

UNIVERSIDADE FEDERAL DE SANTA MARIA
CENTRO DE CIÊNCIAS SOCIAIS E HUMANAS
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO

Roger de Moraes de Castro

**HERMENÊUTICA E DECISÃO JUDICIAL: OS RUMOS DO
PROCESSO PENAL DIANTE DOS DISCURSOS MANIQUEÍSTAS
POTENCIALIZADOS NA SOCIEDADE EM REDE**

Santa Maria, RS
2018

Roger de Moraes de Castro

**HERMENÊUTICA E DECISÃO JUDICIAL: OS RUMOS DO PROCESSO PENAL
DIANTE DOS DISCURSOS MANIQUEÍSTAS POTENCIALIZADOS NA
SOCIEDADE EM REDE**

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direito, da Universidade Federal de Santa Maria (UFSM), como requisito parcial para obtenção do título de **Mestre em Direito**.

Santa Maria, RS
2018

CASTRO, ROGER
HERMENÊUTICA E DECISÃO JUDICIAL: OS RUMOS DO PROCESSO
PENAL DIANTE DOS DISCURSOS MANIQUEÍSTAS POTENCIALIZADOS
NA SOCIEDADE EM REDE / ROGER CASTRO.- 2018.
127 p.; 30 cm

Orientador: Cristiano Becker Isaria
Coorientador: Jader Marques
Dissertação (mestrado) - Universidade Federal de Santa
Maria, Centro de Ciências Sociais e Humanas, Programa de
Pós-Graduação em Direito, RS, 2018

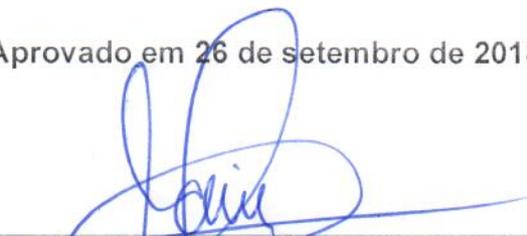
1. Decisão Judicial 2. Hermenêutica 3. Processo Penal
4. Sociedade em Rede I. Becker Isaria, Cristiano II.
Marques, Jader III. Título.

Roger de Moraes de Castro

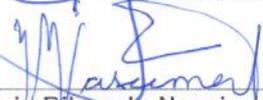
HERMENÊUTICA E DECISÃO JUDICIAL: OS RUMOS DO PROCESSO
PENAL DIANTE DOS DISCURSOS MANIQUEÍSTAS POTENCIALIZADOS
NA SOCIEDADE EM REDE

Dissertação apresentada ao
Programa de Pós-Graduação em
Direito, da Universidade Federal
de Santa Maria (UFSM), como
requisito parcial para obtenção do
título de **Mestre em Direito**.

Aprovado em 26 de setembro de 2018:



Cristiano Becker Isaia, Dr. (UFSM)
Presidente/Orientador



Valeria Ribas do Nascimento, Dra. (UFSM)



Jaci Rene Costa Garcia, Dr. (UFN)

Santa Maria, RS
2018

DEDICATÓRIA

Aos meus pais, Josiane e João Batista, pelo incansável e incondicional apoio.

AGRADECIMENTOS

Meus sinceros agradecimentos ao meu orientador, Prof. Dr. Cristiano Becker Isaia, a quem tenho a honra de acompanhar e contemplar profundamente seu trabalho desde minha graduação em direito. Agradeço imensamente pela sempre atenciosa disponibilidade para leitura, conversas, correções e sugestões apontadas.

Ao Prof. Dr. Jader Marques, advogado e amigo em quem me espelho diariamente, por ter disponibilizado seu tempo para, pelas trocas de ideias, leituras e sugestões.

Aos demais professores do Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal de Santa Maria, colegas de mestrado, com quem tanto aprendi ao longo desta jornada.

À minha família por todo suporte que me foi dado, pelos exemplos que muitas vezes ensinam mais que qualquer palavra e sem os quais eu nada seria.

À minha noiva, Tatiana Schvarcz, pela compreensão da minha ausência, pelo incentivo e apoio nos momentos difíceis da pesquisa.

Aos meus amigos, em especial, Leonardo Santiago e Guilherme Pittaluga, pela incansável ajuda e incentivo no desenvolvimento desse trabalho. Ao Adler Baum, pelas tantas dicas e sugestões que ajudaram a clarear minhas ideias quando dei início ao trabalho, ao Sito pela troca de opiniões, explicações e sugestões.

Aos meus amigos e colegas de escritório, João Pedro, José Alipio e Fernanda, pela compreensão e incentivo durante minhas ausências.

Ao Luiz e ao Rube, zelosos secretários, sempre prestativos.

RESUMO

HERMENÊUTICA E DECISÃO JUDICIAL: OS RUMOS DO PROCESSO PENAL DIANTE DOS DISCURSOS MANIQUEÍSTAS POTENCIALIZADOS NA SOCIEDADE EM REDE

AUTOR: Roger de Moraes de Castro
ORIENTADOR: Cristiano Becker Isaia

O presente trabalho visa investigar em que medida os discursos maniqueístas potencializados pela sociedade em rede influenciam o processo de tomada de decisão no ambiente do direito processual penal, considerando a própria autonomia deste. Essa tarefa se iniciou com uma análise das facetas do processo penal, buscando ratificar a adoção do modelo processual acusatório pela Constituição. A partir daí, a compreensão do direito processual penal se deu com base na Hermenêutica Filosófica proposta por Gadamer e trabalhada por Streck, abordando-se, também, a temática da sociedade em rede a partir dos estudos de Castells. Isso se justifica na medida em que a sociedade atual passou por significativas mudanças, sobretudo com o aporte da internet e dos novos meios de Tecnologia de Informação e Comunicação, os quais alteraram substancialmente os padrões de sociabilidade, comunicação e informação. Nesse cenário, registram-se algumas das modificações e manifestações sociais ocorridas com a proliferação da internet e da mídia, tendo os “julgamentos” como foco principal da amarração teórica: os debates existentes a respeito das questões penais e processuais penais e a forma com que o Poder Judiciário vem sendo visto pela sociedade. Finalizado o primeiro capítulo, passa-se a compreender a autonomia do direito e a decisão judicial penal constitucionalmente correta a partir da blindagem feita pela hermenêutica jurídica e da teoria integrativa de Dworkin, no sentido da aplicação do direito como integridade e coerência. Frente a isso, buscar-se-á perquirir o significado democrático de uma decisão judicial proferida em um processo com pretensões democráticas, compreendendo a responsabilidade dos juízes no momento das decisões processuais penais, sendo feita uma reflexão acerca da impossibilidade e inconstitucionalidade de decisões judiciais fundamentadas a partir de elementos externos ao direito, especialmente no campo da moral, cujos elementos acabam por predar o direito. Por fim, demonstrase a influência dos discursos maniqueístas nas decisões judiciais, através de alguns julgados.

Palavras-chave: Decisão Judicial. Maniqueísmo. Processo Penal. Sociedade em rede. Hermenêutica.

ABSTRACT

HERMENÊUTICA E DECISÃO JUDICIAL: OS RUMOS DO PROCESSO PENAL DIANTE DOS DISCURSOS MANIQUEÍSTAS POTENCIALIZADOS NA SOCIEDADE EM REDE

AUTHOR: Roger de Moraes de Castro
ADVISER: Cristiano Becker Isaia

The present work aims at treating to what extent the Manichean discourses promoted by the network society influence the decision making process in the environment of criminal procedural law considering autonomy itself. This task began with an analysis of the facets of the criminal process, seeking to ratify the adoption of the accusatory procedural model by the Constitution. From there, the understanding of criminal procedural law from the Philosophical Hermeneutics proposed by Gadamer and worked by Streck. Continuing, the thematic of the society in network, from Castells is approached. This is justified by the fact that current society has undergone significant changes, mainly due to the contribution of the Internet and the new means of Information and Communication Technology, which have substantially changed the standards of sociability, communication and information. In this scenario, some of the changes and social manifestations occurring with the proliferation of the internet and the media are recorded, with the main focus of the theoretical ties of the present research being the "judgments", the debates on criminal and procedural criminal matters and the form with which the Judiciary has been seen by society. After the first chapter, we will understand the autonomy of the law and the judicial decision constitutionally correct from the armouring made by legal hermeneutics and the integrative theory of Dworkin, in the sense of the application of law as integrity and coherence. In the face of this, one will seek to ascertain the democratic meaning of a judicial decision handed down in a process with democratic pretensions. Understanding the responsibility of judges at the time of criminal procedural decisions, reflecting on the impossibility and unconstitutionality of judicial decisions based on elements external to the law, especially in the field of morality, which end up preying on the law. Finally, it is demonstrated the influence of the Manichean discourses in the judicial decisions, through some judged ones.

Keywords: Judicial Decision. Manichaeism. Criminal proceedings. Networked society. Hermeneutics.

LISTA DE FIGURAS

Figura 1 – “Facebook tornando as pessoas juízes de direito”	50
Figuras 2 e 3 – Capas da Revista Veja	52
Figuras 4 e 5 – Notícias envolvendo fantasias carnavalescas e boneco de Olinda em referência ao juiz Sérgio Moro	53
Figuras 6 e 7 – Capas de Revistas estampadas pelo Ministro Joaquim Barbosa	54
Figura 8 – Divulgação no Facebook sobre a prisão de suspeitos	97

SUMÁRIO

1	INTRODUÇÃO	10
2	A TRADIÇÃO DO PROCESSO PENAL NO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO	15
2.1	MODELO PROCESSUAL PENAL PARA QUE(M): A CONSTRUÇÃO DE UMA PRETENSÃO ACUSATÓRIA E SUAS ASPIRAÇÕES DEMOCRÁTICAS	16
2.2	HÁ LUGAR PARA A HERMENÊUTICA NO DIREITO PROCESSUAL PENAL?.....	29
2.3	O ALCANCE PROCESSUAL DOS DISCURSOS PROLIFERADOS NA SOCIEDADE EM REDE: A METÁFORA DO JUIZ INTERNAUTA E O PONTO ZERO INTERPRETATIVO.....	42
3	A SOCIEDADE EM REDE E A INTEGRIDADE DO DIREITO: UMA LEITURA HERMENÊUTICA DA DECISÃO JUDICIAL EM PROCESSO PENAL	60
3.1	A AUTONOMIA DO DIREITO EM RONALD DWORKIN: POR UMA TEORIA DA DECISÃO JURÍDICA	61
3.2	A DECISÃO PENAL NA VELOCIDADE DE UM CLIQUE: HÁ LUGAR PARA A MORAL NO DIREITO?.....	81
3.3	OS DISCURSOS MANIQUEÍSTAS POTENCIALIZADOS PELAS REDES SOCIAIS E SUA INFLUÊNCIA NAS DECISÕES JUDICIAS EM PROCESSOS PENAI: CENSURANDO A AUTONOMIA DO DIREITO	91
4	CONSIDERAÇÕES FINAIS	110
	REFERÊNCIAS	119

1 INTRODUÇÃO

Em uma ordem democrática, é sabido que as decisões judiciais precisam encontrar anteparo no ordenamento jurídico, isto é: demandam fundamentação legal. Não raras vezes, as decisões judiciais são divididas em dois momentos: a interpretação da lei e a aplicação ao caso concreto. Refletir sobre o processo decisório é refletir sobre a condição humana, sobre o modelo de sociabilidade, sobre as relações existentes na vida em sociedade. Pois os juízes são seres humanos, sujeitos a toda complexidade que permeia as relações interpessoais, influenciando e sendo influenciados por elas.

O final da década de 90 é um período marcado por uma revolução tecnológica tão substancial – com o desenvolvimento das Tecnologias da Informação e Comunicação (TIC), da qual a internet é o maior expoente –, que as formas de sociabilidade humana se alteraram completamente. A facilidade de circulação dos fluxos informacionais altera relações afetivas, políticas, econômicas e, é claro, jurídicas. Diversos autores, em especial da sociologia, identificaram essa mudança de paradigma. Para todos os efeitos, nesta dissertação, será adotado o conceito de Sociedade em Rede.

Desde a compreensão de que as TIC alteram substancialmente as relações sociais e que os magistrados são seres humanos sujeitos a essas relações, o presente trabalho se propõe a refletir a respeito das sequelas que essa nova forma de sociabilidade derivada das tecnologias impacta as decisões judiciais penais. Nesse novo cenário, um hábito que se estabelece entre os usuários das TIC é o uso das redes sociais, inclusive por parte de magistrados.

Nas redes sociais, uma prática que se tornou comum é a proliferação de notícias acompanhadas de juízos prévios que muitas vezes evidenciam uma relação maniqueísta a respeito dos fatos noticiados. O sujeito que outrora restava enquanto mero interlocutor passivo de meios de comunicação como rádio e televisão passa a ser sujeito ativo no processo midiático de espraiamento e formação de opinião.

Portanto, nesse espaço, os usuários (sejam eles jornalistas, figuras famosas ou meros desconhecidos) tornam-se formadores de opinião, pela facilidade de manifestarem seus posicionamentos a respeito dos mais variados assuntos, dentre eles, pautas atreladas à criminalidade e a facetas envolvendo o direito processual

penal no Brasil. Contudo, as discussões a esse respeito ultimam em discursos punitivistas e extremados que automaticamente são potencializados pelas redes e acabam por criar um infausto maniqueísmo populacional.

Se a aplicação da lei demanda sua interpretação e essa interpretação está relacionada (também) às experiências do juízo, é preciso verificar se e de que forma esse fenômeno influencia nas decisões. Ademais, é consabido que sempre houve debates a respeito da decisão judicial e da porosidade da norma, a qual compreende a necessidade de uma interpretação pelo magistrado. Logo, discute-se uma teoria da decisão que seja capaz de limitar o magistrado a decidir de forma íntegra e coerente, sem subjetivismos e/ou compreensões prévias, para que seja possível alcançar uma resposta constitucionalmente correta.

Desde a importância que essas situações representam para o direito e a necessidade de uma reflexão aprofundada por sobre elas, esta dissertação tem como objetivo central responder ao seguinte problema de pesquisa: Em que medida os discursos maniqueístas potencializados pela sociedade em rede influenciam o processo de tomada de decisão no ambiente do direito processual penal, considerando a própria autonomia do direito? Como a hermenêutica constitucional interfere neste processo?

