar propostas para a questão punitiva, seja no campo penal ou processual, que superem a resposta utilitária de uma expansão desmedida em que o punir deixa de ser medida *ratio* e passa a ser a negativa de uma sociedade que só quer assumir o risco, e assumir que é uma sociedade de risco nas suas relações econômicas.

Heidegger tenta nos alertar para um olhar sobre o presente, sobre a hermenêutica do presente, longe do tecnicismo que impõe aos homens a reprodução de fórmulas e saídas como simples reprodução técnica e sem consideração nenhuma do ser humano, do mundo e das relações deste ser humano no mundo – literalmente assumindo a coisificação do ser.

A preocupação técnica é utilitária, econômica e apocalíptica – ela necessariamente não se preocupa com a essência do que se cria, ou melhor, não se cria e necessariamente não se pergunta sobre o modo de fazer das coisas, a razão

¹²⁴ CALLEGARI, André Luís. O direito penal do risco como resposta às políticas de segurança e controle social. In: STRECK, Lenio Luiz; ROCHA, Leonel Severo; ENGELMANN, Wilson (org.). **Constituição, sistemas sociais e hermenêutica**: anuário do Programa de Pós-Graduação em Direito da Unisinos – Mestrado e Doutorado, n. 13. Porto Alegre Livraria do Advogado, 2017.

¹²⁵ SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. **A expansão do direito penal**: aspectos da política criminal nas sociedades pós-industriais. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

¹²⁶ JAKOBS, Gunther; MÉLIA, Manuel Cancio. **Direito penal do inimigo**: noções e críticas. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

e o fundamento do porque do estado das coisas. Ela se reproduz e inebria a visão do homem que passa a sentir prazer nisso, como mesmo advertira Heidegger.

A crítica de Heidegger a técnica desenvolvida em “Serenidade”, é matéria prima da relação onto-antropológica de cuidado-de-perigo, vez escancarar a realidade de que o questionamento da técnica, é o questionamento sobre o modo de fazer as coisas e, no modo de fazer as coisas, revela-se a razão do fazer, o fundamento e a finalidade do que se faz e para quê se faz – raiz lógica do pensamento de Faria Costa.

3.1.1.2 Entre Ser e o Tempo – a relação de temporalidade que liga o ser e o ente da relação de cuidado-de-perigo

Não se olvida que a relação de cuidado-de-perigo de Faria Costa transite dentro da base heideggeriana desenvolvida em Ser e o Tempo – especialmente o apresentado na primeira seção da obra. Existe fielmente nas linhas dilapidadas por Faria Costa uma constante advertência quanto à necessidade imperiosa, também expressada por Heidegger em *Gelassenheit* (Serenidade), quanto à necessidade da reflexão do sentido das coisas e dos homens, e ainda, sobre a própria condição do homem no mundo, o ser-no-mundo¹²⁷.

Faria Costa vai trabalhar em sua essência uma preocupação com o tempo que, está ligado à análise do mundo não apenas a partir de uma visão linear e escatológica, ou de como Heidegger alertava quanto a um pensamento em que a razão é condicionada apenas por um sistema técnico inteligível, terminado, inquestionável e não aberto a problematização – esta a fuga que Heidegger denunciara em Serenidade, e trazida por Faria Costa quando alerta que a pós-modernidade caminhou no sentido de abandonar o inteligir problemático¹²⁸.

Esse abandonar é fruto de um processo histórico que se desenvolve desde a Revolução Industrial, especialmente acentuado ao decorrer do século XX, no compasso em que a ciência tentou buscar explicações sistemáticas, estruturais e totalizantes, parte de uma herança cartesiana, pois no método cartesiano o sistema tudo explicava, tudo estava dentro do sistema e as dúvidas eram afastadas pelas

¹²⁷ FARIA COSTA, José Francisco de. **Linhas de direito penal e de filosofia: alguns cruzamentos reflexivos**. Coimbra: Editora Coimbra, 2005. p. 9.

¹²⁸ *Ibid.*, p. 11.

condicionantes do método, dissolvendo assim a necessidade de atenção questionadora e problematizante¹²⁹.

Mais do que o simples pensar – que para Descartes era condição de existência do Ser - Heidegger descrito e apresentado na obra de Faria Costa, contesta a visão do existir a partir do pensar, do simples pensar – e aí a preocupação mais contundente evidenciada na divisão do pensar em uma matriz voltada a técnica daquilo que é calculável, sistemático, inteligível e a realidade do pensar reflexivo que atinge a existência das coisas.

Heidegger já havia alertado para o fato de que a filosofia ocidental teria se afastado da análise do ser, e que isso teria como principal consequência uma falsa mimetização do ser confundido com o ente, o que oportunamente classificou de “entificação do ser”. Essa confusão gerada pela mixagem inebriadora entre ser e ente contribuiu para que a técnica passasse a ser tônica e razão ensejadora do domínio e da submissão do mundo e da natureza – essa mesma crítica é feita de forma mais delineada quando Heidegger divide o pensar em dois, em *Gelassenheit*: o pensar técnico (reprodução) e o pensar reflexivo (essência).

O controle de um pensar que se norteia exclusivamente pela técnica – crítica que Heidegger fará também ao método cartesiano – gera um processo de coisificação do ente, sendo que a compreensão do ser já não mais importa, apenas o resultado advindo da técnica que em tese geraria prazer para o homem, pois ele seria construído a partir de método pré-definido, inteligível para a coletividade e não problematizante quanto ao ser e a essência das coisas¹³⁰, não problematizante quanto ao ser-no-mundo.

Para Heidegger a compreensão quanto ao ser, este ser sendo no mundo é algo que está indissociável da questão do tempo – é através do tempo histórico que o ser constituiria sentido organizado por uma linha embasada na temporalidade. E nisso surge a ideia materializada do *Dasein* – que seria a compreensão do ser a partir de uma determinada representação finita e parcial do ente e vinculada a compreensão temporal e histórica de representação momentânea. Essa recuperação do passado e a compreensão desse ente que embasa o questionamento quanto ao ser, o ser-no-mundo, ou a representação do *Dasein*, que

¹²⁹ FARIA COSTA, José Francisco de. **Linhas de direito penal e de filosofia**: alguns cruzamentos reflexivos. Coimbra: Editora Coimbra, 2005. p. 11.

¹³⁰ HEIDEGGER, Martin. **Ser y tempo**. Santiago de Chile: Universitaria. 1997. p. 27-29.

em uma tradução literal significa “ser-aí”, mas que no alemão também pode ser traduzido como “pre-sença”.

A necessidade de compreensão e interpretação do ser, como já mencionado, foi ofuscada e colocado em segundo plano pela metafísica, que optou pelo caminho do entendimento de que o ser, por qualificar-se como universal tornaria a tarefa da compreensão do ser algo inacessível e em razão disso os filósofos posteriores a Platão incutiram a ideia de que não seria produtivo tentar dimensionar ou refletir sobre aquilo que, em tese, não poderia ser compreendido ou descrito.

3.2 Faria Costa e a Visão Onto-Antropológica de Cuidado-de-Perigo: fundamento, função, finalidade e necessidade

Certa indiferença em relação à Filosofia do Direito voltada para o âmbito penal parece não ter orbitado o centro das preocupações ao decorrer do séculos XIX e XX, no século XX especialmente parece ter sido sublimada por questões estruturais como a disputa bipolarizada entre o Bloco Socialista e o Bloco Capitalista – de certo que essa indiferença em relação à filosofia do Direito é bem real até os dias atuais.

A falta de discussão a respeito de questões filosóficas do direito penal e processual penal leva a crer que ao querer fugir para lugares onde os fundamentos éticos humanos estão ausentes, pode normalmente, ambos os campos do Direito a entrar em um processo de deslegitimação e deriva perverso.

Mas o que está a se discutir seria o fim das penas? Normalmente que não! E nisso, deveríamos considerar a hipótese do fim das penas como uma questão metajurídica que, em primeiro plano poderia ancorar-se em um viés sistêmico, funcional e utilitarista – privilegiando nesse viés a dimensão político-criminal¹³¹; ou, optar por seguir uma visão onto-antropológica, onde a pena surge como uma ideia de um meio para a realização de um fim.

O Fundamento onto-antropológico de Faria Costa pode ser considerado pós-finalista e não-funcionalista.

¹³¹ FARIA COSTA, José Francisco de. **Linhas de direito penal e de filosofia**: alguns cruzamentos reflexivos. Coimbra: Editora Coimbra, 2005. p. 214.

Sua teoria de base se lastreia na Ontologia Fundamental de Heidegger, que considera o ser e a temporalidade, principalmente levando em conta que a finalidade da pena muda conforme o seu tempo histórico¹³².

Para Faria Costa a pena criminal não deve ser vista como um mal, principalmente por entender que o mal é algo expansivo, contrariamente a pena que deve por obrigação seguir uma ordem valorada, limitada e controlada.

Assim como a busca pela compreensão do ser-no-mundo heideggeriano, a compreensão onto-antropológica da pena deve olhar – nos mesmos termos do convite feito por Faria Costa – e se perguntar por que é que temos punido e continuamos, hoje, a punir? E essa pergunta poderia a ser ampliada para: se, quando da possibilidade de não respeitar-se os fundamentos e princípios legais que legitimam a punição, não estaria o próprio estado a punir indevidamente?

Faria Costa adverte que o Direito Penal avança e recua através do conflito, ocasionado pela ruptura que assume papel de estabilizadora de conflito¹³³. Basicamente, os valores assumidos comunitariamente possuem um mínimo ético que os tornam possíveis. E o constructo do Direito Penal se dá, pela resposta legislativa, historicamente legitimada, em relação à conflitualidade e a ruptura violadora¹³⁴.

A relação de cuidado-de-perigo que defende a visão penal de Faria Costa, tem por assertiva primária a ideia de que as relações de cuidado entre os seres humanos estão sujeitas a romper-se, e só aceitando esta afirmativa essa relação tem sentido¹³⁵.

O rompimento dessa relação primeva, a perversão, a desconformidade, o excesso são elementos do seguimento fundante originador de um crime.

Faria Costa, constrói a partir da concepção de cuidado (*Sorge*) oriunda da filosofia Heideggeriana a teoria de base para a discussão a partir do viés onto-antropológico – assevera que as relações entre os homens na comunidade são marcadas pela relação de cuidado, pois o homem, a partir de uma concepção de que o mesmo é condição de possibilidade, também o é em relação ao outro, e outro

¹³² FARIA COSTA, José Francisco de. **Linhas de direito penal e de filosofia: alguns cruzamentos reflexivos**. Coimbra: Editora Coimbra, 2005. p. 219.

¹³³ *Ibid.*, 223.

¹³⁴ *Ibid.*, 223.

¹³⁵ *Ibid.*, 224.

é em relação a si. Faria Costa apresenta a ideia de cuidado-de-perigo a partir de uma visão onto-antropológica nos seguintes termos

A uma relação de cuidado-de-perigo de fundamento onto-antropológico – que é aquele que é matricial ao nosso modo-de-ser com os outros – corresponde, no patamar da dimensão fenomênica, pura e dura, a relação ético-existencial de um ‘eu’ concreto, de carne e osso, que, precisamente, pela sua condição, só pode ser se tiver o ‘outro’, cuidar do ‘outro’, cuidar de si cuidando do ‘outro’ e cuidando este, cuidar de si¹³⁶.

Ao contrário do que desavisadamente se pensa que Faria Costa intente defesa de uma proposta abolicionista de penas, o que faz é indicar a pena como um “bem”, instrumento capaz de recompor a relação primeva de cuidado-de-perigo, e assim apresenta

A aplicação da pena, nesta compreensão fundante, repõe o sentido primevo da relação de cuidado-de-perigo. A nossa condição é sempre uma condição de perigo, enquanto manifestação, entre outros dados, de incompletude, de projecto, ser em aberto. Se somos tudo isso, não somos necessariamente acabamento, consumação, fechamento. Porém, a abertura, o projecto, a incompletude faz de nós seres frágeis. Seres de cuidado, Seres de cuidado-do-perigo. O ‘eu’, por isso, para ‘ser’, exige o cuidado do ‘outro’. Mas se há cuidado é porque há um magma, uma turbulência que nos faz frágeis. Fragilidade dó ‘eu’ para consigo próprio. Fragilidade do ‘eu’ para com o ‘outro’. Fragilidade do ‘eu’ para com o mundo. E essa fragilidade assume dimensão de ruptura quando há um crime. Aí dá-se o desnudamento que exige a compensação de uma pena para que o equilíbrio se refaça. Porque também só desse ‘eu’ posso ver, olhar e amar o ‘outro’. Porque se não houver pena impossível reconstruir a primitiva relação de cuidado-de-perigo¹³⁷.

Como exposto acima, Faria Costa¹³⁸ vai encarar a punição como algo fragmentário, como medida *ratio*, que possui a função primeva de recomposição da relação de cuidado-de-perigo: o crime é uma ruptura da relação de cuidado de perigo, e a forma de restabelecer esse status é através da pena, mas que esta última deve obedecer a contextos mais aprofundados que a simples observação da tipicidade, da antijuridicidade e da culpabilidade; Faria Costa propõe um Direito que pensa no homem e sua essência, e, convida ao questionamento – em tempos de expansionismo profundo de mecanismos de punição – “porque carregamos o fardo

¹³⁶ FARIA COSTA, José Francisco de. **Linhas de direito penal e de filosofia**: alguns cruzamentos reflexivos. Coimbra: Editora Coimbra, 2005. p. 223.

¹³⁷ *Ibid.*, p. 223.

¹³⁸ FARIA COSTA, José Francisco de. **O perigo em direito penal**: contributo para a sua fundamentação e compreensão dogmáticas. Coimbra: Editora Coimbra, 1992.

do punir?”¹³⁹ E como procedemos à legitimação das causas, da forma e do rito até a punição?

É inevitável termos que assumir que a nossa condição na sociedade contemporânea é sempre uma condição de perigo. Somos seres incompletos, o projeto, a abertura e por consequência somos seres frágeis, seres de cuidado-de-perigo.

Em síntese: se há cuidado existem naturalmente turbulências que nos fazem frágeis. Essas fragilidades assumem a dimensão de ruptura quando há um crime. Esse crime exige uma compensação de uma pena para que o equilíbrio, ou a relação de cuidado-de-perigo se refaça. Sem a existência da pena essa relação estaria fatalmente afetada.

Para Faria Costa a pena “é um bem” e possui uma visão neo-retributiva¹⁴⁰. A noção de pessoa como centralidade do pensamento onto-antropológico, bem como a consideração do instante histórico que a pessoa e objeto requerem.

3.2.1 Fundamento, Função, Finalidade e Necessidade

A unidade entre sentido, fundamento, função e finalidade do Direito Penal, para que assim, a afirmação do fortalecimento de uma ideia de ciência penal que mantem antigas e tradicionais conquistas, mas que efetivamente não está fechada para os desafios do futuro.

Decididamente a visão de Direito Penal a partir de um viés onto-antropológico não se limita a solucionar questões penais apenas através da subsunção tipicidade, ilicitude e culpabilidade, necessita efetivamente de uma imersão em uma perspectiva onto-antropológica de cuidado-de-perigo que considera elementos como: fundamento, função, finalidade e necessidade da pena e, naturalmente, do processo persecutório, no caso, do Direito Processual Penal¹⁴¹.

Wedy defende ainda que o Direito Penal está em uma encruzilhada entre o Funcionalismo mais dilatado e duro e um garantismo atacado, constricto e frágil¹⁴².

¹³⁹ FARIA COSTA, José Francisco de. **Linhas de direito penal e de filosofia: alguns cruzamentos reflexivos**. Coimbra: Editora Coimbra, p. 223.

¹⁴⁰ *Ibid.*, p. 225.

¹⁴¹ WEDY, Miguel Tedesco. **A eficiência e sua repercussão no direito penal e no processo penal**. 1. ed. Porto Alegre: Elegantia Juris, 2016. p. 208.

¹⁴² *Ibid.*, p. 204.

Um momento que não pode tão simplesmente ser resolvido com a dogmática sendo atacada exclusivamente por perfis da análise econômica do Direito, ou utilitarismo que busque a redução de delitos através de estatísticas e números, mas que necessariamente afeta, suprime e desconstrói garantias do Estado Democrático de Direito.

Mais que uma proposta de Direito Penal presa apenas a livros, à proposta de visão do Direito Penal onto-antropológica de Faria Costa contempla em sentido inverso a tônica de expansão desmedida do direito penal que é cultivada nas matrizes funcionalistas, utilitaristas que desaguam em propostas como o Direito Penal do Inimigo.

Faria Costa defende entre outras coisas, a fundamentação de um espaço livre do Direito, para que, ao contrário de uma banalização total do Direito Penal, a regulamentação jurídica tenha por limites lógicos aquilo que seja essencial, e nunca atinge o todo ou o acessório da condição humana¹⁴³.

A decepção social que movimenta e alimenta uma banalização apresentada em uma desenfreada atividade legiferante, leva a necessidade de introduzir na agenda que atende a consciência coletiva a necessidade de outras formas de perceber, legitimar e criar o jurídico. Mais que o simples cumprimento da Lei impõe-se uma análise quanto a racionalidade destas leis e em que termos elas atingem efetivamente, da lei até a pena, a sua fiel incumbência e a real finalidade da tutela do direito perseguido dentro de parâmetros de racionalidade lógicos¹⁴⁴.

Decerto, é fulcral observar que a política criminal dos tempos modernos não vai se limitar a necessidade alertada por Roxin¹⁴⁵, quando por meio de seus escritos ampliou o olhar das ciências criminais para um papel de maior importância para a política criminal – Roxin não estava errado!

O que se reverbera ao momento e tenta trazer a visão onto-antropológica de Faria Costa a contrapelo é que, Roxin nunca trouxe a baila uma dominação por parte da Política Criminal sobre a dogmática, essencialmente Roxin desvelou a necessidade de observação advinda de medidas da política criminal – e aqui haveremos de tratar sobre dois prismas específicos: (I) a política criminal que

¹⁴³ FARIA COSTA, José Francisco de. **O perigo em direito penal**: contributo para a sua fundamentação e compreensão dogmáticas. Coimbra: Editora Coimbra, 1992. p. 21.

¹⁴⁴ RIPOLLES, José Luis Díez. **A racionalidade das leis penais**: teoria e prática. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017.

¹⁴⁵ ROXIN, Claus. **Política criminal e sistema jurídico penal**. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

interfere diretamente na modificação da lei e (II) a política criminal utilizada como ferramenta de desvirtuação da própria dogmática e base para o ativismo judicial.

Lembra Faria Costa que o Direito Penal é fragmentário, assim como é a noção de tempo e o próprio existir humano, não há uma explicação totalizante para tudo, pois o ente está condicionado ao seu tempo, e as coisas no mundo estão diretamente ligadas à atuação que o homem dá a elas, em período de tempos que são finitos. Neste sentido, não existe uma totalidade no Direito Penal que possa proteger toda a economia, todo o patrimônio, toda a saúde pública ou toda a natureza.

O Direito Penal se orienta de forma fragmentada a partir do viver comunitário e dentro dessas relações são eleitas condutas humanas merecedoras de desvalor – mas efetivamente, comportamentos proibidos que sejam violados daquilo que é realmente essencial, e assim é a visão de um direito que o homem pensa, que pensa o homem e que vê na reflexão e não na expansão das penas, a necessidade de um Direito Penal que se limite a utilização nos casos do afetar da essência e a natural necessidade da recomposição do estado de cuidado-de-perigo.

A aproximação do Direito Penal e da filosofia idealizado na obra de Faria Costa busca a necessidade do projetar humano livre e autônomo no sentido do desenvolvimento individual e coletivo da personalidade humana¹⁴⁶.

A diminuição das margens que combatem a ideia de expansão sem limites o direito penal, e em que caiba, isso hoje expresso em uma midiaticização da política criminal como se a dogmática, as leis, de forma geral fossem culpadas por todo o cenário de problemas da sociedade contemporânea – consideremos que ela contribua, mas que não seja a raiz de todo mal, ainda assim, deveríamos ponderar quando a política criminal, ou mesmo a culpabilização de um princípio como o da presunção de inocência é utilizado para desconsiderar o texto constitucional – e desconsiderar mesmo, longe de qualquer esforço interpretativo que o juiz estaria adstrito dentro dos limites da lei maior.

A relação onto-antropológica proposta por Faria Costa para o Direito Penal considera que o homem só o é, a partir da relação ôntica com o outro, que

¹⁴⁶ FARIA COSTA, José Francisco de. **O perigo em direito penal**: contributo para a sua fundamentação e compreensão dogmáticas. Coimbra: Editora Coimbra, 1992. p. 22.

lastreasse na atitude intelectual, mediada, pelos valores da dignidade e da liberdade do “outro”, pois quando se faz isso se valoriza a dignidade e a liberdade de si¹⁴⁷.

A consciência a de que o homem é um ser fragmentado, divididos por esferas da vivência histórica, sendo que as relações humanas não podem ser hipotecadas pelo Direito a partir de qualquer ideia de absoluto, e nunca jamais, que esteja desassociada da história.

A rigor como nos ensina Faria Costa a partir do que propugna como sendo uma visão onto-antropológica, a temporalidade não nos foge nem nós dela podemos escapar¹⁴⁸, e, o Direito, nos ensina a “aprender no humano”¹⁴⁹.

O ato legiferante é uma projeção para o futuro, nisso é tátil perceber que a política criminal compreende uma dimensão do Direito Penal “global”, que está indissociavelmente ligada ao futuro, ligada às reformas, as mutações e as transformações desenvolvidas no ordenamento penal¹⁵⁰.

Compreenda-se que o legislador quando estrutura um novo tipo incriminador ele tem que trabalhar dentro de limites que tornam aquela estrutura compatível com o escopo constitucional, que a conduta alvejada tenha a sua repressão garantia mínima de repercussão na sustentação do equilíbrio social, que a medida adotada seja suficiente para inibir a prática de conduta alvejada e que o desvalor atribuído à determinada conduta que pretende-se criminalizar, seja proporcional ao desvalor do que representou a prática de tal conduta¹⁵¹. O que de certo seria um problema para ser enfrentado em duas etapas mais a frente nesta pesquisa, vez ser a perspectiva de interferência excessiva de forma utilitarista e funcional distante da proposta de visão de Direito Penal onde a responsabilidade está assentada na relação de cuidado-de-perigo e fora de uma matriz onto-antropológica. Noutra sentido, haveria de se aprofundar e ter consciência que o fenômeno do ativismo judicial influenciado por tónicas da política criminal chega a ser a inversão da lógica trazida a baila por Roxin. Roxin nunca quis colocar a política criminal como veio magnetizador onde todo o Direito Penal deveria orbitar na política criminal – e de certo que não foi esse

¹⁴⁷ FARIA COSTA, José Francisco de. **O perigo em direito penal**: contributo para a sua fundamentação e compreensão dogmáticas. Coimbra: Editora Coimbra, 1992. p. 24.

¹⁴⁸ *Ibid.*, p. 25.

¹⁴⁹ *Ibid.*, p. 26.

¹⁵⁰ FARIA COSTA, José Francisco de. **Linhas de direito penal e de filosofia**: alguns cruzamentos reflexivos. Coimbra: Editora Coimbra, 2005. p. 222.

¹⁵¹ *Ibid.*, p. 221.

o objetivo de Roxin, no máximo de lançar visão sobre a política criminal e que esta pudesse contribuir na estruturação de um sistema penal muito mais eficiente.

Faria Costa¹⁵² defende que a pena é um bem, e que a dignidade humana, a partir de um contexto onto-antropológico de visão do Direito Penal possui pressupostos inalienáveis, que seriam o fato dela ser: (I) indisponível; (II) ter a natureza de um direito humano fundamental; (III) o sentido da pena se resume ao bem que ela pode propiciar com a sua execução e o restabelecimento de uma situação primeva de cuidado para com o outro; (IV) e a plenitude que se atinge com o cumprimento integral da pena em caráter retributivo (neo-retributivo).

A visão onto-antropológica idealizada por Faria Costa não se guia por um modelo de responsabilidade estritamente ligado a responsabilidade individual, que claramente se limita a basear-se na ética do resultado. Faria Costa tenta, assim como Heidegger quebra a relação de sujeito e objeto e desvela a relação do ser e do ente, modificar os vetores que guiam a análise da responsabilidade onde seu fundamento, sua finalidade e sua necessidade se fie em um modelo de responsabilidade fundante embasado na facticidade¹⁵³.

O crime e a pena de forma geral apresentam-se na história como parte daquilo que vivemos e que de certa forma permitiu a convivência coletiva em sociedade – afinal é pelos limites que definimos o que compreende e o que forma a unidade. Os limites definem a borda daquilo que se define como tal e as regras passam a definir aquilo que é compatível e o que não é compatível com determinada coletividade.

Nisso, se faz necessário um maior aprofundar e nos perguntarmos efetivamente “porque é que carregamos o fardo de punir?” – como convida Faria Costa.

Faria Costa defende uma posição neo-retributiva, de fundamento onto-antropológico, sendo que o lugar em que se opera essa defesa é uma intersecção no encontro entre o Direito Penal, Processual Penal e a Filosofia Penal.

Para Faria Costa a pena deve obrigatoriamente obedecer à necessidade de um (I) fundamento, (II) de uma função, (III) de uma finalidade, (IV) de uma

¹⁵² FARIA COSTA, José Francisco de. **Linhas de direito penal e de filosofia**: alguns cruzamentos reflexivos. Coimbra: Editora Coimbra, 2005. p. 221.

¹⁵³ FARIA COSTA, José Francisco de. **O perigo em direito penal**: contributo para a sua fundamentação e compreensão dogmáticas. Coimbra: Editora Coimbra, 1992. p. 34.

necessidade¹⁵⁴, seguindo o percurso dos questionamentos básicos quanto o que justifica tal pena, para quê determinada pena e qual a necessidade efetiva de tal pena.

O que aparentemente está a se construir é um sistema de leis que obedece à excepcionalidade das emergências, tendo como principal efeito sintomático a defenestração de princípios constitucionais que, antes de tudo, são garantias legitimadoras do próprio sistema penal, pois a ele atribuem confiança e legitimidade de um procedimento longe dos arbítrios que possam ser protagonizados pela função punitiva do Estado¹⁵⁵ - nisto, é latente o cenário de ataque contínuo a princípios como o da Presunção de Inocência – grande parte das vezes como se o próprio princípio assentado na Constituição em outro momento como celebração da proposta de um Estado de Direito margeado pela legalidade, passa o princípio a ser responsável pela própria ineficiência do sistema de constrição penal exercido pelo Estado.

Neste mesmo caminho se devota a política criminal condão de resolução de todos os problemas da seara penal, apenas como se ainda a punição fosse imagem suficiente de coerção a comunidade de uma forma geral – na verdade o que se observa é que a falta de compreensão, ou no mais puro sentido heideggeriano trabalhado por Faria Costa, a falta de reflexão, fora da matriz de uma calculatrix, leva a uma perda da força de todo o sistema penal, na medida em que tudo passa a ser criminalizado, e aquilo que era para ser medida *ratio*, extremada, e excepcional, passa a ser usada como uma banalidade que a própria repetição tatua em sua atuação um legado de um gigantesco fracasso – assim como se usasse uma vacina repetidas vezes em um mesmo corpo e este corpo criasse resistências e anticorpos para que a pena, de forma geral, não fosse mais sentida como uma punição, mas como parte central de todo um jogo.

O Direito Penal é mecanismo que pretende a prevenção do crime, mas dentro de um contexto de respeito ao direito das pessoas – ante a face de um estado arbitrário¹⁵⁶, sendo que a garantia principal de resistência ao arbítrio do Estado consiste em um criterioso olhar ao princípio da Legalidade – e aqui, em momento

¹⁵⁴ FARIA COSTA, José Francisco de. **Linhas de direito penal e de filosofia**: alguns cruzamentos reflexivos. Coimbra: Editora Coimbra, 2005. p. 223.

¹⁵⁵ FERRAJOLI, Luigi. **Democracia y garantismo**. Madrid: Trotta, 2008a. p. 192-193.

¹⁵⁶ DIAS, Jorge de Figueiredo. **Direito penal**: questões fundamentais: a doutrina geral do crime. Coimbra: Coimbra Editora, 2009. p. 177.

oportuno haverá de ser tratado da questão da taxatividade da Lei, das tentativas de criminalização de que fogem a execução de uma mera conduta típica, antijurídica e culpável – crítica feita por Faria Costa ao identificar tais elementos como insuficiente a partir de uma lógica onto-antropológica que requer a análise do fundamento da pena, sua finalidade e sua necessidade.