O caminho para responder a essas questões perpassa a consecução de um objetivo central que norteia o presente trabalho: lançar um olhar crítico-reflexivo sobre a forma como os discursos punitivistas, potencializados pela sociedade em rede, instituem um maniqueísmo que acaba por influenciar o processo de tomada de decisão no ambiente do direito processual penal, considerando a própria autonomia do direito.

Para cumprir esses objetivos, a pesquisa contará com o “método” de abordagem fenomenológico hermenêutico, a partir dos aportes filosóficos de Heidegger e Gadamer, visando superar qualquer forma de tecnicismo científico que caracteriza a consciência assujeitadora da metafísica. Tal método serve como um desvelamento do ser-no-mundo, um revolvimento do chão linguístico que sustenta a tradição, possibilitando uma desconstrução e construção da história institucional do direito.

O trabalho se divide em dois capítulos centrais, sendo cada um deles divididos em três subcapítulos. O método de procedimento utilizado é o monográfico,

uma vez que se estudará a forma como se constitui o processo penal ao longo dos séculos, a importância da hermenêutica, a alteração de paradigma ocorrida na virada do milênio, entre outras questões que conduzem para os debates centrais envolvendo teoria da decisão, direito e moral, e a influência dos discursos maniqueístas nas decisões judiciais em processo penal.

As técnicas de pesquisa são a bibliográfica e a documental, pois ao mesmo tempo em que o trabalho se debruçará sobre reflexões de ordem teórica, far-se-á também a análise documental de decisões judiciais de primeiro grau e de postagens e comentários de redes sociais que auxiliem na melhor explanação e reflexão crítica sobre o tema.

No primeiro capítulo, é imprescindível revisitar os modelos processuais que estão traçados na história do processo penal, considerar cada postulado, compreender o porquê da necessária preservação de um modelo democrático. Essa percepção passa necessariamente por perquirir os principais princípios e características inerentes ao modelo acusatório, a formação do *actum trium personarum*, constituído pela independência, pela imparcialidade do julgador e pelo compromisso constitucional do processo judicial. Além disso, é importante cotejar algumas das peculiaridades do modelo inquisitório, demonstrando sua essência contrária à democracia brasileira.

Na tentativa de construir um caminho de respostas para o problema de pesquisa, com base na análise dos discursos maniqueístas potencializados pela sociedade em rede e na influência desses sobre o processo de tomada de decisão no ambiente processual, buscar-se-á encontrar o lugar da hermenêutica nas decisões judiciais proferidas no processo penal brasileiro. Mais do que isso, a proposta é apontar em que medida a hermenêutica constitucional interfere no processo decisório, apesar do advento dos discursos que contaminam as redes sociais virtuais.

Para tanto, é preciso que o modelo processual acusatório seja compreendido a partir da Hermenêutica Filosófica proposta por Hans-George Gadamer e trabalhada por Lenio Streck. Essa proposta faz com que seja necessário revisitar ligeiramente a filosofia hermenêutica de Heidegger e a filosofia da linguagem. Nesse aspecto, cabe advertir, sob pena de frustração, que no presente trabalho não haverá uma análise mais aprofundada dos autores acima citados e da filosofia da

linguagem. O que se apresentará é uma pequena abordagem da filosofia hermenêutica de Heidegger como condição de possibilidade de superar o esquema sujeito-objeto e afastar o intérprete solipsista/assujeitador (vinculado ao modelo processual inquisitório) do processo penal com base na hermenêutica filosófica de Gadamer.

Na sequência, aborda-se a temática da sociedade em rede, a partir do sociólogo espanhol Manuel Castells. Isso se justifica na medida em que a sociedade atual passou por significativas mudanças, sobretudo pelo aporte da internet e dos novos meios de Tecnologia de Informação e Comunicação (TIC), os quais alteraram substancialmente os padrões de sociabilidade, comunicação e informação. Dentro desse tema, apresentar-se-á a metáfora do juiz internauta, visando identificar quem é o juiz da sociedade atual e como ele é visto.

Ainda nesse cenário, encerra-se o primeiro capítulo registrando algumas das modificações e manifestações sociais ocorridas com a proliferação da internet e da mídia, tendo como foco principal da amarração teórica da presente pesquisa os “julgamentos”, os debates existentes a respeito das questões penais e processuais penais e a forma com que o Poder Judiciário vem sendo visto pela sociedade. Isso se justifica pelo fato de que a sociedade parece ter perdido a esperança nos demais poderes (Legislativo e Executivo), sobretudo pelas condenações no processo do mensalão e o fortalecimento da Operação Lava-Jato, o que deu azo ao surgimento do processo de heroísmo incutido no ato jurisdicional. Nesse aspecto, juízes viraram protagonistas e passaram a ser confundidos com heróis, nacionalmente conhecidos e recebendo tratamento de artista, distribuindo autógrafos e posando para fotos. Isso resulta, também, na identificação de quem é o juiz da sociedade atual.

O segundo capítulo tem como objetivo compreender a autonomia do direito e a decisão judicial penal constitucionalmente correta a partir da blindagem feita pela hermenêutica jurídica e da teoria integrativa de Ronald Dworkin, no sentido da aplicação do direito como integridade e coerência. Frente a isso, buscar-se-á perquirir o significado democrático de uma decisão judicial proferida em um processo com pretensões democráticas.

Para tanto, o ponto de partida será perceber os efeitos da autonomia conquistada pelo direito contemporâneo e a superação do positivismo jurídico. Dessa forma, é necessário abordar o debate entre Hart e Dworkin, os princípios

jurídicos como meio inibente da discricionariedade e do protagonismo judicial. Isso tudo será feito com a intenção de harmonizar a decisão processual penal para se chegar a uma resposta correta exigida em um Estado Democrático de Direito.

Nesse tear, passa-se a compreender a responsabilidade dos juízes no momento das decisões processuais penais com uma reflexão acerca da (im)possibilidade e (in)constitucionalidade de decisões judiciais fundamentadas a partir de elementos externos ao direito (especialmente no campo da moral), os quais acabam por predar o direito.

Por fim, o último título do segundo capítulo estabelece em que medida o magistrado, apesar de internauta, não pode construir o ato decisório a partir daquilo que é escrito nas redes virtuais. Para essa análise, visando resistir ao protagonismo da toga, a hermenêutica apresenta-se como um instrumento imprescindível, sendo proposta, a partir dela, uma teoria da decisão. É preciso referir que essa compreensão é desenvolvida em razão de decisões processuais penais estarem sendo visivelmente influenciadas pelos discursos potencializados pelas redes sociais.

Por fim, mas não menos importante, é preciso registrar que, como já verificado, este trabalho demonstra completa adequação e relevância para a Área de Concentração “Direitos Emergentes na Sociedade Global”, inserido na Linha de Pesquisa “Direitos na Sociedade em Rede”, do Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal de Santa Maria.

Diante dessas considerações, vale ressaltar que a presente dissertação não se trata de uma tarefa ambiciosa, que visa abordar a completude dos temas tratados, até mesmo porque isso seria tarefa impossível para um apenas trabalho.

2 A TRADIÇÃO DO PROCESSO PENAL NO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO

O caminho percorrido desde a existência de um fato criminoso até sua resolução impõe, necessariamente, a vivência de uma trajetória. Esse caminho traçado na lei, protegido pela Constituição e atrelado à tradição não está a serviço do Estado para estabelecer uma punição a qualquer custo. Muito pelo contrário: o processo nasce como um mecanismo de garantia de uma oposição à vingança da maioria e como instrumento de resistência das penas provenientes do diploma repressivo vigente. Nesse aspecto, compreender o processo implica perceber a importância dessa construção para o Estado Democrático de Direito – não como um instrumento legitimado de punição, mas como a voz e a vez de quem sofre o peso de uma persecução penal.

Dessa forma, as diretrizes e os princípios adotados por determinado modelo processual, inegavelmente estão atrelados à essência do Estado e da Constituição no qual se encontram inseridos. A forma pela qual o procedimento será dirigido, a postura do juiz, a defesa e, sobretudo, a construção do ato de decidir, não passam despercebidos pela estrutura estatal que o Estado adota.

É exatamente por isso que, antes de enfrentar o problema que existe no sistema processual atual, faz-se necessária uma análise do passado, com o intuito de desvelar inúmeras facetas do processo atual. A investigação da historicidade do processo penal é condição de possibilidade para a devida compreensão de garantias e direitos, especialmente de índole constitucional. No processo penal, muito mais do que nas demais áreas do conhecimento, há que se resgatar os sistemas (modelos) processuais, tais como o acusatório, o inquisitório e o misto, sempre com o escopo de interpretar as agruras atuais sob pena de ressuscitarmos ranços já superados com os quais se fundamentavam as decisões judiciais.

2.1 MODELO PROCESSUAL PENAL PARA QUE(M): A CONSTRUÇÃO DE UMA PRETENSÃO ACUSATÓRIA E SUAS ASPIRAÇÕES DEMOCRÁTICAS

O procedimento criminal eleito pelo sistema jurídico brasileiro possui, inegavelmente, uma essência que é perceptível através de princípios, garantias e procedimentos adotados. Isso implica em diversas diretrizes, formas e atos impostos pela lei a serem perpetrados durante o transcorrer da persecução penal.

Nesse sentido, é de fundamental importância compreender o modelo processual que se adota, a fim de que, a partir disso, seja possível identificar se há um constrangimento epistemológico dos juízes no momento do *decisum*, em consonância com as garantias processuais e com a essência democrática que se busca consolidar no Estado de Direito.

Destaca-se que, durante a história processual penal, os costumes e as estruturas adotadas pelos países alteraram-se entre os sistemas inquisitório e acusatório. Nesse sentido, preleciona Aury Lopes Jr. que “os sistemas processuais inquisitivo e acusatório são reflexo da resposta do processo penal frente às exigências do Direito Penal e do Estado da época¹.”

A partir do advento da Constituição Federal de 1988, a República Federativa do Brasil é um país democrático de direito conforme estabelece, *in verbis*, a primeira disposição normativa do texto constitucional. Isso se dá muito em razão do histórico recente pelo qual o país havia passado. A própria história tratou de ensinar a imprescindibilidade da democracia no momento em que a história brasileira foi pavimentada por angústias, lutas, torturas, exílios até a autoridade absoluta da lei e da vida democrática passar a reger e a iluminar a vida de todos os cidadãos brasileiros².

Desde então, constitucionalmente, optou-se por adotar o modelo processual penal acusatório³. Tal afirmação, apesar de não ser consagrada de forma expressa,

¹ LOPES, Aury Jr. **Direito Processual Penal e sua Conformidade Constitucional**. 3. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008. p. 55.

² CARDOZO, José Eduardo. **Defesa de Dilma**.. 2016. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/dl/defesa-cardozo-dilma.pdf>>. Acesso em: 7 mai. 17.

³ Alguns doutrinadores brasileiros, como Edilson Bonfim e Hélio Tornaghi, costumam mencionar que o modelo adotado no Brasil, no que se refere à atuação do juiz criminal, seria um sistema misto, com feições acusatórias e inquisitoriais. Segundo eles, a existência do inquérito policial na fase pré-processual já seria, por si só, uma referência a um sistema misto. BONFIM, Edilson Mougenot. **Curso**

pode ser sustentada pelo fato de ser possível extrair da Constituição Federal uma extensa e vasta gama de direitos e garantias fundamentais em favor da pessoa, como o devido processo legal (art. 5º, LIV), o contraditório, a ampla defesa (art. 5º LV), a presunção de inocência (art. 5º LVII) e o princípio do juiz natural (art. 5º LIII), além das características primordiais que são a separação das funções de acusar e julgar, o pertencimento da titularidade da ação penal pública ao Ministério Público (art. 129, I) e a garantia de independência e neutralidade dos juízes mediante a concessão de prerrogativas funcionais.

Em consonância com isso, Aury Lopes Jr. estabelece que

[...] inicialmente, não prevê nossa Constituição – expressamente – a garantia de um processo penal orientado pelo sistema acusatório. Contudo, nenhuma dúvida temos da sua consagração, que não decorre da “lei”, mas da interpretação sistemática da Constituição. Para tanto, basta considerar que o projeto democrático constitucional impõe uma valorização do homem e do valor da dignidade da pessoa humana, pressupostos básicos do sistema acusatório. Recorde-se que a transição de um sistema inquisitório para o acusatório é, antes de tudo, uma transição de um sistema político autoritário para o modelo democrático. Logo, democracia e sistema acusatório compartilham uma mesma base epistemológica⁴.

Nesse viés e para melhor compreensão, faz-se necessário resgatar os modelos processuais existentes, sintetizando a história individual de cada modelo processual utilizado durante a história, a começar pelo acusatório. Esse resgate visa compreender a magnitude do significado de ser um Estado Democrático de Direito, da superioridade da Constituição Federal frente ao Processo Penal e ao magistrado. Isso se faz porque a presente pesquisa tem como pano de fundo a influência de discursos maniqueístas maximizados pela sociedade em rede que acabam por deslocar a séria e complexa discussão sobre a teoria da decisão judicial, das garantias processuais e dos limites do Poder Judiciário, em nome da vitória da moral sobre o direito.

Inicialmente, é preciso ter em mente que modelo processual acusatório não é uma descoberta do processo penal contemporâneo, tendo em vista que ele

de processo penal. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 62-6. TORNAGHI, Helio Bastos. **Curso de Processo Penal.** 9. ed. São Paulo: Saraiva, 1995.

⁴ LOPES, Aury Jr. **Direito Processual Penal e sua Conformidade Constitucional.** 3. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008. p. 182.

predominou até o século XII, sendo precedente ao modelo inquisitivo⁵. A origem desse modelo remete à Grécia Antiga, onde a legislação que vigorava previa duas classes de delitos, impropriamente designados como público e privado. A distinção desses delitos residia no interesse público (paz e tranquilidade públicas e ordem) ou privado, permitindo-se, no último caso, sua desistência e transação durante o processo. Nos delitos públicos, era facultado ao ofendido – ou a qualquer cidadão do povo – convocar o Tribunal, ao qual não era incumbida qualquer pesquisa ou aquisição de elementos de convicção, uma vez que competia exclusivamente às partes envolvidas comprovarem suas alegações⁶. Segundo Pedro Alonso, o processo grego designado como público se assemelha muito ao atual processo penal, enquanto o privado se aproxima dos princípios existentes no processo civil⁷.

No modelo acusatório grego, havia igualdade entre o acusador e o acusado. De igual maneira, havia a presunção de inocência do acusado que costumava responder ao processo em liberdade⁸, tendo condições de se defender das acusações que lhe eram imputadas⁹. Apesar desse modelo procedimental ser passível de elogios por haver a separação das funções de acusar e julgar e a gestão probatória estar nas mãos das partes, as penas aplicadas eram extremamente cruéis, chegando até mesmo ao sacrifício de um indivíduo para suposto favorecimento do todo.

Já no direito romano, surgiram duas formas de processo penal. A primeira delas, a *Cognitio*, era praticada durante a Monarquia e toda função processual penal era encarregada aos órgãos do Estado, aos magistrados. Essa forma processual já apresentava os primeiros traços de uma estrutura inquisitória, já que os magistrados

⁵ Não se desconhece que há uma corrente minoritária que afirma que o modelo inquisitivo foi o primeiro a se manifestar, sendo que o modelo acusatório mais recente. Como exemplo de tal minoria, o autor Mauro Fonseca Andrade, afirma que o sistema acusatório é sucessor do inquisitivo e explica que “isso se dá porque a formação do processo integrante do sistema acusatório pressupõe uma estrutura mais elaborada, pensada a partir da constatação de que deveria haver um terceiro (o juiz) que se colocasse distante e acima das partes envolvidas no conflito a ser resolvido.” ANDRADE, Mauro Fonseca. **Sistemas Processuais Penais e seus Princípios Reitores**. 2. ed. Curitiba: Juruá, 201. p. 58.

⁶ PRADO, Geraldo. **Sistema acusatório**: a conformidade constitucional das leis processuais penais. 4. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006. p. 73.

⁷ ARAGONESES ALONSO, Pedro. **Instituciones de derecho penal**. Madrid: Rubi Arts Graficas, 1986. p. 39.

⁸ Necessário se faz esclarecer que a prisão preventiva do acusado já estava prevista no modelo acusatório, tanto no modelo Grego quanto no Romano. ANDRADE, Mauro Fonseca. **Sistemas Processuais Penais e seus Princípios Reitores**. 2. ed. Curitiba: Juruá, 2013. p. 161.

⁹ PRADO, Geraldo. **Sistema acusatório**: a conformidade constitucional das leis processuais penais. 4. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006. p. 66.

atuavam diretamente nos fatos, reuniam as funções processuais e esclareciam os fatos pelo modo que julgavam ser o melhor¹⁰.

A segunda forma do processo penal romano, surgida no último século da República, era conhecida como *Accusatio*, a qual tinha como premissa a exigência de que ninguém poderia ser levado a juízo sem uma acusação: *nemo in iudicium tradetur sine accusatione*¹¹. A acusação era assumida por um cidadão do povo e o procedimento era integralmente dominado pelo contraditório e pela ampla defesa, sendo vedada qualquer iniciativa instrutória ao juiz, que tinha uma atuação passiva¹². Nesse processo penal, imperavam a publicidade e a oralidade e, em caso de absolvição, o acusador sofria sanção por agir de forma temerária e/ou caluniosa.¹³

A mudança para um novo procedimento processual penal sobreveio na fase do Império, com a passagem da soberania dos cidadãos para o imperador. De acordo com Zaffaroni, “el procedimiento extraordinario, que era constituído por tribunales que actuaban por delegación del Emperador, el que lo hacía pessoalmente en caso importantes y cuyo poder jurisdiccional estava por sobre la ley”¹⁴. Nessa época, já se notava a influência do Cristianismo, começando a haver a possibilidade de, ainda no âmbito acusatório, o magistrado poder atuar de ofício para casos de flagrante delito. Sucessivamente, os poderes do magistrado foram sendo alongados até alcançar os poderes da esfera privada, na qual o magistrado concentrava as funções de acusar, investigar e julgar – era uma espécie de sistema penal público, que acabou por embasar a Inquisição¹⁵. Essa transição também fez com que o procedimento, até então público, fosse gradativamente substituído pelo processo a portas fechadas¹⁶.

¹⁰ MAIER, Julio B. J. **Derecho procesal penal I: fundamentos**. Buenos Aires: Editores Del Puerto, 2006. p. 275.

¹¹ PRADO, Geraldo. **Sistema acusatório: a conformidade constitucional das leis processuais penais**. 4. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006. p. 75.

¹² LOPES JR, Aury. **Fundamentos do Processo Penal**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2016. p. 147-148.

¹³ GRINOVER, Ada Pellegrini. **Liberdades públicas e processo penal: as interceptações telefônicas**. 2. ed. atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1982. p. 30.

¹⁴ ZAFFARONI, Eugenio Raul. **Tratado de Derecho Penal**. Parte General I. Buenos Aires: Ediar, 1987. p. 337.

¹⁵ MAIER, Julio B. J. **Derecho Procesal Penal**. Buenos Aires: Editores Del Puerto, 2004. p. 286-287.

¹⁶ LOPES JR, Aury **Direito Processual Penal e sua Conformidade Constitucional**. 4. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009. p. 163-164.

Cabe situar, rapidamente, o contexto histórico da época. Após a queda do Império Romano, no início da Idade Média, criaram-se pequenas comunidades economicamente autônomas e comandadas por alguns nobres: o Feudalismo. Havia um superior da hierarquia medieval que detinha um poder real, mas insuficiente para impor suas vontades aos nobres. O direito, nessa época, ficava restrito às relações dos senhores feudais com seus servos. Aos poucos, os feudos foram cedendo lugar ao poder da Igreja e ao Direito Canônico.

Na Baixa Idade Média, a Igreja Romana vive seu apogeu, tornando-se suprema ao consolidar a relação entre ela e o Estado e disseminar seus ensinamentos de filosofia política à forma de governo e submissão dos deveres impostos pelo poder público. A igreja católica foi a responsável pela adoção de novos procedimentos penais, alinhando-se à chamada Inquisição Medieval como prática de rigoroso controle das doutrinas heréticas (aquelas que afrontassem ou pudessem colocar em dúvida os postulados da Igreja Católica tidos como – ou que pelo menos deveriam ser – verdades absolutas). Tal controle era regularizado por contínuos documentos, dentre os quais estava o Manual dos Inquisidores, redigido em 1376 pelo dominicano Nicolau Eymerich, posteriormente ampliado e revisto por Francisco de la Peña em 1578¹⁷ ¹⁸. Cabe salientar que a Inquisição em si mesma

¹⁷ BOFF, Leonardo. Prefácio: Inquisição: um espírito que continua a existir. In: EYMERICH, Nicolau. **Manual dos Inquisidores**. Rio de Janeiro: Rosa dos Tempos, 1993. p. 13-14.

¹⁸ No contexto histórico, cabe referir que no fim da Idade Média houve o rompimento do Feudalismo e uma lenta transição para um Estado Absoluto. Foi a partir daí que houve a determinação das “características fundamentais do Estado Moderno, quais sejam: o território e o povo, como elementos materiais; o governo, o poder, a autoridade ou o soberano, como elementos formais”¹⁸. Nesse sentido, Matteucci resume os principais aspectos do Estado Absoluto: “Desde un punto de vista tipológico, por Estado Absoluto se entiende un particular momento de desarrollo político que se verifica en una diferenciación institucional, en una creación de nuevos oficios y en una especificación de nuevas funciones, producidas por las presiones internacionales o por las nuevas exigencias de la sociedad. Se caracteriza por la tendencia al monopolio del poder político y de la fuerza por parte de una instancia superior que no reconoce otra autoridad ni en el plano internacional (*superiorem non recognoscens*), ni en el plano interno, ya que no admite en su seno ninguna justicia privada ni instancia que pueda participar del poder político. El Estado, personificado por el rey, es el único sujeto, el único protagonista de la política, una unidad superior y neutral respecto a las opiniones de los súbditos. A esta premisa corresponde una mayor capacidad del gobierno central de penetrar en la sociedad, bien para regular el comportamiento de los individuos y de las fuerzas sociales, bien para extraer mayores recursos con instrumentos y procedimientos más racionales” (MATTEUCCI, Nicola. **Organización del poder y libertad. História del Constitucionalismo Moderno**. Tradução para o espanhol de Francisco Javier Ansuátegui Roig e Manuel Martínez Neira. Madrid: Trotta, 1998. p. 29). Assim, era na figura do rei que o Estado absoluto era personificado. Ele era considerado o representante de Deus na terra e por isso, possuía um poder divino para governar, não havendo qualquer limite à sua autoridade. Podendo o Estado absoluto ser definido como monopólio da força nos três planos, jurídico, político e sociológico (MATTEUCCI, Nicola. **Organización del poder y**

não tinha relação direta com a criminalidade, mas sim com a Igreja Católica. Sua maior preocupação era com a ameaça da proliferação de novas crenças religiosas, consideradas heréticas, já que desvirtuariam os verdadeiros dogmas religiosos estabelecidos pela Igreja Católica¹⁹.

Nesse viés, o primeiro passo da Inquisição foi acabar com a obrigatoriedade da inércia do magistrado. Passou-se a permitir a denúncia anônima²⁰ e foi abolida a necessidade de acusação, bem como a publicidade dos atos processuais. O juiz-inquisidor simplesmente atuava de ofício e secretamente. A prisão, que era exceção, nesse modelo passou a ser a regra, com o objetivo precípuo de que o acusado estivesse à disposição do juiz-inquisidor para ser torturado até confessar o seu crime. Cabe lembrar que nessa época a confissão era o meio de prova preferido pela Igreja, sendo tida como a rainha das provas, a prova máxima, aquela que era suficiente para a condenação²¹.

Mas foi na Idade Moderna que a Inquisição atingiu seu ápice. A dialética do modelo inquisitório passou a dominar as jurisdições comuns na Europa, tornando-se um verdadeiro instrumento de dominação política²², tendo como principal característica a figura do juiz-inquisidor (acusador), que buscava encontrar a “verdade real” a partir da ampla liberdade para produzir prova. O modelo inquisitório jurisdicional se qualificou como sendo um modelo onde inexistia o contraditório, a ampla defesa, a coisa julgada, o devido processo legal e muito menos a dignidade da pessoa acusada. O juiz-inquisidor era tido como o “senhor do sentidos”, o sujeito que tudo assujeitava. Todo o processo dependia da visão (subjetividade) que ele (juiz) tinha de mundo e do acusado²³. A tortura, o tratamento desumano e a segregação eram a regra. A igualdade de poderes e oportunidades que existia no

libertad. História del Constitucionalismo Moderno. Tradução para o espanhol de Francisco Javier Ansuátegui Roig e Manuel Martínez Neira. Madrid: Trotta, 1998. p. 33).

¹⁹ Nas palavras de Khaled Jr., “a Inquisição em si mesma não tinha relação direta com a criminalidade – portanto com defesa ou retribuição perante ao patrimônio ou à vida - , mas sim ao desvio em relação aos dogmas estabelecidos pela igreja, ameaçados pela proliferação das novas crenças consideradas heréticas. No entanto, isso não impediu que os estados absolutistas europeus adotassem o processo inquisitório, que servia perfeitamente ao propósito de repressão do corpo social (KHALED JR., Salah H. **A Busca da Verdade no Processo Penal.** 2. ed. Belo Horizonte: Letramento, 2016. p. 63).

²⁰ Com isso, surgiram especialmente nas igrejas, caixas e gavetas, conhecidas como “boca da verdade”, as quais eram destinadas a receber denúncias anônimas de heresia.

²¹ LOPES JR, Aury. **Fundamentos do Processo Penal.** 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2016. p. 157.

²² TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. **Processo penal.** 27. ed. São Paulo: Saraiva, 2005. p. 85.

²³ STRECK, Lenio Luiz; OLIVEIRA, Rafael Tomaz de. **O que é isto** – as garantias processuais penais? Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012. p. 45.

modelo acusatório foi transformada num conflito díspar entre o juiz-acusador e o acusado. A imparcialidade do magistrado passava ao largo do julgamento, e o acusado era tratado como apenas um objeto (e não mais um sujeito processual) a ser investigado²⁴.

É a partir do modelo inquisitório que o magistrado, até então espectador apático, foi convertido em uma figura protagonista processual que buscava sempre a “verdade”, mesmo que, para isso, fosse necessária a utilização de meios cruéis. Conforme Zaffaroni,

[...] o sujeito de conhecimento – inquisidor – pergunta ao objeto de conhecimento – inquirido (interrogado ou investigado) – e desse modo obtém a verdade. Se o objeto não responde o suficiente ou o faz sem a clareza ou a precisão demandada pelo sujeito, é violentado até a obtenção da resposta²⁵.

O modelo de processo inquisitório também pode ser caracterizado como o processo penal do inimigo. Em síntese: todos que direta ou indiretamente se opusessem ou ameaçassem o exercício da Inquisição deveriam ser julgados como hereges²⁶, ou seja, inimigos. Nesse sentido, Khaled Jr. esclarece:

A estrutura inquisitória de categorização da vivência humana é binária por excelência, o que demonstra a intenção de controle social do discurso inquisitório, uma vez que ele não deixa margem para o meio termo: não estar comprometido de corpo e alma com o conjunto de verdades absolutas da igreja necessariamente fará do infrator um herege e, logo, um inimigo a ser combatido, um objeto de perseguição²⁷.

A fim de chegar à “verdade” pretendida pela inquisição, o julgamento do inimigo se dava com base nas provas produzidas, gerenciadas e valoradas pelo juiz inquisidor²⁸. Por isso, Salo de Carvalho afirma corretamente que “o processo

²⁴ LOPES JR, Aury. **Fundamentos do Processo Penal**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2016. p. 151.

²⁵ ZAFFARONI, Eugenio Raul. **O Inimigo no Direito Penal**. Rio de Janeiro: Revan, 2007. p. 38.

²⁶ Para Eymerich, herege é aquele que manifesta preferência ou apoio a uma doutrina falsa e perversa, questionando a verdadeira. (EYMERICH, Nicolau. **Manual dos Inquisidores**. Rio de Janeiro: Rosa dos Tempos. 1993. p. 31).

²⁷ KHALED JR., Salah H. **A Busca da Verdade no Processo Penal**. 2. ed. Belo Horizonte: Letramento, 2016. p. 65.

²⁸ Aliás, a gestão probatória processual ser confiada inteiramente ao magistrado é elemento essencial desse modelo. (COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. O Papel do Juiz no Processo Penal. In: COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda (Coord.). **Crítica à teoria geral do direito processual**. Rio de Janeiro: Renovar, 2001. p. 24-32).

inquisitivo é infalível, visto ser o resultado previamente determinado pelo próprio juiz”^{29 30}.