A finalidade da punição como reencontro e alinhar de uma relação de cuidado-de-perigo caminha por entremeios da necessidade de um processo que, robustecido de legitimidade alcançada pelo respeito de garantias e princípios constitucionais, desaguem em uma lógica processual que tenha como finalidade o restabelecimento da relação de cuidado-de-perigo preservando a relação de proteção dos bens jurídicos, a finalidade de justiça e paz e a garantia da legitimidade do processo penal¹⁵⁷.

Em termos, a relação de cuidado-de-perigo se completa a partir de uma combinação de um *fundamento*, que seria a relação onto-antropológica, uma *função* que seria a proteção subsidiária de bens jurídicos mais importantes - afastada de toda sorte a visão de um Direito Penal total embasado apenas em critérios e *Standards* utilitaristas – e a *finalidade* que desembocaria no atingimento por parte dos mecanismos legais a justiça e a paz social¹⁵⁸.

3.3 A Relação de Cuidado-de-Perigo Voltada para o Direito Processual Penal - uma ponte entre direito material e processual que se finca na dignidade da pessoa humana

Verdadeiramente, Faria Costa concentra o seu trabalho e a sua visão onto-antropológica de cuidado-de-perigo voltado para a análise do Direito Penal.

Surgiria, portanto um entrave teórico na alternativa de fazer uso da relação de cuidado-de-perigo no que tange a análise focal e limitada de questões do Direito Processual Penal – poderíamos facilmente enveredar por essa afirmativa, mas o campo de princípios que fundamentam a legitimidade do Direito Penal reflete intrinsecamente nas relações processuais penais.

Quanto da utilização do conceito de cuidado-de-perigo advindo da função onto-antropológica desenvolvida em Faria Costa, Miguel Wedy discutindo a questão da

¹⁵⁷ WEDY, Miguel Tedesco. **A eficiência e sua repercussão no direito penal e no processo penal**. 1. ed. Porto Alegre: Elegancia Juris, 2016. p.285.

¹⁵⁸ *Ibid.*, p. 291.

eficiência¹⁵⁹, em tese apresentada a Universidade de Coimbra, mostra que a relação de cuidado-de-perigo pode ser utilizada no contexto do Direito Processual Penal. Wedy vai falar em unidade de sentido, a partir de uma visão que repele uma cisão absoluta entre os campos dos direito material e processual¹⁶⁰.

A relação de cuidado-de-perigo idealizada por Faria Costa e desenvolvida a partir do conceito de eficiência por Wedy coloca questões principiológicas no cerne do debate a respeito de garantias fundamentais que legitimam, de igual forma, tanto o campo penal quanto o campo processual penal, pois todas partem do respeito intangível a dignidade da pessoa humana¹⁶¹.

Como Dias afirma, o processo penal tem como principal objetivo a descoberta da verdade e a realização da justiça, sendo a justiça o fim do processo penal, não excetuando a possibilidade de que esta mesma justiça possa através do processo produzir tanto condenações como absolvições injustas.¹⁶² Sendo assim, não representa a tentativa de quebra de um rigor científico ou a desobediência entre limites do Direito material e processual, de uma lógica onto-antropológica que perpassa o respeito à dignidade humana, a condições pré-existentes de uma ordem processual justa - nas palavras de Wedy, a relação onto-antropológica de cuidado-de-perigo perfaz a ideia de encontrar um ponto de equilíbrio entre a justiça e o garantismo – esse garantismo alicerçado no respeito à ordem constitucional, as garantias constitucionais do processo acusatório dentro de uma estrutura de ambiente de um estado democrático de direito¹⁶³.

A utilização da função onto-antropológica de cuidado-de-perigo que é originalmente voltada para o campo penal, tem reflexos diretos no campo processual penal, ou, como haveríamos de negar que ao processo não esteja adstrito o elemento funcional e o alvo de ao fim produzir legitimamente os marcos de restabelecimentos do status quo e da proteção dos bens jurídicos afetados no caso concreto? De igual forma, não se tem como defender que se atinja a finalidade identificada como advinda da relação onto-antropológica de cuidado-de-perigo sem atentar para o objetivo máximo do processo que seria a possibilidade de atingimento

¹⁵⁹ WEDY, Miguel Tedesco. **A eficiência e sua repercussão no direito penal e no processo penal**. 1. ed. Porto Alegre: Elegancia Juris, 2016.

¹⁶⁰ *Ibid.*, p. 29.

¹⁶¹ *Ibid.*, p. 30.

¹⁶² DIAS, Jorge de Figueiredo. **Direito penal**: questões fundamentais: a doutrina geral do crime. Coimbra: Coimbra Editora, 2009. p. 43-44.

¹⁶³ WEDY, *op. cit.*, p. 290.

da justiça e da paz social – é a observação de tais pontos que tornam a relação processual penal foco central da função onto-antropológica.

Ainda que não esteja blindada de uma crítica teórica severa, a utilização função onto-antropológica de cuidado-de-perigo extrapola a seara do Direito Penal e gera reflexos centrais no campo do Direito Processual Penal, principalmente no cenário hodierno que a quebra e o desrespeito a princípios constitucionais se tornam argumento de espaço de projeção de segurança para sociedade – como se a simples criminalização integral de condutas enviasse a sociedade comando de respeito à estrutura penal – o que em verdade acaba por padecer de um efeito contrário que é a dissolução do efeito coercitivo da pena no todo social.

Há que se reprimir que no Brasil já se afetou o princípio constitucional da presunção de inocência em razão de acúmulos de processos a serem julgados, ou mesmo como se o próprio princípio fosse culpado pela letargia processual, pelas possibilidades de defesa constitucional dentro de mecanismos processuais e, passando a sociedade de que o desrespeito a garantias e princípios se dava em nome de um bem maior como o combate à corrupção, que tal desrespeito a princípios constitucionais se justificavam, pois geraria no corpo social a redução da criminalidade, ou mesmo, que a ação direta de desconsiderar mecanismos de defesa e garantia constitucional, levaria a informação à sociedade de que o judiciário estaria agindo com mais rigor, isso refletindo como uma mudança de rota na sensação popular de que o judiciário estaria combatendo a impunidade¹⁶⁴.

Dos elementos apresentados até aqui apresentados, talvez o acirramento dentro de questões processuais penais, ou, a quebra de princípios e de garantias constitucionais não estão adstritas apenas ao direito material, e ocorrem de fato no deslinde processual penal – e aqui se justifica a alternativa da utilização da base teórica fundada na função onto-antropológica de cuidado-de-perigo, pois, o processo tem uma finalidade legal a ser respeitada, assim como uma necessidade interligada a pena e que processualmente pode ser alterada e a função de resposta a um bem jurídico outrora afetado.

Ora, como não reconhecer que a finalidade maior do processo seja a justiça e a paz social, e que, sem atentar para garantias constitucionais que sustentam a dignidade humana não haveria como alcançar tais objetivos?

¹⁶⁴ WEDY, Miguel Tedesco. **A eficiência e sua repercussão no direito penal e no processo penal**. 1. ed. Porto Alegre: Elegancia Juris, 2016. p. 293.

Como bem defendido por Wedy, a relação onto-antropológica de cuidado-de-perigo extrapola o Direito Penal e atua contundentemente na relação processual penal.

Em poucas palavras a justiça e paz jurídica são finalidade de forma semelhante tanto no campo do direito penal como no direito processual penal, como bem apresentado por Wedy, onde, assim como no direito penal, a partir de uma visão onto-antropológica, o direito processual penal esteja sedimentado em um fundamento, com a função da proteção do bem jurídico penal¹⁶⁵, e com a finalidade do alcance da justiça e da paz social, respeitando a dignidade humana e as garantias e princípios constitucionais.

Roxin, em que pese a sua leitura funcionalista e destoante da visão não funcional de Faria Costa, vai alertar quanto a íntima relação entre direito material e processual penal, enfatizando uma estreita ligação que é unida pelo laço de complementariedade desde as condições de punibilidade do Direito material às questões de condições e procedibilidade do Direito procedimental, cita como exemplo as possibilidades da limitação da punibilidade através da interpretação restritiva de tipos penais, ou mesmo, as possibilidades da suspensão processual nos casos de crimes de bagatela – em tempos de mecanismos de delação e do *plea bargain* no Brasil¹⁶⁶.

3.4 A Visão Onto-Antropológica de Cuidado-de-Perigo e a sua Relação com a Crítica Hermenêutica do Direito

A relação onto-antropológica de cuidado-de-perigo se relaciona diretamente com a Crítica Hermenêutica do Direito, pois, ao tratar de questões materiais, e principalmente processuais que defendem o respeito à dignidade humana, ao estado democrático de direito, conseqüentemente assim exercendo a defesa de princípios e garantias constitucionais, que fogem muito além da discricionariedade da justiça hodierna, que, utiliza-se de aparatos advindos da política criminal e promovem decisões judiciais que desrespeitam princípios constitucionais e que em alguns

¹⁶⁵ WEDY, Miguel Tedesco. **A eficiência e sua repercussão no direito penal e no processo penal**. 1. ed. Porto Alegre: Elegancia Juris, 2016. p. 285.

¹⁶⁶ FERNANDES, Fernando. **O processo penal como instrumento de política criminal**. Coimbra: Livraria Almedina, 2001. p. 38. (Coleção Teses).

momentos atribuem as garantias constitucionais responsabilidade pelo estado de caos de criminalidade e violência da sociedade contemporânea.

A relação de cuidado-de-perigo está diretamente vinculada à questão processual, ao respeito de uma finalidade legítima que promova justiça e paz social, portanto, está diretamente ligada a teoria da decisão que renega a profunda discricionariedade judicial hoje existente, e a interferência da política criminal como se esta lei ou, princípio fosse e de um realismo jurídico que fere a hierarquia de normas – ainda que alguém discorde, o desenvolvimento kelseniano é parte da estrutura que organiza e dá sentido a decisão judicial – que entre outras coisas é motivadora de fenômenos como o Ativismo Judicial: parte da problemática enfrentada ao decorrer desta pesquisa.

Não bastasse, existe uma ponte na filosofia heideggeriana que influencia tanta a crítica hermenêutica do Direito quanto à função onto-antropológica de cuidado-de-perigo.

Heidegger situa a questão da ontologia fundamental no sentido do ser; a clarificação resulta no único ente que compreende o ser, que é o homem (*Dasein*), o estar-aí, que é o ser-no-mundo, **que é o cuidado (*Sorge*); o cuidado é temporal (*Zeitlich*)** (grifo nosso)¹⁶⁷.

Tratamos no primeiro tópico deste capítulo a respeito do suporte buscado na obra de Heidegger Ser e o Tempo, onde Faria Costa capturou a ideia originária de cuidado (*Sorge*) e a partir de uma matriz onto-antropológica.

A função onto-antropológica da relação de cuidado-de-perigo, como anteriormente já falado e contundentemente defendido por Faria Costa, a exemplo, do Direito Penal, não poderia se basear na apenas na antijuridicidade, na tipicidade e na culpabilidade para a definição de uma conduta criminosa, mas efetivamente, no lastro da relação de cuidado-de-perigo que se baseia na finalidade da pena, na necessidade da mesma e na real proteção do bem jurídico.

Para a Crítica Hermenêutica do Direito a interpretação da linguagem daquilo que envolve o desvelamento do homem a partir da facticidade e da historicidade do ser-no-mundo¹⁶⁸ - o link da compreensão do homem na análise do *Dasein* que mantém relação com temporalidade e com o mundo, a relação do homem com os

¹⁶⁷ STRECK, Lenio Luiz. **Hermenêutica jurídica e(m) crise**: uma exploração hermenêutica da construção do direito. 7. ed. rev. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007. p. 178.

¹⁶⁸ STRECK, Lenio Luiz. **Lições de crítica hermenêutica do direito**. 2. ed. rev. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2016. p. 11.

outros, que permite a construção dos sentidos do ente, e que por fim se combina na ideia de cuidado (*Sorge*).

Poderia ser tratado como uma grande ousadia dizer que a função onto-antropológica de cuidado-de-perigo estaria intimamente ligada a Crítica Hermenêutica do Direito, muito embora, não seja leviano afirmar que o veio originário filosófico de influência heideggeriano incita a uma conclusão e a um horizonte de busca de um prumo idealizante similar.

Nesse debate da questão da crítica feita por Faria Costa de que apenas a simples observação de antijuridicidade, tipicidade e culpabilidade já não seriam suficientes para definir o crime. Neste sentido o exemplo voltado exclusivamente para a questão penal – alicerçado na ideia de compreensão fenomenológica hermenêutica desenvolvida na Crítica Hermenêutica do Direito, fazendo uso de um exemplo muito bem aplicado por Streck¹⁶⁹ de um de um caso concreto de um furto qualificado por escalada, caso acompanhado por Streck enquanto Procurador de Justiça junto ao Ministério Público.

No caso apresentado, o acusado, apelante do processo, havia sido condenado a 3 anos por pular um muro e chegar até o bem que seria subtraído, tendo a qualificadora do crime em razão da escalada. Streck analisando o caso, levando em conta a temporalidade do tipo penal da década de 40.

Há época não haviam bancos, e se haviam, eram poucos. Streck indaga quanto da opção do Código Penal em proteger muito mais o bem jurídico da propriedade que o da própria vida – daí o aumento de pena na hipótese de se escalar determinado obstáculo com o fito de subtrair determinado bem de outrem.

Pois bem, o que se processa no caso concreto – e se este realmente importa – é que a dita “escalada” foi de um muro de um metro e sessenta que contava ainda com facilitador uma caixinha com relógio marcador do consumo de água que servia normalmente de apoio para a nomeada “escalada”.

O que Streck tenta alertar é que afastada da sua temporalidade, e da análise do caso concreto, a qualificadora da escalada teria sentido apenas nos rigores daquilo que os manuais de direito penal apresentavam – ou seja, uma versão anacrônica, romântica que apenas a observação da antijuridicidade, da tipicidade e da culpabilidade do exemplo fático não seria suficiente para a devida aplicação de

¹⁶⁹ STRECK, Lenio Luiz. **Lições de crítica hermenêutica do direito**. 2. ed. rev. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2016. p. 12-13.

um direito penal que além de proteger o bem jurídico tivesse efeito real de promovedor da justiça e da paz social. Não! Não seria esse o caso!

Surgiria então uma contradição teórica entre o pensamento onto-antropológico da função de cuidado-de-perigo de Faria Costa em relação à Crítica Hermenêutica do Direito? Normalmente que não! Como bem apresentado por Faria Costa, o que se está a apresentar não é uma proposta de dogmatismo exegético – muito longe disso, por sinal. O que Faria Costa apresenta é que existe um contexto de relações – a nomeada “teia relacional¹⁷⁰” tão bem descrita por Wedy que, na perspectiva onto-antropológica cobra uma maior envergadura na análise do Direito Penal e, normalmente do Direito Processual Penal.

A Crítica Hermenêutica do Direito é caracterizada pelo desvelar ou a exploração do elemento hermenêutico que se apresenta no centro do fenômeno jurídico¹⁷¹. Esse processo de escamação, ou como bem apresentou Streck, esse processo de “lixar o texto¹⁷²” faz parte de um contexto de análise relativo à Teoria da Decisão.

Em que pese às distinções, tanto a Crítica Hermenêutica do Direito quanto a Função onto-antropológica de cuidado-de-perigo se apresentam como estruturas não funcionais.

A luta pela integridade e coerência¹⁷³ das decisões, notadamente o alvo democrático da Teoria da Decisão que está inserida no contexto objetivo da Crítica Hermenêutica do Direito se interconecta com a onto-antropologia de Faria Costa, vez que sua finalidade efetivamente é a concretização de decisão que proteja o bem jurídico, restabeleça a relação de cuidado-de-perigo (a justiça e paz social) e que isso se proceda de forma legítima em consonância com o ordenamento legal, seja ele material, ou, processual – logicamente criando perspectivas que dialogam diretamente com a crítica hermenêutica do Direito, portanto, com a Teoria da Decisão.

¹⁷⁰ Esse termo é utilizado pelo Professor Miguel Tedesco Wedy (WEDY, Miguel Tedesco. **A eficiência e sua repercussão no direito penal e no processo penal**. 1. ed. Porto Alegre: Elegancia Juris, 2016. p. 78) apropriamos do termo por ele representar de forma bem clara a ideia de cuidado-de-perigo e o atrelamento lógico entre o ser e sua temporalidade – esse termo consegue de forma singular representar parte de uma essência de representação lógica do conceito onto-antropológico. Originalmente o termo foi utilizado pela primeira vez por Max Weber.

¹⁷¹ STRECK, Lenio Luiz. **Verdade e consenso**. 6. ed. rev. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2017. p. 33.

¹⁷² STRECK, Lenio Luiz. **Lições de crítica hermenêutica do direito**. 2. ed. rev. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2016. p. 10.

¹⁷³ Base desenvolvida por Ronald Dworkin, onde ele defende que as decisões precisam respeitar limites de integridade e coerência da comunidade jurídica.

No início deste capítulo discutiu-se o tempo e a relação com a facticidade/historicidade veio de explicação do *Dasein*¹⁷⁴, ou, do existente humano como condição de possibilidade do ser; falou-se quanto à perspectiva do tempo da velocidade do tempo contemporâneo e da necessidade do aprofundar do pensamento reflexivo que nos foi aprofundado em *Gelassenheit*. Neste sentido, a busca pela integridade no uso, na prática seja ela formal ou material da lei perpassa um horizonte onto-antropológico que comunica diretamente com a perspectiva da Teoria da Decisão da Crítica Hermenêutica do Direito.

A perspectiva de combinação da função onto-antropológica do cuidado-de-perigo e a Crítica Hermenêutica do Direito adentra as perspectivas deste trabalho pela lente de análise da relação de cuidado que comunga com uma teia relacional dos elementos do ser-no-mundo e o ser-aí, do existente humano, que produzem o contexto de exigência de condições de finalidade, de necessidade e de função tanto para o Direito Penal como para o Direito Processual Penal. A perspectiva de análise contemporânea de decisões judiciais, assim como a busca pela integridade de tais decisões, reforça o contexto da luta pelo respeito aos princípios e garantias constitucionais do direito material e do direito processual – nisso, tanto a função onto-antropológica de Faria Costa quanto a Crítica Hermenêutica do Direito caminham no mesmo sentido: seja uma âncora filosófica do cuidado (*Sorge*), ou seja, através de condições pré-estabelecidas dentro de um jogo democrático que limitam a discricionariedade daquele que julga e não abraça de forma cega o utilitarismo – como já falado.

Faria Costa não apresenta uma visão exegética a respeito do texto da lei, mas embasa a função onto-antropológica em uma atividade interpretativa que apresenta como filtros a necessidade da pena, a proteção do bem jurídico afetado, ou a recomposição do status antes da conduta criminal, a finalidade da recomposição primeva da relação de cuidado-de-perigo através do atingimento da justiça e da paz social – nestes termos obedecendo ao contexto democrático legitimado pelo respeito à dignidade humana e a legitimidade das ações baseadas em decisões que promovam realmente a justiça.

¹⁷⁴ STRECK, Lenio Luiz. **Dicionário de hermenêutica**: quarenta temas fundamentais da teoria do direito à luz da crítica hermenêutica do direito. Belo Horizonte: Letramento: Casa do Direito, 2017. p. 28.

Por vezes, a interferência de elementos externos a própria lei – e não se fala do entendimento ao pé da letra da lei – mas o descompasso e o uso desproporcional da discricionariedade no julgar, a revelia até dos limites da interpretação da dogmática, e por vezes afastado da análise efetiva da lei na decisão. Perspectivas que unem em mesmo sentido os pontos teóricos convergentes da onto-antropologia de Faria Costa e da Teoria da Decisão expressa na Crítica Hermenêutica do Direito.

4 A DISCUSSÃO DA PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA – EMBATES ENTRE A POLÍTICA CRIMINAL E A DOGMÁTICA PENAL: ACORDOS E DESACORDOS ENTRE FINALIDADE E FUNÇÃO ONTO-ANTROPOLÓGICA EM RELAÇÃO À POLÍTICA CRIMINAL ATUARIAL

A presunção de inocência é, sem dúvida nenhuma, marco de sustentação da relação de legalidade e legitimidade que sustenta o processo acusatório em um estado democrático de direito. Como diria Neves, o Direito Penal antes de ser tipificador e dosador de punições é, antes de tudo, mandato de liberdade, pois estabelece limites ao Estado de como este deve proceder o processo de persecução penal legal e legítimo em face de um cidadão. As garantias constitucionais, entre elas a presunção de inocência compõem uma linha tênue que divide a força do Estado em relação às liberdades e direitos individuais dos cidadãos.

O Estado conta com toda uma estrutura ao seu dispor e de mecanismos vastos para desenvolver o processo acusatório, e tanto o direito penal quanto o processo penal ofertam ao acusado mecanismo para que o mesmo possa se colocar teoricamente em uma situação mais proporcional em relação ao Estado.

Como podemos acompanhar nos capítulos anteriores existe uma opção governamental contemporânea que acompanha uma visão de política criminal atuarial¹⁷⁵ que, por vezes, encara a legislação, no caso, a dogmática – seja ela material, processual, ou constitucional - como barreira e, culpada pelo avanço da criminalidade na sociedade.

O raciocínio de eficiência que é trabalhado pela política criminal atuarial se baseia em pesquisas e dados em uma clara opção por segurança em detrimento de liberdades e garantias, com o objetivo macro de conseguir o máximo de resultado com mínimo de dispêndio necessário¹⁷⁶.

Existe um choque claro entre opções e modelos persecutórios ocorrendo ao momento no Brasil. Consta que a tradição jurídica romana, por exemplo, a confissão

¹⁷⁵ DIETER, Maurício Stegmann. **Política criminal atuarial**: a criminologia do fim da história. 2011. f. 9-22. Tese (Doutorado em Direito) -- Universidade Federal do Paraná, Curitiba, 2011. WERMUTH. Maiquel Angelo Dezordi. Política criminal atuarial: contornos biopolíticos da exclusão penal. **Rev. Direito e Práx.**, Rio de Janeiro, v. 8, n. 3, p. 2043-2073, 2017. Disponível em: <http://www.scielo.br/pdf/rdp/v8n3/2179-8966-rdp-8-3-2043.pdf>. Acesso em: 10 jan. 2020. Interessante trabalho do Professor Wermuth da Unijuí tratando a respeito de características da política criminal atuarial.

¹⁷⁶ WERMUTH, *op. cit.*, p. 2045.

era matéria de valoração a ser agregada a um conjunto de provas presentes em um catálogo de provas consideradas no código.

Em contrapartida, o sistema acusatório de origem anglo-saxão a mesma questão relativa à confissão praticamente recebia valoração similar ao efeito da sentença¹⁷⁷.

O que se quer demonstrar é que existe um processo em curso de interferência de um direito diverso do “*civil law*”, isso acaba por privilegiar costumes e mecanismos que tradicionalmente colocam um sistema que surgiu embasado em dogmática de viés liberal¹⁷⁸, mas que agora encontra-se em crise.

Em sentido contrário a o eficientismo da política criminal atuarial temos a visão onto-antropológica de Faria Costa que requer a análise da questão do cuidado no que se refere à finalidade, fundamento e necessidade da pena como meio de restabelecimento daquele que fere a ordem de cuidados para com os demais – a nomeada “teia relacional” emprestada da sociologia Weberiana por Faria Costa.

A visão de Faria Costa vai a sentido contrário de um processo de expansão da punição, e avalia a necessidade e finalidade da pena, bem como a proporção da pena adotada em relação ao bem jurídico afetado, tendo como principal objetivo a recomposição do status de cuidado entre os membros de um mesmo corpo social.

Nesse sentido, a fundamento onto-antropológico de cuidado-de-perigo, dentro de uma sociedade de risco prioriza a promoção da dignidade humana e dos valores sociais advindos de uma justiça que prima pela paz social e pelas garantias daquele que normalmente tem direito a um processo justo, equilibrado e robustecido por normas que impeçam o interesse do estado de manobrar o processo acusatório da forma que bem desejar.

Objetivamente, o aprofundamento desenvolvido nesta pesquisa prioriza dados advindos da relação processual penal. Talvez em razão da relação processual estar vinculada de forma mais direta a decisão judicial, e ao desenvolvimento ou cerceamento das garantias constitucionais de um cidadão, que, normalmente se apresentam ao decorrer do deslinde processual.

¹⁷⁷ FERRAJOLI, Luigi. **Direito e razão**: teoria do garantismo penal. São Paulo: Saraiva, 2014. p. 549-551.

¹⁷⁸ WERMUTH, Maiquel Angelo Dezordi. Política criminal atuarial: contornos biopolíticos da exclusão penal. **Rev. Direito e Práx.**, Rio de Janeiro, v. 8, n. 3, p. 2045, 2017. Disponível em: <http://www.scielo.br/pdf/rdp/v8n3/2179-8966-rdp-8-3-2043.pdf>. Acesso em: 10 jan. 2020.

A hipótese de que a relação de cuidado de perigo poderia conter os abusos e intervenções da política criminal contemporânea em relação à dogmática no processo de decisão, surge a partir de uma necessidade premente da análise de finalidade, função e necessidade da punição e se esta tem como finalidade principal a dignidade da pessoa humana – no sentido mais liberal da discussão: se existem mecanismos que respeitam o indivíduo em relação a um teórico interesse coletivo patrocinado pelo Estado. Ainda mais quando este interesse coletivo passa a ser utilizado pela corte suprema como justificativa para o cumprimento diverso daquilo que disciplina a lei.

Neste caminho, será utilizado o caso da presunção de inocência para que seja possível análise se o atendimento dos requisitos onto-antropológicos funcionariam como barreira limitadora dos avanços desenfreios da política criminal sob a dogmática penal, em especial nas decisões judiciais – uma das causas inclusive aqui apontadas para fenômenos como o Ativismo Judicial.

4.1 A Presunção de Inocência como Mandato de Liberdade – o ônus da prova como responsabilidade do Estado

Antes de adentrar na análise de casos que possam nortear os pressupostos avançados nesta pesquisa, faz-se necessário fazer um aparte que apresente uma relação que é inevitável não tratar – pois a presunção de inocência caminha *pari passu* junto à questão do ônus da prova.

As constituições modernas pós-bonapartistas trouxeram mecanismos liberais que justamente traziam a noção de liberdade do homem, posteriormente a estes conceitos se juntando a questão do homem como cidadão detentor de mecanismos liberais que o possibilitassem defender seus interesses em face do Estado.

Após a segunda guerra mundial observou-se que os Estados poderiam cometer crimes cumprindo sua própria Lei - basta lembrar as teses de defesa do Tribunal de Nuremberg quando oficiais nazistas sustentaram que não poderiam ser punidos por terem cumprido as ordens baseadas nas leis que vigoravam em seu país¹⁷⁹, e como bem conhecido a frase de que até o Tribunal de Nuremberg homens

¹⁷⁹ Sobre o Tribunal de Nuremberg Nelson Hungria teceu uma crítica técnica à desconsideração da “obediência devida ou coação irresistível” levando em consideração princípios como o da legalidade e da retroatividade da lei penal mais grave. HUNGRIA, Nelson. **Comentários ao código penal**. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1980. v. 6. Não é necessário ir longe para

havia sido punidos por desobedecerem a Lei, a partir dali homens foram punidos por cumprirem a Lei. Mas estar-se-ia fazendo uma defesa velada dos oficiais nazistas ao trazer o exemplo aqui apresentado? Normalmente que não! A partir do Massacre nazista na segunda guerra mundial a dignidade humana passou a constar como princípio inexorável das nações democráticas e a vigorar como princípio norteador e limitante da atual dos estados perante seus cidadãos.

Assim foram criadas regras a partir de princípios universais que protegessem a vida, a liberdade, a propriedade e mais recentemente o trabalho e os direitos sociais de forma mais vasta.

A presunção de inocência surge como princípio norteador e legitimador das ações dos Estados – pois ela estimularia nos estados a criação e obediência a rigores que impediriam a atuação ditatorial e desproporcional do estado em relação aos civis.