Desse modo, a gestão probatória no processo inquisitório resulta na fulminação de qualquer possibilidade de a decisão do juiz ser tomada posteriormente à produção e a coleta da prova, já que, em um primeiro momento há a decisão (com base na consciência – fruto da dedução ou escolha do julgador) e em seguida a busca pelo conteúdo probatório.

De acordo com Aury Lopes Jr.,

[...] é da essência do sistema inquisitório a aglutinação de funções na mão do juiz e atribuição de poderes instrutórios ao julgador, senhor soberano do processo. Portanto, não há uma estrutura dialética e tampouco contraditória. Não existe imparcialidade, pois uma mesma pessoa (juiz-ator) busca a prova (iniciativa e gestão) e decide a partir da prova que ela mesmo produziu³¹.

Esse modelo começou a perder forças no período de transição entre o Estado Absolutista e o Estado Liberal. Após a Revolução Francesa de 1789, eclodiram e surgiram (sobretudo na França) movimentos filosóficos que postulavam uma maior valorização do homem, refletindo diretamente na sociedade e no processo penal³², principalmente a partir das ideias humanistas da Escola Penal Clássica³³. O modelo inquisitório passou a ser desacreditado, especialmente porque se baseava em um

²⁹ CARVALHO, Salo de. **Pena e Garantias**. Rio de Janeiro: LumenJuris, 2003. p. 21.

³⁰ Neste ponto, o processo penal acerta as contas com o obscuro: a escolha inquisitorial é determinada pela imagem – quiçá a primeira –, tomada como possível, como real, como verdade, eis o quadro mental paranoico. Decide-se antes (o que é normal no humano, repita-se); e depois raciocina-se sobre a prova para testar a escolha³⁰. (COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. Glosas ao verdade, dúvida e certeza, de Francesco Carnelutti, para os operadores do Direito. In: **Revista de Estudos Criminais**. Vol. 4, n.14. p. 77-94, abr./jun, 2004.).

³¹ LOPES JR, Aury. **Direito Processo Penal**. 15. ed. São Paulo: Saraiva, 2018. p. 42.

³² TOURINHO FILHO. **Direito Processual Penal e sua Conformidade Constitucional**. 4. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009. p. 68.

³³ A Escola Penal Clássica teve como marco inicial a obra “Dos Delitos e das Penas”, do Marquês de Beccaria. Nessa obra, o escritor criticou todas as instituições penais existentes na época, abordando a necessidade de não haver dúvidas para haver condenação (*in dubio pro reo*), a publicidade do julgamento, enfim, uma completa reforma penal e processual. Conforme o escritor Roberto Lyra, “Beccaria pugnou sob o absolutismo, por um Direito Penal leigo, preventivo, com base em limites, pela prévia legalidade do crime e pena, pela publicidade, regularidade, rapidez e lealdade do processo e do julgamento, pela pureza e certeza da prova, pelo direito de asilo, pela proporcionalidade entre crime e pena, pela abolição da prisão preventiva, da pena de morte, da tortura, da infâmia, do banimento, do uso de por a cabeça a premio, do “suplicio da incerteza”, pela aplicação moderada da pena somente em caso de necessidade, impondo-se sempre a menor, segundo as circunstâncias – necessária, útil, justa” (LYRA, Roberto. **Novo Direito Penal**. Rio de Janeiro: Borsoi, 1971. p. 37).

“erro psicológico – crer que uma mesma pessoa possa exercer funções tão antagônicas como investigar, acusar, defender e julgar”³⁴ – e na desumanidade do procedimento utilizado³⁵.

A partir desse cenário, ressurgiu, com uma demora estrondosa, o modelo processual acusatório, tendo como principal característica a separação das funções processuais, havendo três figuras processuais distintas: um acusador, um defensor e um magistrado equidistante, configurando o *actus trium personarum*.

A diferença entre ambos os modelos não se resume apenas a essa necessária divisão de responsabilidades processuais. Existe uma série de garantias ao acusado (ampla defesa, contraditório, publicidade, etc.) que são características próprias de um modelo acusatório. Sobre isso, Paulo Rangel destaca:

O sistema acusatório, antítese do inquisitivo, tem nítida separação de funções, ou seja, o juiz é órgão imparcial da aplicação da lei, que somente se manifesta quando devidamente provocado; o autor é quem faz a acusação (imputação penal + pedido), assumindo, segundo nossa posição, todo o ônus da acusação, e o réu exerce todos os direitos inerentes à sua personalidade, devendo defender-se utilizando todos os meios e recursos inerentes à sua defesa. Assim no sistema acusatório, cria-se o *actum trium personarum*, ou seja, o ato de três personagens: juiz, autor e réu³⁶.

Porém, essa divisão de funções e responsabilidades processuais tem uma importância cristalina. De acordo com Luigi Ferrajoli³⁷, entre todos elementos constitutivos do modelo acusatório, “o mais importante, por ser estrutural e logicamente pressuposto de todos os outros, indubitavelmente é a separação entre juiz e acusação.” Isso porque é indispensável compreender que essa separação é fruto da necessidade de deixar o julgador distante da prova a fim de preservar sua imparcialidade no momento de julgar. Aliás, julgar com base naquilo que lhe é oferecido pelas partes é a única tarefa conferida ao magistrado pelo modelo processual acusatório.

Na senda dos modelos inquisitivo e acusatório, é necessário cotejar a existência de um modelo misto, o qual teve surgimento na transição do modelo

³⁴ TOURINHO FILHO. **Direito Processual Penal e sua Conformidade Constitucional**. 4. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009. p. 69.

³⁵ THUMS, Gilberto. **Sistemas processuais penais: tempo, tecnologia, dromologia e garantismo**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006. p. 210.

³⁶ RANGEL, Paulo. **Direito Processual Penal**. 14. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008. p. 48.

³⁷ FERRAJOLI, Luigi. **Direito e razão**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. p. 454.

inquisitório para acusatório. Isso se deu quando as ideias revolucionárias que lutavam por um sistema semelhante ao desenvolvido na Roma Imperial e na Inglaterra³⁸ esbarrou nas tradições culturais inquisitórias, de forma que “os diplomas legais revolucionários foram sucedidos por outros que mantiveram características próprias do sistema inquisitório, mescladas com outras típicas do acusatório³⁹.”

Nesse modelo, o Estado continuava com a titularidade absoluta do poder punitivo; entretanto, foram cindidas as fases processuais e as atividades de acusar e julgar, momento em que nasce a figura do Ministério Público. Historicamente, o primeiro ordenamento jurídico que adotou esse modelo misto foi o francês, no *Code d' Instruction Criminelle*, de 1908, sob o Império de Napoleão Bonaparte⁴⁰. Posteriormente, espalhou-se pelo mundo todo e, segundo Lopes Jr., é o modelo mais utilizado na atualidade⁴¹.

Apesar desse modelo ter sido considerado um avanço em relação ao seu precursor, ele tem sido alvo de muitas críticas doutrinárias que se dirigem, especialmente, à impossibilidade de classificação da estrutura mista como um verdadeiro modelo processual. Aury Lopes Jr observa que “afirmar que o ‘sistema misto’ é absolutamente insuficiente”, porquanto, não havendo mais “sistemas puros” na atualidade, todos podem ser rotulados de “mistos”, razão pela qual se faz necessário “identificar o princípio informador de cada sistema, para então classificá-lo como inquisitório ou acusatório”⁴².

Jacinto Coutinho⁴³ estabelece que o modelo tido como misto é, na essência, inquisitório ou acusatório, recebendo a referida adjetivação por conta dos elementos (todos secundários) que são emprestados de um sistema ao outro. No mesmo compasso, Salo de Carvalho adverte para “a total impossibilidade lógico-científica de existência de um sistema jurídico misto”, sustentando que,

³⁸ FERRAJOLI, Luigi. **Direito e razão**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. p. 454.

³⁹ ZILLI, Marcos Alexandre Coelho. **A iniciativa instrutória do juiz no processo penal**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003. p. 37.

⁴⁰ PRADO, Geraldo. **Sistema acusatório**. 4. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006. p. 91

⁴¹ LOPES JR, Aury. **Fundamentos do Processo Penal**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2016. p. 159.

⁴² LOPES JR, Aury. **Introdução crítica ao processo penal**. 4. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006, p. 161-162.

⁴³ COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. Introdução aos princípios gerais do direito processual penal brasileiro. **Revista de estudos criminais**. Porto Alegre, Notadez, v. 1, n. 1, p. 26-51, 2001. p. 29.

[...] a característica dos sistemas, como a dos paradigmas (Khun) e dos tipos ideais (Weber), é sua identificação a partir de alguns rígidos princípios unificadores. Deles apenas se aproximam as tendências opostas, sendo impossível fusão sistemática ou paradigmática. Assim, um modelo jurídico é garantista ou antigarantista. O sistema processual é acusatório ou inquisitório. Claro que podemos ter, no interior de um modelo normativo garantista (acusatório), práticas ou alguns institutos ou regras antigarantistas (inquisitoriais). Todavia, estas não descaracterizam a matriz original; cremos inclusive que a reforçam⁴⁴.

A partir disso, é necessário perquirir a respeito da adoção do modelo processual acusatório, como anteriormente afirmado, na medida em que é (deveria ser, pelo menos) democrático e elencar o porquê de o modelo inquisitório ser uma incoerência com a democracia estabelecida pelo Constitucionalismo contemporâneo.

Nessa toada, cabe lembrar que a Constituição Federal de 1988⁴⁵ é considerada uma carta política recheada de direitos sociais, políticos e econômicos com ênfase na proteção dos direitos e garantias fundamentais do cidadão. Ela é o ponto máximo na hierarquia de todo ordenamento jurídico brasileiro, ou seja: todo direito material ou processual aplicado no Brasil deve filtrado de acordo com o conteúdo emanado pela Constituição Federal. Assim, a obrigação constitucional de uma estrutura democrática de direito obriga, necessariamente, que o processo penal também passe a ser visto como um instrumento que esteja a serviço da eficácia das garantias constitucionais do cidadão. Isso exige, portanto, que o cidadão tenha o direito ao contraditório, à ampla defesa, à publicidade dos atos processuais e à imparcialidade do juiz, além de tantas outras elencadas ao longo do texto constitucional. A soma de todos esses direitos e garantias constitucionais acabam por revelar uma compatibilidade absoluta com o modelo processual penal acusatório⁴⁶.

É a partir da democratização do direito que o sujeito passivo não pode(ria) mais ser tratado como um mero objeto. Pelo contrário: ele passa a ocupar uma posição de destaque enquanto parte, com direitos, garantias e deveres

⁴⁴ CARVALHO, Salo de. Da necessidade de efetivação do sistema acusatório no processo de execução penal. In: CARVALHO, Salo de (Org.). **Crítica à Execução Penal**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002. 480-497. p. 493.

⁴⁵ Cabe lembrar que a Constituição, ao ser promulgada, foi apelidada de “Constituição Cidadã” pelo Presidente da Assembleia Constituinte, Deputado Ulisses Guimarães, tamanha a quantidade de direitos e garantias sociais.

⁴⁶ Afora todas as garantias, o texto constitucional fixa a titularidade do Ministério Público para propor ação penal pública.

constitucionais. O projeto democrático constitucional impõe a valorização do homem e da dignidade da pessoa humana, pressupostos basilares do modelo acusatório⁴⁷. Esse fato dá pistas do quanto o modelo inquisitório é antidemocrático, já que nele o sujeito era tratado como um mero objeto a ser investigado e julgado.

Além disso, as características adotadas pelo modelo processual inquisitório, a exemplo da não igualdade das partes; da acusação ser procedida de ofício pelo magistrado ou ser secreta; da inexistência do contraditório; da sentença não fazer coisa julgada e da prisão preventiva ser uma regra, demonstram o quanto esse modelo processual caminha na contramão do constitucionalismo contemporâneo. Em sentido contrário, são as características do modelo processual acusatório, que estão no caminho das garantias constitucionais^{48 49}.

⁴⁷ LOPES JR, Aury. **Fundamentos do Processo Penal**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2016. p. 40.

⁴⁸ Essas garantias e regras constitucionais estão previstas nos incisos do artigo 5º da Constituição Federal, como exemplo, seguem algumas das regras previstas: Não haverá a juízo ou tribunal de exceção (XXXVII); é reconhecida a instituição do júri, com a organização que lhe der a lei, assegurados: a) a plenitude de defesa; b) o sigilo das votações; c) a soberania dos veredictos; d) a competência para o julgamento dos crimes dolosos contra a vida (XXXVIII); não há crime sem lei anterior que o defina, nem pena sem prévia cominação legal (XXXIX); a lei penal não retroagirá, salvo para beneficiar o réu (XL); a lei punirá qualquer discriminação atentatória dos direitos e liberdades fundamentais (XLI); nenhuma pena passará da pessoa do condenado, podendo a obrigação de reparar o dano e a decretação do perdimento de bens ser, nos termos da lei, estendidas aos sucessores e contra eles executadas, até o limite do valor do patrimônio transferido (XLV); a lei regulará a individualização da pena e adotará, entre outras, as seguintes: a) privação ou restrição da liberdade; b) perda de bens; c) multa; d) prestação social alternativa; e) suspensão ou interdição de direitos (XLVI); não haverá penas: a) de morte, salvo em caso de guerra declarada, nos termos do art. 84, XIX; b) de caráter perpétuo; c) de trabalhos forçados; d) de banimento; e) cruéis (XLVII); é assegurado aos presos o respeito à integridade física e moral (XLIX); ninguém será processado nem sentenciado senão pela autoridade competente (LIII); ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal (LIV); aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes (LV); são inadmissíveis, no processo, as provas obtidas por meios ilícitos (LVI); ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória (LVII); ninguém será preso senão em flagrante delito ou por ordem escrita e fundamentada de autoridade judiciária competente, salvo nos casos de transgressão militar ou crime propriamente militar, definidos em lei (LXI); a prisão de qualquer pessoa e o local onde se encontre serão comunicados imediatamente ao juiz competente e à família do preso ou à pessoa por ele indicada (LXII); o preso será informado de seus direitos, entre os quais o de permanecer calado, sendo-lhe assegurada a assistência da família e de advogado (LXIII); o preso tem direito à identificação dos responsáveis por sua prisão ou por seu interrogatório policial (LXIV); a prisão ilegal será imediatamente relaxada pela autoridade judiciária (LXV); ninguém será levado à prisão ou nela mantido, quando a lei admitir a liberdade provisória, com ou sem fiança (LXVI); conceder-se-á mandado de segurança para proteger direito líquido e certo, não amparado por habeas corpus ou habeas data, quando o responsável pela ilegalidade ou abuso de poder for autoridade pública ou agente de pessoa jurídica no exercício de atribuições do Poder Público (LXIX); o Estado indenizará o condenado por erro judiciário, assim como o que ficar preso além do tempo fixado na sentença (LXXV); a todos, no âmbito judicial e administrativo, são assegurados a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação. §1º As normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata. § 2º Os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República

Aliado a isso, Streck afirma que a Constituição Federal adotou princípios acusatórios⁵⁰, não recepcionando uma séria de institutos processuais penais marcados essencialmente pelo caráter inquisitório, uma vez que se configuram como absolutamente incompatíveis com o novo paradigma constitucional, o qual estabelece essencialmente um juiz imparcial, um promotor de justiça independente, e não mais o protagonismo da figura do juiz⁵¹, sendo, portanto, o direito processual penal acusatório a porta de entrada da democracia⁵².

Dessa forma, os atores processuais devem, necessariamente, compreender o direito processual penal como um sistema de garantias que visa proteger o cidadão contra os abusos do poder punitivo do Estado⁵³, visto que o direito deve ser visto

Federativa do Brasil seja parte. § 3º Os tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos que forem aprovados, em cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos, por três quintos dos votos dos respectivos membros, serão equivalentes às emendas constitucionais. § 4º O Brasil se submete à jurisdição de Tribunal Penal Internacional a cuja criação tenha manifestado adesão. (LXXVIII);

⁴⁹ Outra forma de ratificar a adoção do modelo acusatório, é o fato da doutrina majoritária estabelecer que a adoção do modelo processual inquisitório, historicamente, associa-se a governos autoritários, ditatórias, na medida que o modelo acusatório, pelo contrário, foi adotado por governos com ideologia democrática. Nesse sentido, Mauro Fonseca Andrade, ao fazer crítica a doutrina cita que, “a doutrina conclui que uma das características do sistema inquisitivo é sua manifestação em momentos históricos em que há necessidade de afastamento da opinião popular em relação aos destinos de sua organização religiosa, social e política. Assim, esse sistema é apontado como não admissível em governo democrático, pois foi encontrado somente em regimes fortes, autoritários, monárquicos ou ditatoriais. Já o sistema acusatório possuiria uma característica completamente antagônica, pois existiria onde reina o pensamento liberal, o Estado de Direito e a democracia, em razão de sua origem greco-romana. Agregado a isso, a doutrina também expõe como seria a estrutura processual do sistema inquisitivo, sua eterna comparação com o sistema acusatório. Por isso, se este último é encarado como um modelo garantista, o fato de ser forjado em um governo forte faria com que o sistema inquisitivo fosse visto como um modelo antigarantista, incompatível com os direitos individuais, autoritário, totalitário e preocupado com a repressão ao indivíduo (ANDRADE, Mauro Fonseca. **Sistemas Processuais Penais e seus Princípios Reitores**. 2. ed. Curitiba: Juruá, 2013. p. 396). Ainda nesse aspecto é preciso considerar a história recente da democracia brasileira, quando, a partir de 1980, começou um processo de transição de um governo autoritário até se chegar a redemocratização absoluta do Estado com a Constituição de 1988. Com isso, passa-se, constitucionalmente e democraticamente a ser adotado o modelo processual acusatório.

⁵⁰ Nesse sentido, Amilton Bueno de Carvalho, ratifica que o modelo acusatório é aquele dirigido à proteção das garantias do cidadão. “Exige como condição da democracia se fazer presente: rígida separação entre acusação e julgador (um acusa e prova, outro defende e prova, se quiser; e outro julga: eis a regra do jogo processual democrático); rigorosa igualdade das partes – todos no mesmo status; publicidade e oralidade dos atos processuais; iniciativas probatória das partes, única e exclusivamente das partes – juiz é figura equidistante; enfim, proteção do cidadão contra o poder desmesurado (CARVALHO, Amilton Bueno. **Direito Penal a Marteladas**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2013. p. 47).

⁵¹ STRECK, Lenio Luiz. **Produção de prova ao MP e à defesa**. Consultor Jurídico. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2010-jan-11/producao-prova-processo-penal-cabe-mp-defesa?pagina=6>>. Acesso em: 10 mai. 2017.

⁵² STRECK, Lenio Luiz. OLIVEIRA, Rafael Tomaz de. **O que é isto** – as garantias processuais penais? Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012. p. 45.

⁵³ CARVALHO, Amilton Bueno. **Direito Penal a Marteladas**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2013. p.46.

sempre sob um viés democrático. Disso, resulta a obrigatoriedade de o juiz penal estar sempre vinculado à lei que faz presente os valores materiais previstos na Constituição. Para isso, será necessário fazer uma filtragem hermenêutica constitucional do texto a ser aplicado, com a finalidade de demonstrar a distância necessária entre o juiz e a produção probatória e a proximidade com as garantias constitucionais. Com isso, é possível compreender que o juiz, desinteressado com a produção probatória e ancorado pelas garantias constitucionais, possibilita a interpretação imparcial, fomenta o contraditório e resguarda a integridade da decisão judicial, conforme se verá a seguir.

2.2 HÁ LUGAR PARA A HERMENÊUTICA NO DIREITO PROCESSUAL PENAL?

O horizonte do sentido é nos dado pela compreensão que temos de algo. O ser humano é compreender. Ele só se faz pela compreensão. Ele só se dá pela compreensão. Compreender é um existencial, que é uma categoria pela qual o homem se constitui.

*Lenio Luiz Streck*⁵⁴

O processo de compreensão de determinada lei não é proveniente de uma simples leitura do texto normativo. Há que se compreender a existência de uma carga semântica e axiológica nas expressões utilizadas, na dogmática e na tradição do pensamento jurídico. Compreender os princípios processuais penais e o modelo de processo é também analisar a história, a tradição; acima de tudo é compreender a força normativa⁵⁵ de um dispositivo em um Estado Democrático.

O direito processual penal, ensina Aury Lopes Jr⁵⁶, sofre uma problemática muito significativa, sobretudo pela inexistência de uma teoria geral do processo que abranja, de maneira adequada, os institutos processuais penais, e tal problemática

⁵⁴ STRECK, Lenio Luiz. **Hermenêutica Jurídica e(m) Crise**. 10. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011. p. 253.

⁵⁵ HESSE, Konrad. **A força normativa da Constituição**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1991. p. 2. Aliás, exatamente por isso que Motta vai dizer que “a Constituição não é só um documento, mas também uma tradição; assim, o operador do direito (intérprete) deve ter a disposição de entrar nessa tradição e ajudar a interpretá-la de maneira condizente com a ciência do direito”. MOTTA, Francisco José Borges. **Levando o direito a sério: uma crítica hermenêutica ao protagonismo judicial**. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012. p. 38.

⁵⁶ LOPES JR, Aury. **Fundamentos do Processo Penal**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2016. p. 38.

tem suas implicações. Na medida em que não se tem, realmente, uma teoria geral do processo, mas se tem a utilização de um Caderno processual da década de 40 eivado de características inquisitórias, surgem inúmeras incongruências que recalcitram até os dias atuais. Essa ausência de uma teoria processual, bem como as vetustas ideias delineadas em um Código do início do século passado, somados à porosidade que a norma possui, desvelam a necessidade de um estudo aprofundado acerca da hermenêutica jurídica, bem como a necessidade de interpretar a tradição jurídica brasileira.

A partir da percepção do modelo processual adotado pela Constituição, de que se deve cogitar a essência das diretrizes que embasarão o processo penal, a postura do magistrado e o necessário distanciamento dos sujeitos (acusação, defesa e julgador), chega-se a uma das grandes garantias provenientes de um processo com pretensões democráticas: a imparcialidade do julgador. Exatamente por isso, é de invulgar importância decifrar o modelo processual, sobretudo como condição de compreensão para os atos que compõem a lógica processual. Daí ser possível, portanto, perquirir acerca da hermenêutica jurídica de cariz filosófico embasada por Streck e suas facetas no processo penal democrático, especialmente no campo decisório, conforme se verá.

Sendo assim, a adoção do modelo acusatório resulta da interpretação da Constituição Federal, mormente do art. 129, I, e da consolidação de princípios como a ampla defesa, o contraditório, o devido processo legal e tantas outras garantias que correspondem aos preceitos desse modelo processual. Compreendido isso, inegavelmente haverá outras barreiras que circundam o conturbado ambiente processual aqui perscrutado, na medida em que o juiz não pode(ria) desempenhar função que não esteja estritamente dentro daquelas atinentes ao modelo eleito.

O processo penal analisado pela simples letra fria da lei e aplicado pelo magistrado “boca da lei”, por vezes, descumpre todas as promessas democráticas previstas no regime estabelecido pelo povo e para o povo. Nesse sentido, Lênio Streck⁵⁷ ratifica que a Constituição é uma invenção destinada à democracia que, ao mesmo tempo que assegura o exercício de minorias e majorias, impede que o regime democrático seja prejudicado em virtude da existência e aplicação de regras

⁵⁷ STRECK, Lenio Luiz. **Verdade e Consenso**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2014. p. 88.

que ultrapassem os limites que a Constituição impôs para o futuro, ou seja: todo cidadão tem o direito fundamental a uma decisão adequada à Constituição Federal.

Porém, as decisões penais que estão suplantadas no judiciário brasileiro, especialmente de primeiro grau, demonstram que se está vivendo num “governo de juízes” em plena era dos direitos fundamentais, da autonomia do direito e da democracia constitucional. Além disso, há uma discussão a respeito do modelo processual constitucional (acusatório) frente ao código de processo penal inquisitório. Essa discussão envolve rupturas paradigmáticas na medida em que o modelo processual inquisitório está ligado ao paradigma da subjetividade (esquema sujeito-objeto), estando umbilicalmente relacionado à filosofia da consciência. A soma desses fatores desagua na discricionariedade judicial, no protagonismo e no autoritarismo (para ficar somente nesses) no momento decisório, afastando-se cada vez mais da resposta adequada à Constituição.

Cabe mencionar aqui que a questão dos juízes solipsistas, decionistas e arbitrários não é exclusiva de apenas uma ou de duas áreas do direito. Em verdade, essa mazela assola todos os campos e instâncias do ordenamento jurídico. O direito penal não é exceção. Porém, em razão de se tratar da área que notadamente trata justamente daqueles que são considerados os bens jurídicos mais importantes para uma comunidade, é importante dispender especial atenção para essa área.

Dessa forma, é necessário perquirir a forma interpretativa que permita chegar numa decisão penal democrática, que, conseqüentemente, preserve a autonomização do direito. Faz-se, então, a partir desse momento, um recorte da hermenêutica jurídica – como paradigma filosófico – da forma como é trabalhada por Lenio Streck, a qual é resultado de uma imbricação entre Heidegger, Gadamer e Dworkin. Portanto, no que aqui se propõe, faz-se necessário partir do estudo de Heidegger (*filosofia hermenêutica*) e Gadamer (*hermenêutica filosófica*). Para Heidegger, a hermenêutica passa a ser filosófica e a compreensão se torna parte da estrutura que forma o *Dasein*, que significa “a posição ôntica da possibilidade de descobrir o ente que se encontra no mundo, no modo de ser da prestabilidade⁵⁸”.

Tradicionalmente, a hermenêutica significa a arte da interpretação e compreensão de textos, cujo objetivo fundamental consiste em descrever como se

⁵⁸ STRECK, Lenio Luiz. **Hermenêutica Jurídica e(m) Crise**. 10. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011. p. 250.

dá o processo interpretativo-compreensivo⁵⁹. No entanto, é preciso decifrar hermenêutica enquanto existência (Heidegger) ou como um “ex-surgir da compreensão, a qual dependerá da facticidade e da historicidade do intérprete” (Gadamer).

Para Streck⁶⁰, a palavra hermenêutica deriva do grego *hermeneuein*, e tem relação direta com o deus Hermes – tido como um mensageiro dos deuses e dos mortais, o que lhe atribuiu muito poder. Hermes, portanto, desenvolvia essa interseção, sendo um mediador que transmitia o que a compreensão humana não conseguia abranger, ficando, dessa forma, toda e qualquer compreensão humana condicionada ao que Hermes dizia. Contudo, ao desvelar a mensagem dos deuses, Hermes, inevitavelmente, deixava um pouco de si, de suas percepções, suas interpretações, seu modo de compreender e explicar aquilo que fora lhe dito, pois todo processo de tradução comporta uma atribuição de sentido⁶¹. Logo, a partir da metáfora proposta, é possível constatar não somente o trabalho de interpretação e de linguagem proveniente da hermenêutica, como também constatar a complexidade existente na atribuição de sentidos enquanto problema hermenêutico.

Na história moderna – tanto na hermenêutica teológica⁶² quanto na hermenêutica jurídica –, a expressão tem sido entendida como arte, com efeito diretivo sobre a lei divina e a lei do homem. Ambas hermenêuticas têm como ponto comum o fato de que sempre haver uma tensão entre o texto proposto e o sentido que se alcança quando da sua aplicação ao caso concreto. Essa tensão coloca a hermenêutica diante de inúmeros caminhos, todos ligados às condições de acesso do homem ao conhecimento sobre as coisas. Com isso, ou se demonstra que é possível criar um método capaz de guiar o intérprete - uma espécie de “teoria geral da interpretação” –, ou se reconhece que não há separação entre conhecer o sentido do texto e aplicá-lo. Alternativamente, pode-se reconhecer que “as tentativas

⁵⁹ STRECK, Lenio Luiz. **Hermenêutica Jurídica e(m) Crise**. 11. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2014, p. 261.

⁶⁰ STRECK, Lenio Luiz. **Dicionário de Hermenêutica**. Belo horizonte: Letramento, 2017. p. 89.

⁶¹ Essa atribuição de sentido fica claro na lição de Lenio Streck quando ele afirma que a hermenêutica está vinculada a tradução de linguagens e coisas “atribuindo-lhes um determinado sentido”. STRECK, Lenio Luiz. **Dicionário de Hermenêutica**. Belo horizonte: Letramento, 2017. p. 89.