A presunção de inocência homenageada internamente em diversos dispositivos do Código Penal se apresenta de forma expressa e mais clara no art. 5º, inciso LVII, da Constituição Federal do Brasil, no art. 283 do Código de Processo Penal e ainda, inculido no art. 107 da lei de Execuções Penais (7.210/84) – embora a análise dessa pesquisa se concentre efetivamente no aporte constitucional da presunção de inocência e na sua via reflexiva do art. 283 do CPP.

No Brasil, por diversas vezes tentaram desqualificar a presunção de inocência travando um desgastante e contraproducente debate a respeito de que a Constituição não trataria de presunção de inocência, mas sim de uma presunção de não-culpabilidade.

A ideia de que a presunção de inocência estivesse à margem da constituição de 1988 e a conceituação diversa de que a presunção fosse de não-culpabilidade é um engenhoso eufemismo desqualificador de um princípio constitucional e, majoritariamente não aceito, pois os princípios da dignidade humana que motivaram a inserção do dispositivo na Constituição – visivelmente baseado na Carta de Direitos Humanos – levam a concluir que a expressão terminológica de presunção

demonstrar o seu desacerto, bastando atentar para as palavras de um dos mais destacados membros do governo nazista, o comandante da força aérea Herman Goering, segundo no Comando do Terceiro Reich: “Este tribunal (Tribunal de Nuremberg) não percebe que acatar ordens é uma justificativa legítima para fazer quase tudo. O tribunal está errado. Note bem, eu disse ‘quase tudo’. Não considero o extermínio de mulheres e crianças apropriado, ainda que tenha sido feito um juramento”. GOLDENSOHN, Leon. **As entrevistas de Nuremberg**: conversas de um psiquiatra com os réus e as testemunhas. Tradução de Ivo Korytowski. São Paulo: Companhia das Letras, 2005. p. 173.

de não culpabilidade poderia ressoar mais vulnerável que a presunção de inocência¹⁸⁰. Principalmente lembrando que convivemos com um código de processo penal com toques e influências da Itália de Mussolini e que em diversos julgados reconhece distinção entre a não culpabilidade e presunção de inocência¹⁸¹.

Badaró lembra que a presunção de inocência deve ser observada de diversos ângulos, pois a mesma é garantia política do Estado de Inocência, regra de julgamento no caso de dúvida (*in dubio pro reo*) e ainda, como regra de tratamento do acusado ao longo do processo¹⁸² – e não seria absurdo tratar quanto efeitos da presunção de inocência que existe ainda em situações durante a própria execução da pena – quando do réu acusado de crime no processo de cumprimento de uma pena. Ou seja, a presunção de inocência possui efeitos diversos, mas intrinsecamente está ligada, e vinculada umbilicalmente a finalidade promoção da dignidade humana.

O que se observa na sociedade contemporânea é um intenso processo de importação do direito, em especial do Direito Americano¹⁸³ alternativa e resposta a ineficácia do Estado perante as manifestações do crime na sociedade contemporânea, principalmente em relação ao combate de organizações criminosas¹⁸⁴.

Em que pese às finalidades e os objetivos desse processo de importação legislativa, o Brasil nos últimos anos vem adotando estruturas legais advindas da *common law*¹⁸⁵ que possuem distinções consideráveis do processo de desenvolvimento histórico dos dispositivos legais no Brasil, mas de igual forma consolidando importações como questões como a transação penal e a substituição da pena, advindos do *plea bargaining* e que foram introduzidos no Direito Brasileiro

¹⁸⁰ BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. **Ônus da prova no processo penal**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003. p. 280.

¹⁸¹ *Ibid.*, p. 282.

¹⁸² *Ibid.*, p. 280.

¹⁸³ SUXBERGER, Antonio Henrique Graciano; GOMES FILHO, Dermeval Farias. Funcionalização e expansão do direito penal: o direito penal negocial. **Revista de Direito Internacional**, Brasília, DF, v. 13, n. 1, p.377-379, 2016.

¹⁸⁴ CALLEGARI, André Luis. O direito penal do risco como resposta às políticas de segurança e controle social. O Autor explana sobre o perigo da aplicação indiscriminada de prisões preventivas com notável objetivo de coação para a realização de “colaborações premiadas”. CALLEGARI, André Luís. O direito penal do risco como resposta às políticas de segurança e controle social. *In*: STRECK, Lenio Luiz; ROCHA, Leonel Severo; ENGELMANN, Wilson (org.). **Constituição, sistemas sociais e hermenêutica**: anuário do Programa de Pós-Graduação em Direito da Unisinos – Mestrado e Doutorado, n. 13. Porto Alegre Livraria do Advogado, 2017. p. 26-28.

¹⁸⁵ CAMILO, G. V. D. G.; TENÓRIO, V. W. A.; FALCÃO, H. M. M. **Ensaio sobre direito internacional e relações internacionais**: reflexões a partir de estudos transnacionais. [S. l.]: Deviant, 2017.

através da Lei que disciplinou os Juizados Especiais Criminais no Brasil, a Lei 9099/95.

A importação vivenciada de dispositivos legais de outros países geram situações complexas, como por exemplo, no caso dos Juizados Especiais, e embora seja querela vencida, a questão da obrigatoriedade do parquet do impulso das ações, que era obrigação e passou a ser necessidade relativa em questões como transação penal e suspensão condicional do processo¹⁸⁶.

No caso dos Juizados Especiais a medida das negociações veio para desopilar um sistema que começava a punir situações quase que irrelevantes com a constrição da liberdade – basta lembrar a extinta prisão civil, que por tempo vigorou ainda no âmbito do juizado especial.

O cenário de importações legislativas ocorridas no presente diverge em grau, finalidade, fundamentos, objetivos e necessidades a aquelas que foram advindas com a instalação dos juizados especiais e alguns dos mecanismos contidos na lei que regulou os juizados.

Não se trata de uma importação de influência para a alteração da lei – e até se trata, mas não é posição de vanguarda nesta guerra – a situação colocada e apresentada na atualidade é legitimamente advinda de uma política criminal atuarial que por vezes desconsidera a lei, que visiona finalidades sem obedecer ao processo de legitimação que existe vinculado a lei constitucional e processual do país, e que tensiona o discurso de que mecanismos presente em nossa constituição, a exemplo da presunção de inocência que tratamos aqui, seriam óbices para a promoção da paz social e da justiça.

Ou seja, a presunção de inocência e seus diversos efeitos deveriam ser mitigados para que o Estado pudesse funcionar – deveríamos alargar o poder e extensão do Estado em relação ao civil, porque o Estado, mesmo com todos os impostos e poder concentrado encontra barreiras na própria lei que torna ele legítimo.

Esta situação se agrava quanto o próprio STF, sem objetivar um horizonte onto-antropológico vinculado à finalidade, necessidade e fundamento de existência de um princípio como a presunção de inocência, passa a utilizar-se de influências

¹⁸⁶ BOSCHI, J. A. P. **Ação penal**: as fases administrativas e judicial da persecução penal. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2018.

advinda do contexto extraprocessual, social para justificar a interpretação diversa e ilimitada da Constituição Federal.

No mesmo sentido criando pano de fundo para abrigar uma conjuntura que foge a relação de proteção do indivíduo e da magnitude do estado em relação a esta – para muitos e por vezes até para o STF a Constituição Federal virou casa e abrigo de criminosos, os processos se avolumaram por culpa da Constituição e as hipóteses de prisão preventiva do indivíduo não são suficientes – a dignidade humana se tornou a princípio, na linha de raciocínio do Estado na contemporaneidade, protetor de bandidos, e não de cidadãos que possuem o direito de se defender com todos os mecanismos possíveis e legais em relação a um processo, em tese, acusatório mantido e impulsionado pelo Estado.

Como tratado em momento anterior, a necessidade de resposta a falta de segurança e ao fenômeno da violência contemporânea fazem com que as finalidades de promoção da paz social e da promoção da dignidade humana estranhamente façam parte da linha de discurso que defende que o Estado precisa de maior poder de intervenção perante o cidadão, sendo que rigores do processo, garantias individuais assentadas em lei passam a figurar como responsáveis pela ineficácia dos aparelhos de repressão do estado, por vezes assumindo o discurso de que tais garantias seriam rigores prejudiciais que dificultam o combate ao crime – e isso se apresentando estranhamente nas decisões judiciais, principalmente do STF.

Não bastasse, as decisões do STF, especialmente no que se refere à questão da presunção de inocência nos pouco mais de 30 anos da Constituição Federal alternam espasmodicamente – nas últimas 3 décadas o entendimento a respeito da matéria mudou por 3 vezes, visivelmente colocando em pauta um conflito de políticas criminais e suas tônicas nesse tempo.

Mais que revelar um embate entre dogmática penal e a política criminal atuarial em voga hoje, o Supremo Tribunal Federal desvela o produto de todo esse conflito: existe uma queda de braço em razão da desinteligência em perceber que política criminal e dogmática possuem funções e finalidades diferentes¹⁸⁷ – fazendo uma análise direta do pensamento idealizado por Faria Costa, quando metodologicamente convida a analisar fundamentos, funções, finalidades e necessidades.

¹⁸⁷ Será abordada a frente esta visão advinda do professor Fábio D`Avila.

A política criminal possui funções e finalidades distintas da dogmática penal, muito embora o contexto das decisões judiciais contemporâneas utilizem base do Realismo Jurídico americano para angariar elementos advindos de propostas de rigor, inserindo dados, pesquisas e *standards* que, inseridos nas decisões judiciais passam a servir de justificativa a entendimentos diversos e criativos do texto da lei, nas suas mais variadas possibilidades para que não haja a acusação de um ideal exegético inalcançável.

Afinal, a interpretação da lei pode se basear de princípios intrínsecos, mas de forma alguma essa interpretação terá o condão e legitimar aquilo que não cabe no texto, muito menos nos princípios que consubstanciam o dispositivo – uma clara referência à questão da presunção de inocência mutilada no Supremo Tribunal Federal quanto das diversas variáveis aplicadas ao decorrer dos últimos anos quanto à interpretação do art. 5º, inciso LVII, da Constituição Federal.

4.2 O Entrave Histórico Constitucional e os Vários Reveses do STF a Respeito da Presunção de Inocência

A presunção de inocência está presente no art. 5º, inciso LVII, da Constituição Federal Brasileira.

O processo de desenvolvimento da Carta Constitucional de 1988 sofreu diversas intervenções e influências advindas do período pós-ditadura, em especial questões ligadas à limitação do Estado em relação a civis, a propriedade e principalmente a liberdade.

Homenageando as cartas de Direitos Humanos a Constituição Federal de 1988 inseriu no art. 5º uma série de direitos, entre eles a questão da presunção de inocência.

A presunção de inocência nestes últimos 30 anos suscitou uma série de debates, e mais recentemente virou explicação fácil para o surto de violência e crime no Brasil.

A presunção de inocência que existe como garantia de proteção ao interesse do inocente acusado, passou a ser tratada como a defesa e proteção do criminoso julgado e sentenciado. A presunção de inocência passou a ser culpada nos jornais pela ineficácia dos planos de segurança pública.

A presunção de inocência passou a ser culpada pela fila gigantesca de recursos a serem julgados no STF, e a isso justificar a demora e a possibilidade de recursos em liberdade por pessoas que em tese teriam cometido crime.

A presunção de inocência passou a, mais recentemente, ser dispositivo ameaçador de operações como a Lava Jato, como se a presunção de inocência de valor universal e positivado em nossa Constituição pudesse virar brecha para a ineficácia de uma operação, esta operação se colocando em grau de importância maior que o próprio texto constitucional. A presunção de inocência passou a ser dispositivo melhor compreendido, mitigado, diminuído, dilacerado, mutilado, pois, intimamente está ligado ao contexto de limitações que o estado sofre em relação a uma questão crucial, como se desenvolve e como se cumpre legalmente o processo acusatório e ônus da prova, que cabe inequivocamente ao Estado.

A presunção de inocência foi utilizada no Brasil para justificar que a violência das grandes organizações criminosas teria certa vantagem, isso em diagnosticado a partir da operação Lava Jato, embora esta última concentrasse sua atuação quase que exclusivamente em crimes de colarinho branco – o que não oferece resposta direta para os crimes que são cometidos e ceifam a vida de milhares de pessoas nas periferias das grandes cidades, oriundos do tráfico de drogas – que precisa de abordagens mais modernas e menos moralistas – e ainda advindos do rol de crimes patrimoniais.

Mas faz-se necessário um remonte histórico das abordagens que a presunção de inocência recebeu no STF ao decorrer dos últimos 30 anos, encerrando com o caso mais recente, o primeiro a ser analisado *in abstracto* pela corte quando analisou o art. 283 do Código de Processo Penal, na celeuma da questão dos limites da presunção de inocência para o início de uma prisão pena, ou seja, aquela que teoricamente reconheceria a culpabilidade do réu, diferente das hipóteses de prisões cautelares previstas no art. 312 do Código de Processo Penal.

O conflito estabelecido nos últimos 30 anos a respeito da presunção de inocência é sintetizado pelo constante embate entre política criminal se sobrepondo através da realidade social a realidade normativa¹⁸⁸.

Não é audacioso afirmar que a questão da presunção de inocência percorre um debate volátil no Brasil bem antes da sua inserção oficial como princípio na

¹⁸⁸ STRECK, Lenio Luiz. **30 anos da CF em julgamentos – uma radiografia do STF**. Rio de Janeiro: Forense, 2018. p. 9.

Constituição de 1988. Já pelos idos da década de 1920, Rui Barbosa alertava em seus discursos quanto à importância de tal princípio, e apenas a partir de 1948 e após a edição de diretrizes internacionais a respeito dos Direitos Humanos e a contenção dos poderes do Estado, principalmente a partir do pós-guerra, é que efetivamente se inicia um debate mais aprofundado a respeito da presunção de inocência no Brasil.

Os efeitos do pós-guerra e diversos princípios humanitários foram suprimidos por um clima político avesso no Brasil: instabilidade política, morte de Vargas, a ameaça comunista, parlamentarismo societário entre civis e militares e por fim, um Golpe Militar que perdurou até meados da década de 1980.

A presunção de inocência foi inserida na constituição Brasileira como princípio basilar e norteador do modelo de processo acusatório eleito como mecanismo democrático de contenção a persecução penal do Estado em face do indivíduo. Contudo, a ausência da nomenclatura “presunção de inocência” no texto constitucional de forma expressa, e as naturais influências das cartas penais italianas e ainda da Constituição Italiana deixaram margem para o cansativo debate quanto à existência de uma presunção de não culpabilidade, que em termos seria menos extensiva que a proteção constitucional salvaguardada como substância no corpo da presunção de inocência.

Tais fatores levaram aos julgados da corte suprema a seguir entendimentos e tendências que alternaram algumas vezes nas últimas três décadas.

A princípio, a presunção de inocência disposta no art., 5º, inciso LVII, foi mitigada já em entendimentos e decisões no início da década de 1990, por um conflito a respeito dos efeitos atrelados ao recurso extraordinário e a amarra previstas no parágrafo 2º, do art. 27 da Lei n. 8.038/1990, Lei que estabelecia normas para o recebimento de processos no âmbito do Superior Tribunal de Justiça e do Supremo Tribunal Federal – curiosamente o entendimento de uma Lei Federal subjugando a própria presunção de inocência da Constituição Federal – ocorre que o artigo do dispositivo previsto em tal lei indicava que os recursos especiais e extraordinários deveriam ser recebidos em suas respectivas casas apenas no efeito devolutivo, permitindo, portanto, assim, o cumprimento de penas a partir da decisão de segunda instância.

Seguindo a discussão a respeito dos diversos entendimentos que se seguiram a partir da Constituição de 1988, não custa lembrar o próprio processo

de definição dos termos que definiram o art. 5º, para demonstrar que a própria decisão a respeito da inserção expressa de texto que se prevê a presunção de inocência na Constituição passou por um tenso processo que revela temores dos próprios constituintes a respeito de um texto que já sofreria no seu nascimento entendimentos diversos da real função e finalidade da inserção do princípio da presunção de inocência na Constituição de 1988.

A Assembleia Nacional Constituinte viveu momentos muito tensos, um em especial envolvia a questão da inserção da presunção de inocência no debate da formulação constitucional – existia na verdade a consciência de que a presença expressa do termo presunção de inocência geraria mudanças profundas no país que saia de um processo crítico de uma ditadura militar¹⁸⁹.

Basicamente o debate inicial circundou quanto à terminologia a ser utilizada na Constituição: se “presunção de inocência”, ou princípio da não culpabilidade – sendo o último termo advogado pela maioria dos integrantes da Assembleia, em contraposição a uma minoria que defendia a inserção do termo presunção de inocência, nos termos das diversas normas estrangeiras em voga à época.

Interessante seria a seleção de algumas propostas de texto durante o processo de formulação do texto constitucional para observar como existia um pano de fundo controverso e tenso em volta da definição a respeito da questão da presunção de inocência – o que inevitavelmente migrou para a discussão judicial posterior a entrada em vigor da Constituição de 1988, e que, por via das dúvidas, é matéria discutida e enfrentada até hoje, seja nas decisões judiciais quanto no próprio Congresso.

Em primeiro momento o texto a respeito da presunção de inocência foi esculpido da seguinte forma: *Art. 1º São direitos e garantias individuais: [...] § 10. Considera-se inocente todo cidadão, até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória*¹⁹⁰.

¹⁸⁹ PIOVESAN, Flávia. **Direitos humanos e justiça internacional**. São Paulo: Saraiva 2008. p. 23-24.

¹⁹⁰ BRASIL. Câmara dos Deputados. **A construção do artigo 5º da Constituição de 1998**. Brasília, DF: Câmara dos Deputados, Edições Câmara, 2013a. p. 271. (Série obras comemorativas. Homenagem n. 9). Disponível em: <http://bd.camara.gov.br/bd/handle/bdcamara/15176>. Acesso em: 10 jan. 2020.

Em segundo momento, observa-se a retirada do termo “inocente” e uma opção pelo termo “culpado”, nos seguintes termos: [...] § 15. Ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória¹⁹¹.

Das propostas a que se aproximou mais do termo presunção de inocência foi a da Emenda Substitutiva n. 11.802, apresentada da seguinte forma: *Art. 12. [...] XV [...]: g) presume-se a inocência do imputado até o trânsito em julgado da sentença condenatória*¹⁹².

Ponto interessante a respeito da proposta de Emenda Substitutiva apresentada pelo Deputado do PMDB do Espírito Santo, José Ignácio Ferreira deixa clara algumas preocupações interessantes na fundamentação da proposta de texto apresentada, inclusive ao remanescente histórico trazido à época pelo Deputado, quando faz remissão a Constituição Italiana, trecho da fundamentação que demonstra a preocupação do deputado quanto à finalidade primeira que deveria se guiar a existência expressa da presunção de inocência no texto constitucional, evitando assim que o Estado na sua função de persecutória, não tomasse o indivíduo como objeto coisificado em um processo penal, nos seguintes termos nos apresenta a fundamentação da sua proposta de texto

É necessário que ao lado da proclamação do esquecido direito de que é presumir-se sempre a inocência do cidadão, sejam afastadas as interpretações judiciais, e revistas a legislação que permite ao poder público cometer verdadeiras violências, contra o cidadão indefeso, que não é apenas imputado de uma falta, mas que considera, de antemão, réu e crime, e como tal é tratado desde a identificação criminal [...]. Não se luta por um aprimoramento apenas de linguagem. O que se quer é que numa democracia participativa o cidadão se sinta garantido em sua integridade física e moral, e só após o devido processo legal, e esgotados os recursos da lei, possa a vir a ser identificado criminalmente, chamando de réu querelado, ou outra expressão do Direito Processual Penal, mas nunca, e desde logo, designado como acusado, dando sempre a conotação de culpa presumida¹⁹³.

Encerradas as discussões, prosperou o seguinte texto “ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória” –

¹⁹¹ BRASIL. Câmara dos Deputados. **A construção do artigo 5º da Constituição de 1998**. Brasília, DF: Câmara dos Deputados, Edições Câmara, 2013a. p. 273. (Série obras comemorativas. Homenagem n. 9). Disponível em: <http://bd.camara.gov.br/bd/handle/bdcamara/15176>. Acesso em: 10 jan. 2020.

¹⁹² *Ibid.*, p. 1060.

¹⁹³ *Ibid.*, p. 1060.

dando margem posterior para a discussão a respeito de quando se daria efetivamente o trânsito em julgado da sentença.

O que se constata é que o Brasil e sua estrutura de persecução penal sempre estiveram em atrito com o tão nobre princípio da presunção de inocência, sendo que diversas tônicas são utilizadas para justificar mudanças quanto à interpretação de um texto que não mudou, mas em razão de interpretação e influências de políticas criminais¹⁹⁴ diversas acabaram por causar parte dos males que geravam temor no Deputado Capixaba José Ignácio, quando o mesmo alertava para a questão da presunção de inocência e a clareza de sua presença no texto constitucional – o que normalmente não seria garantia de efetividade, observando os malabarismos interpretativos feitos por nossa corte constitucional nos dias atuais.

4.2.1 Os Efeitos das Decisões Condenatórias Interpostas pela Defesa - o caso do HC 84.078/MG – um giro a favor da constituição

A discussão quanto os efeitos dos recursos interpostos pela defesa no caso de decisões condenatórias sempre permeou a polêmica relacionada à presunção de inocência e o desrespeito à função e a finalidade estabelecida pelo princípio na Constituição – isso foi lembrado em tópico anterior – desde o início da década de 1990 a corte flertou com o cumprimento integral da presunção de inocência, mas escamoteava o princípio a partir do entendimento dos efeitos vinculados aos recursos de condenações levados à apreciação tanto do STJ quanto do STF.

Isso ocorreu até o ano de 2009, quando no HC 84.078/MG, de relatoria do Ministro Eros Grau, os recursos das decisões condenatórias voltaram a admitir, além do efeito devolutivo, o efeito suspensivo, portanto impedindo a prisão em segunda instância.

A posição da corte suprema inclusive colaborou para a aprovação da Lei 12.403/11¹⁹⁵, que entre outras coisas, alterou o art. 283 do Código de Processo

¹⁹⁴ Cf. HC n. 68.726/DF e HC n. 72.366/SP.

¹⁹⁵ A lei 12.403/2011 Alterou dispositivos do Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941 - Código de Processo Penal, relativos à prisão processual, fiança, liberdade provisória, demais medidas cautelares, e dá outras providências, em especial com a inclusão de pontos relacionados a respeito de prisões cautelares e ainda, a inclusão do dispositivo do art. 283 que tinha como principal objetivo a sedimentação do princípio da presunção de inocência no deslinde do processo penal.

Penal, reafirmando expressamente o princípio da presunção de inocência e, afastando, em tese, a discussão a respeito do momento do trânsito em julgado – pois parece bem claro que o trânsito em julgado se daria com o termo da possibilidade de recursos da parte acusada, mas de fato não sendo este ponto posicionamento pacífico entre os estudiosos do direito, daí surgindo a discussão a respeito do cumprimento da sentença a partir da decisão de segunda instância. Assim, portanto passou a prescrever o art. 283 do Código de Processo Penal

Ninguém poderá ser preso senão em flagrante delito ou por ordem escrita e fundamentada da autoridade judiciária competente, em decorrência de sentença condenatória transitada em julgado ou, no curso da investigação ou do Processo, em virtude de prisão temporária ou prisão preventiva.

Note-se que o posicionamento da corte a partir dos julgados que se seguiram após o ano de 2009 seguiam a função e a finalidade da presença da presunção de inocência na Constituição Federal, mas que ainda assim restou o trabalho redundante de assentar isso no Código de Processo Penal para evitar a discussão contínua do tema, o que mais tarde há de se descobrir que nem tal medida foi suficiente para exercer constrição no ato da decisão judicial que respeitasse os reais intuitos e finalidades do princípio da presunção de inocência nos dispositivos jurídicos pátrios.

4.2.2 A Mitigação da Presunção de Inocência e o Retorno da Prisão em Segunda

Instância no Ano de 2016 – política criminal atuarial como resposta aos crimes do colarinho branco: uma saída a partir do Realismo Jurídico

No ano de 2016, nova celeuma desencadeou um revés no tocante a mitigação da presunção de inocência por via da prisão em segunda instância, a partir das ADCs 43 e 44, que, curiosamente, buscavam a declaração da constitucionalidade do art. 283 do Código de Processo Penal, mas estranhamente viabilizando a prisão a partir da sentença condenatória em segunda instância – a tese defendida pelo relator, Ministro Marco Aurélio foi que a “culpa”, apresentada de forma expressa no art. 5º, inciso LVII, da CF/88 só poderia ser declarada após o trânsito em julgado.

Um dos votos, em especial, o do Ministro Luís Roberto Barroso, mostra parte da problemática desenvolvida nesta pesquisa – quanto à função e finalidade constitucional da presunção de inocência e de como essas finalidades e funções são escamoteadas com objetivos diversos pautados em visões de reafirmação do direito na sociedade, se baseando em opções de políticas criminais que visam objetivos diversos do intrínseco a existência da presunção de inocência. Observa-se isso de forma bem clara no voto do Ministro Luís Roberto Barroso quando, utilizando-se de verve do Realismo Jurídico, como já tratado em capítulo anterior deste trabalho, utiliza de forma estranha a ponderação de Alexy, para justificar sua decisão no que se refere à mitigação da presunção de inocência, e a natural concordância com a prisão a partir da decisão de segunda instância.

Barroso analisa a partir da ponderação o princípio da presunção de inocência em relação à efetividade do sistema penal. Ora, o princípio da presunção de inocência existe justamente para equilibrar a relação entre Estado e indivíduo, afinal, o objetivo do Estado não pode ser prender a qualquer custo para justificar, nos mesmos termos de trecho do voto de Barroso, a “efetividade do direito penal e dos bens jurídicos por ele tutelados”. Efetivamente, observa-se que um horizonte norteado pela ideia de cuidado de Faria Costa seria incompatível com qualquer proposta de autoafirmação de um sistema penal, em detrimento de garantias constitucionais que asseguram a dignidade humana e a cidadania. Também não se está apelando a um discurso vazio de um garantismo que visa esvaziar o Estado do seu papel punitivo, mas decididamente evitar que o centro gravitacional dessa relação não seja a necessidade voraz de autoafirmação do estado e a necessidade de resposta que confirme e ratifique uma teórica sensação de segurança¹⁹⁶ evidenciada através da resposta de instituições oficiais do estado ao fenômeno da violência e da criminalidade.

Ministra Carmén Lúcia segue mesmo caminho, aduzindo que, a “comunidade quer uma resposta”, alegando a necessidade da preservação do sistema, a confiabilidade das instituições democráticas, e que a duração razoável do processo refletiria essa vontade, sem destacar que o Estado possui recursos e meios para

¹⁹⁶ Morais trabalha o conceito de “Surveillance” a partir de Hardt e Negri, uma extensão da ideia que Ferrajoli classificaria como “Poderes Selvagens. MORAES, José Luis Bolzan de. O fim da geografia institucional do Estado. A crise do Estado de direito! In: STRECK, Lenio Luiz; ROCHA, Leonel Severo; ENGELMANN, Wilson (org.). **Constituição, sistemas sociais e hermenêutica**: anuário do Programa de Pós-Graduação em Direito da UNISINOS (Mestrado e Doutorado) n. 13. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2017.

dinamizar suas necessidades burocráticas, sem atentar que não é função nem finalidade do princípio da presunção de inocência a instrumentalização de um estado que chega ao cúmulo de estruturar um raciocínio de que uma garantia constitucional do cidadão seja um embaraço temporal para a justiça, para o estado, e que, ainda, em razão desse princípio, instituições democráticas pudessem ser afetadas, quando a relação é justamente inversa, vez que a presunção de inocência respeitada fortalece as instituições e seus procedimentos, principalmente em questão tão delicada como a seara penal.

O mais controverso é que tanto o voto Ministro Edson Fachin, como o do Ministro Luís Roberto Barroso acabam por criar um hibridismo entre Ação direta de Inconstitucionalidade e Ação Declaratória de Constitucionalidade ¹⁹⁷, pois, se o art. 283 do Código de Processo Penal espelhava a constitucionalidade da Constituição e do seu art. 5º, inciso LVII, na medida em que se permite a prisão em segunda instância, nos termos dos votos de ambos os Ministros, o próprio art. 5º, inciso LVII e o art. 283 do CPP tornar-se-iam inócuos no que se refere ao seu principal objetivo.