⁶² Pode-se dizer que por hermenêutica teleológica “se ocupava com a interpretação dos textos sagrados”. STRECK, Lenio Luiz. **Hermenêutica Jurídica e(m) Crise**. 11. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2014. p. 265.

de colocar o problema hermenêutico a partir do predomínio da subjetividade do intérprete ou da objetividade do texto não passaram de falsas contraposições fundadas no metafísico esquema sujeito-objeto”⁶³

Foi no romantismo alemão de Schleiermacher ⁶⁴, século XIX, que a hermenêutica passou a representar algo maior do que um simples método que tem como função auxiliar o intérprete em sua tarefa de compreender o direito, pois alcança um status de filosofia⁶⁵. Schleiermacher estabeleceu bases para se pensar a hermenêutica enquanto teoria universal do compreender e do interpretar. Essa universalidade da hermenêutica foi pensada em uma perspectiva formal, de método único, pois na lição do aludido autor, para compreender corretamente um texto, o intérprete deve reduzir a distância temporal que o separa de seu objeto, afastar seus pré-conceitos e desenvolver uma experiência que equipare o seu espírito com o daquele que criou o texto⁶⁶. Para Schleiermacher, “há um deslocamento de caráter fundamental: de uma compreensão unicamente voltada à literalidade das palavras e

⁶³ STRECK, Lenio Luiz. **Dicionário de Hermenêutica**. Belo horizonte: Letramento, 2017. p. 89.

⁶⁴ “Um pouco antes de Schleiermacher e da própria hermenêutica romântica, alertando pela necessidade em se desenvolver uma ciência universal do interpretar, Dannhauer foi precursor, no século XVII, em agregar no título de uma obra a palavra hermenêutica. Sua proposta coadunava-se com uma hermenêutica universal, elaborada a partir do solo da filosofia, permitindo assim às outras ciências a interpretação. Já em 1742 Chladenius abriu novos horizontes à hermenêutica, ainda que sua proposta fosse condizente à universalidade de uma hermenêutica pedagógica. Para Chladenius, compreender e interpretar não são a mesma coisa, já que o texto necessita de interpretação faz parte de um caso excepcional, partindo da premissa de que no geral as passagens podem ser entendidas imediatamente quando se conhece o assunto tratado. [...] Outra facção representativa das hermenêuticas universais – aquelas em que a hermenêutica representava um caráter filosófico (universal) – foi desenvolvida por Meier (1757) na tentativa de uma arte universal da interpretação. Agora não somente a escrita era importante para a hermenêutica, mas também o todo global dos sinais do mundo” (ISAIA, Cristiano Becker. **Processo Civil e Hermenêutica – Os Fundamentos do Novo CPC e a Necessidade de se Falar em uma Filosofia no Processo**. Curitiba: Juruá, 2017. p. 195-196).

⁶⁵ Schleiermacher fue poco reconocido hasta después de la mitad de XIX, cuando no sólo sobre él, sino sobre todos los románticos Hegel Arrojaba una sombra amplia, tanto como para provocar una remoción sistemática de los mismos. Pero la situación cambia justamente con Dilthey, que por una parte lleva a cumplimiento la obra crítica de la filosofía hegeliana comenzada por la escuela histórica alemana – y, por ora, reconoce en Schleiermacher su propio máximo precursor en el campo hermenéutico. “Hacia que el espíritu alemán se había dirigido con Schiller, Wilhel Von Humboldt y los hermanos de la comprensión de la producción poética a la del mundo histórico [...] Federico Schlegel fue el introductor de Schleiermacher en el arte filológico. Los conceptos que guiaban a éste en sus brillantes trabajos acerca de la poesía griega, de Goethe y de Boccacio, eran los de la forma interior de la obra, de la historia evolutiva del escritor y de la totalidad de la literatura articulada en sí misma (FERRARIS, Maurizio. **História de la hermenéutica**. Madrid: Akal, 2000. p. 125).

⁶⁶ STRECK, Lenio Luiz. **Hermenêutica Jurídica e(m) Crise**. 11. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2014. p. 267.

seu sentido objetivo, passa-se (também) a uma compreensão voltada à individualidade de quem fala”⁶⁷.

Diante disso, a hermenêutica passa a ser de fundamental importância às condições pelas quais o sujeito interpreta. Em Schleiermacher, “compreender não mais inclui somente a coisa de que está se falando, mas considera também a expressão que representa algo com uma produção livre”.⁶⁸ Isso fica mais claro nos ensinamentos de Isaia, quando ele preleciona que não há dissociação entre interpretação gramatical e a interpretação psicológica, sendo que

[...] o resultado de uma interpretação meramente gramatical devia acabar sendo muito modesto na concepção Schleiermachiana, já que o objetivo último da interpretação seria o de penetrar até o pensamento interior, ou seja, o que o escritor queria dizer com tal texto⁶⁹.

Posteriormente à morte de Schleiermacher, em 1834, Dilthey apropriou-se dos elementos desenvolvidos por Schleiermacher para construir seu projeto hermenêutico, tornando o campo da análise hermenêutica mais difuso e abrangente. Dilthey passa a colocar o intérprete como ator do processo histórico, deslocando a tarefa interpretativa para a compreensão do todo da própria história⁷⁰.

Segundo Isaia, utilizando-se de Grondin, “Dilthey torna-se o principal intérprete da escola histórica no século XIX, segundo a qual, qualquer manifestação individual (aproveitando-se do pensamento de Schleiermacher) deve ser concebida a partir do contexto de sua época”⁷¹ O autor ainda menciona que, para Heidegger, os campos de pesquisa de Dilthey⁷² tinham como meta trazer a vida para uma compreensão filosófica e assegurar para essa compreensão um fundamento hermenêutico a partir da vida mesma, onde tudo estaria centralizado na psicologia,

⁶⁷ ISAIA, Cristiano Becker. **Processo Civil e Hermenêutica**. Curitiba: Juruá, 2012. p. 185.

⁶⁸ ISAIA, Cristiano Becker. **Processo Civil e Hermenêutica**. Curitiba: Juruá, 2012. p. 186.

⁶⁹ ISAIA, Cristiano Becker. **Processo Civil e Hermenêutica** – Os Fundamentos do Novo CPC e a Necessidade de se Falar em uma Filosofia no Processo. Curitiba: Juruá, 2017. p. 198.

⁷⁰ STRECK, Lenio Luiz. **Hermenêutica Jurídica e(m) Crise**. 11. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2014. p. 267.

⁷¹ ISAIA, Cristiano Becker. **Processo Civil e Hermenêutica**. Curitiba: Juruá, 2012. p. 187.

⁷² Os campos de pesquisa, segundo Heidegger, eram divididos em três: o primeiro deles era sobre a teoria das ciências do espírito e sua delimitação frente às ciências da natureza; o segundo, sobre a história das ciências do homem, sociedade e estado; por fim, o terceiro campo estaria relacionado às investigações sobre uma psicologia que exporia todo o fato homem (ISAIA, Cristiano Becker. **Processo Civil e Hermenêutica** – Os Fundamentos do Novo CPC e a Necessidade de se Falar em uma Filosofia no Processo. Curitiba: Juruá, 2017. p. 198-199).

possibilitando a compreensão da vida em seu nexos de desenvolvimento e ação históricos como o modo que o homem é⁷³.

A hermenêutica filosófica proposta por Gadamer, a partir de Heidegger, trata de algo bastante distinto da hermenêutica desenvolvida por Schleiermacher e Dilthey. Gadamer tem a intenção de estudar a hermenêutica com substrato de Heidegger, caracterizada por explicar a compreensão como forma de definir o *Dasein* (*ser-aí*), a compreensão da vida fática do homem, o modo de ser no mundo.

Nessa toada, Streck assegura que, se Schleiermacher libertou a hermenêutica do seu vínculo com a leitura bíblica, e Dilthey a libertou da dependência das ciências naturais, Gadamer, a partir do estudo da hermenêutica em seu elemento puro de experiência da existência humana, irá explicar um novo modo de compreensão do ser humano, sendo Heidegger corifeu dessa postura que se caracterizará por explicar a compreensão como forma de definir o *Dasein* (*ser-aí*)⁷⁴.

Motta, sobre a hermenêutica filosófica proposta por Heidegger, afirma:

Desde Heidegger, a hermenêutica passa a ser associada a uma perspectiva fundamental (não como “arte da interpretação”, ou coisa do gênero), dizendo agora respeito às condições prévias não só da interpretação de textos, mas de todo pensamento e atividade humana. O filósofo re-elabora a relação entre “compreensão” e “interpretação”, dando primazia existencial à primeira, ao afirmar que “interpretar não é tomar conhecimento do que se compreender, mas elaborar as possibilidades projetadas no compreender”. A partir daí, é possível dizer qualquer significação que se atribua a um ente é, na verdade, uma interpretação, visto que toda a atividade do sujeito está calcada em um momento prévio, fundante, de abertura para o mundo. Isso faz que com que a linguagem assuma um caráter central, indissociável do pensamento, sendo constituinte e constituidora do saber⁷⁵.

Com a filosofia hermenêutica de Heidegger, a linguagem deixa de ser uma terceira coisa entre o sujeito e o objeto. A filosofia passa a ser invadida pela linguagem, sendo que é na linguagem que se dá a ação, o sentido da coisa, e não mais na consciência de si do pensamento pensante⁷⁶. Conforme Lenio Streck, “a

⁷³ ISAIA, Cristiano Becker. **Processo Civil e Hermenêutica** – Os Fundamentos do Novo CPC e a Necessidade de se Falar em uma Filosofia no Processo. Curitiba: Juruá, 2017. p. 199.

⁷⁴ STRECK, Lenio Luiz. **Hermenêutica Jurídica e(m) Crise**. 11. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2014. p. 281.

⁷⁵ MOTTA, Francisco José Borges. **Levando o Direito a Sério**. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012. p. 186-187

⁷⁶ STRECK, Lenio Luiz. **O que é isto** – decido conforme minha consciência? 3. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012. p. 14.

linguagem é o que está dado e, portanto, não pode ser produto de um sujeito solipsita, que constrói o seu próprio objeto de conhecimento”⁷⁷.

Conforme dito alhures, Heidegger (e posteriormente Gadamer) foram fundamentais para um novo olhar sobre a hermenêutica filosófica ao provocarem a viragem hermenêutica-ontológica. Foi a partir disso que se iniciou o necessário processo de superação dos paradigmas metafísicos objetivistas e subjetivistas (filosofia da consciência), pautando-se pela filosofia da linguagem. Esse rompimento com a filosofia da consciência foi importante a partir de Heidegger e Wittgenstein, sobretudo pelo surgimento da filosofia da linguagem, não sendo mais refém da consciência. A partir dessa superação da metafísica, a linguagem deixa de ser o instrumento de comunicação e passa a ser condição de possibilidade para a compreensão. Essa mudança é chamada de giro linguístico⁷⁸.

A partir do giro linguístico, ocorre a denominada viragem ontológico-linguística⁷⁹, da qual surge o afastamento real do ser solitário, do sujeito solipsista, do jurista que tenta refundar o mundo e o direito a partir de sua concepção individualista do “objeto” (sujeito-objeto). Isso se dá porque a superação da filosofia da consciência dá lugar à filosofia da linguagem. A partir desse deslocamento, o *ego cogito* cede espaço a uma nova forma de percepção e compreensão do mundo, na qual o exercício absoluto da razão individual cede espaço a um novo paradigma.

⁷⁷ STRECK, Lenio Luiz. **Hermenêutica Jurídica e(m) Crise**. 11. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2014. p. 256.

⁷⁸ O rompimento com a metafísica ocorreu no século XX, sendo que, na esteira do que é ensinado por Blanco e citado por Isaia, a “invasão da linguagem deu-se em três frentes: a) a do neopositivismo lógico, que buscava a construção de linguagens ideais, iniciando com a denominação de Círculo Viena, sendo, na década de 20, Schlick e Carnap seus principais protagonistas; b) a filosofia Wittgenstein, em sua segunda fase, principalmente com a obra *Investigação filosófica*, onde o filósofo sustentou que não existe um mundo em si que independa da linguagem, razão pela qual somente há o mundo da linguagem; c) o desenvolvimento da filosofia da linguagem ordinária, cujo principal representante é John Austin, que desenvolveu a dimensão pragmática do discurso ligado a ações coletivas, intersubjetivas, mesclando atos de linguagem e práticas (ações)” (ISAIA, Cristiano Becker. **Processo Civil e Hermenêutica**. Curitiba: Juruá, 2012. p. 200).

⁷⁹ Conforme sintetiza Streck, “a viragem ontológica-linguística é o raiar da nova possibilidade de constituição de sentido. Trata-se da superação do elemento apofântico, com a introdução desse elemento prática que são as estruturas prévias que condicionam e precedem o conhecimento. Assim, a novidade é que o sentido não estará mais na consciência (de si do pensamento pensante), mas, sim, na linguagem, como algo que produzimos e que é condição de nossa possibilidade de estarmos no mundo” (STRECK, Lenio Luiz. **Hermenêutica Jurídica e(m) Crise**. 11. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2014. p. 254.).

É importante transpor a dicotomia entre interpretação e aplicação que permeia a tradição positivista e a teoria pura do direito proposta por Kelsen⁸⁰, crítica da *applicatio*. A alteração fundamental precisa acontecer na compreensão que o próprio intérprete/julgador tem sobre si mesmo e a respeito dos limites filológicos aos quais está sujeito. Assim, o exercício de desvelamento de sentido não se dá dentro dos limites de um vicioso círculo hermenêutico no qual o intérprete/julgador está tomado de pré-juízos acerca do que irá encontrar e, encontrando, contaminando-se pela sua própria limitação de compreensão. Ao contrário: é preciso que o intérprete/julgador tenha consciência de que e o processo de desvelamento perpassa por uma pré-compreensão que não é individual, mas compartilhada por sujeitos que dividem um determinado contexto territorial, histórico, etc. Nesse patamar, rompe-se a dicotomia de interpretação e aplicação, a qual cede espaço a um processo que acontece em um momento único, de compreensão a respeito da resposta ao caso concreto – *applicatio*.