A real finalidade e função da presunção de inocência no nosso ordenamento jurídico parecem terem sido transformadas em um constante vir a ser, como se a amalgama definidora do princípio da presunção de inocência fosse permeável as constantes mudanças de políticas governamentais e a temperatura social - o que na verdade percebe-se que assim é. Beccaria¹⁹⁸ tratando a respeito da pena de morte alertava em trecho do clássico “Dos delitos e das penas” dizendo que parecia absurdo que as leis que seriam expressões da vontade pública, e que abominavam o homicídio, utilizassem do próprio homicídio para afastar os cidadãos do assassinato - Beccaria vai defender de que penas como a pena de morte não dever ser positivadas em lei, restando apenas o uso e tal medida quando implantada uma situação de caos e desordem incontroláveis.

Relembrando o voto dos Ministros Luís Roberto Barroso e Edson Fachin, a imagem transposta é o paradoxo estabelecido a respeito da pena de morte por Cesare Beccaria: como culpabilizar a presunção de inocência do civil parte vulnerável em relação ao Estado, pela ineficiência processual do Estado? Pela

¹⁹⁷ STRECK, Lenio Luiz. **30 anos da CF em julgamentos – uma radiografia do STF**. Rio de Janeiro: Forense, 2018. p. 318.

¹⁹⁸ BECCARIA, Cesare. **Dos delitos e das penas**. São Paulo: Martin Claret, 2006.

incapacidade de ser eficiente com todo o poder que fora lançado ao estado nos termos do contrato social rousсенiano?

Como reconhecer a presunção de inocência do art. 5º, inciso LVII, e desconsiderar o efeito suspensivo de sentenças condenatórias de processos que ainda estão passíveis de apreciação de recursos? Como querer tergiversar o momento de finalização efetiva da presunção de inocência nos termos da constituição, no caso, o trânsito em julgado da sentença penal condenatória? O próprio Ministro Luís Roberto Barroso advogou tese de que a presunção de inocência seria como a areia de uma ampulheta que iria se esvaindo ao decorrer do processo¹⁹⁹ – tese copiosamente criticada por visivelmente ferir de morte o princípio garantidor da presunção de inocência na Constituição, por transformar a urgência cautelar em regra geral, sendo que “qualquer prisão que não guarde relação expressa com a instrumentalidade processual, não deve ser aceita²⁰⁰”.

O debate principal no caso aqui a ser levantado é o quanto interesses da política criminal fazem com que decisões judiciais subvertam o texto da lei principal, a constitucional sem nenhuma mudança efetiva da forma expressa.

Por vezes se apoiando em um supedâneo de lei hierarquicamente inferior – por sinal, uma das características básicas do Realismo Jurídico²⁰¹, mas sempre aparentando atender a interesses espasmódicos da sociedade: a resposta de efetividade das instituições democráticas, utilizando-se da liberdade de um civil para teoricamente restabelecer a autonomia da lei e do direito, ou garantir que uma operação policial não seja ironicamente afetada por um princípio da Constituição Federal – o que se nota é que nem de longe o interesse maior orbitou a dignidade da pessoa humana, ou qualquer coisa que se aproxime ao ideal onto-antropológico de cuidado-de-perigo, da visão de Faria Costa. Logo, observar a finalidade e a função da dignidade da pessoa humana em relação ao Estado e a sua vulnerabilidade perante toda estrutura estatal limitam a interferência de ação da política criminal que coloca o “sentimento da sociedade” em face de um indivíduo, e

¹⁹⁹ CARVALHO, Américo Taipa de. **Sucessão de leis penais**. 2. ed. rev. Coimbra: Coimbra Editora, 1997. p. 311-320. Essa ideia de perda gradativa da presunção de inocência é profundamente criticada pelo português, Américo Taipa de Carvalho, principalmente por esta visão transformar a presunção de inocência em presunção de culpa.

²⁰⁰ WEDY, Miguel Tedesco. **A eficiência e sua repercussão no direito penal e no processo penal**. 1. ed. Porto Alegre: Elegancia Juris, 2016. p. 372.

²⁰¹ STRECK, Lenio Luiz. **Dicionário de hermenêutica**: quarenta temas fundamentais da teoria do direito à luz da crítica hermenêutica do direito. Belo Horizonte: Letramento: Casa do Direito, 2017. p. 245-250.

onde uma condenação acelerada serve não de restabelecimento de uma ordem, mas da coisificação de um ser em nome da promoção da confiança em estruturas democráticas que tentam se fazer assim, através da quebra de princípios e garantias constitucionais.

Imagine-se um jogo de futebol. Um campo de futebol e sua tradicional marca do pênalti. Um goleiro e uma marca do pênalti a 7, talvez 8 metros de distância. Após bater alguns pênaltis e errar, o time mais forte decide que passará a bater o pênalti a partir de 4 metros de distância e assim o fará porque as regras em relação ao goleiro o promovem vantagem. Normalmente que não seria justo. O que aparenta efetivamente é que a presunção de inocência se tornou fardo pesado demais para um Brasil que não se cansa de flertar com o autoritarismo, e de brincar por conta própria com as regras do jogo.

4.2.3 Quando a Dogmática perdeu - o STF e a presunção de inocência na Ação Penal 470

Antes do tratamento direto da presunção de inocência, episódio recente da nossa história de julgamentos no STF quanto à presunção de inocência mostra parte do duro caminho enfrentado no processo de discussão de uma garantia liberal que, aparentemente passou-se a pintar através das escolhas e formatos de política criminal como uma aberração atemporal e responsável pelo avançar da violência em nosso país.

Em produção comemorativa aos 30 anos da Constituição Federal, Streck analisa casos históricos enfrentados pelo STF, entre eles a histórica ação penal 470 – popularmente conhecida como “Mensalão” – talvez, entre os trechos apresentados e as análises meticulosamente bem construídas, o último subtópico de um de seus artigos chama atenção para parte da problemática apresentada e discutida neste trabalho, quando apresenta em seu título uma assertiva no mínimo intrigante intitulada “A grande derrota da Dogmática Jurídica” – no respectivo trecho do artigo Streck afirma que na Ação Penal 470 a grande ré foi a dogmática jurídica²⁰², sendo incisivo ao afirmar que o STF teria “derrubado várias bibliotecas” ao julgar o caso –

²⁰² STRECK, Lenio Luiz. **30 anos da CF em julgamentos – uma radiografia do STF**. Rio de Janeiro: Forense, 2018. p. 193.

no caso, essas bibliotecas seria uma metáfora representativa de tudo que estava assentado na dogmática jurídica do Brasil e que ainda assim, fora desconsiderado.

Streck aprofunda a crítica dizendo que em partes, o normativismo kelseniano teria parte da culpa por tornar a dogmática jurídica refém do decisionismo em razão de categorizar que o juiz produziria a norma jurídica, que juiz faria política jurídica através da sentença, e a que a decisão estaria condicionada ao ato de vontade do juiz.

Dos pontos ressaltados aquele que mais chama atenção é justamente o que trata a respeito do normativismo kelseniano apresentar a sentença como um ato de política jurídica – caminho sinuoso que entra em conflito a uma visão de que a própria doutrina não deveria, não poderia estar refém de decisões tribunalícias – nos mesmos termos das palavras de Streck e também um dos principais críticos do Ativismo Judicial praticado em *terra brasilis*.

Não bastasse, é na Ação Penal 470 que a presunção de inocência passou a ser tratada como presunção contra o réu²⁰³ Inclusive em mesmo trecho existe uma crítica de Streck feito ao uso equivocado de parte de um raciocínio tirado de uma frase do livro “Lógica das Provas”²⁰⁴ de Malatesta, afirmando que a forma como a frase foi usada por um dos Ministros em voto da Ação Penal 470 teria sido equivocada, tendo em vista que Malatesta afirmaria na obra que “o ordinário se presume, só o extraordinário se prova” – contudo o que Malatesta estaria a afirmar é que o ordinário do homem seria a inocência, por isso ela seria presumível, e que caberia ao acusador a obrigação da prova do juízo penal.

O que paira nessa discussão quanto à presunção de inocência é que mesmo na ação penal 470, quanto em outros momentos da história bem recente, o princípio vem sendo ofendido por funções e finalidades distintas da regra de existência que o levou a constar no texto constitucional da CF/88 como uma garantia.

Algumas outras afirmações no maravilhoso trabalho de Streck que se referem especificamente aos julgados do STF e possuem conexão com a questão do tratamento dado para a presunção de inocência revelam pontos já apresentados neste trabalho no que se refere a um processo de americanização do direito

²⁰³ STRECK, Lenio Luiz. **30 anos da CF em julgamentos – uma radiografia do STF**. Rio de Janeiro: Forense, 2018. p. 189.

²⁰⁴ *Ibid.*, p. 189.

brasileiro²⁰⁵, a influência Do Realismo Jurídico²⁰⁶ nas decisões dos Ministros do STF em parte trazendo a moral que busca julgar questões a partir de questões políticas²⁰⁷ como resposta a problemas diretos da sociedade, esquecendo diretamente dos princípios e até mesmos das vedações da própria legislação pátria.

Obedecendo ao próprio pensamento Realista, por vezes, a impressão que alguns julgados recentes do STF apresentam em especial do art. 283 do Código de Processo Penal – que será tratado mais a frente - é que não há responsabilidade, muito menos compromisso com uma estrutura baseada na hierarquia das leis, isso mesmo é apresentado por Streck quando pergunta se seria lícito interpretar a Constituição à luz da legislação infraconstitucional?²⁰⁸ Basta lembrar a discussão do Indulto Presidencial quando o Ministro Luiz Roberto Barroso aditivou o rol de possibilidades de vedação do indulto baseado em um parecer do Conselho de Políticas Criminais, este, diretamente vinculado ao Ministério da Justiça, logo, ao próprio Presidente da República – isso com o objetivo direto de expelir da possibilidade de indulto crimes de colarinho branco, especialmente aqueles vinculados a operação “Lava Jato” – uma estrutura de decisão que, primeiro se decide e, depois, procura-se o fundamento que o caiba²⁰⁹.

Streck toca a problemática desse trabalho: funções e finalidades da presunção de inocência passam a ser atacadas para atender outras finalidades e outras funções advindas da escolha de política criminal atuarial que, por vezes, encara a legislação e as garantias não como um mandato de legitimidade da força do estado, mas como um entrave para a persecução penal e para o processo acusatório.

E nisso, Streck convida, e caminha também próximo a ideia de Faria Costa da questão de cuidado de perigo, pois ela visa ao fim à legalidade dos atos do estado, a busca da paz social e a promoção da dignidade humana, combatendo um surto de métodos de decisão pós-positivistas²¹⁰ por estas irem além do que o Direito nos

²⁰⁵ Cf. SUXBERGER, Antonio Henrique Graciano; GOMES FILHO, Dermeval Farias. Funcionalização e expansão do direito penal: o direito penal negocial. **Revista de Direito Internacional**, Brasília, DF, v. 13, n. 1, p. 377-379, 2016.

²⁰⁶ STRECK, Lenio Luiz. **30 anos da CF em julgamentos – uma radiografia do STF**. Rio de Janeiro: Forense, 2018. p. 325. “Por trás dessa tese está o velho realismo jurídico: o direito é o que o Judiciário diz que ele é”.

²⁰⁷ *Ibid.*, p. 177.

²⁰⁸ *Ibid.*, p. 28.

²⁰⁹ *Ibid.*, p. 187.

²¹⁰ *Ibid.*, p.187.

impõe, e que em razão disso faz-se necessário limites hermenêuticos, longe das manifestações pragmáticas que escondem manifestações políticas e não jurídicas – aqui a visão de cuidado-de-perigo como limitadora da interferência nociva da política criminal em relação à dogmática se funde em um mesmo objetivo de questionar finalidade e funções da política criminal e estabelecer limites dessa interferência no processo de construção e decisão judicial avaliando punição e proporcionalidade da punição em relação ao bem jurídico afetado, sem em nenhum momento utilizar do processo com finalidade distinta a promoção da dignidade humana e o restabelecimento de um status existente na ideia de cuidado.

Quando Streck alertou em um subtópico para uma derrota expressiva da dogmática jurídica e transformou isso em uma metáfora dizendo que bibliotecas teriam sido derrotadas. Streck apresenta uma disputa que não se limita a tentar buscar uma definição total da lei a partir de um horizonte exegético²¹¹, definitivamente não seria isso! Mas não se pode subverter toda a dogmática jurídica do país para atender o interesse de uma operação policial – referindo-se a Lava Jato, vez que de modo algum *“se invalidaria uma com argumentos da política; os julgamentos devem ser de princípios”*²¹².

A democracia tem seus percalços e preços a pagar por uma sociedade que optou margear-se baseada em leis, afinal decidir não pode ser um ato de escolha entre opções. Por via das dúvidas, em todo o debate a respeito da presunção ela saiu por vezes da posição, ou melhor, da função e finalidade de garantia, para a causadora da lentidão dos processos julgados no STF, ou mesmo, a culpada pelo avanço da sensação de impunidade no Brasil – como se a princípio os senhores ministros do STF pudessem, a partir de estímulos da sociedade, esquecendo-se da sua posição de poder contra majoritário, utilizar as decisões judiciais como instrumento de coerção e restabelecimento do status de respeito ao Estado e a Lei. Mas como fazer isso desrespeitando as próprias leis e fazendo inclusive aquilo que não compete ao Poder Judiciário e ao Poder guardião da Constituição? Lembra a parábola construída por Cesare Beccaria quando questionava a legitimidade de uma

²¹¹ STRECK, Lenio Luiz. **30 anos da CF em julgamentos – uma radiografia do STF**. Rio de Janeiro: Forense, 2018. p. 325, efetivamente a partir da metodologia selecionada para a pesquisa, torna-se interessante trazer trecho em que Professor Streck afirma que, a Crítica Hermenêutica não prega nem “literalismo”, nem “antiliteralismo”. Essa dicotomia é falsa e não é uma discussão hermenêutica. É de se lamentar que, hoje em dia, cada vez mais a literalidade e a não literalidade se transforme em argumentos ideológicos e estratégicos. Um dia o texto é tudo; no outro, o texto é nada.

²¹² *Ibid.*, p. 301.

sociedade que condenava o assassinato, mas que reclamava a possibilidade da pena de morte como medida de punição, sendo que em todos os casos retirar a vida não poderia ser ideal lógico nem do civil, muito menos do Estado.

Decerto, a maior preocupação alertada por Streck no texto é quanto uma interferência político criminal baseada na moral interferindo diretamente nas decisões judiciais, desconsiderando a própria dogmática – no seu principal sentido, pois não se trata de se prender ao horizonte exclusivo das palavras presas no papel, mas essencialmente a decisão judicial não pode decidir sobre aquilo que a lei não fala, acrescentando-a, ou mesmo decidir contra aquilo que a lei exara, negando-a. Nestes casos, a política criminal por vezes revestida do discurso da moral apela para o “sentimento de impunidade que paira na sociedade”, como por vezes o próprio Ministro Luiz Roberto Barroso já o fez - basta lembrar o episódio da questão do indulto presidencial²¹³.

A emergência dos argumentos de insuficiência do sistema penal utilizado para solapar a presunção de inocência segue a lógica de que este seria o fundamento jurídico ideal para um resgate e uma tentativa o estado em dar maior efetividade ao Direito Penal – isso servindo de base para a discussão de uma visão a respeito do processo penal a partir de critérios utilitaristas e uma agilidade que está visivelmente em descompasso com os limites das garantias processuais penais²¹⁴.

O embate maior entre a dogmática jurídico penal e a política criminal contemporânea constrói seu ponto nodal na questão dos limites entre o que se quer fazer em relação à sociedade em face do que se pode fazer nos termos do que está assentado na lei.

O STF não pode simplesmente “desdizer” a Constituição – e aqui se fala no mais claro sentido do estado da arte, onde o simples cumprimento do objetivo da escola exegética, nos dias atuais teria a capacidade mínima de oferecer mais segurança jurídica - assim como a questão da presunção de inocência na Ação Penal 470, a decisão judicial não pode atender ao planejamento político criminal que visiona especialmente o combate ao crime do colarinho branco – e cobrar a

²¹³ Cf. inteiro teor do voto do relator Ministro Roberto Barroso. BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Medida cautelar na ação direta de inconstitucionalidade 5.874 Distrito Federal**. Requerente: Procuradora-Geral da República. Intimado: Presidente da República. Am. Curiae.: Defensoria Pública da União et al. Relator: Min. Roberto Barroso. Brasília, 12 de março de 2018. Disponível em: <https://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/LiminarMinistroBarrosoADI5874.pdf>. Acesso em: 9 mar. 2020.

²¹⁴ STRECK, Lenio Luiz. **30 anos da CF em julgamentos – uma radiografia do STF**. Rio de Janeiro: Forense, 2018. p. 334.

legalidade e as regras do jogo não pode se resumir a uma luta de torcidas de “ser ou, não ser contra a corrupção”.

O Realismo Jurídico que se infiltra gradativamente nas decisões do STF, a política criminal e os objetivos dela passam a ditar caminho colocando em segundo plano a técnica jurídica e a dogmática que deixam de ser objeto principal de análise da ciência do direito, passando os fatos sociais e a política criminal a funcionarem como norte e o direito a ser tido como uma técnica operacional daquilo que o interprete diz que ele é.

Os Realistas são considerados positivistas fáticos²¹⁵ vez que desconsideram a dogmática passando a norma principal ser a realidade empírica – em miúdos, o realista olha para a sociedade, depois olha para a norma e atende a norma naquilo que é possível de manobrar para atender o espasmo momentâneo da sociedade – nesses termos a autonomia do Direito passa a ser recusada, tornando o texto legal mera perfumaria.

Algumas das principais consequências da interferência da política criminal através do realismo jurídico são que a lei passa a estar a serviço de visões sociais que aparentam serem justas, elementos do cotidiano da sociedade passam a justificar o contorcionismo discrepante do texto constitucional.

Nisso, é preciso entender que questões como a presunção de inocência - uma garantia constitucional - não pode estar sujeita a interesses espasmódicos da sociedade, ao interesse de uma política criminal baseada em uma operação policial, sempre lembrando que nos mais diversos momentos de discussões acirradas no STF, especialmente nos episódios onde se discutia o Controle de Constitucionalidade - de que o controle de constitucionalidade não pode se tornar um instrumento de relutância ao cumprimento da própria constituição, vez que o Controle seria de inconstitucionalidades e não da realidade empírica²¹⁶. A abertura da caixa de Pandora, segundo Streck, se dá quando decisões judiciais passam a interpretar visões não compatíveis com a constituição, ou mesmo, complementa-la a revelia do natural processo de criação de uma lei obedecida suas devidas competências – isso seria a abertura para diversas atrocidades com a Constituição e

²¹⁵ STRECK, Lenio Luiz. **Dicionário de hermenêutica**: quarenta temas fundamentais da teoria do direito à luz da crítica hermenêutica do direito. Belo Horizonte: Letramento: Casa do Direito, 2017. p. 246.

²¹⁶ STRECK, Lenio Luiz. **30 anos da CF em julgamentos – uma radiografia do STF**. Rio de Janeiro: Forense, 2018. p. 273.

com a mitigação ou deturpação de trechos da Constituição a partir de posturas ativistas, a exemplo da polêmica questão da presunção de inocência e, ainda, de questões bem conhecidas como a da ADI 5874, que discutiu os limites do Indulto Presidencial previsto no art. 84, XII, da Constituição Federal Brasileira.

Não é redundância lembrar que, definitivamente, não estaria a disposição do Poder Judiciário a formulação de políticas públicas – entre elas a política criminal, desde a questão carcerária até a questão administrativa de uma sistema processual moroso. Não se pode esperar do Poder Judiciário um estado social com base em decisões judiciais²¹⁷.

4.3 A Prisão em Segunda Instância e a Presunção de Inocência: o retorno a um temporário respeito ao texto constitucional? – as ações declaratórias de constitucionalidade 43, 44 e 54 e a volta a um teórico respeito à Constituição ao final de 2019

Após o entendimento do Supremo Tribunal Federal quanto o retorno da “possibilidade”²¹⁸ de prisão a partir da decisão da segunda instância, no ano de 2016, e, a conseqüente mitigação do princípio da presunção de inocência, um grande debate se acentuou no meio jurídico quanto os motivos políticos que influenciaram diretamente naquela decisão do STF, em especial, a operação Lava Jato, a Cruzada contra os crimes de colarinho branco e a corrupção política grosso modo, e, obviamente, a questão política em torno da prisão do Presidente Luís Inácio Lula da Silva – principalmente por esta questão está intimamente ligada aos efeitos que seriam gerados no processo eleitoral para a disputa da presidência no ano de 2018. Esse raciocínio acaba por ser confirmado quando em 4 de abril de 2018, a corte nega Habeas Corpus ao ex-presidente e reafirma o entendimento da possibilidade em casos específicos da prisão em segunda instância, nos termos do que vinha sendo seguido desde o caso paradigmático julgado em 17 de fevereiro do ano de 2016.

²¹⁷ STRECK, Lenio Luiz. **30 anos da CF em julgamentos – uma radiografia do STF**. Rio de Janeiro: Forense, 2018. p. 272.

²¹⁸ O termo escolhido no texto faz menção ao voto do Ministro Gilmar Mendes que, em voto prolatado nas Ações Declaratórias de Constitucionalidade (ADC) 43, 44 e 54, quando explicava os motivos que o levaram a mudar o entendimento do seu voto quanto à decisão que possibilitou a prisão de segunda instância no ano de 2016, alertando o Ministro que a “possibilidade” da prisão tinha na verdade ocasionado um efeito no 1º e 2º grau de prisão obrigatória, e não apenas uma possibilidade aplicada a casos específicos e não generalizados.

A discussão a respeito do art. 283 do Código de Processo Penal retornou a apreciação do Supremo Tribunal Federal através das Ações Declaratórias de Constitucionalidade nº. 43, 44 e 54, sendo essa oportunidade a primeira vez que a questão da presunção de inocência mitigada através da possibilidade de prisão a partir da decisão de segunda instância era apreciada *in abstracto* pelo STF.

Antes de qualquer incursão aos destaques que se busca aprofundar neste trabalho, especialmente quanto à relação onto-antropológica de cuidado-de-perigo se ela restaria como limitadora da opção de política criminal atuarial em face da dogmática penal faz-se importante acompanharmos alguns trechos dos votos dos Ministros do STF para que deles sejam retiradas alguns dos pontos da problemática a responder.

O que há de se constatar ao decorrer da análise de trecho dos votos é que há um embate e em momentos uma crítica velada a uma opção de política criminal que objetiva intensificada luta contra a corrupção – mas que em um desafio quase quântico, discorre ao mesmo momento de um país assolado pela violência do crime organizado e a desesperança de tentar reafirmar o poder e a força do estado e da lei, através de pesquisas, dados, sentimento da sociedade, plateia, torcida, muito embora este estado aparente agir de forma indiferente a ordem constitucional vigente e aos princípios que tornam o estado, o processo acusatório e a persecução penal legítimos.

Efetivamente, a dogmática penal no Brasil vem sendo constantemente atacada nos últimos 10 anos como se os princípios que serviram de base para a carta cidadã da Constituição Federal de 1988 fossem responsáveis pela situação absurda de crime instalado na sociedade e nas instituições públicas.

Contudo, a discussão da prisão em segunda instância vem desde 2016, através de um entendimento da corte, que, em tese, não seria extensivo para todo e qualquer caso, passou a ser utilizado como regra geral em todo o país – dos grandes centros aos rincões deste país continental. Este cenário foi, sem dúvida alguma, um dos combustíveis básicos para colocar em cheque o art. 283 do Código de Processo Penal que, em suma, reproduzia apenas o previsto no art. 5º, inciso LVII, quanto à necessidade do transito em julgado da sentença condenatória e de eventuais recursos para a decretação da prisão pena do réu – efeito direito da presunção de inocência que está adstrita ao deslinde processual.

A discussão em torno do art. 283 do CPP originou três Ações Declaratórias de Constitucionalidade: as de nº. 43, 44, e 54. Um ponto que merece destaque é que todo o debate em torno da prisão de segunda instância quase sempre não se deu em razão do grande surto de violência promovido por grupos criminosos organizados no Brasil, mas verdadeiramente em razão da descoberta e de espetáculos cinematográficos envolvendo a operação “Lava Jato” e o combate aos crimes do colarinho branco, embora as decisões do STF a todo tempo impactassem, seja o Ministro preso por tráfico de influência, ao pobre que necessitava do auxílio da defensoria pública para comprovar a sua inocência no mais desproporcional ocorrido que pudesse ser absolvido pela insignificância.

Em 07 de novembro de 2019, depois de apertada votação e a visível divisão da corte, e tomando trecho do voto do Ministro Marco Aurélio, relator da ADC 43/DF - salientando que ao inocente, cumpridor de prisão pena, seria impossível de restabelecer sua maculada liberdade - por 6 votos a favor contra 5 contra, reconheceu-se a constitucionalidade do art. 283 do CPP.

O caso paradigmático da ADC 43 foi jungido a ADC 44 e a ADC 54, por possuírem objeto e finalidade comum. A discussão sobre a constitucionalidade do art. 283 do CPP surgiu a partir de procedimento formalizado pelo Partido Ecológico Nacional (PEN), Conselho Federal da OAB e pelo Partido Comunista do Brasil e tinha ainda como *Amicus Curiae* a Associação de Advogados de São Paulo, Associação Brasileira dos Advogados Criminalistas (ABRACRIM) e, ainda, o Instituto de Garantias Penais (IGP).

Ao analisar os votos, resta visível o desconforto e a dificuldade que os próprios Ministros do STF têm para desvincular a discussão do art. 283 do texto constitucional do art. 5º, inciso LVII, especialmente aqueles que desejam manter a possibilidade da prisão em segunda instância a partir do posicionamento do STF – é quase contínuo o discurso entre os Ministros da importância do combate a corrupção, ainda que o ponto a tratar impactasse a vida de diversos réus que nem ligação com o crime de colarinho branco possuía – a evidência incontestável de votos preconcebidos com uma missão declarada, e não a defesa intransigente da Constituição Federal e de seus princípios vinculados às garantias processuais, a promoção da paz e a defesa dos direitos humanos.

De início o próprio objeto tratado nas ADC nem de longe permeia unicamente a questão da possibilidade de prisão a partir da decisão condenatória em segunda

instância, isso porque, a matéria base destes pedidos que intentavam, a momento, a confirmação de declaração de constitucionalidade do art. 283 do CPP redundam esfera própria, no caso, o art. 5º, inciso LVII da Constituição Federal, como por diversas vezes aqui falado e repetido por diversas vezes no voto do Ministro relator da ADC 43/DF.

Como processo originário da discussão, a ADC 43/DF foi motivada pelo Partido Ecológico Nacional, e tratava exclusivamente a respeito de questão vinculada ao reconhecimento do STF a respeito dos cárceres brasileiros e da declaração do Estado de Coisas Inconstitucional por parte do STF – sustentava o partido em sua petição que o cumprimento generalizado da prisão em segunda instância haveria esvaziado o art. 283 do CPP, pois havia passado a ser tratado como regra pelos Tribunais brasileiros, e não como uma “possibilidade” como relembra em seu voto Ministro Gilmar Mendes – explicando seu voto a favor de caso específico de prisão em segunda instância do ano de 2016. Aparentemente o que se percebe é que a possibilidade das prisões que foram analisadas em 2016, envolviam no caso específico tratado situações que pareciam as possibilidades de prisões cautelares previstas no art. 312 do CPP, mas nem de longe existiria substância suficiente para tratar tais prisões como as prisões penas advindas da sentença condenatória e do trânsito em julgado.

Um ponto específico do relatório do Voto do Ministro Marco Aurélio chama atenção para o debate desenvolvido, no que se refere a uma crítica estabelecida em uma possível equiparação de funções constitucionais do Superior Tribunal de Justiça e do Supremo Tribunal Federal em razão de tais questões processuais penais estarem vinculadas a Lei Federal, e principalmente pela teoria do delito eleita pelo estado democrático brasileiro extrair a **“culpabilidade a partir do entendimento normativo, e não da constatação empírica”**²¹⁹.

²¹⁹ Trecho do Relatório do relator Ministro Marco Aurélio. (BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação declaratória de constitucionalidade 43 Distrito Federal**. Requerente :Partido Ecológico Nacional – PEN. Intimados :Presidente da República et al. Am. Curiae.: Defensor Público-Geral do Estado do Rio de Janeiro. Relator: Min. Marco Aurélio. Brasília, DF, 17 de outubro de 2019. p. 4. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/ADCvotoRelator.pdf>. Acesso em: 10 jan. 2020) – esse entendimento do Ministro Marco Aurélio segue a mesma linha de raciocínio do Professor Streck quando vai falar que o controle de constitucionalidade de competência do STF é voltado para o controle de normas, não para a correção de políticas públicas – função esta definida em uma democracia e atribuída ao Poder Executivo – muito menos exercer o controle de constitucionalidade tendo por alvo a realidade empírica.

Por parte da Advocacia Geral da União a crítica parece bem assentada quanto a um conflito latente na corte no que se refere a proferir entendimentos extensivos ao texto constitucional, alertando no mesmo relatório da ADC 43/DF, que tal ação decorria do exarado no “no artigo 5º, inciso LVII, da Constituição Federal, sendo vedado ao legislador ordinário exceder os limites semânticos postos por esta²²⁰”, sendo que figura como conduta vedada aos membros do Poder Judiciário promover inovações no ordenamento jurídico²²¹.

Antes de iniciar o voto de fato, Ministro Marco Aurélio abre um espaço para algo que ressoou como um protesto e que mostra a gravidade de um conflito contínuo que vivemos em meio à convivência com o princípio da presunção de inocência – parece que a Constituição Federal, suas garantias e seus princípios se tornaram fardos pesados de carregar e lembra a cláusula pétrea que sustenta o art. 283 do CPP quando prescreve que “ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória” – incisos XXXV e LVII do artigo 5º da Carta da República.

Ainda em tom de protesto, Ministro Marco Aurélio rememora que

Ao tomar posse neste Tribunal, há 29 anos, jurei cumprir a Constituição Federal, observar as leis do País, e não a me curvar a pronunciamento que, diga-se, não tem efeito vinculante. De qualquer forma, está-se no Supremo, última trincheira da Cidadania, se é que continua sendo²²²

A ideia que o Ministro deixa evidente é que fatores externos a própria Constituição passaram a ter influência na corte mais que o próprio papel constitucional de guardião da Constituição exercido pelo STF. E nisso, ele fecha com uma pergunta que coloca em cheque esse papel constitucional, perguntando a própria corte se esta ainda era a razão de existência democrática e constitucional do STF.

²²⁰ Trecho de parte do posicionamento da Advocacia Geral da União minutado pela Relatoria do Ministro Marco Aurélio, Relator. BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação declaratória de constitucionalidade 43 Distrito Federal**. Requerente :Partido Ecológico Nacional – PEN. Intimados :Presidente da República et al. Am. Curiae.: Defensor Público-Geral do Estado do Rio de Janeiro. Relator: Min. Marco Aurélio. Brasília, DF, 17 de outubro de 2019. p. 9. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/ADCvotoRelator.pdf>. Acesso em: 10 jan. 2020.

²²¹ STRECK, Lenio Luiz. **30 anos da CF em julgamentos – uma radiografia do STF**. Rio de Janeiro: Forense, 2018. p. 297 – este trecho é parte do voto do Ministro Ricardo Lewandowsky, em matéria que tratava da descriminalização do aborto, presente no HC124.306, de relatoria do Ministro Marco Aurélio de Mello.

²²² Trecho do Relatório do Ministro Marco Aurélio Relator. *Ibid.*, p. 19.

Durante o julgamento das ADC's 43, 44 e 54 o que se observou é uma corte dividida em seus objetivos: parte dela tentando obedecer à hierarquia de leis e o papel constitucional do Supremo, e outra, tentando reafirmar as instituições e a própria Lei através de entendimentos inovadores da própria constituição. Mas caberia ao STF esse papel inovador?

Ainda questiona Marco Aurélio quanto à finalidade e função do STF, colocando em lados opostos os objetivos e princípios da corte, em relação à maioria de votos daquele que vence e que ainda assim, resistir a tendências e interesses espasmódicos não faria com que uma maioria de votos, que assim fosse, tornar-se constitucional aquilo que a própria constituição não admite e não prescreve. E continua afirmando

Tempos estranhos os vivenciados nesta sofrida República! Que cada qual faça a sua parte, com desassombro, com pureza d'alma, segundo ciência e consciência possuídas, presente a busca da segurança jurídica. Esta pressupõe a supremacia não de maioria eventual – conforme a composição do Tribunal –, mas da Constituição Federal, que a todos, indistintamente, submete, inclusive o Supremo, seu guarda maior. Em época de crise, impõe-se observar princípios, impõe-se a resistência democrática, a resistência republicana²²³.

Seguindo o voto do Relator Ministro Marco Aurélio, quando afirma que a “literalidade não deixa margem a dúvidas: a culpa é pressuposto da sanção, e a constatação ocorre apenas com a preclusão maior²²⁴”, o dispositivo não abre espaço “campo para controvérsias semânticas”. Continua lamentando para os diversos entendimentos dados a questão da prisão em segunda instância, instando que a prisão só se daria de fato na execução de sentença, exauridos qualquer possibilidade de recorribilidade, com as exceções admitidas previstas no art. 312 do CPP.

Ministro Marco Aurélio segue relatoriando assumindo-se perplexo com a problemática da demanda apreciada, no caso “**a declaração de constitucionalidade de preceito que reproduz o texto da Constituição Federal**”

²²³ Trecho do Relatório do Ministro Relator da ADC 43/DF, Ministro Marco Aurélio. BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação declaratória de constitucionalidade 43 Distrito Federal**. Requerente :Partido Ecológico Nacional – PEN. Intimados :Presidente da República et al. Am. Curiae.: Defensor Público-Geral do Estado do Rio de Janeiro. Relator: Min. Marco Aurélio. Brasília, DF, 17 de outubro de 2019. p. 19. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/ADCvotoRelator.pdf>. Acesso em: 10 jan. 2020.

²²⁴ *Ibid.*

²²⁵— efetivamente o que está a se discutir em capítulo anterior quando trata de uma política criminal atuarial que desconhece a hierarquia de leis, desconhece a constrição da lei maior e passa a se basear de elementos empíricos para justificar um contorcionismo da dogmática que a ela mesma não cabe, levando ao “abandono inequívoco do texto constitucional²²⁶”, gerando perplexidades.

O que o Ministro Marco Aurélio classifica de “tempos estranhos” que vivemos seria a representação de que seria extravagante e absurdo em tempos de normalidade, a necessidade de uma ADC para decretar a Constitucionalidade de um dispositivo que tão somente faz jus ao texto constitucional, e que, a época de sua criação queria trazer a ótica processual penal apenas conexa e fiel à finalidade e função da presunção de inocência, substancia vinculativa do art. 283 do CPP ao art. 5º, inciso LVII, da Constituição Federal.

Para fechar o raciocínio, Ministro Marco Aurélio alerta que enquanto o legislador, ao disciplinar a inclusão do art. 283 do CPP, através da Lei nº 12.403/2011, se alinhou com a Constituição, o Tribunal em sentido contrário em seus julgados inovadores dela se afastou. Continua ainda dizendo que não se pode valer de argumentos metajurídicos “*a servirem à subversão de garantia constitucional cujos contornos não deveriam ser **ponderados**, mas, sim, assegurados pelo Supremo, como última trincheira da cidadania*” ²²⁷ – e neste ponto Ministro Marco Aurélio chama a atenção para o papel constitucional do STF de guardião da constituição, defensor dos princípios que nela estão incutidos, e finaliza o trecho com um alerta bem claro quanto à voracidade legisladora de decisões que fogem a métrica da simples interpretação do texto, vez quando o texto claro, hermeneuticamente o aplicador deveria evitar maiores equilíbrios interpretativos

O preceito, a meu ver, não permite interpretações. Há uma máxima, em termos de noção de interpretação, de hermenêutica, segundo a qual, onde o texto é claro e preciso, cessa a interpretação, sob pena de se reescrever a norma jurídica, e, no caso, o preceito constitucional²²⁸.

²²⁵ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação declaratória de constitucionalidade 43 Distrito Federal**. Requerente :Partido Ecológico Nacional – PEN. Intimados :Presidente da República et al. Am. Curiae.: Defensor Público-Geral do Estado do Rio de Janeiro. Relator: Min. Marco Aurélio. Brasília, DF, 17 de outubro de 2019. p. 9. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/ADCvotoRelator.pdf>. Acesso em: 10 jan. 2020.

²²⁶ *Ibid.*

²²⁷ Trecho do voto do relator Ministro Marco Aurélio. *Ibid.*

²²⁸ *Ibid.*

A problemática apresentada neste trabalho é evidenciada pelas palavras do voto do Ministro Marco Aurélio – primeiro em reconhecer que existem posicionamentos de uma parte da corte que recorrem à realidade empírica e colocam em segundo plano a higidez constitucional que deveria ser promovida pelo próprio STF. Alerta de forma semelhante, em tom de educada ironia, ou estilismo eufêmico quanto os perigos da “ponderação” – se referindo verdadeiramente a alguns dos modismos seguidos por membros do STF que parecem brincar com dispositivos, princípios, em tese, fazendo pensar ser possível extravasar os limites que são próprios ao Poder Judiciário.

Atenta-se a perceber que o Ministro Marco Aurélio se preocupa com os próprios deslindes dos efeitos desconhecidos pós a temática tratada, vez alertar até para uma possível emenda constitucional ao texto que trata a respeito da presunção de não culpabilidade, que, conforme as palavras do próprio relator são elementares de mesma substância e em nada se difere da presunção de inocência²²⁹.

A barreira estabelecida pela dogmática penal é apresentada pelo apresentar das funções e finalidades da presunção de inocência em relação aos objetivos pretendidos por um Estado que, em busca de uma pretensa segurança coletiva, intenta quebrar garantias constitucionais do indivíduo para, teoricamente reafirmar a confiança da sociedade em suas instituições²³⁰ – nas linhas da política criminal atuarial. Ministro Marco Aurélio citando Gustavo Henrique Righi Ivahy pontua sobre isso aduzindo “Buscar tal diferenciação apenas serve para demonstrar posturas reacionárias e um esforço vão de retorno a um processo penal voltado exclusivamente para a defesa social, que não pode ser admitido em um Estado Democrático de Direito²³¹”.

Em seu voto Ministro Marco Aurélio alerta que nem mesmo o Poder Constituinte derivado estaria autorizado a restringir núcleo de cláusula pétrea que é reproduzida no art. 283 do CPP, e que mitigar tal princípio no presente artigo seria um retrocesso não só constitucional, mas de fato um retrocesso cultural.

²²⁹ Nas palavras de Badaró; Não há diferença de conteúdo entre presunção de inocência e presunção de não culpabilidade. BADARÓ, Gustavo Henrique. **Processo penal**. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015. p. 57.

²³⁰ CALLEGARI, André Luís. O direito penal do risco como resposta às políticas de segurança e controle social. In: STRECK, Lenio Luiz; ROCHA, Leonel Severo; ENGELMANN, Wilson (org.). **Constituição, sistemas sociais e hermenêutica**: anuário do Programa de Pós-Graduação em Direito da Unisinos – Mestrado e Doutorado, n. 13. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2017.

²³¹ Cf. trecho citado na página 07 do voto do Ministro Marco Aurélio na relatoria da ADC 43/DF que transcreve BADARÓ, *op. cit.*, p. 57.

Nos termos do que se apresenta um horizonte onto-antropológico como barreira limitadora da interferência da política criminal na desconsideração, interferência, e, negação da dogmática penal, o argumento do “sentimento da sociedade”, do votar como a torcida pede, esquecendo-se dos rigores e das responsabilidades que nos fazem viver em uma regularidade constitucional, Ministro Marco Aurélio é claro em afirmar ainda em seu voto que em hipótese nenhuma conseguiremos resgatar o respeito e a confiança da sociedade em suas instituições, ou mesmo combater a corrupção e a violência alastradas fora da lei, ou desrespeitando a ordem constitucional vigente, expõe isso nas seguintes palavras

O quadro revelador de delinquências de toda ordem, de escândalos no campo administrativo, considerada corrupção inimaginável, apenas conduz à marcha processual segura, lastreada nos ditames constitucionais e legais. Longe fica de respaldo a reescrever-se a Constituição Federal e a legislação que dela decorreu, muito menos pelo Supremo, em desprezo a princípio básico da República – o da separação e harmonia dos poderes²³².

No Direito, respeitar o meio, é condição *sine qua non* para o sucesso do fim, e nisso requer maior respeito à constrição epistemológica do que a Lei objetiva, e a real finalidade de paz social, e promoção dos Direitos Humanos no que se refere à defesa das garantias constitucionais assentadas no texto constitucional. Suplantar a lógica jurídica normativa não é garantia de segurança jurídica, mas efetivamente o respeito à ordem constitucional, que não se resume a literalidade exegética textual, mas há possibilidade daquilo que é possível extrair do texto constitucional para afirma-lo positivamente, e não para negá-lo.

O voto do Ministro Marco Aurélio é claro no que se refere a preservar os reais sentidos, objetivos e finalidades da existência do princípio da presunção de inocência no art. 5º, inciso LVII, e da clara transposição literal deste princípio no texto do art. 283 do CPP, portanto ficando a discussão de uma possível inconstitucionalidade afastada por parte do Relator da ADC 43/DF.

Passo seguinte, concentrar o foco nos votos divergentes e contrários à declaração de constitucionalidade do art. 283 do CPP, talvez revele os argumentos

²³² Cf. inteiro teor do voto relator Ministro Marco Aurélio. BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação declaratória de constitucionalidade 43 Distrito Federal**. Requerente :Partido Ecológico Nacional – PEN. Intimados :Presidente da República et al. Am. Curiae.: Defensor Público-Geral do Estado do Rio de Janeiro. Relator: Min. Marco Aurélio. Brasília, DF, 17 de outubro de 2019. p. 10. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/ADCvotoRelator.pdf>. Acesso em: 10 jan. 2020.

que fazem com que perfis político criminais e inovações externas aos limites da constituição se façam presente nos argumentos fundamentadores dos votos dos Ministros que no julgamento da lide apresentada na ADC 43/DF votassem contrários a constitucionalidade do art. 283, ainda que, como bem repisado pelo Relator, Ministro Marco Aurélio, representasse tal artigo apenas a cópia de teor do art. 5º, inciso LVII, da CF/88.

Em que pese o conhecimento do voto do Ministro Relator Marco Aurélio, seleciona-se o voto do Ministro Luís Roberto Barroso para análise, por ele representar dentre os Ministros do STF, nos dias atuais, o expoente principal daqueles que aplicam técnicas do Realismo Jurídico, associam a prática de uma nomeada “ponderação” que, repetidamente, aparece nos textos dos seus votos e, entre os Ministros, é aquele que aparentemente utiliza-se de argumentos e dados advindos da política criminal para construir entendimentos “peculiares” a respeito do texto Constitucional.

Ministro Luís Roberto Barroso inicia seu voto lembrando a corte quanto a três decisões do ano de 2016 que permitiram a prisão a partir da decisão de segunda instância, e que, naquelas hipóteses, o procedimento não representava ataque ao princípio da presunção de inocência²³³.

Barroso continua explanando que teoricamente a ordem constitucional brasileira, em tese, não necessitaria do trânsito em julgado para a execução da pena, muito embora, como bem frisado pelo Ministro Marco Aurélio, a presunção de inocência do art. 5º, inciso LVII da Constituição Federal compreende o direito do réu aos graus de recorribilidade e isso ocorrendo normalmente antes do trânsito em julgado.

Segundo Barroso o princípio da presunção de inocência como todo princípio não seria absoluto, e que a métrica dele em relação a outras normas deveria passar por um processo de “ponderação” – para o Ministro Barroso “ponderar” seria atribuir pesos diferentes as normas, e que quando feito isso, o interesse da sociedade na efetividade mínima do sistema penal se colocaria a frente do princípio da presunção

²³³ Cf. inteiro teor do voto do Ministro Luís Roberto Barroso. BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação declaratória de constitucionalidade 43 Distrito Federal**. Requerente :Partido Ecológico Nacional – PEN. Intimados :Presidente da República et al. Am. Curiae.: Defensor Público-Geral do Estado do Rio de Janeiro. Relator: Min. Marco Aurélio. Brasília, DF, 17 de outubro de 2019. p. 2. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/ADCvotoRelator.pdf>. Acesso em: 10 jan. 2020.

de inocência do indivíduo²³⁴. Finaliza aduzindo que a execução da pena a partir da sentença condenatória de segunda instância seria um imperativo categórico na medida em que restariam confirmadas autoria e materialidade, não restando mais questões de provas a serem debatidas, apenas de direito, e que isso, seria “uma exigência de ordem pública para a preservação da credibilidade da justiça²³⁵”.

Inicialmente pode-se perceber que a principal preocupação do Ministro Luís Roberto Barroso não é a dignidade da pessoa humana, muito menos o ideal liberal que incutiu na Constituição um instrumento de defesa do cidadão contra a acusação do estado, e que a este cidadão fossem oportunizadas todas as possibilidades de se defender, inclusive, em relação ao interesse coletivo. Barroso caminha em sentido oposto, trabalhando efetivamente para a submissão do indivíduo em relação ao coletivo e onde a rigidez de uma clausula pétrea que confirma uma garantia constitucional do cidadão passa a ser óbice à promoção da credibilidade da justiça, restando tal garantia a ser mitigada, para, ironicamente, no mais messiânico pensar, que o cidadão, o indivíduo suma em nome da sociedade.

Barroso declaradamente passa a utilizar dados político criminais para justificar sua tese em favor da prisão em segunda instância: apresenta dados do sistema carcerário, dados a respeito da morosidade de processos criminais nas cortes superiores, óbices processuais e ainda dados quanto ao encarceramento após a decisão do STF quanto à possibilidade de prisão em segunda instância em 2016.

O que se está a debater especificamente é que onto-antropologicamente o fundamento, a função, as finalidades e a necessidade dos princípios penais e da presunção de inocência embutidos na carta magna, passam a ter outros objetivos para o discurso de Barroso, estes passando a ter como centro gravitacional a

²³⁴ Cf. inteiro teor do voto do Ministro Luís Roberto Barroso (BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação declaratória de constitucionalidade 43 Distrito Federal**. Requerente :Partido Ecológico Nacional – PEN. Intimados :Presidente da República et al. Am. Curiae.: Defensor Público-Geral do Estado do Rio de Janeiro. Relator: Min. Marco Aurélio. Brasília, DF, 17 de outubro de 2019. p. 2:2. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/ADCvotoRelator.pdf>. Acesso em: 10 jan. 2020). A prisão, nessas circunstâncias, justifica-se pela conjugação de três fundamentos jurídicos: (i) a ordem constitucional brasileira não exige trânsito em julgado para a decretação de prisão. O que se exige é ordem escrita e fundamentada da autoridade competente (CF/1988, art. 5º, LVII e LXI); (ii) a presunção de inocência é um princípio, e não uma regra absoluta, que se aplique na modalidade tudo ou nada. Por ser um princípio, precisa ser ponderada com outros princípios e valores constitucionais. Ponderar é atribuir pesos a diferentes normas. Na medida em que o processo avança e se chega à condenação em 2º grau, o interesse social na efetividade mínima do sistema penal adquire maior peso que a presunção de inocência; (iii) depois da condenação em 2º grau, quando já não há mais dúvida acerca da autoria e da materialidade delitiva, nem cabe mais discutir fatos e provas, a execução da pena é uma exigência de ordem pública para a preservação da credibilidade da justiça.

²³⁵ Cf. inteiro teor do voto do Ministro Luís Roberto Barroso. *Ibid.*, p. 2.

celeridade processual, a afirmação das entidades e dos Tribunais e a afirmação da credibilidade de um Poder que precisa apresentar respostas a uma sociedade – e daí se coloca em segundo plano a Constituição e o Realismo, a ponderação a partir de dados empíricos passa ser a base forte da argumentação, independentemente se isso vai de encontro a Constituição Brasileira e suas garantias.

Foram selecionados alguns trechos do voto do Ministro Luís Roberto Barroso para que se observe que longe de um horizonte de uma preocupação primeva de uma relação de cuidado-de-perigo - como nos falaria o norte onto-antropológico de Faria Costa – a finalidade de seu rito decisório é fundamento para uma interpelação e subserviência da própria dogmática penal e da Constituição a interesses da fluência processual, de resultados da justiça criminal, celeridade processual, valorização da jurisdição criminal ordinária, combate aos crimes de colarinho branco, uma pretensa quebra do paradigma da impunidade no sistema criminal advindo da visão constitucional em que alicerça e defende a recorribilidade antes do trânsito em julgado – um visível ataque direto a integralidade da presunção de inocência, diferentemente de tudo que foi pontuado pelo Ministro Marco Aurélio em seu relatório – e ainda a busca de dados empíricos que deveriam ser avaliados para que pudessem através de **“fatos e os números obtidos a partir de pesquisa empírica idônea, devem ser utilizados na construção de solução que produza as melhores consequências para a sociedade”²³⁶**.

Ora, mas não seriam tais dados, fatos e números elementos externos a lei? Não seria a realidade empírica elemento de análise e matéria prima da criminologia e da política criminal? Seria lícito utilizar o controle de constitucionalidade para incutir e discutir a realidade empírica, fatos, quando o próprio Barroso afirma em suas críticas a presunção de inocência que, como de fato, o STF não analisa provas e fatos na ação penal, mas esse mesmo STF teria competência para analisar fatos e dados/provas da realidade empírica para poder fundamentar uma decisão judicial que relativiza e precariza uma garantia constitucional?

Streck chama atenção para a superação da cisão entre questão de fato e questão de Direito, afirmando que, autores como Neves, Muller e Silva já teriam

²³⁶ Cf. inteiro teor do voto do Ministro Luís Roberto Barroso. BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação declaratória de constitucionalidade 43 Distrito Federal**. Requerente :Partido Ecológico Nacional – PEN. Intimados :Presidente da República et al. Am. Curiae.: Defensor Público-Geral do Estado do Rio de Janeiro. Relator: Min. Marco Aurélio. Brasília, DF, 17 de outubro de 2019. p. 3. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/ADCvotoRelator.pdf>. Acesso em: 10 jan. 2020.

superado essa questão, sendo que uma questão de fato é sempre uma questão de direito, e vice-versa²³⁷.

Ao que consta, o processo de controle de constitucionalidade estaria adstrito exclusivamente a análise da declaração de constitucionalidade no caso da ADC, e da declaração de inconstitucionalidade em uma ADIn, mas elementos da política criminal e da tônica eleita pela mesma indicam os alvos escolhidos em uma discussão – como se tudo girasse em torno de uma esfera de que determinado crime e determinada conjuntura deva ser combatida a partir do acirramento das decisões, ainda que estas não estejam blindadas e revestidas pelo supedâneo da legalidade e calçado em leis, e ainda que se invada competência restrita a outro poder – nos mesmos termos de trecho das queixas feitas no Voto do Ministro Relator da ADC 43/DF, Ministro Marco Aurélio.

Alguns trechos do voto do Ministro Luís Roberto Barroso revela uma tendência forte de interferência de questões externas ao próprio texto constitucional, desde pesquisas e dados coletados a partir dos julgamentos dos processos no STF que, trazidos ao voto, possuem serventia de embasar o que Barroso vai chamar de “necessidade de um giro pragmático e empírico²³⁸” no que se refere à interpretação constitucional.

Em tese, esse giro pragmático e empírico defendido por Barroso orbita o centro de uma tese de que, o STF teria que se posicionar historicamente a fim de contribuir com a sociedade a partir de suas decisões, sendo protagonista no processo de tornar o sistema de justiça criminal mais funcional/eficiente/equilibrado.

O que o Ministro Barroso veio a defender no voto seria que o sistema de justiça criminal não é funcional em razão da possibilidade de recursos oferecidos pela lei processual e que, em razão destes recursos, a parte acusada teria vantagens quanto à possibilidade de prescrição da demanda.

²³⁷ STRECK, Lenio Luiz. **30 anos da CF em julgamentos – uma radiografia do STF**. Rio de Janeiro: Forense, 2018. p. 328.

²³⁸ Esse giro pragmático empírico defendido e nomeado pelo Ministro Barroso é apenas o reconhecimento de um processo de americanização do direito brasileiro, onde garantias individuais passam a ser colocadas de lado, em favor de um teórico resgate da efetividade das leis, da justiça e das instituições, ainda que estas venham a ferir garantias fundamentais – essa linha de raciocínio se baseia na captura de dados e standards da política criminal a fim de que estes se tornem fundamentação lógica para as decisões. Traços de standards e de uma política criminal atuarial que se choca com a perspectiva liberal construída em torno da presunção de inocência, bem como com os ideais de um Estado Democrático de Direito.

Todo esse contexto contribuiria para o enfraquecimento da confiança nas instituições, a queda da credibilidade no Poder Judiciário e, segundo o próprio Barroso, conferindo vantagem desproporcional aos mais ricos, por entender que estes teriam maiores condições financiar recursos protelatórios²³⁹.

Em primeiro plano o que se atesta é que o Ministro Barroso acaba por confirmar parte de uma tendência de alguns dos Ministros do STF de trazer elementos empíricos do cotidiano, e questões diretas da sociedade para construir argumento que possa encaixar o interesse daquilo que está a defender – e assim é em relação à questão da prisão em segunda instância e sua visão a respeito da presunção de inocência – carregada de *Standards* e dados parciais que servem de pano de fundo para seu voto.

Ministro Barroso confirma em seu voto uma tendência hodierna a trazer a baila argumentos fortes advindos da política criminal para servir de supedâneo a tese de prisão após a sentença condenatória em segunda instância. Mas observe-se que Barroso alega diversos motivos para ser partidário da ideia de se mitigar a presunção de inocência – curiosamente, grande parte destes motivos possui conexão com uma resposta a sociedade, com o restabelecimento da credibilidade do Poder Judiciário, converge com uma alegada “linha interpretativa” que acredita que mitigando uma garantia constitucional a lei será mais respeitada, a sociedade respeitará mais as instituições democráticas e o sistema de justiça criminal terá a efetividade desejada.

Contudo, grande parte dos problemas apresentados por Barroso possui origem processual. Ora, como resolver os problemas de ordem processual, mitigando uma garantia constitucional do cidadão?

Aparentemente não importa a função e a finalidade da presunção de inocência em um contexto de garantia do cidadão. Se processos prescrevem – em menção a uma das principais reclamações de Barroso - e demoram a ser julgados no STF, não caberia uma reforma do Código de Processo Penal?

Existe uma falsa concepção de política criminal envolvida nesta conjuntura que nem de longe visa atacar problemas como a violência nas grandes cidades,

²³⁹ Cf. inteiro teor do voto do Ministro Luís Roberto Barroso na BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação declaratória de constitucionalidade 43 Distrito Federal**. Requerente :Partido Ecológico Nacional – PEN. Intimados :Presidente da República et al. Am. Curiae.: Defensor Público-Geral do Estado do Rio de Janeiro. Relator: Min. Marco Aurélio. Brasília, DF, 17 de outubro de 2019. p. 6. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/ADCvotoRelator.pdf>. Acesso em: 10 jan. 2020.

organizações criminosas e o tráfico de drogas, hoje problemas contemporâneos crônicos. A busca maior, como diversas vezes lembrado pelo próprio Barroso em seu voto é garantir um sistema de justiça criminal especialmente direcionado ao combate de crimes do colarinho branco²⁴⁰. Nenhum problema contra esta bandeira de luta, mas definitivamente não é direcionando a lei e relativizando garantias constitucionais que isso será feito da forma mais eficiente.

Quando tratamos da questão do fundamento, da função, da finalidade e da necessidade imprimidas no horizonte onto-antropológico, estes pontos nos servem para manusear o alvo da justiça que deveria ser a promoção da paz social e o reconectar do cidadão transgressor com seu grupo social – devidamente falada em capítulo anterior quanto à noção de cuidado-de-perigo.

A presunção de inocência, antes de qualquer coisa é uma garantia ao inocente e uma fortalecedora da promoção de uma justiça íntegra a partir de rigorosos limites impostos para a condenação de um indivíduo. A linha de interpretação trabalhada por Barroso foge totalmente a esse entendimento, e converge com o Realismo Jurídico apresentado nas decisões recheada de elementos de uma política criminal atuarial que não está preocupada com a hierarquia de leis, muitos menos com os limites da interpretação e da normatividade – e aqui ainda voltamos a frisar que nem de longe está a se falar de uma busca aventureira e fantasiosa de uma realidade exegética – mas efetivamente voltada para a reafirmação das instituições perante o indivíduo.