O centro da reflexão, a partir desse momento, não está mais no indivíduo como detentor de uma razão instrumental que o coloca no centro do universo. A apreensão do sentido se desloca da consciência para a uma nova ontologia, que tem na linguagem o seu centro. A verdade, nesse contexto, só pode ser apreendida a partir do desvelamento de sentido, processo que se dá por meio da linguagem, por sua essência, compartilhada. Assim, a hermenêutica filosófica supera a relação sujeito-objeto e coloca o intérprete em um novo *locus*, qual seja: o de pensar o mundo a partir de uma relação sujeito-sujeito.

⁸⁰ Nesse sentido, cabe transcrever a advertência explicitada por Streck: em Kelsen, há uma cisão entre o direito e ciência do direito que irá determinar, de maneira crucial, seu conceito de interpretação. De fato, também a interpretação, em Kelsen, será fruto de uma cisão: interpretação como ato de vontade e interpretação como ato de conhecimento. A interpretação como ato de vontade produz, no momento de sua “aplicação”, normas. A descrição dessas normas de forma objetiva e neutral – interpretação como ato de conhecimento – produz proposições. Devido a característica relativista da moral Kelseniana, as normas – que exsurgem de um ato de vontade – terão sempre um espaço de mobilidade sob o qual se movimentará o intérprete. Esse espaço de movimentação é derivado, exatamente, do problema semântico que existe na aplicação de um signo linguístico – por meio do qual a norma superior se manifesta – aos objetos do mundo concreto – que serão afetados pela criação de uma nova norma. Por outra banda, a interpretação como ato de conhecimento – que descreve, no plano de uma metalinguagem, as normas produzidas pelas autoridades jurídicas – produz proposições que se inter-relacionam de maneira estritamente lógico-foral. Minha preocupação, contudo, não é dar conta dos problemas sistemático que envolvem o projeto kelseniano de ciência jurídica; é explorar e enfrentar o problema lançado por Kelsen e que perdura de modo difuso e, por vezes, inconsciente no imaginário dos juristas: a ideia de discricionariedade do intérprete ou do decisionismo presente na metáfora da “moldura da norma” (STRECK, Lenio Luiz. **Verdade e Consenso**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2014. p. 35).

Sendo assim, como fruto do giro ontológico-linguístico, não há lugar no direito, a partir de um recorte hermenêutico, para decisões pautadas na consciência, em que o juiz intérprete se utiliza do conjunto normativo como se fosse algo sem um sentido prévio, posto à disposição do intérprete para que receba um significado de acordo com sua compreensão subjetiva. Entenda-se, assim, um assujeitamento da norma pelo aplicador. Em outras palavras, o direito não é uma ferramenta atemporal a ser manejada pelo intérprete ao seu bel-prazer. O direito tem uma história, e essa carga histórica que acompanha cada ordenamento jurídico precisa ser apreendida por aqueles que têm a missão de interpretá-lo.

Não se defende (e nem seria razoável defender) que toda a população de um determinado Estado emita opiniões absolutamente coerentes e de acordo com a tradição do ordenamento jurídico pátrio. Por outro lado, quando o nicho a ser observado diz respeito à magistratura, o nível de exigência e comprometimento democrático é outro. E é nesse ponto que a hermenêutica filosófica ganha importância., pois esse modelo de pensamento funciona como uma blindagem ao decisionismo judicial. Não há etapas para a compreensão jurídica. Daqueles incumbidos da função de dizer o direito, deve-se esperar o mais absoluto comprometimento com a historicidade e a tradição do direito. A esses, não pode importar o que pensa a opinião pública e tampouco a opinião publicada, mas tão somente o desvelamento do sentido contido no direito para responder ao caso concreto.

Gadamer foi preciso ao criticar o modelo tradicional de interpretação (cisão metafísica) em três fases (compreensão, interpretação e aplicação), como se fosse possível ao intérprete “retirar” do texto “algo que o texto possui-em-si-mesmo”, como uma espécie de reprodução de sentido posta à disposição⁸¹. Nesse aspecto, Streck afirma:

Compreender é, pois, aplicar. Filosoficamente, ao menos depois da invasão da filosofia pela linguagem, não é possível separar interpretação e aplicação. O sentido não se descola do âmbito da compreensão. Aqui parece não ter sido bem compreendida a tese (central) gadameriana da *applicatio*, pela qual interpretar é aplicar, que sempre aplicamos, que não interpretamos por parte ou etapas e que, enfim, “ em toda leitura tem lugar uma aplicação” (Gadamer). Quando Gadamer diz isso, ele não está se

⁸¹ STRECK, Lenio Luiz. **Hermenêutica Jurídica e(m) Crise**. 11. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2014. p. 276.

referindo à aplicação da lei ou à aplicação judicial. Mais do que isso, a *applicatio* não significa, como poderia pensar, que a aplicação hermenêutica se processa como um bloco homogêneo, como se não houvesse fusão de horizontes, que é feita a partir do círculo hermenêutico⁸².

A proposta da hermenêutica filosófica transcende a racionalidade própria de um modelo de filosofar fundado apenas na capacidade de pensar a partir de si mesmo, com base na razão individualizada. Com a mudança do paradigma, houve um deslocamento desse modelo interpretativo clássico para uma compreensão de que o sentido está na totalidade, e que os processos anteriormente pensados separadamente deveriam agora acontecer ao mesmo tempo⁸³.

Como forma de sintetizar tudo o que aqui foi trazido até o presente momento, cabe socorrer-se na necessária lição do escritor Adalberto Narciso Hommerding quando ele discorre sobre a responsabilidade constitucional que o juiz/intérprete tem de proteger os direitos e garantias fundamentais expressos na Constituição:

O “sentido” desses direitos e garantias fundamentais exsurgirá da pré-compreensão que ele tem da Constituição, não estando à sua disposição a atribuição desse sentido da maneira que bem entender. (...) Não há um relativismo. Não se pode querer dar às coisas um sentido que elas não têm. A palavra não está à disposição do intérprete. É a palavra que o possui (Gadamer). A autoridade da tradição (autêntica), pois, vai dizer ao intérprete que ele não pode dizer “qualquer coisa acerca de qualquer coisa” (Streck),

⁸² STRECK, Lenio Luiz. **Verdade e Consenso**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2014. p. 128.

⁸³ Nas palavras de Bernardo Fernandes, “com Heidegger e Gadamer, resta claro que a compreensão é um existencial (compreender é um compreender-se no mundo) e por isso esse processo sofre sempre uma antecipação de sentido derivado de nossa condição de ser-no-mundo (enquanto seres historicamente situados que somos). Nesse sentido, não há como compreender algo à margem (fora) do conjunto de nossas pré-compreensões. E, nesses termos, qualquer subterfúgio metódico (externo) seria viciado por nós mesmos (por nossas historicidade), ou seja, o método (que nesse sentido sempre chega “atrasado) não nos leva à redenção, não nos leva a conhecer “o pote de ouro atrás do arco íris”; ao contrário, ele “se apresenta como o supremo momento da subjetividade” de uma razão ingenuamente ilimitada e absolutizada. Por isso, Lenio é adepto do giro hermenêutico (ontológico-linguístico) e, com Gadamer, endente o processo de compreensão a partir da consciência de nossa historicidade (da situação hermenêutica em que se encontra o intérprete) e dos efeitos da história (história efetual), do “círculo hermenêutico” e da “fusão e horizonte” (interação circular entre o passado e o presente, ou seja, entre mundo do objeto e o mundo daquele que se propõe conhecê-lo), da “diferença ontológica” do “diálogo” e da “linguisticidade”. Portanto, compreender é sempre um processos de fusão de horizontes e não há, aqui, a clássica cisão entre os momentos de compreensão, interpretação e aplicação (esses não são momentos distintos). A interpretação em Gadamer, é a explicitação do (já)compreendido (ou seja, é a forma explícita de compreensão). Nesses termos, não se compreende primeiramente para depois interpretar e aplicar o compreendido a algo, pois quando compreendemos algo, já estamos aplicando” (FERNANDES, Bernardo Gonçalves. A hermenêutica jurídica na doutrina pátria: as contribuições de Lenio Streck em Verdade e Consenso. In: ROSA, Alexandre Moraes da; TRINDADE, André K.; TASSINARI, Clarissa; SANTOS, Marcio; OLIVEIRA, Rafael Tomaes. **Hermenêutica, Constituição, Decisão Judicial**: Estudos em homenagem ao professor Lenio Luiz Streck. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2016. 365-403 p. 368-369).

uma vez que, como homem, ele desde-já-sempre está inserido em uma tradição (Gadamer). No direito significa dizer que não há como fragmentar o pensamento do jurista e buscar uma uniformidade da interpretação. Cada operador do direito tem “rosto próprio” (Gargani), mas está vinculado não só à sua tradição, mas à tradição imposta pela Constituição. Esta mesma tradição faz com que ele tenha de nomear as coisas como eles são, não podendo criar sentidos que não existam, isto é, que não tenham a ver com a coisa da qual ele fala. A palavra, assim, não experimenta um uso qualquer. O jurista não pode falar qualquer coisa sobre qualquer coisa (repita-se!). Ele tem uma responsabilidade. Não pode, assim, querer inverter, ao seu talante, o sentido do texto. Não pode, pois, efetuar um “deslocamento ideológico do discurso”, dizendo, por exemplo, que “onde está escrito dever não se pode ler obrigação” (Streck). Na tradição constitucional, portanto, os sentidos que ele atribui em cada caso não poderão ser desviantes, destoantes do que o texto constitucional explicita. O juiz deve tomar consciência da história efetual, aproximando a tradição da autoridade e da razão. Essa é sua responsabilidade. A constituição lhe outorgou poder. Porém, a “autoridade” do Judiciário – e portanto sua legitimidade – só será adquirida e reconhecida se esse poder for exercido de forma responsável, autêntica, no sentido da proteção dos direitos e garantias fundamentais⁸⁴.

Com isso, compete sempre ratificar que hermenêutica, nessa linha, não significa que o intérprete pode afirmar qualquer coisa sobre o texto. Pelo contrário: essa hermenêutica é uma garantia contra o arbítrio. Dessa forma portanto, a sentença não se compraz com o sentir do intérprete/juiz, nem mesmo pode ser considerada palco de confissões das suas consciências. Compreender a importância do giro linguístico no âmbito processual penal é também denunciar o juiz solipsista, que não tem mais espaço ante ao constitucionalismo contemporâneo e à adoção do modelo processual acusatório a partir de um constrangimento epistemológico, evitando que a discricionariedade do julgador, inserido que está na sociedade informacional, afaste a essência democrática do ato de decidir.

Conforme Streck, o papel da hermenêutica filosófica é demonstrar que não se interpreta um texto (jurídico) desvinculado da antecipação de sentido que o intérprete tem da Constituição. Isso significa que o magistrado/intérprete deve partir da Constituição para interpretar o direito, e não o contrário. Isso faz com que a hermenêutica deixe de ser metódica e normativa para ser filosófica. Com isso, a linguagem deixa de ser instrumento e veículo de conceitos – não deixando de estar

⁸⁴ HOMMERDING, Adalberto Narciso. **Fundamentos para uma compreensão Hermenêutica do Processo Civil**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007. p. 179.

à disposição do intérprete – para ser a condição de possibilidade da manifestação do sentido⁸⁵.

Por um lado, é evidente que todo o problema vinculado à filosofia da linguagem não é novidade do século XXI. Por outro lado, porém, não se pode ignorar que as mudanças percebidas nas formas de sociabilidade humana foram profundamente alteradas e alavancadas pelo acelerado desenvolvimento das Tecnologias da Informação e da Comunicação (TIC). Esse fenômeno impacta o cenário das decisões judiciais na medida em que os magistrados não são seres alheios a essa realidade. O descompromisso observado nos discursos da opinião pública – e publicada – a respeito dos mais variados temas não pode ser admitido em âmbito judicial. Entretanto, ocorre que muitas vezes as novas Tecnologias da Informação e Comunicação acabam por potencializar essas opiniões, razão pela qual é preciso verificar se as decisões judiciais estão imunes ou impermeáveis a essa influência e em que medida isso se dá.

Está certo que o juiz é um ser-no-mundo. A partir dessa intransponível condição, o compromisso do intérprete/juiz com a hermenêutica filosófica, aplicada ao âmbito da decisão judicial, seria uma forma de blindagem em relação à opinião pública. Ou seja: o respeito à tradição do direito a partir dessa perspectiva, para além da crescente influência que advém do uso das tecnologias, pode ser a garantia de decisões capazes de superar os desafios estabelecidos pelo novo cenário.

A relação entre a possível blindagem do intérprete na atribuição de sentidos que despistem a abrangência dos direitos e garantias fundamentais seria afiançada pela hermenêutica filosófica no âmbito das decisões processuais penais, e a possível influência advinda de um novo modelo de sociedade moldado pelo desenvolvimento das Tecnologias da Informação e Comunicação merece uma análise mais aprofundada.

⁸⁵ STRECK, Lenio Luiz. **Hermenêutica Jurídica e(m) Crise**. 11. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2014. p. 305.

2.3 O ALCANCE PROCESSUAL DOS DISCURSOS PROLIFERADOS NA SOCIEDADE EM REDE: A METÁFORA DO JUIZ INTERNAUTA E O PONTO ZERO INTERPRETATIVO

A partir da compreensão de que com a superação da filosofia da consciência não há lugar para concepções e atribuições de sentido desvinculadas da linguagem, é possível constatar a importância disso na construção do próprio direito enquanto mecanismo de consolidação democrática. Conforme dito anteriormente, a filosofia da linguagem impede que as atribuições de sentido sejam fruto meramente da consciência do intérprete, não havendo portanto, grau zero de sentido.

Isso tem implicações, sobretudo, no campo decisório. Compreender a interpretação enquanto linguagem possibilita uma atribuição de sentidos pela própria comunidade, reduzindo o espaço da consciência do intérprete e aumentando o cariz democrático. Em decisões judiciais, essa importância toma contornos ainda mais significativos, mormente pela relevância democrática proveniente do ato de julgar e de como esse ato pode ser palco de decisões solipsistas e desvinculadas democraticamente da própria Constituição. Dada a relevância dessa análise, destinar-se-á um capítulo próprio para discorrer acerca da teoria da decisão.