Barroso usa um termo muito interessante para explicar essa aliança do pragmatismo e do empirismo – que na verdade é um tensionamento da política criminal em relação à dogmática – aquilo que ele chama de “virada jurisprudencial” que teria a função de “desfazer a exacerbada disfuncionalidade do sistema penal brasileiro” – mas perguntaríamos: seria esta a função/finalidade do STF? Esse giro jurisprudencial poderia constranger o próprio texto constitucional a rigor das necessidades eleitas a partir da temperatura da sociedade?

Seguindo nesse entendimento Barroso parece lançar mão dentro de seu voto de uma proposta de texto/tese que poderia vir a ser utilizado como uma proposta

²⁴⁰ Cf. inteiro teor do voto do Ministro Luís Roberto Barroso BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação declaratória de constitucionalidade 43 Distrito Federal**. Requerente :Partido Ecológico Nacional – PEN. Intimados :Presidente da República et al. Am. Curiae.: Defensor Público-Geral do Estado do Rio de Janeiro. Relator: Min. Marco Aurélio. Brasília, DF, 17 de outubro de 2019. p. 6. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/ADCvotoRelator.pdf>. Acesso em: 10 jan. 2020.

de artigo a compor um futuro CPP – logicamente interferindo a partir de uma visão de política criminal que seria totalmente comum e genuína ao Poder Legislativo, mas que são alienígenas a função do STF e ao mister dos excelentíssimos Ministros, Barroso apresenta sua proposta nos seguintes termos

A execução de decisão penal condenatória proferida em segundo grau de jurisdição, ainda que sujeita a recurso especial ou extraordinário, não viola o princípio constitucional da presunção de inocência ou não-culpabilidade²⁴¹.

Existe uma preocupação do Ministro Barroso em assentar na normatividade muito mais do que o próprio texto constitucional prescreve no art. 5º, inciso LVII, e no que foi refletido no art. 283, do CPP.

Trata-se de uma aposta deveras muito alta culpabilizar a presunção de inocência pela ineficiência do Poder Judiciário, pelos descabros protagonizados pelo STF e ainda acreditar que relativizando uma clausula pétrea, uma garantia constitucional resolveria toda sorte de mazelas de um sistema de justiça criminal que sofre até mesmo com um Código de Processo Penal de 1941 alimentado e originalmente influenciado pela carta processual penal da Itália do ditador Benito Mussolini.

Seguindo a frente, Ministro Barroso chama a proposta de um “teste de realidade” chamando a atenção para o fato de que a corte não deveria se limitar a **“teorias superadas que acreditavam que interpretar é uma atividade meramente exegética”**. De fato, Barroso está certo em sua afirmação, como foi pontuado no capítulo anterior desta pesquisa, a discussão nunca foi da busca de uma literalidade cega, pois o horizonte da escola sociológica francesa que visionou esta quimera não atentou para possibilidade de princípios incutidos na própria essência da norma, mas de fato, essa essência nunca poderia vir a disciplinar algo que fosse contrário a função e a finalidade perseguida pela própria norma. Tomando as palavras de Streck

²⁴¹ Cf. inteiro teor do voto do Ministro Luís Roberto Barroso. BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação declaratória de constitucionalidade 43 Distrito Federal**. Requerente :Partido Ecológico Nacional – PEN. Intimados :Presidente da República et al. Am. Curiae.: Defensor Público-Geral do Estado do Rio de Janeiro. Relator: Min. Marco Aurélio. Brasília, DF, 17 de outubro de 2019. p. 4. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/ADCvotoRelator.pdf>. Acesso em: 10 jan. 2020.

A Crítica Hermenêutica não prega nem ‘literalismo’, nem ‘antiliteralismo’. Essa dicotomia é falsa e não é uma discussão hermenêutica. É de se lamentar que, hoje em dia, cada vez mais a literalidade e a não literalidade se transforme em argumentos ideológicos e estratégicos²⁴².

Trazendo trecho do voto do Ministro Luís Barroso que se faz obrigatória a sua transcrição para que possamos dissecar um trecho carregado de influências e tendências de um debate entre política criminal e dogmática, e ainda quanto à autonomia do direito a partir daquele que está encarregado de julgar. Streck afirma diversas vezes que a decisão judicial não se trata de opção entre escolhas certas²⁴³, mas Barroso afirma justamente o contrário, quando afirma que

A realidade é parte da normatividade do Direito. [...] Os textos oferecem um ponto de partida para a interpretação e demarca as possibilidades de sentido da norma. Na terminologia tradicional, fornecem a moldura dentro da qual o intérprete poderá fazer escolhas legítimas. Não escolhas livres: dentro das possibilidades de sentido de uma norma, o interprete deverá escolher a melhor. [...] mas que mais adequadamente realize os valores constitucionais e o interesse da sociedade.²⁴⁴

Como já falado neste trabalho, a política criminal está sendo utilizada para desvirtuar o sentido primevo, a finalidade e a função direta de dispositivos expressos tanto na Constituição e na representação da dogmática penal brasileira. Parte disso se dá um processo de americanização do direito²⁴⁵ brasileiro, ponto que já foi debatido anteriormente – através de tendências como o Realismo Jurídico parte daquilo que se conhece como hierarquia de leis e a necessidade de uma autonomia do direito que se baseie em uma constrição que não esteja presa exclusivamente a literalidade exegética do texto normativo, mas que não se utilize de argumentos como a “ponderação” para trazer ao texto normativo funções e finalidades que

²⁴² STRECK, Lenio Luiz. **30 anos da CF em julgamentos – uma radiografia do STF**. Rio de Janeiro: Forense, 2018. p. 325.

²⁴³ ST STRECK, Lenio Luiz. **Verdade e consenso**. 6. ed. rev. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2017.

²⁴⁴ Cf. inteiro teor do voto do Ministro Luís Roberto Barroso. BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação declaratória de constitucionalidade 43 Distrito Federal**. Requerente :Partido Ecológico Nacional – PEN. Intimados :Presidente da República et al. Am. Curiae.: Defensor Público-Geral do Estado do Rio de Janeiro. Relator: Min. Marco Aurélio. Brasília, DF, 17 de outubro de 2019. p. 6. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/ADCvotoRelator.pdf>. Acesso em: 10 jan. 2020.

²⁴⁵ Cf. SUXBERGER, Antonio Henrique Graciano; GOMES FILHO, Dermeval Farias. Funcionalização e expansão do direito penal: o direito penal negocial. **Revista de Direito Internacional**, Brasília, DF, v. 13, n. 1, p. 379, 2016. Um processo que alguns nomeiam de globalização das políticas criminais, outros de americanização do direito brasileiro.

divergem do seu sentido e objetivo original. Nisso, a questão da presunção de inocência foi tomada como célula de estudo, por se perceber que entre os muitos pontos hoje de embate entre a política criminal no Brasil e a dogmática, sem dúvida nenhuma, o debate em torno da presunção de inocência seja o que deixa isso mais evidente.

Mas qual o sentido de analisar clinicamente o voto do Ministro Luís Roberto Barroso? Talvez por ele representar entre os Ministros do STF aquele que trás a maior carga de influência do Direito Americano e do Realismo Jurídico nas decisões. O voto do Ministro relator da ADC 43/DF difere sensivelmente de objetivos e finalidades em relação ao que foi pensado sobre presunção de inocência durante o processo da constituinte. O Ministro Marco Aurélio busca se fiar na proposta originária, liberal e democrática da nascente Constituição Federal do Brasil de 1988, enquanto que Barroso parece querer propor reescrever aquilo que se tem vinculado a presunção de inocência com preocupação diversa daquela que justificou a inserção no art. 5º, inciso LVII da CF/88, e replicado no art. 283 do CPP.

Conforme bem apresentado em seu voto na ADC 43/DF, a maior preocupação de Barroso não é com a garantia constitucional do cidadão, ou, com uma possível relação de cuidado-de-perigo, como nos apresenta Faria Costa e sua onto-antropologia. A preocupação de Barroso é voltada exclusivamente para o combate a crimes específicos como os de colarinho branco, para uma reafirmação do sistema de justiça criminal brasileiro, e a utilização do direito penal e da pena para o restabelecimento da credibilidade do Estado, suas instituições e, principalmente o Poder Judiciário – bem distante de um objetivo de cuidado-de-perigo que tenha a preocupação voltada ao ser humano, que analise a função do direito penal e da pena a partir de suas finalidades e funções voltadas para o restabelecimento de um corpo que o homem faz parte, e de uma relação de cuidado-de-perigo que necessita ser restabelecida. A maior preocupação do Ministro Barroso é com a função do Direito Penal como mecanismo de prevenção geral e deixa isso bem claro em trecho de seu voto

[...] o interesse da sociedade de que o crime não compense e que direito penal possa desempenhar o seu grande papel: o de funcionar como prevenção geral, que consiste em dar o incentivo adequado para que as pessoas não cometam crimes pelo temor fundado de que serão efetivamente punidas se o fizerem.

Voltando ao debate hermenêutico dos dados retirados do voto do Ministro Roberto Barroso e carreando parte das argumentações que aqui revestem a problemática em torno da interferência da política criminal em relação à dogmática, principalmente quando não observados requisitos de finalidade e função de um princípio basilar como o da presunção de inocência, e ainda tendo o norte da crítica hermenêutica do Direito, que metodologicamente serve de pano de fundo estrutural para esta pesquisa, Barroso trás afirmações ousadas em um trecho do seu voto quanto afirma coisas como “A realidade é parte da normatividade do Direito²⁴⁶”, “os textos oferecem um ponto de partida para a interpretação e demarca as possibilidades de sentido da norma”, [...] estes fornecem moldura dentro do qual o intérprete poderá fazer escolhas legítimas. Barroso continua sustentando a decisão judicial como algo que possua escolhas e dentro delas um a ser a escolhida para chegar a um determinado objetivo/finalidade, no caso do Ministro Barroso, deverá ser eleita entre as opções aquela que “mais adequadamente realize os valores constitucionais e o interesse da sociedade” – não precisa ir muito longe para observar o volume de debates que estas frações de um parágrafo do voto do Ministro poderiam suscitar de debate. Inicialmente, como já repisado diversas vezes por Streck²⁴⁷, a decisão judicial não é uma equação que ofereça opções a aquele que julga e que caiba a este julgador selecionar a melhor opção entre várias possibilidades, não se trata efetivamente disso.

Definitivamente o trabalho do juiz na decisão judicial não se trata da escolha mais razoável entre “opções oferecidas pelo texto²⁴⁸”. Mas ainda relacionado com o contexto apresentado por Barroso, salta aos olhos um apelo contínuo ao coletivo em relação desproporcional ao cidadão – não se interessa as garantias do cidadão, o importante seria reafirmar o direito penal através de uma prevenção geral que, como já sabido, não vem obtendo sucesso. A visão relacionada à Função do Direito Penal para Barroso é conexas à proposta de política criminal que sustenta qualquer coisa feita, a exemplo, pela Operação Lava Jato, ainda que isso de alguma forma não encontre ressonância com o Direito e a Constituição Brasileira – e quando isso não funciona

²⁴⁶ Cf. inteiro teor do voto do Ministro Luís Roberto Barroso. BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação declaratória de constitucionalidade 43 Distrito Federal**. Requerente :Partido Ecológico Nacional – PEN. Intimados :Presidente da República et al. Am. Curiae.: Defensor Público-Geral do Estado do Rio de Janeiro. Relator: Min. Marco Aurélio. Brasília, DF, 17 de outubro de 2019. p. 6. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/ADCvotoRelator.pdf>. Acesso em: 10 jan. 2020.

²⁴⁷ STRECK, Lenio Luiz. **Verdade e consenso**. 6. ed. rev. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2017.

²⁴⁸ Cf. inteiro teor do voto do Ministro Luís Roberto Barroso. (BRASIL, op. cit., p. 6).

chega ao limite piegas de dizer que existe um movimento de advogados no Brasil que não se preocupam com os pobres, e tão somente com aquilo que seus clientes ricos podem pagar para protelar a execução de pena²⁴⁹ através dos recursos que a própria lei permite que sejam manejados. Ora, existe o problema seria a presunção de inocência ou o confuso sistema recursal brasileiro? A deficiência, burocracia e morosidade das decisões das cortes superiores? Não careceria entrar nesse mérito, mas observar a Lei a partir de uma “conexão com a realidade e o impacto que sobre ela se produzirá²⁵⁰”. Abandonar os limites e rigores da Lei maior e inovar esquecendo-se do meio (processo e garantias constitucionais), e dando prioridade para o fim das decisões, chega a lembrar do adágio maquiavélico de que “*os fins justificam os meios*” – no Direito, como Ministro Marco Aurélio mesmo falou em trecho do seu voto, *o meio justifica o fim*²⁵¹, que respeita as garantias, e o devido processo.

Ministro Barroso segue uma linha a partir de dados advindos de pesquisas orientadoras da política criminal para construir base empírica que justificasse que a partir da volta da aplicação da prisão a partir da segunda instância o número de prisões em caráter de pena teria reduzido em termos percentuais.

Em sentido oposto, Ministro Barroso tenta criar argumentos que justifiquem um aumento gradativo das prisões cautelares que teriam aumentado sensivelmente, sem lançar conexão com a cobertura cinematográfica de prisões cautelares pela Lava Jato. Barroso chega a uma afirmação paradoxal, na medida em que, informações retiradas apenas de números frios passam a construir o cenário de uma criativa constatação, ao dizer que, a mitigação da presunção de inocência a partir de 2016 fez com que “*diante da inexorabilidade de cumprimento da pena, criminosos potenciais refrearam seus instintos*²⁵²” – uma afirmação muito ousada, e porque não dizer, sem um devido lastro de confiabilidade, vez que tais percentuais confrontadas com a escala gradativa de prisões de 1990 até 2009, quando a prisão em segunda

²⁴⁹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação declaratória de constitucionalidade 43 Distrito Federal**. Requerente :Partido Ecológico Nacional – PEN. Intimados :Presidente da República et al. Am. Curiae.: Defensor Público-Geral do Estado do Rio de Janeiro. Relator: Min. Marco Aurélio. Brasília, DF, 17 de outubro de 2019. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticia/NoticiaStf/anexo/ADCvotoRelator.pdf>. Acesso em: 10 jan. 2020.

²⁵⁰ Cf. inteiro teor do voto do Ministro Luís Roberto Barroso. *Ibid.*, p. 7 – tópico 13.

²⁵¹ Urge restabelecer a segurança jurídica, proclamar comezinha regra, segundo a qual, em Direito, o meio justifica o fim, mas não o inverso. Dias melhores pressupõem a observância irrestrita à ordem jurídonormativa, especialmente a constitucional. É esse o preço que se paga ao viver-se em Estado Democrático de Direito, não sendo demasia lembrar Rui Barbosa quando, recém-proclamada a República, no ano de 1892, ressaltou: “Com a lei, pela lei e dentro da lei; porque fora da lei não há salvação”. Trecho do voto do relator: Ministro Marco Aurélio. *Ibid.*, p. 11.

²⁵² Cf. inteiro teor do voto do Ministro Luís Roberto Barroso. *Ibid.*, p. 8 tópico 19.

instância foi executada em descompasso com o texto constitucional, mostra facilmente que os números apresentados por Barroso seriam frágeis a uma análise mais aprofundada. Mas alguém ousaria dizer: tratam-se só de números soltos. Sim! Normalmente, nos mesmos termos e bases de análise do raciocínio construído pelo Excelentíssimo Ministro.

Estranhamente Barroso defende que a simples mitigação da presunção de inocência a partir de 2016, gerou como consequência e efeito a devida prevenção geral repercutindo com a diminuição da prática de delitos. Ora, é muito audacioso vincular o resultado de sentenças ao longo de três anos a um efeito direto da relativização da presunção de inocência, isso principalmente porque o Ministro Barroso se equivoca ao afirmar uma teórica diminuição da prática de delitos²⁵³. Justamente o contrário! Ou ao que se estaria a tentar relativizar uma garantia constitucional do cidadão falando em luta pela credibilidade do Poder Judiciário, ou mesmo, uma cruzada em nome da efetividade do sistema judiciário penal brasileiro – Barroso ingenuamente confunde resultado de sentenças e prisões com o número assustador de delitos praticados, dos quais, aqui fazendo uso do seu mesmo pragmatismo, não trouxe ao bojo dados apresentados em seu voto. No mais, este não é o cerne da questão, e sim, as diversas formas que a política criminal é utilizada para contornar a dogmática penal e atingir finalidade diversa da preconizada no texto constitucional do art. 5º, inciso LVII da Constituição Federal Brasileira e do art. 283 do Código de Processo Penal.

Barroso cria uma cisão para tratar de “crimes de pobre” e “crimes de rico” – direcionando seu discurso a dizer que “*o garantismo à brasileira*”²⁵⁴ seria responsável pelo depósito de pobres em prisões Brasil a fora e que enquanto isso, ricos poderiam pagar advogados e “se valer” da presunção de inocência para protelar ao máximo a execução da pena: uma clara conexão com a questão dos crimes de colarinho branco e a “Operação Lava Jato”, que em alguns momentos, parece preocupar muito mais a cabeça do Ministro Barroso.

²⁵³ Cf. inteiro teor do voto do Ministro Luís Roberto Barroso. BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação declaratória de constitucionalidade 43 Distrito Federal**. Requerente :Partido Ecológico Nacional – PEN. Intimados :Presidente da República et al. Am. Curiae.: Defensor Público-Geral do Estado do Rio de Janeiro. Relator: Min. Marco Aurélio. Brasília, DF, 17 de outubro de 2019. p. 9. Disponível em: http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/ADCvoto_Relator.pdf. Acesso em: 10 jan. 2020.

²⁵⁴ Cf. inteiro teor do voto do Ministro Luís Roberto Barroso. *Ibid.*, p. 10 – tópico 26.

Passo seguinte Ministro Barroso apresenta dados a respeito dos crimes de colarinho branco, em especial, corrupção ativa, passiva, peculato e lavagem de dinheiro, mostrando o baixo número de réus presos por tais crimes em todo o Brasil. Esses dados são contextualizados com uma crítica feita por Barroso à questão da interferência da opinião pública em seus votos – uma crítica costumeira feita ao Ministro quanto de suas decisões, até mesmo por membros do próprio STF. Oportunidade em que ele volta a reafirmar questões polêmicas a respeito da questão da interpretação constitucional, discursando em seu voto, falando de valores morais, “*senso de justiça*²⁵⁵”, de que o juiz não estaria isolado do mundo, e que estes deveriam ter a “*capacidade de identificar o sentimento social*²⁵⁶” e passar este último pelo filtro constitucional – fecha o raciocínio teorizando e fazendo uma interessante remissiva de interessantes pensadores do Direito estrangeiro - em sua maioria americanos - tais como Richard Posner, Reva Siegel, Cass Sustein, e a respeito da opinião pública faz citações de Giles, Blackstone e Vining, em texto que fala da Suprema corte americana e sua relação com a opinião pública, fecha citando Peter Haberle – todos de alguma forma transitam o assunto do contexto social constitucional.

Ministro Barroso caminha tecendo argumentos tomando como âncora pensadora da análise econômica do direito, de movimentos que justificam a mutação constitucional para construir caminho a assentar legitimamente um “Realismo Jurídico à brasileira”. Tal escolha submete a dogmática penal à política criminal, que se diferencia da finalidade e função orgânica do sentido primevo que fez com que a presunção de inocência fosse introjetada no corpo das garantias constitucionais e clausula pétrea na Constituição Federal de 1988, tentando tornar algo normal sustentar que “*a definição do sentido e alcance da Constituição cabe à sociedade como um todo*²⁵⁷”. Será esse mesmo o papel do guardião da constituição?

Ao decorrer do desenvolvimento do restante do voto do Ministro Roberto Barroso o que se observa é uma coleção de argumentos que transitam desde a

²⁵⁵ Cf. inteiro teor do voto do Ministro Luís Roberto Barroso. BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação declaratória de constitucionalidade 43 Distrito Federal**. Requerente :Partido Ecológico Nacional – PEN. Intimados :Presidente da República et al. Am. Curiae.: Defensor Público-Geral do Estado do Rio de Janeiro. Relator: Min. Marco Aurélio. Brasília, DF, 17 de outubro de 2019. p. 12 – tópico 33. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/ADCvotoRelator.pdf>. Acesso em: 10 jan. 2020.

²⁵⁶ Cf. inteiro teor do voto do Ministro Luís Roberto Barroso. *Ibid.*, p. 12 – tópico 34, “a”.

²⁵⁷ Cf. inteiro teor do voto do Ministro Luís Roberto Barroso. *Ibid.*, p. 13 – tópico 34, “c”.

ressuscitação do art. 637 do CPP²⁵⁸ – no passado já declarado “não recepcionado” pela Constituição de 1988, mas trazido à baila das argumentações de Barroso com o estranho entendimento de que o fato de não ter sido recepcionado pela Constituição de 1988 não significaria que o respectivo dispositivo fosse inconstitucional, muito embora, majoritariamente, se entenda que aquilo que não foi recepcionado pela atual Constituição seria incompatível com ela, e se, incompatível com ela, incompatível também seria com todo o arcabouço da legislação pátria.

Ministro Barroso segue passeando por uma coleção de dispositivos não recepcionados pela Constituição de 1988, tais como o art. 594 do CPP, em que se previa que: Art. 594 “O réu não poderá apelar sem recolher-se à prisão” – artigo declarado não recepcionado em 23.10.2009.

O tópico 46 do voto do Ministro Luís Roberto Barroso apresenta à amostra de dados que fundamentam um estranho efeito que é associado pelo Ministro ligado a possibilidade de prisão a partir da sentença condenatória de segunda instância vinculada à análise dos efeitos da operação Lava Jato. Barroso defende que a mitigação da presunção de inocência teria como efeitos positivos pragmáticos o desincentivo ao crime, real possibilidade de punição, justificando isso através de dados referentes à Lava Jato, onde se aponta que foram celebrados mais 250 acordos de colaboração premiada e de leniência, “*pelos quais os criminosos reconhecem os crimes, restituem dinheiro e ajudam a desbaratar esquemas criminosos*”²⁵⁹.

Ora, como já salientado diversas vezes, parece que o que mais se intenta é fugir a possibilidade de um processo - parece muito mais querer um atalho a um processo – este processo, meio democrático de apuração em um procedimento acusatório e uma das bases da imparcialidade em um estado democrático de direito²⁶⁰, parece causar ojeriza a um visível modelo de alargamento da punição, da visão de um direito penal que tem como objetivo o cerceamento da defesa e que se baseia em práticas do *plea bargain* advindo da *common law* para justificar, a partir

²⁵⁸ Cf. inteiro teor do voto do Ministro Luís Roberto Barroso. BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação declaratória de constitucionalidade 43 Distrito Federal**. Requerente :Partido Ecológico Nacional – PEN. Intimados :Presidente da República et al. Am. Curiae.: Defensor Público-Geral do Estado do Rio de Janeiro. Relator: Min. Marco Aurélio. Brasília, DF, 17 de outubro de 2019. p. 13 – tópico 36, 37 e 38. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/ADCvotoRelator.pdf>. Acesso em: 10 jan. 2020.

²⁵⁹ Cf. inteiro teor do voto do Ministro Luís Roberto Barroso. *Ibid.*, p. 16 – tópico 46.

²⁶⁰ RIBEIRO, Darci Guimarães. **Da tutela jurisdicional às formas de tutela**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010. p. 104-105.

dos mais diversos argumentos que, a política criminal não só interfere no sistema criminal, mas submete aos seus interesses a própria dogmática.

Ministro Barroso se esquece de citar que grande parte destes acordos de delação premiada diz respeito exclusivamente a práticas relacionadas a crimes do colarinho branco, e que o universo de crimes no Brasil, inclusive os mais violentos, parecem não ser atacados por tais práticas, muito menos reduzirem em razão das mesmas.

Ao contrário do que defende Faria Costa quanto a uma extensividade menor possível do Direito Penal, por consequência, essa lógica transferindo-se ao Direito Processual Penal, o que pretende Barroso é literalmente a importação de práticas do direito estrangeiro para que assim o ato de julgar se torne um ato de tentativa de correção da realidade empírica²⁶¹, ainda que isso signifique a desconsideração de uma cláusula pétrea, a exemplo da questão da presunção de inocência, a valorização de dispositivos já afastados pelo entendimento constitucional pós 1988, ou mesmo através da insistente alternativa da “ponderação”, onde os mandados de otimização de Alexy são utilizados em uma estranha balança, moldados pela realidade fática, atribuindo pesos e realizando “concessões recíprocas”²⁶², em nome da efetividade do sistema penal, da prevenção geral, realização da justiça, valores que, segundo Barroso, quando ponderados, passam a ter “mais peso do que a presunção de inocência²⁶³” – ainda que esta última seja uma garantia constitucional revestida da qualidade de cláusula pétrea.

²⁶¹ Cf. STRECK, Lenio Luiz. ADPF 347: a questão prisional, Estado de coisas inconstitucional e HC coletivo 143.641. In: STRECK, Lenio Luiz. **30 anos da CF em julgamentos – uma radiografia do STF**. Rio de Janeiro: Forense, 2018. p. 272.

²⁶² Cf. inteiro teor do voto do Ministro Luís Roberto Barroso. BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação declaratória de constitucionalidade 43 Distrito Federal**. Requerente :Partido Ecológico Nacional – PEN. Intimados :Presidente da República et al. Am. Curiae.: Defensor Público-Geral do Estado do Rio de Janeiro. Relator: Min. Marco Aurélio. Brasília, DF, 17 de outubro de 2019. p. 18. Disponível em: http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/ADCvoto_Relator.pdf. Acesso em: 10 jan. 2020.

²⁶³ Cf. inteiro teor do voto do Ministro Luís Roberto Barroso. *Ibid.*, p. 19 – tópico 56.

4.3.1 “Um Giro Empírico Pragmático²⁶⁴” e a Interpretação Constitucional no Brasil – a “correta interpretação²⁶⁵” da lei penal processual penal e constitucional brasileira a partir da prevenção geral e da justificação do sistema criminal?

No debate a respeito das finalidades, funções e necessidades de um sistema prisional, perguntar-se quanto à eficácia do sistema prisional brasileiro como um todo seria algo muito mais denso que acreditar que todo o problema a respeito da eficácia da prevenção geral fosse facilmente resolvido a partir dos dados de combate a crimes do colarinho branco advindos da Operação Lava Jato – infelizmente o “giro empírico-pragmático” proposto pelo Ministro Luís Roberto Barroso parece através de uma quimera salomônica desobstruir o ponto nodal de todos os males de uma nação que padece em convulsão em problemas que não se limitam a crimes do colarinho branco.

As centenas de dados trazidas no voto do Ministro Luís Roberto Barroso parecem fundamentar um cenário totalmente controverso a restrição de um direito penal a um ambiente reduzido, a um núcleo duro de ações – assim como nos inclinaria Faria Costa²⁶⁶, ou ainda como objetiva uma proposta de política criminal negativa²⁶⁷.

Ao citar mais de 60 mil mortes por homicídio ao ano²⁶⁸, Barroso cria um paralelo com a corrupção, sem saber ao certo, já que o Ministro convoca uma chamada em prol do empirismo-pragmático, como os mais de 60 mil homicídios

²⁶⁴ Barroso chama a atenção ao que ele vem nomear da necessidade de um “giro empírico-pragmático da interpretação constitucional no Brasil - um ameadado de argumentações que tentam das mais diversas formas dá maior importância à prevenção geral e a cruzada de resgate da credibilidade do sistema prisional e da justiça”. BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação declaratória de constitucionalidade 43 Distrito Federal**. Requerente :Partido Ecológico Nacional – PEN. Intimados :Presidente da República et al. Am. Curiae.: Defensor Público-Geral do Estado do Rio de Janeiro. Relator: Min. Marco Aurélio. Brasília, DF, 17 de outubro de 2019. p. 24. Disponível em: http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/ADCvoto_Relator.pdf. Acesso em: 10 jan. 2020.

²⁶⁵ Uma menção ao ponto IV do voto do Ministro Luís Roberto Barroso, quando intitula “IV. A correta interpretação do art. 283 do CPP à luz da Constituição”. *Ibid.*, p. 22.

²⁶⁶ Faria Costa também defende a mínima extensividade de condutas a serem aplicadas penas de restrição da liberdade, chamando inclusive para a avaliação das proporções em que o bem jurídico foi afetado por determinada conduta criminosa.

²⁶⁷ Assim como a proposta de Sebastian Scheerer a ideia seria uma política criminal que reservasse um núcleo duro de condutas a serem reprimidas com maior gravidade através do cerceamento da liberdade – a pena *ratio* destinada a menor quantidade de crimes possíveis. SCHERER, Sebastian. Three trends into the new millenium: the Managerial, the populist and the road towards global justice. In: GREEN, Peter; RUTHERFORD, Andrew (ed.). **Criminal policy in transition**. Oxford, Portland: Hart Publishing, 2000. p. 243-248.

²⁶⁸ Cf. inteiro teor do voto do Ministro Luís Roberto Barroso. (BRASIL, *op. cit.*, p. 30 – tópico 105).

poderiam ser combatidos através da mitigação de direitos, ou mesmo através de um combate direto aos crimes do colarinho branco, ou mesmo sem se perguntar da real eficácia de idealizações como a prevenção geral.

O giro empírico-pragmático proposto por Barroso tem desenvolvimento a partir da inserção do Realismo Jurídico e o contexto da política criminal utilizados para reinterpretar deficitariamente garantias constitucionais como a presunção de inocência, ou fazer releituras de tópicos dos dispositivos que estão em lei, mas que equivocadamente passam a ser encarados como responsáveis pelo aumento da violência, da criminalidade, e, por consequência da falta de credibilidade na justiça e no sistema prisional brasileiro.

O chamado de Barroso questiona, através de algo que se assemelha mais a um discurso político que a um voto, de que lado da história a corte se posicionará²⁶⁹? Ainda que o STF tenha como limite constitucional cumprir seu papel de guardião da Constituição, Barroso se preocupa com a imagem de uma corte que, passa à ideia de dificultar o combate à corrupção – embora não seja lícito tomar mão de dados, fatos e o sentimento da sociedade para satisfazer o povo a partir do mais nefasto descumprimento da Constituição.

Ao que conste, é visível a interferência de uma escolha de combate criminal direcionada (política criminal) as questões ligadas aos crimes de colarinho branco, e isso fica evidente com frases de efeito no voto do Ministro Luís Roberto Barroso, tais como: *“Ninguém respeita país que blinda corruptos²⁷⁰”*; *“A integridade vem antes da ideologia, antes das escolhas políticas²⁷¹”*; *“Nós queremos mudar essa história²⁷²”*; *“E restabelecer, nas pessoas em geral, a crença que vale a pena ser honesto, agir de boa-fé, restabelecendo assim a primazia dos bons sobre os espertos²⁷³.”* – estes seriam os motivadores de política criminal e prevenção geral que justificaria aquela que o Ministro Luís Roberto Barroso classificou de *“a interpretação mais adequada da Constituição²⁷⁴”* a respeito da possibilidade de prisão em segunda instância e da

²⁶⁹ Cf. inteiro teor do voto do Ministro Luís Roberto Barroso. BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação declaratória de constitucionalidade 43 Distrito Federal**. Requerente :Partido Ecológico Nacional – PEN. Intimados :Presidente da República et al. Am. Curiae.: Defensor Público-Geral do Estado do Rio de Janeiro. Relator: Min. Marco Aurélio. Brasília, DF, 17 de outubro de 2019. p. 30 – tópico 106. Disponível em: http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/ADCvoto_Relator.pdf. Acesso em: 10 jan. 2020.

²⁷⁰ Cf. inteiro teor do voto do Ministro Luís Roberto Barroso. *Ibid.*, p. 34 – tópico 112.

²⁷¹ Cf. inteiro teor do voto do Ministro Luís Roberto Barroso. *Ibid.*, p. 34 – tópico 114.

²⁷² Cf. inteiro teor do voto do Ministro Luís Roberto Barroso. *Ibid.*, p. 35 – tópico 115.

²⁷³ Cf. inteiro teor do voto do Ministro Luís Roberto Barroso. *Ibid.*, p. 35 – tópico 115.

²⁷⁴ Cf. inteiro teor do voto do Ministro Luís Roberto Barroso. *Ibid.*, p. 35 – tópico 117.

relativização do princípio da presunção de inocência exarado no art. 5º, inciso LVII, da CF/88 e do art. 283 do CPP discutido na ADC 43/DF.

4.4 Finalidades e Funções Onto-Antropológicas da Dogmática Divergindo dos Objetivos de uma Política Criminal Atuarial – a função de cuidado-de-perigo como princípio limitador da política criminal em face da dogmática

O debate sobre a questão da presunção de inocência converge-se em ponto nodal a respeito do que é transposto na constituição como garantia, vez a presunção de inocência está ambientada e vinculada a uma extensividade que surge antes do processo e que naturalmente tende a gerar efeitos mesmo após o seu término.

Abertamente os Ministros do STF, ao menos aqueles que advogam a ideia da possibilidade da prisão pena antes do trânsito em julgado da sentença – texto formal expresso na Constituição Federal, bem como no art. 283 do Código de Processo Penal – sabem de forma ficta que o texto constitucional não comporta a interpretação que se está dando, quando efetivamente se alardeia na imprensa, no congresso, nas rodas de conversas das mesas de bares, que a Lava Jato estaria em perigo em razão do cumprimento devido do texto constitucional. Ora, mas como a devida observância da lei, da Constituição, significaria o fim de uma operação de investigação? Chega a ser latente que isso seja reflexo de uma escolha por uma política criminal duvidosa capitaneada por organizações oficiais, que culpam o sistema processual legal pelos mecanismos existentes e possíveis ofertados pela lei a aquele que é acusado.

Outro episódio que demonstra bem isso foi o caso do indulto presidencial previsto no artigo 84, XII, da constituição federal. No voto do Ministro Luís Roberto Barroso observa-se fielmente que o problema não seria a incompreensão da possibilidade da lei, ou mesmo a grande amplitude conferida ao poder de indultar nas mãos do Presidente, mas necessariamente a escolha de política criminal sintetizada em uma operação, passa a colocar em discussão o texto, a norma e a aplicação da lei. Na oportunidade, Barroso conseguiu a inclusão dos crimes de colarinho branco no rol de condutas não passíveis do benefício com o indulto presidencial de 2017 – lembrando que isso ocorreu anos depois o próprio Barroso ter votado a favor do Indulto para réus como, por exemplo, José Dirceu.

Ainda na exposição do voto do Ministro Barroso, o mesmo fez questão de salientar que o Presidente não teria “obedecido” o Conselho de Políticas Criminais subjugado ao Ministério da Justiça, pois no respectivo parecer do Conselho, os crimes de colarinho branco deveriam compor o rol de condutas não possíveis de serem beneficiados seus autores com o indulto.

A questão em si, a discutir é que aquele que decide, não pode dá entendimento diverso ao que a lei preconiza em razão de questões de ordem político criminal, vez esta está atrelada ao processo de combate na fase de construção da lei – nisso, observa-se que, não se pode suprimir o direito a presunção de inocência de um acusado em razão da demora processual, ou mesmo, do número de recursos disponíveis pela lei em vigor.

Se tais fatores estão a prejudicar a função direta da política criminal e já o são observáveis, não se pode simplesmente querer atribuir ao acusado a culpa e o ônus pela falha de toda uma estrutura; muito menos fundamentar decisões destoantes da lei justificando questões de ordem político criminal que o próprio estado poderia resolver seja reformando o código de processo penal, normalmente, a partir dos problemas indicados pela própria política criminal adotada pelo Estado, ressalvado os limites constitucionais apresentados pelo próprio poder legislador originário.

Decerto, observa-se que a política criminal está intimamente ligada ao poder executivo²⁷⁵, pois, lá é no executivo que se criam políticas públicas, baseadas em dados fornecidos pela criminologia.

Estas informações subsidiam o entendimento a respeito da atividade criminal ajudam a coibir crimes e entender melhor o mecanismo ligado a estes. Sendo que, em segundo momento a política criminal condensa as informações ofertadas e advindas da criminologia e orientam as políticas de estado voltadas para a questão criminal, inclusive hipóteses de alteração da lei, bem como a política criminal adotada na questão da administração penitenciária. Pois, afinal, é lá que se vê se a política criminal adotada funcionar vigorosamente, ou não.

É o ambiente da intromissão da política criminal no ato da decisão judicial que se estar a atestar, e não em uma simples esfera de intromissão como composto colaborador e reafirmador da norma expressa, mas sim como argumento/fundamentação de desobediência da norma em razão de questões de

²⁷⁵ LISZT, Franz von. **Tratado de derecho penal**. Madrid: Biblioteca Jurídica de Autores Españoles y Extranjeros, 1999. t. 1, p. 36.

ordem político criminal que deixaram de ser enfrentadas pelos poderes devidos e pela própria atenção do estado.

O que se percebe é um surto de hipertrofia da dogmática pela política criminal: essa hipertrofia do texto da lei é justificada em razão de condições processuais temporalmente longas, ineficácia e sensação de impunidade social em razão das diversas possibilidades de recursos e o demasiado tempo que leva do início ao termo de um processo, as condições degradantes do sistema penal brasileiro, ou ainda, o agir da política criminal no ato da decisão para atender a interesses espasmódicos, como bem identificado no caso da operação Lava-Jato, quase sempre justificado a partir de um temor de que a referida operação fosse prejudicada - como se a própria lei, não apresentasse instrumentos seguros para conter a interferência processual danosa por aquele que é acusado, bem como aquele as possibilidades de impedimento daquele que está livre vir a causar algum dano ao processo persecutório desenvolvido pelo Estado, basta lembramos o art. 312 do Código de Processo Penal e as possibilidades de prisões cautelares existentes.

Sobre essa interferência da política criminal em face da dogmática no processo da decisão judicial Fábio Roberto D'Ávila encara a profunda interferência contemporânea na ciência penal como um desserviço e alerta para uma série de consequências dessa estranha preponderância – em termos, a visão de D'Ávila converge com a hipótese deste trabalho quanto o efeito danoso do uso da política criminal além de sua função de área irmã ao da dogmática penal.

No segundo capítulo deste trabalho foi feita uma gradativa menção a relação do tempo com a questão que se quer aprofundar quanto à interferência da política criminal em face da dogmática.

No mesmo sentido D'Ávila alerta para as peculiaridades do tempo e das mudanças na sociedade pós-moderna²⁷⁶. Alerta quanto à transição contemporânea de um espaço de crise, onde, o velho não passou e o novo ainda não se apresentou - o que D'Ávila nomeou de período de “liminaridade”.

Essa fase de transição nomeada de liminaridade pelo autor remonta a importância da questão do tempo – devidamente trabalhada no segundo capítulo – e a

²⁷⁶ D'ÁVILA. Fábio Roberto. Liberdade e segurança em direito penal – o problema da expansão da intervenção penal. **Revista de Direito Penal da Universidade do Estado do Rio de Janeiro (UERJ)**, Rio de Janeiro, v. 5, n. 1, p. 66, 2017.

necessidade de cautela em tempo de transição, especialmente no campo do direito penal, que encontra terreno fértil na velocidade das transições sociais que ocorrem ao momento, quase sempre caminhando no sentido da expansão da punitividade e da construção de um direito penal e processual penal de viés e raízes não democráticas – o que o autor está a denunciar é um profundo processo de expansão do direito penal para uma série de outras áreas, como se a simples fato de haver uma regulação jurídico-penal total fosse garantia de diminuição da criminalidade e da violência²⁷⁷.

O Direito Penal e processual penal, grosso modo, assumem as complexidades de um tempo em que barreiras e fronteiras já não são suficientes para mensurar limites. Onde a tecnologia liquefez padrões de análise como local do crime e tornou complexa a definição de quando inicia e encerra a vida, além da complexidade de possibilidades que não se resumem apenas a um bem jurídico, a um sujeito ativo, ou mesmo a um sujeito passivo²⁷⁸ – isso faz com que a simples tipificação relacionada à ocorrência material do ilícito, ou como nas palavras de D'Avila o fragmento da realidade possível “que se quer proibir” já não importe mais, e parte disso está ligado ao contexto político-crime dos tempos atuais.

Faria Costa já no ano de 2009 alertava para essa realidade em encontro de Políticas Criminais realizado na cidade de Porto Alegre alertando para uma crise na versão liberal do direito penal e o cenário de expansão do direito penal a partir de neocriminalizações, exasperação de penas que teriam como efeito maior a diminuição de garantias processuais. Complementa Faria Costa dizendo

E se esta é retórica política que se propala não se pense que não há a dimensão estritamente jurídico-penal a tentar legitimar ‘cientificamente’ uma tal maneira de ver e interpretar estes tempos de desconfiança e de medo de todos contra todos.²⁷⁹

A preocupação em suma é que, notadamente, como nos lembraria classicamente Liszt,²⁸⁰ a política criminal interessa bem mais ao executivo enquanto tutor do elemento segurança pública, e o direito penal, processual penal perfaz a

²⁷⁷ D'ÁVILA, Fábio Roberto. Liberdade e segurança em direito penal – o problema da expansão da intervenção penal. **Revista de Direito Penal da Universidade do Estado do Rio de Janeiro (UERJ)**, Rio de Janeiro, v. 5, n. 1, p. 67, 2017.

²⁷⁸ *Ibid.*, p. 67.

²⁷⁹ FÁRIA COSTA, José Francisco de. O direito penal, a linguagem e o mundo globalizado. Babel ou Esperanto universal? In: D'ÁVILA, Fábio Roberto (org.). **Direito penal e política criminal no terceiro milênio: perspectivas e tendências**. Porto Alegre: EDIPUCRS, 2011. p. 22.

²⁸⁰ LISZT, Franz von. **Tratado de derecho penal**. Madrid: Biblioteca Jurídica de Autores Españoles y Extranjeros, 1999. t. 1, p. 36.

estrutura lógica que, antes de ser elemento para a garantia da punição, é ordem objetiva lógica que garante em sentido oposto elementos claros de defesa de uma incriminação, daí a preocupação da argumentação de D'Ávila em manifestar no sentido de que qualquer política de segurança de Estado deve efetivamente atender e respeitar Direitos e Garantias Fundamentais²⁸¹.

No mesmo sentido expresso na onto-antropologia de Faria Costa²⁸², onde a segurança e o estado não possuem sentido, se estes não estão a serviço da promoção da própria liberdade, e não de si próprio, notadamente divergente a uma proposta em que lança sobre as garantias constitucionais a responsabilidade pela ineficácia e a falta de credibilidade de um sistema de justiça prisional, nos termos do que advoga, a exemplo, o Ministro Luís Roberto Barroso em votos como o da ADC 43/DF.

É consenso que “vive-se hoje o tempo da política criminal”²⁸³, a despeito da preocupação já apresentada anteriormente de Liszt, de, no fim do século XIX, tentar trazer a lente de reflexão da ciência penal dando maior participação para política criminal, hoje, notadamente, esta última impera face a dogmática penal, e nem de longe cumpre-se a premissa de Liszt de asseverar que seria o direito penal a barreira inabalável da política criminal.

O cenário que se apresenta é bem mais grave de fato representado pela hegemonia da política criminal em face da dogmática penal, e, bem diferente dos modelos apresentados por Liszt, por Roxin; o que se trata não é da interferência apenas no plano de desenvolvimento legislativo, mas de um Direito que passa a ser originado, concebido e interpretado no limite da decisão judicial por elementos da política criminal, quando o próprio Liszt, chega a assumir que a política criminal deveria orientar, mas jamais interferir diretamente no processo penal²⁸⁴.

O resultado desse processo de embate entre a política criminal de contorno atuarial e essa hegemonia em face da dogmática é uma gradativa e contundente agressão aos princípios e garantias fundamentais, principalmente porque estes

²⁸¹ LISZT, Franz von. **Tratado de derecho penal**. Madrid: Biblioteca Jurídica de Autores Españoles y Extranjeros, 1999. t. 1, p. 71.

²⁸² FÁRIA COSTA, José Francisco de. **Linhas de direito penal e de filosofia: alguns cruzamentos reflexivos**. Coimbra: Editora Coimbra, 2005.

²⁸³ D'ÁVILA, Fábio Roberto. Liberdade e segurança em direito penal – o problema da expansão da intervenção penal. **Revista de Direito Penal da Universidade do Estado do Rio de Janeiro (UERJ)**, Rio de Janeiro, v. 5, n. 1, p. 67, 2017.

²⁸⁴ FERNANDES, Fernando. **O processo penal como instrumento de política criminal**. Coimbra: Livraria Almedina, 2001. p. 45. (Coleção Teses).

passam a ser encarados como óbice ao processo de aplicação de medidas contemporâneas de combate à criminalidade²⁸⁵, mesmo que isso signifique a renegação de direitos, em prol de uma vislumbrada sensação de segurança²⁸⁶ advinda de propostas técnicas, utilitaristas e pragmáticas²⁸⁷.

No contexto processual penal isso se mostra de forma muito mais agressiva, no que se refere à intervenção do Estado na vida privada, aprofundamento de mecanismos geradores de prova pró-estado – e que naturalmente não oportunizam paridade de armas a aquele que é acusado, adensamento de delações que são tomadas como estrutura autônoma no processo de produção de provas, que deixam de participar de um contexto e passam a ser a coluna cervical probatória, ainda que não se tenham como confrontar parte dos elementos que compõem tais procedimentos.

Sim! De fato, o debate tratado tem muito a ver com a questão do tempo. Foi, e é, esse mesmo tempo que, como D'Ávila nomeou de “liminaridade” que faz com que as coisas sejam analisadas sem cautela – curiosamente a tradução original de *Sorge* que é trabalhada como “cuidado” por Faria Costa – somada a uma dificuldade que a própria dogmática penal sofre e sofreu de se autoanalisar, talvez mais por um desapego dos operadores do direito da ciência penal e processual penal que essencialmente se preocupam pela questão técnica da aplicação cotidiana dos códigos e manuais.

A dificuldade de autoavaliação exercida por parte daqueles que dialogam diariamente com a dogmática penal, acabou por ser campo fértil para o avanço da

²⁸⁵ André Luis Callegari. O direito penal do risco como resposta às políticas de segurança e controle social. O Autor explana sobre o perigo da aplicação indiscriminada de prisões preventivas com notável objetivo de coação para a realização de “colaborações premiadas”. CALLEGARI, André Luís. O direito penal do risco como resposta às políticas de segurança e controle social. *In*: STRECK, Lenio Luiz; ROCHA, Leonel Severo; ENGELMANN, Wilson (org.). **Constituição, sistemas sociais e hermenêutica**: anuário do Programa de Pós-Graduação em Direito da Unisinos – Mestrado e Doutorado, n. 13. Porto Alegre Livraria do Advogado, 2017. p. 26-28.

²⁸⁶ José Luiz Bolzan de Moraes trabalha o conceito de “Surveillance” a partir de Hardt e Negri, uma extensão da idéia que Ferrajoli classificaria como “Poderes Selvagens. MORAES, José Luis Bolzan de. O fim da geografia institucional do Estado. A crise do Estado de Direito! *In*: STRECK, Lenio Luiz; ROCHA, Leonel Severo; ENGELMANN, Wilson (org.). **Constituição, sistemas sociais e hermenêutica**: anuário do Programa de Pós-Graduação em Direito da UNISINOS (Mestrado e Doutorado), n.13. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2017. FARIA COSTA indica essa tendência como uma tentativa de resposta uma tal exigência de “securitarismo”, vide FARIA COSTA, José Francisco de. O direito penal, a linguagem e o mundo globalizado. Babel ou Esperanto universal? *In*: D'ÁVILA. Fábio Roberto (org.). **Direito penal e política criminal no terceiro milênio**: perspectivas e tendências. Porto Alegre: EDIPUCRS, 2011. p. 22.

²⁸⁷ D'ÁVILA. Fábio Roberto. Liberdade e segurança em direito penal – o problema da expansão da intervenção penal. **Revista de Direito Penal da Universidade do Estado do Rio de Janeiro (UERJ)**, Rio de Janeiro, v. 5, n. 1, p. 67, 2017.

política criminal, vez esta última está voltada exclusivamente para o interesse funcional do Estado, e quase sempre, na prestação de satisfação a sociedade através de medidas de combate à violência e criminalidade, aliando assim mais dois componentes em algumas situações conflitantes, mas jamais incompatíveis: liberdade x segurança²⁸⁸.

A complexidade da contemporaneidade não pode está submetida a uma ideia de eficiência da segurança, ainda que como condição para isso esteja à fragilização de princípios e garantias fundamentais. Remonta lembrar que a política criminal atende a interesse exclusivo de um interesse público estatal que, em último plano, pode chegar ao extremo do ignorar o conceito de “pessoa” – no seu mais profundo sentido de “ser” detentor de direitos e garantias assentados na dignidade humana.

Ideia inversa que Faria Costa trabalha quando aprofunda o fundamento onto-anropológico de cuidado-de-perigo, pois, coloca o cidadão, a pessoa, o ser, como representação pontual de uma “teia relacional” onde o cuidado com o outro é a condição de existência de si, e onde a punição é necessária, atendido os requisitos que garantam o respeito à dignidade da pessoa humana, a finalidade, a função e a necessidade daquele ato, se, realmente ele recompõe a relação de cuidado-de-perigo e se a medida é proporcional ao bem jurídico afetado.

O questão nodal em discussão talvez seja que o direito penal e processual penal são estruturas de garantia liberal, cunhados e legados de um processo de desenvolvimento histórico que priorizou e elegeu o cidadão como protagonista da história, e onde, o Estado absolutista sucumbiu ao ideário liberal, principalmente para que este Estado pudesse ser controlado por ferramentas e que a punição fosse medida extremada *ratio*, nisso deve-se lembrar das lições de Neves, no objetivo de afastar a integralidade funcional que se quer do Direito Penal nos dias atuais, bem como de toda ciência do Direito, e antes de perguntar para que serve o direito, usar a razão do pensamento reflexivo para indagar o que é o direito²⁸⁹.

Uma lógica que Heidegger trabalhou em *Gelassenheit* – apresentada no segundo capítulo deste trabalho, mais que uma questão de instrumentalidade, verte-

²⁸⁸ D'ÁVILA, Fábio Roberto. Liberdade e segurança em direito penal – o problema da expansão da intervenção penal. **Revista de Direito Penal da Universidade do Estado do Rio de Janeiro (UERJ)**, Rio de Janeiro, v. 5, n. 1, p. 68, 2017.

²⁸⁹ FARIA COSTA, José Francisco de. **Linhas de direito penal e de filosofia: alguns cruzamentos reflexivos**. Coimbra: Editora Coimbra, 2005. p. 208.

se de necessidade axiológica, que não abre mão da eficiência das políticas de segurança do estado, mas fia-se sobriamente na validade dos seus atos²⁹⁰.

Resta uma afirmativa importante de D'Avila quando diz²⁹¹ que

Em realidade, a discussão acerca da hegemonia entre política criminal e dogmática penal é absolutamente equivocada. Dogmática Penal e política criminal não podem concorrer entre si, na medida em que não guardam identidade entre fundamento e função. Trata-se de dimensões de análises distintas, com uma área de atuação igualmente diversa. O que, aliás, bem ilustra o próprio espaço de atuação da política criminal que é, evidentemente, mais amplo e mais rico do que aquele a que está limitado o direito penal.

Seguindo as palavras de D'Avila, a questão não é em si negar a importância da política criminal, mas efetivamente condicionar a interferência dela na dogmática penal a condições de legitimidade e validade que estejam amparados no escopo dogmático jurídico-penal e nos princípios constitucionais que norteiam o direito penal e processual penal – efetivamente cumprindo a assertiva de Liszt quando atribui ao direito penal a missão de “*barreira infranqueável da política criminal*”²⁹² e ao universo onto-antropológico da função de cuidado-de-perigo de estabelecer uma relação de garantias e validade da dogmática penal a partir de uma razão de existência que objetiva a promoção da pacificação social aliada a promoção da dignidade humana, sem que isso signifique deixar de punir, mas que efetivamente em uma ótica penal e processual penal potencie os valores da paz e da segurança e não ofendam os valores de uma comunidade histórica que entende estes últimos como patrimônio ético-jurídico²⁹³.

Mais que a discussão a respeito de uma eficiência que ignora uma valoração calçada na legitimidade, o cuidado (*Sorge*) exposto na ideia de Faria Costa impõe o chamamento a uma necessidade axiológica e jurídica que possui fio condutor nas relações jurídicas e as “valorações materiais que entrelaçam direito constitucional e direito penal²⁹⁴”.

²⁹⁰ D'ÁVILA. Fábio Roberto. Liberdade e segurança em direito penal – o problema da expansão da intervenção penal. **Revista de Direito Penal da Universidade do Estado do Rio de Janeiro (UERJ)**, Rio de Janeiro, v. 5, n. 1, p. 69, 2017.

²⁹¹ *Ibid.*

²⁹² (Die unuberteigbare Schranke der Kriminalpolitik) – também citado de forma bem clara no trabalho de Fábio D'Ávila, *Ibid.*, p. 69.

²⁹³ FARIA COSTA. José Francisco de. **O perigo em direito penal: contributo para a sua fundamentação e compreensão dogmáticas**. Coimbra: Editora Coimbra, 2000. p. 79.

²⁹⁴ *Ibid.*, p. 229.

Contudo, ficaria em aberto parcialmente a relação dessa interferência voltada para a questão do processo penal? Normalmente que não! Como já foi pontuado, existe uma relação de complementariedade entre o direito penal e o direito processual penal, bem como seu natural referencial advindo do direito constitucional que força a conclusão de que, embora Faria Costa concentre seu raciocínio a respeito da onto-antropologia e a função da relação de cuidado-de-perigo voltada em sua totalidade para o direito penal, conclui-se que grande parte das diretrizes do pensamento jurídico-penal exercem uma influência recíproca entre si²⁹⁵.

Muito embora, a relação de cuidado-de-perigo seja utilizada no que se refere a uma discussão dos bens jurídicos que merecem ser tutelados para o devido equilíbrio relacional proposto pela ideia, o questionamento principal desta pesquisa circundou efetivamente outro ambiente, notoriamente circunscrito ao momento da decisão judicial.

Em que pese a existência hodierna no STF de um “trio progressista” composto pelos Ministros Luís Roberto Barroso, Edson Fachin e Luiz Fux – esse progressista se referindo a densa influência da política criminal nas decisões destes ministros, bem como a existência de posicionamentos decisórios reconhecidamente inovadores e ativistas em relação a constituição federal, a proposta onto-antropológica de Faria Costa estabelece limites de cuidado que reafirmam a ordem constitucional e em hipótese nenhuma é compatível com a visão funcional das decisões que ignoram dogmática e, apoiadas em tentativas de restabelecimento da verdade contra fática tentam utilizar princípios e garantias para funções e finalidades que ontologicamente não se vinculam.

Nisso, é imperioso afirmar que, para Faria Costa e onto-antropologia o Direito Penal e processual penal surgem a partir de uma emanção dos bens jurídicos constitucionais, logo, vindo a ter como limites os princípios e direitos fundamentais previstos na constituição, uma vez que, tanto o direito penal quanto o direito processual penal se justificariam pelos limites impostos pelo direito constitucional isso formando um círculo de coerência interno que nada poderia quebrar²⁹⁶.

O ciclo de referência entre direito penal e processual penal se auto justifica por limites imanentes dos direitos fundamentais, ou seja, tanto direitos fundamentais

²⁹⁵ DIAS, Jorge de Figueiredo. **Direito processual penal**. Coimbra: Editora Coimbra, 2004. p. 28-32.

²⁹⁶ FARIA COSTA. José Francisco de. **O perigo em direito penal**: contributo para a sua fundamentação e compreensão dogmáticas. Coimbra: Editora Coimbra, 2000. p. 231.

e leis gerais se limitam mutuamente, sendo que essa circularidade jurídico-normativa exercida a partir de um nível de intercorrência material garante um “conter e estar contido” que faz com que o direito penal e o processo penal estejam reciprocamente envoltos em uma relação de limites orquestrados pelos direitos fundamentais e a própria constituição²⁹⁷.

Transpondo para a questão suscitada como pesquisa, a política criminal estaria limitada no âmbito da decisão judicial a ser um referencial valorativo, mas que não poderia, em hipótese alguma, sublimar a dogmática, vez função e finalidades da política criminal destoarem das necessidades de aplicação do momento da decisão judicial.

Transpondo para a questão da presunção de inocência, o juízo de decisão não poderia em momento algum dispor de entendimento diverso que não apresentado no texto constitucional, essencialmente dizer que a presunção de inocência possui função e finalidade diversa do objetivo de tornar processos mais céleres. De igual forma argumentos de utilizar-se de da presunção de inocência mitigando-a fugiria de uma lógica ôntica de sua própria razão de existência. O fato é que a noção de cuidado-de-perigo coloca em pontos distintos função e finalidade de política criminal e dogmática penal – como bem já falado por D’Avila.

O horizonte de uma circularidade referencial baseada no *cuidado* faz com, que a legitimidade das decisões surja a partir de um juízo jurídico-normativamente referencial, não se sobrepondo nem se confundindo, em princípio, com uma teoria do âmbito de proteção da norma, assim abrindo perspectivas para uma interpretação juridicamente vinculada à decisão justa²⁹⁸.

Em miúdos, a onto-antropologia e a função de cuidado-de-perigo de Faria Costa tomada por diretriz leva ao entendimento que qualquer admissão do entendimento a restrição de direito, liberdades e garantias só pode e deve ser feito a partir a partir da devida análise limitadora do âmbito de proteção das normas constitucionais. Logo, política criminal seria dado agregador, mas secundário, no momento da valoração sistemática do arcabouço dogmático a ser analisado no momento da decisão judicial.

²⁹⁷ FARIA COSTA. José Francisco de. **O perigo em direito penal**: contributo para a sua fundamentação e compreensão dogmáticas. Coimbra: Editora Coimbra, 2000. p. 234-235.

²⁹⁸ FARIA COSTA. José Francisco de. **O perigo em direito penal**: contributo para a sua fundamentação e compreensão dogmáticas. Coimbra: Editora Coimbra, 2000.

Lembrar que um preceito constitucional, tal qual a presunção de inocência, se limita a si mesmo, e o meio dessa limitação é expresso de forma direta na lei.

O cenário de decisões funcionais, a exemplo, as do Ministro Luiz Roberto Barroso tornam o ser humano um meio para uma finalidade diversa da noção de cuidado. Lembrando o imperativo categórico kantiano de que o homem em hipótese nenhum poderia vir a ser tratado como meio, pois este homem, já seria um fim em si mesmo.

Faria Costa falando dessa via tensional de encarar o ser humano como meio para ideias que fogem, a rigor, a noção de cuidado, isso expresso em decisões judiciais que tentam usar um princípio para estabelecer métodos de afirmação da prevenção geral, da eficiência processual e para direcionar a mira da decisão a um determinado agrupamento de crimes – a exemplo do caso da operação Lava jato, fala que

É, pois, o vínculo tensional que se descortina entre o fim e o meio que deve constituir o pilar interpretativo, não de um processo casualmente naturalístico, mas antes de um processo teleológico-normativo. O que nos faz rapidamente compreender que uma ética intencionalmente situada, envolvida pela historicidade, afasta e rejeita, por completo qualquer *Ersatz* do princípio maquiavélico de que os fins justificam os meios. A normatividade jurídica, sob pena de perversão e total contradição com os princípios da justiça material, segue, conquanto, em autonomia irreduzível, os sulcos dos trilhos deixados por um historicamente situado *ethos* intencional. De outra forma ainda, não há fins sem meios, e cada um é determinado, em graus diferentes, normativamente pelo outro. Destarte, o âmbito de proteção da norma constitucional vai até o limite máximo permitido pela pesquisa do domínio do próprio fim da norma que tem que se conjugar com o fim da lei penal objetivamente exposto pela própria norma²⁹⁹.

Mais que a preocupação com o sistema jurídico punitivo, a relação de cuidado-de-perigo estabelecida pela onto-antropologia de Faria Costa centra sua preocupação nos cuidados do homem. Logo, este mesmo homem não poderia servir para justificar a fundamentação de elemento contraditório a norma ou, não cabível a ela. Não é função e fundamento do direito penal, muito menos do direito processual penal utilizar-se da política criminal no processo decisório para justificar a mitigação ou desconsideração de uma garantia, ou de um direito fundamental.

²⁹⁹ FARIA COSTA. José Francisco de. **O perigo em direito penal**: contributo para a sua fundamentação e compreensão dogmáticas. Coimbra: Editora Coimbra, 2000. p. 239.

A relação onto-antropológica faz com que as finalidades do direito penal estejam alinhadas com o próprio cuidado do homem, sendo é esta relação argumento de validade, capaz de lhe conferir legitimidade.

Esse protagonismo atestado da política criminal em face da dogmática penal nos dias atuais dissemina o nefasto raciocínio de que em nome da prevenção geral e a funcionalidade das instituições ligadas a instrumentalização da punição, garantias podem ser esmaecidas e a rigurosidade do processo possa ser afastada, atalhada.

De fato necessário se faz perceber que o limite à sublimação da política criminal em relação à dogmática penal é possível na medida em que utilizar-se da relação de cuidado-de-perigo e inquerir quais as funções da política criminal e quais as funções e finalidades do processo e das garantias, tais como a presunção de inocência. Notadamente a resposta a função e finalidade da política criminal é *“dominar ou, à la limite, o de fazer desaparecer a criminalidade³⁰⁰”*.

Noutro sentido, a medida que é desvelado que a função da política criminal segundo Faria Costa não é a de servir de fundamentação no ato da decisão para ofender ou descaracterizar princípios e garantias fundamentais, a dogmática penal, seja por meio da materialidade substancial do direito penal ou do processo penal, tem como finalidade e função matricial postulados liberais que garantam ao cidadão um percurso lógico de validade que legitime a punição por parte do estado, observados os valores de legitimação assentados em princípios, garantias e direitos fundamentais.

Como D’Avila asseverou política criminal e dogmática penal possuem funções e finalidades distintas. Assim como a presunção de inocência possui finalidade diversa e afastada de uma necessidade que não encontra ressonância em um funcionalismo que estranhamente desconsidera valores de validade e legitimação do estado constituído e se afastam um conjunto de valores, de bens axiologicamente relevantes e cristalizados na história e pela história, que permitem, agora em linha reversa de fundamentação, a existência do próprio ser comunitário³⁰¹.

Embora seja um dos objetivos da ciência penal como um todo, segue-se o entender que a prevenção seja apenas um efeito reflexivo, secundário de um

³⁰⁰ FARIA COSTA, José Francisco de. **O perigo em direito penal**: contributo para a sua fundamentação e compreensão dogmáticas. Coimbra: Editora Coimbra, 2000. p. 570.

³⁰¹ *Ibid.*, p. 626.

mecanismo de controle maior, conclusão integralizada e vinculada à aludida concepção onto-antropológica do direito penal (processo penal), que tem no passado-presente seu ponto privilegiado.

De um modo geral, as teses funcionalistas, cujo pecado principal, está no fato de não compreenderem que *“o homem e o mundo são mais do que a sua estreita utilidade, e o Direito, mais do que uma ordem de otimização das vivências de um mundo funcionalizado³⁰²”*, e que a salvaguarda de direitos e garantias fundamentais, atento as regras do jogo que não podem se eximir a norma e muito menos obscurecê-la a partir de inovações e ativismos.

³⁰² D’AVILA, Fabio Roberto. Direito penal, literatura e representações. **Boletim do Instituto Brasileiro de Ciências Criminais – IBCCrim**, São Paulo, p. 2-3, 2009.

5 CONCLUSÃO

Este trabalho partiu da ideia de aprofundar-se quanto às relações estabelecidas na contemporaneidade entre a política criminal e a dogmática penal não limitado apenas à circunferência do direito penal, mas abordando questões de cunho constitucional e processual penal – analisando um cenário facilmente constatado empiricamente quanto um processo que ousou-se nomear de “sublimação” da política criminal em face da dogmática.

Diante disso, entendendo que a interferência e a hipertrofia da política criminal em face da dogmática é um processo danoso na medida em que gera, por vezes, a desconsideração da própria lei, fundamentada em discursos políticos criminais que visam a busca e reafirmação da legitimidade do estado e das instituições, através de mecanismos que originariamente não foram desenvolvidos para isso, optou-se pela abordagem da onto-antropologia de Faria Costa e relação a de cuidado-de perigo como lente matricial de análise para esta pesquisa.

Tratou-se de discorrer sobre os conceitos de política criminal e a opção por um conceito específico para entendimento das características do que se entende por política criminal no viés desta pesquisa – no caso, abordando o conceito de política criminal “atuarial” que prioriza *Standards* e tem objetivo muito mais funcional chegando, por vezes, a estimular a desconsideração da lei e de uma eventual hierarquia de normas.

Como se viu, a interferência da política criminal em face da dogmática gera prejuízos aos direitos fundamentais que onto-antropologicamente, nos termos da visão de Faria Costa, estabelecem funções e finalidades para a lei que destoam das funções e finalidades historicamente embutidas como objetivos de sua criação.

O ambiente de discussão e análise que foi selecionado para a pesquisa difere da presença da política criminal que serve de base à alteração legislativa. Efetivamente selecionou-se o ambiente do momento da decisão judicial para falar de efeitos de um processo de intervenção da política criminal que em partes é resultado da aplicação de métodos de decisão como o Realismo Jurídico e causam efeitos nocivos à democracia e a natural separação de poderes, tais como o Ativismo Judicial.

Utilizamos o exemplo prático advindo da ADC 43/DF, quanto da questão da prisão a partir da decisão da segunda instância, para tratar especificamente do

princípio da presunção de inocência – oportunidade em que se pode constatar efetivamente um processo de utilização de dados advindos da política criminal que em alguns momentos parecem ser utilizados como justificativa plausível para o escamotear do princípio da presunção de inocência e justificar sua própria mitigação. Nesse interim, observa-se quanto à lógica funcional imprimida especialmente em votos como do Ministro Luís Roberto Barroso atende a um funcionalismo que desconsidera hierarquia de leis, discute axiomas e semântica com objetivo visível da engenharia de um contorcionismo direcionado a formatar o texto constitucional a aquilo que se quer que ele seja.

Das considerações realizadas pode-se constatar que, a partir de uma visão onto-antropológica, política criminal e dogmática penal estão em pontos diferentes, na medida em que, possuem função e finalidades diferentes.

Sendo assim, problemas advindos de um processo de importação de sistemas penais distintos, tais como o que vivemos ao momento no Brasil, podem ser limitados no ato da decisão judicial se observados os critérios e os imperativos lógicos advindos da relação de cuidado-de-perigo, vez que surgem como requisitos básicos de validação e legitimidade o cuidado para com o outro, insurgente da necessidade ética axiológica de deferimento a norma e uma relação interacional entre direito penal, direito processual penal e direito constitucional.

Esta relação onto-antropologicamente está baseada em um imperativo categórico de historicidade, como explicado, a partir de uma lógica heideggeriana, em que a pessoa, o ser, não pode ser utilizado como “meio” para finalidades do estado e do todo social. Segundo Faria Costa, a relação de cuidado-de-perigo precede o ser humano como fim de tudo, e é razão maior de uma vivência comunitária.

Esse olhar nos leva a conclusão que a dignidade humana de um sistema jurídico penal e a finalidade de cuidado do ser não são compatíveis com uma versão de direito penal e processual penal que desconsidera princípios e garantias. E mais, o ambiente adstrito à decisão judicial deve obedecer à relação interacional - porque não dizer sistêmica – existente em uma ordem limitada pela norma e ao que ela prescreve.

Viu-se que fenômenos como o ativismo judicial são produtos advindos também de um processo de hipertrofia da dogmática em relação, na seara penal especialmente, a funções e finalidades da política criminal que podem normalmente

serem discutidas no ambiente da decisão judicial, mas em momento nenhum podem ser justificativa plausível para encaixar possibilidades as quais não são cabíveis nos princípios e nas funções e finalidades que os mesmo objetivam.

Desta forma, a onto-antropologia de Faria Costa, quando observadas suas características e obedecidas funções e finalidades, política criminal e dogmática penal se situam em pontos diversos – não significando efetivamente domínio ou maior importância de uma relação à outra, mas colocando cada uma em seu lugar, sendo que o ambiente da dogmática penal é o mesmo da decisão judicial, e neste último, comandos e dados advindos da política criminal participam de forma secundária, sendo que, em hipótese nenhuma podem ser utilizados para rediscutir a partir de postulados políticos criminais aquilo que no momento da decisão é fio condutor relacional da norma.

Por fim, conclui-se que a onto-antropologia e a relação de cuidado-de-perigo podem servir de limitador a política criminal em relação a atual interferência que esta última tem causado hodiernamente na dogmática penal, no âmbito da decisão judicial. Isso significa dizer que, a partir de uma relação de cuidado propugnada na visão de Faria Costa, a norma é caráter axiológico validador e legitimador da pena e de como se chega a pena (processo) e, tendo estas últimas como fim a paz social e a valorização da dignidade humana.

O ambiente de discussão que foi trabalhado nesta pesquisa está um andar acima do debate relacionado à expansão punitivista positivada. Esta pesquisa trata a respeito de concepções de limites a uma expansividade e um adensamento do punir que extrapola a competência dos poderes e que habita o momento da decisão judicial, e que, efetivamente, vê o homem como meio de resgate da confiança nas instituições do estado, bem como, vê neste mesmo homem o meio para a confirmação de uma prevenção geral que ofende garantias e princípios constitucionais em nome de uma securitização que coisifica o ser e descaracteriza os postulados da dignidade humana.

REFERÊNCIAS

- AGOSTINHO, Santo. **Confissões**. Trad. e notas: A. E. Santo, J. Beato, M. C. C. Pimentel. Introd. de M. B. C. Freitas. Lisboa: IN-CM, 2000. (Estudos Gerais. Série universitária).
- ALEXY, Robert. **Tres escritos sobre los derechos fundamentales y la teoría de los principios**. Trad. Carlos Bernal Pulido. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2003. cap.3, p. 93-137.
- BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. **Ônus da prova no processo penal**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.
- BADARÓ, Gustavo Henrique. **Processo penal**. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.
- BAUMAN, Zygmunt. **Modernidade líquida**. Tradução: Plínio Dentzien. Rio de Janeiro: Zahar, 2003.
- BAUMAN, Zygmunt. **O mal-estar da pós-modernidade**. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 1998.
- BECCARIA, Cesare. **Dos delitos e das penas**. São Paulo: Martin Claret, 2006.
- BOBBIO, Norberto. **O positivismo jurídico**: lições de filosofia do direito. São Paulo: Ícone. 1995.
- BOSCHI, J. A. P. **Ação penal**: as fases administrativas e judicial da persecução penal. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2018.
- BRASIL. (Constituição [1988]). **Constituição Federal de 1988**. Promulgada em 5 de outubro de 1988. Brasília, DF: Senado Federal: Centro Gráfico, 1988.
- BRASIL. Câmara dos Deputados. **A construção do artigo 5º da Constituição de 1998**. Brasília, DF: Câmara dos Deputados, Edições Câmara, 2013a. p. 271. (Série obras comemorativas. Homenagem n. 9). Disponível em: <http://bd.câmara.gov.br/bd/handle/bdcamara/15176>. Acesso em: 10 jan. 2020.
- BRASIL. **Código de Processo Penal**. Decreto lei nº 3.689, de 03 de outubro de 1941. Senado Federal: Centro Gráfico 2018.
- BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação declaratória de constitucionalidade 43 Distrito Federal**. Requerente :Partido Ecológico Nacional – PEN. Intimados :Presidente da República et al. Am. Curiae.: Defensor Público-Geral do Estado do Rio de Janeiro. Relator: Min. Marco Aurélio. Brasília, DF, 17 de outubro de 2019. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/ADCvotoRelator.pdf>. Acesso em: 10 jan. 2020.
- BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Medida cautelar na ação direta de inconstitucionalidade 5.874 Distrito Federal**. Requerente: Procuradora-Geral da

República. Intimado: Presidente da República. Am. Curiae.: Defensoria Pública da União et al. Relator: Min. Roberto Barroso. Brasília, 12 de março de 2018. Disponível em: <https://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/LiminarMinistroBarrosoADI5874.pdf>. Acesso em: 9 mar. 2020.

CALLEGARI, André Luís. O direito penal do risco como resposta às políticas de segurança e controle social. *In*: STRECK, Lenio Luiz; ROCHA, Leonel Severo; ENGELMANN, Wilson (org.). **Constituição, sistemas sociais e hermenêutica**: anuário do Programa de Pós-Graduação em Direito da Unisinos – Mestrado e Doutorado, n. 13. Porto Alegre Livraria do Advogado, 2017.

CAMILO, G. V. D. G.; TENÓRIO, V. W. A.; FALCÃO, H. M. M. **Ensaio sobre direito internacional e relações internacionais**: reflexões a partir de estudos transnacionais. [S. l.]: Deviant, 2017.

CARVALHO, Américo Taipa de. **Sucessão de leis penais**. 2. ed. rev. Coimbra: Coimbra Editora, 1997.

CHILLON, José Manuel. Ser el mundo sin ser del mundo. Serenidad e direcciones del cuidado em Heidegger. **Revista Pensamiento**: revista de información e investigación filosófica, [S. l.], v. 74, n. 281, 2018. Disponível em: <https://doi.org/10.14422/pen.v74.i281.y2018.007>. Acesso em: 10 fev. 2020.

CORDINI, Nicolás Santiago. The internationalization of criminal law transnational criminal law basis for a regional legal theory of criminal law. **Revista Brasileira de Políticas Públicas**, Brasília, DF, v. 8, n. 1. p. 260-275, abr. 2018.

D'AVILA, Fabio Roberto. Direito penal, literatura e representações. **Boletim do Instituto Brasileiro de Ciências Criminais – IBCCrim**, São Paulo, p. 2-3, 2009.

D'AVILA. Fábio Roberto (org.). **Direito penal e política criminal no terceiro milênio**: perspectivas e tendências. Porto Alegre: EDIPUCRS, 2011

D'ÁVILA. Fábio Roberto. Liberdade e segurança em direito penal – o problema da expansão da intervenção penal. **Revista de Direito Penal da Universidade do Estado do Rio de Janeiro (UERJ)**, Rio de Janeiro, v. 5, n. 1, 2017.

DIAS, Jorge de Figueiredo. A reforma do direito penal português – princípios e orientações fundamentais. **Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra**, Coimbra, v. 48, n. 24, p. 107-144, 1972.

DIAS, Jorge de Figueiredo. **Direito penal**: questões fundamentais: a doutrina geral do crime. Coimbra: Coimbra Editora, 2009.

DIAS, Jorge de Figueiredo. **Direito processual penal**. Coimbra: Editora Coimbra, 2004.

DIETER, Maurício Stegmann. **Política criminal atuarial – a criminologia do fim da história**. 2011. Tese (Doutorado em Direito do Estado) -- Universidade Federal do Paraná. Curitiba, 2011.

DREYFUS, Hubert. **Being-in-the-world**. A commentary on Heidegger's Being and Time. Cambridge: Mit Press, 1993.

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

ELBERT, Carlos Alberto. **Franz von Liszt: teoría y práctica en la política-criminal 1899-1919**. 1. ed. Ciudad Autónoma de Buenos Aires: Prosa y Poesía American, 2017.

FARIA COSTA, José Francisco de. **Linhas de direito penal e de filosofia: alguns cruzamentos reflexivos**. Coimbra: Editora Coimbra, 2005.

FARIA COSTA, José Francisco de. O direito penal, a linguagem e o mundo globalizado. Babel ou Esperanto universal? *In*: D'AVILA. Fábio Roberto (org.). **Direito penal e política criminal no terceiro milênio: perspectivas e tendências**. Porto Alegre: EDIPUCRS, 2011.

FARIA COSTA, José Francisco de. **O perigo em direito penal: contributo para a sua fundamentação e compreensão dogmáticas**. Coimbra: Editora Coimbra, 1992.

FARIA COSTA, José Francisco de. **O perigo em direito penal: contributo para a sua fundamentação e compreensão dogmáticas**. Coimbra: Editora Coimbra, 2000.

FERNANDES, Fernando. **O processo penal como instrumento de política criminal**. Coimbra: Livraria Almedina, 2001. (Coleção Teses).

FERRAJOLI, Luigi. **Democracia y garantismo**. Madrid: Trotta, 2008a.

FERRAJOLI, Luigi. **Direito e razão: teoria do garantismo penal**. São Paulo: Saraiva, 2014.

GLOECKNER, Ricardo. **Autoritarismo e processo penal: uma genealogia das ideias autoritárias no processo penal brasileiro**. Florianópolis: Tirant Lo Blanch, 2018. v. 1.

GOLDENSOHN, Leon. **As entrevistas de Nuremberg: conversas de um psiquiatra com os réus e as testemunhas**. Tradução de Ivo Korytowski. São Paulo: Companhia das Letras, 2005.

GRECO, Luís. **Lo vivo y lo muerto en la teoría de la pena de Feuerbach: una contribución al debate actual sobre los fundamentos del derecho penal**. 1. ed. Trad. Paola Dropulich e José R. Béguelin. Madri: Marcial Pons, 2015.

HEIDEGGER, Martin. **Ser y tempo**. Santiago de Chile: Editorial Universitaria. 1997.

HEIDEGGER, Martin. **Serenidad (Gelassenheit)**. Barcelona: Serbal, 1994.

HUNGRIA, Nelson. **Comentários ao código penal**. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1980. v. 6.

IHERING, Rudolf von. **A luta pelo direito**. Tradução de José Cretella Jr. e Agnes Cretella. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998.

JAKOBS, Gunther. El principio de culpabilidad el principio de culpabilidad. **ADPCP**, [S. l.], t. 45, fasc. 3, p. 1051-1083, 1992. Disponível em: <http://www.cienciaspenales.net>. Acesso em: 9 mar. 2020.

JAKOBS, Gunther; MÉLIA, Manuel Cancio. **Direito penal do inimigo: noções e críticas**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

KRELL, Andreas J. **Direitos sociais e controle judicial no Brasil e na Alemanha: os (des)caminhos de um direito constitucional “comparado”**. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 2002.

LISZT, Franz von. **Tratado de derecho penal**. Madrid: Biblioteca Jurídica de Autores Españoles y Extranjeros, 1999. t. 1.

LONDERO, Clarissa; CRESTANI, Jaqueline. **"A liberdade não se implora de joelhos"**. Porto Alegre, jun. 2008. Disponível em: <http://www.ufrgs.br/ensino/dareportagem/cidades/honoriolemes.html>. Acesso em: 9 mar. 2020.

LUHMANN, Niklas. **O direito da sociedade**. São Paulo: Martins Fontes, 2016.

MELO, Liana Holanda de. Hermenêutica jurídica: a escola da exegese e o mito da neutralidade. **Âmbito Jurídico**, Rio Grande, ano 14, n. 85, fev. 2011. Disponível em: http://www.ambitojuridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=9031&revista_caderno=15. Acesso em: 9 jan. 2020.

MORAES, José Luis Bolzan de. O fim da geografia institucional do Estado. A crise do Estado de direito! *In*: STRECK, Lenio Luiz; ROCHA, Leonel Severo; ENGELMANN, Wilson (org.). **Constituição, sistemas sociais e hermenêutica: anuário do Programa de Pós-Graduação em Direito da UNISINOS (Mestrado e Doutorado) n. 13**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2017.

MORAIS, José Luis Bolzan de; BRUM, Guilherme Valle. **Políticas públicas e jurisdição constitucional: entre direitos, deveres e desejos**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2016.

NEVES, António Castanheira. «Entre o “legislador”, a “sociedade” e o “juiz” ou entre “sistema”, “função” e “problema” – os modelos actualmente alternativos da realização jurisdicional do direito». **Boletim da Faculdade de Direito**, Coimbra, n. 74, 1998.

OLIVEIRA, Rafael Tomaz de. Financiamento de campanha e o STF como “motor da história”. **Consultor Jurídico**, São Paulo, 04 jan. 2014. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2014-jan-04/diario-classe-financiamento-campanha-stf-motor-historia>. Acesso em: 9 mar. 2020.

PIOVESAN, Flávia. **Direitos humanos e justiça internacional**. São Paulo: Saraiva 2008.

POLÍTICAS públicas e boas práticas para o sistema penal. **Revista Brasileira de Políticas Públicas**, Brasília, DF, v. 8, n. 1, 2018.

PRITTWITZ, Cornelius. La desigual competencia entre seguridad y libertad. *In*: CALLEGARI, André Luís (org.). **Política criminal estado e democracia**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

PRITTWITZ, Cornelius. **Strafrecht und risiko**: Untersuchungen zur Krise Von Strafrecht und Kriminalpolitik in der Risikogesellschaft. Frankfurt am Main (Alemanha): Vittorio Klostermann, 1993.

RIBEIRO, Darci Guimarães. **Da tutela jurisdicional às formas de tutela**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.

RICOEUR, Paul. **O si mesmo como um outro**. Campinas: Papyrus, 1994.

RIPOLLES, José Luis Diez. **A racionalidade das leis penais**: teoria e prática. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017.

RODRIGUES, Roger de Melo. **A vítima e o processo penal Brasileiro**. 2012. Dissertação (Mestrado em Direito) -- Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo (FADUSP), São Paulo, 2012.

ROXIN, Claus. **Política criminal e sistema jurídico penal**. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

SARAIVA, Isaac Ronalti Sarah da Costa. Plea bargaining: a influência do direito premial americano no direito penal brasileiro. *In*: ÁVILA, Gustavo Noronha de; BRAGA, Romulo Rhemo Palitot (coord.). Direito penal, processo penal e criminologia. **Revista Legal Framework For Information Society (LEFIS)**, Zaragoza, p. 164-182, 2019.

SCHERER, Sebastian. Three trends into the new millenium: the Managerial, the populist and the road towards global justice. *In*: GREEN, Peter; RUTHERFORD, Andrew (ed.). **Criminal policy in transition**. Oxford, Portland: Hart Publishing, 2000. p. 243-248.

SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. **A expansão do direito penal**: aspectos da política criminal nas sociedades pós-industriais. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

STRECK, Lenio Luiz. **30 anos da CF em julgamentos – uma radiografia do STF**. Rio de Janeiro: Forense, 2018.

STRECK, Lenio Luiz. ADPF 347: a questão prisional, Estado de coisas inconstitucional e HC coletivo 143.641. *In*: STRECK, Lenio Luiz. **30 anos da CF em julgamentos**: uma radiografia do STF. Rio de Janeiro: Forense, 2018. p. 272.

STRECK, Lenio Luiz. **Dicionário de hermenêutica**: quarenta temas fundamentais da teoria do direito à luz da crítica hermenêutica do direito. Belo Horizonte: Letramento: Casa do Direito, 2017.

STRECK, Lenio Luiz. **Hermenêutica jurídica e(m) crise**: uma exploração hermenêutica da construção do direito. 7. ed. rev. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

STRECK, Lenio Luiz. **Lições de crítica hermenêutica do direito**. 2. ed. rev. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2016.

STRECK, Lenio Luiz. **Verdade e consenso**. 6. ed. rev. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2017.

STRECK, Lenio Luiz. **O que é isto – decido conforme minha consciência?** 6. ed. rev. e atual. de acordo com as alterações hermenêutico-processuais dos Códigos. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2017.

SUXBERGER, Antonio Henrique Graciano; GOMES FILHO, Dermeval Farias. Funcionalização e expansão do direito penal: o direito penal negocial. **Revista de Direito Internacional**, Brasília, DF, v. 13, n. 1, 2016.

TASSINARI, Clarissa. **Jurisdição e ativismo judicial**: limites da atuação do judiciário. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013.

VESTING, Thomas. **Teoria do direito**: uma introdução. São Paulo: Saraiva, 2015.

WEDY, Miguel Tedesco. **A eficiência e sua repercussão no direito penal e no processo penal**. 1. ed. Porto Alegre: Elegância Juris, 2016.

WERMUTH, Maiquel Angelo Dezordi. Política criminal atuarial: contornos biopolíticos da exclusão penal. **Rev. Direito e Práx.**, Rio de Janeiro, v. 8, n. 3, p. 2043-2073, 2017. Disponível em: <http://www.scielo.br/pdf/rdp/v8n3/2179-8966-rdp-8-3-2043.pdf>. Acesso em: 10 jan. 2020.

ZAFFARONI, Eugênio Raúl. **O inimigo no direito penal**. 2. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2007.

ZAFFARONI, Eugênio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. **Manual de direito penal brasileiro**: parte geral. 11. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.