Compreender isso, passa, necessariamente, por identificar quem é o juiz da sociedade atual (da sociedade em rede). Isso porque, como fruto de uma mudança significativa operacionalizada pelos meios de comunicação, a sociedade atual passou a ser reformulada sobretudo pelo aporte da internet, o que não somente possibilitou mecanismos democráticos de acesso ao conhecimento, mas modificou a vida das pessoas em todos os níveis, desde a possibilidade de produzir informações até a construção de opiniões sobre tudo. Tanto é verdade que Bauman vai sintetizar a sociedade a partir da necessidade de exposição, de fala, de opinião, que nada mais é do que uma das grandes facetas do surgimento das redes sociais virtuais⁸⁶.

⁸⁶ Nas palavras do autor: “A área da privacidade transforma-se num lugar de encarceramento, sendo o dono do espaço privado condenado e sentenciado a padecer expiando os próprios erros; forçado a uma condição marcada pela ausência de ouvintes ávidos por extrair e remover os segredos que se ocultam por trás das trincheiras da privacidade, por exibi-los publicamente e torna-los propriedade comum de todos, que todos desejam compartilhar. Parece que não sentimentos nenhum prazer em ter segredos, a menos que sejam do tipo capaz de reforçar nossos egos atraindo a atenção de pesquisadores e de editores de talk shows televisivos, das primeiras páginas dos tabloides e das capas das revistas atraentes e superficiais. No cerne das redes sociais há um intercâmbio de informações pessoais. Os usuários sentem-se felizes por revelar detalhes íntimos de suas vidas

O advento da internet⁸⁷ constituiu uma importante ferramenta para a revolução que eclodiu na sociedade atual, denominada de era da informação (CASTELLS)⁸⁸. A internet, dessa forma, consiste em um mecanismo que acabou por facilitar inúmeros aspectos na vida em sociedade, pois propiciou facilidade ao alcance das informações e ofereceu um contato facilitado entre os internautas. Esse ambiente oferece ao usuário a condição de interlocutor, possibilitando a manifestação e a transmissão de suas ideias, suas críticas e seus ideais.

Manuel Castells, na abertura de sua obra denominada *A galáxia da Internet* estabelece que,

[...] a internet é o tecido de nossas vidas. Se a tecnologia da informação é hoje o que a eletricidade foi na Era Industrial, em nossa época a Internet poderia ser equiparada tanto a uma rede elétrica quanto ao motor elétrico, em razão de sua capacidade de distribuir a força da informação por todo o domínio da atividade humana. Ademais, à medida que novas tecnologias de geração e distribuição de energia tornaram possível a fábrica e a grande corporação como os fundamentos organizacionais da sociedade industrial, a Internet passou a ser a base tecnológica para a forma de organização da Era da Informação: a rede^{89 90}.

personais, postar informações precisas e compartilhar fotos” (BAUMAN, Zygmunt. **Vigilância Líquida**. Rio de Janeiro: Zahar, 2013. p. 34).

⁸⁷ “A internet nasceu em 1969, nos Estados Unidos. Seu nome original era ARPA (Advanced Research Projects Agency). Criada na época da Guerra Fria, a ARPA era uma rede do departamento de defesa norte-americano que tinha por função interligar centros de pesquisas. A internet foi concebida como uma rede sem um ponto de comando central único e essa construção permite que ela continue ativa mesmo em caso de suspensão nas comunicações de alguns de seus centros. Todos os pontos da rede têm o mesmo poder de comunicação. [...] A WWW (World Wide Web), nascida em 1991, corresponde à parte da Internet construída a partir de princípios do hipertexto. A WWW foi desenvolvida por Tim Berners-Lee, que trabalhava para o CERN, um laboratório de pesquisas europeu sediado na Suíça. A Web baseia-se numa interface gráfica e permite o acesso a dados diversos (textos, músicas, sons, animações, filmes, etc.) através de um simples “clique” do mouse. Devido à facilidade que sua interface oferece, a Web vem crescendo de uma forma vertiginosa. Antes da WWW, era necessário conhecer comandos UNIX para ‘acessar’ a Internet” (LEÃO, Lúcia. **O labirinto da hipermídia: arquitetura e navegação no ciberespaço**. 2. ed. São Paulo: Iluminuras, 2001. p. 22-23).

⁸⁸ CASTELLS, Manuel. **A Era da Informação**: economia, sociedade e cultura. v. 3. São Paulo: Paz e terra, 1999. p. 411.

⁸⁹ CASTELLS, Manuel. **A galáxia da internet**: reflexões sobre a internet, os negócios e a sociedade. Rio de Janeiro: Zahar, 2003. p. 7.

⁹⁰ Nesse mesmo sentido, Dênis Moraes sustenta: “A internet não é apenas uma ferramenta tecnológica, mas uma revolução pragmática: “A Internet não é simplesmente uma tecnologia; é o meio de comunicação que constitui a forma organizativa das sociedades; é o equivalente ao que foi a fábrica ou a grande incorporação na era industrial”. A Internet é o coração de um novo paradigma sócio técnico, que constitui na realidade a base material da vida e das formas de relação de trabalho e de comunicação. O que a Internet faz é processar a virtualidade e transformá-la em realidade, constituindo a sociedade em rede, que é a sociedade em que se vive” (MORAES, Dênis de. **Por uma outra comunicação**: Mídia, Mundialização Cultura e Poder. Rio De Janeiro. Record, 2005. p. 67).

Contemporaneamente, portanto, a internet apresenta-se como um novo paradigma do contexto social, um novo meio de comunicação, de informação e de convívio que permite a comunicação de muitos com muitos em escala global, graças à existência das Tecnologias de Informação e Comunicação (TIC). Em outras palavras, a internet é causa e efeito de uma profunda transformação na sociedade que acabou por desencadear a formação de uma nova organização social, a qual é chamada pelo sociólogo Castells de sociedade em rede⁹¹.

Nosso mundo, e nossa vida, vêm sendo moldados pelas tendências conflitantes da globalização e da identidade. A revolução da tecnologia da informação e reestruturação do capitalismo introduziram uma nova forma de sociedade, a sociedade em rede. Essa sociedade é caracterizada pela globalização das atividades econômicas decisivas do ponto de vista estratégico; por sua forma de organização em redes, pela flexibilidade e instabilidade do emprego e a individualização da mão-de-obra. Por uma cultura de virtualidade real construída a partir de um sistema de mídia onipresente, interligado e altamente diversificado. E pela transformação das bases materiais da vida – o tempo e o espaço – mediante a criação de um espaço de fluxos e de um tempo intemporal como expressões das atividades e elites dominantes⁹².

Nesse viés, a era da internet foi aclamada por Castells como o fim da geografia. Isso se dá pelo fato de a internet ter uma geografia própria, feita de redes que processam o fluxo de informação gerado e administrado a partir de todos e de quaisquer lugares.⁹³ Como afirmam Valéria Nascimento e Márcio Rodrigues, a sociedade em rede “constitui um enlace de vários interesses relacionados

⁹¹ Castells, ao definir a sociedade em rede, em termos simples, faz da seguinte forma: “é uma estrutura social baseada em redes operadas por tecnologias de comunicação e informação fundamentadas na microelectrónica e em redes digitais de computadores que geram, processam e distribuem informação a partir de conhecimento acumulado nos nós dessas redes. A rede é a estrutura formal (vide Monge e Contractor, 2004). É um sistema de nós interligados. E os nós são, em linguagem formal, os pontos onde a curva se intersecta a si própria. As redes são estruturas abertas que evoluem acrescentando ou removendo nós de acordo com as mudanças necessárias dos programas que conseguem atingir os objetivos de performance para a rede. Estes programas são decididos socialmente fora da rede mas a partir do momento em que são inscritos na lógica da rede, a rede vai seguir eficientemente essas instruções, acrescentando, apagando e reconfigurando, até que um novo programa substitua ou modifique os códigos que comandam esse sistema operativo.” (CASTELLS, Manuel. *A Sociedade em Rede: do conhecimento à Política*. In: CASTELLS, Manuel; CARDOSO, Gustavo (Org.). **A Sociedade em Rede** – do conhecimento à ação Política. Lisboa: Imprensa Nacional - Casa da Moeda, 2005, 17-30, p. 28. Disponível em: <http://www.egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/anexos/a_sociedade_em_rede__do_conhecimento_a_acao_politica.pdf>. Acesso em: 4 dez. 2017).

⁹² CASTELLS, Manuel. **O poder da identidade – A era da informação: economia, sociedade e cultura**. v. 2. Trad. Klauss Brandini Gerhardt. 2. ed. São Paulo: Paz e Terra Ltda. 1999. p. 17.

⁹³ CASTELLS, Manuel. **A galáxia da internet: reflexões sobre a internet, os negócios e a sociedade**. Rio de Janeiro: Zahar, 2003. p. 170.

diretamente com várias tecnologias, permitindo a comunicação, em tempo real, entre pessoas e grupos, independentemente da sua localização geográfica.”⁹⁴ Nesse aspecto, ainda é importante mencionar a seguinte afirmação de Castells: “nós todos estamos na sociedade em rede, apesar de nem todos, nem todas as coisas estarem incluídas nas redes”⁹⁵.

A sociedade em rede se constrói no ambiente das relações virtuais enquanto um novo meio para socialização graças à liberdade propiciada pelas redes de internet, que possibilitam a comunicação livre e globalizada. Conforme Jânia Saldanha, “a Internet, no século em curso, é o grande veículo por meio do qual os seres humanos comunicam-se. [...] aqueles que transitam por esse meio são desde logo tocados pelo cenário das relações imediatas, assim destemporalizadas e desespacializadas”⁹⁶.

Ao pensar sobre a socialização promovida pela internet, Castells assinala que alguns estudos de diferentes sociedades apontam que a maior parte dos internautas são mais sociáveis, têm mais amigos e contatos e são social e politicamente mais ativos do que os não internautas. Além disso, quanto mais os internautas usam a internet, mais se envolvem, simultaneamente, em interações, face a face em todas as esferas das suas vidas. Da mesma maneira, as novas formas de comunicação sem fio, como o celular, fazem aumentar substancialmente a sociabilidade – em particular, de grupos mais jovens da população. Em consequência disso, a sociedade em rede é rotulada por Castells como “hipersocial”, longe de ser uma sociedade de isolamento⁹⁷.

⁹⁴ NASCIMENTO, Valéria Ribas do; RODRIGUES, Márcio Shorm. A Sociedade Informacional em Xequê. In: OLIVEIRA, Rafael Santos de; BUDÓ, Marília (Orgs.). **Mídia e Direitos da Sociedade em Rede**. Ijuí: Unijui, 2014. p. 162.

⁹⁵ CASTELLS, Manuel. **A Sociedade em Rede: do conhecimento à Política**. In: CASTELLS, Manuel; CARDOSO, Gustavo. (Orgs.). **A Sociedade em Rede – do conhecimento à acção Política**. Lisboa: Imprensa Nacional - Casa da Moeda, 2005, 17-30, p. 22. Disponível em: <http://www.egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/anexos/a_sociedade_em_rede_do_conhecimento_a_acao_politica.pdf>. Acesso em: 4 dez. 2017.

⁹⁶ SALDANHA, Jânia Maria Lopes. Os desafios do “Império Cibernético” na Era da Aceleração e da Informação. In: TYBUSCH, Jerônimo Siqueira; ARAUJO, Luiz Ernani Bonesso de; SILVA, Rosane Leal da (Orgs.). **Direitos Emergentes Na sociedade Global – Anuário do Programa de Pós-Graduação em Direito da UFSM**. Ijuí: Uninjuí, 2013. 173-219. p. 198.

⁹⁷ CASTELLS, Manuel. A Sociedade em Rede: do conhecimento à Política. In: CASTELLS, Manuel. CARDOSO, Gustavo (Org.) **A Sociedade em Rede – do conhecimento à acção Política**. Lisboa: Imprensa Nacional - Casa da Moeda, 2005, 17-30, p. 19. Disponível em: <http://www.egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/anexos/a_sociedade_em_rede__do_conhecimento_a_acao_politica.pdf>. Acesso em: 4 dez. 2017.

Outro fator propiciado pela internet e concretizado pela sociedade em rede é o fato de que na internet todos têm seu espaço. Qualquer usuário se torna proprietário de uma parcela desse infinito ambiente virtual, o que, conforme Pierre Levy, ocorre porque a internet,

[...] como se trata de um espaço não-territorial, a superfície não é um recurso escasso. Os que ocupam muito espaço na Internet não tiram nada dos outros. Há sempre mais lugar. Haverá lugar para todo o mundo, todas as culturas, todas as singularidades, indefinidamente. Constitui-se neste início do século XXI uma Terra de símbolos sem império possível, aberta a todos os ventos do sentido, uma geografia movediça de ares paradoxais que sobrevoa e, a partir de agora, governa os territórios políticos⁹⁸.

A internet, além de ter promovido a socialização por meio das redes, tem como uma de suas características centrais a transformação da área de comunicação e informação, incluindo as mídias tradicionais⁹⁹. Dessa forma, Castells entende que esse novo sistema de comunicação concebido pela sociedade em rede pode ser definido por três grandes tendências,

(1) a comunicação é em grande medida organizada em torno dos negócios de mídia aglomerados que são globais e locais simultaneamente, e que incluem a televisão, a rádio, a imprensa escrita, a produção audiovisual, a publicação editorial, a indústria discográfica e a distribuição, e as empresas comerciais on-line. Estes aglomerados estão ligados às empresas de mídia em todo o mundo, sob diferentes formas de parceria, enquanto se envolvem, no mesmo tempo, em ferozes competições. A comunicação é simultaneamente global e local, genérica e especializada, dependente de mercados e de produtos.

(2) O sistema de comunicação está cada vez mais digitalizado e gradualmente mais interativo. A concentração do negócio não significa que exista um processo comunicativo unificado e unidireccional. As sociedades têm vindo a movimentar-se de um sistema de *mass média* para um sistema multimídia especializado e fragmentado, em que as audiências são cada vez mais segmentadas. Como o sistema é diversificado e flexível, é cada vez mais inclusivo de todas as mensagens enviadas na sociedade. Por outras palavras, a maleabilidade tecnológica dos novos meios permite uma muito maior integração de todas as fontes de comunicação no mesmo hipertexto. Logo, a comunicação digital tornou-se menos organizada

⁹⁸ LÉVY, Pierre. **A conexão planetária**. O Mercado, o ciberespaço, a consciência. Tradução de Maria Lucia Homem e Ronaldo Entler. São Paulo: Editora 34, 2001. p. 141.

⁹⁹ Sobre isso, Cardoso explica que “as tecnologias de comunicação e informação, na sociedade em rede, não se substituem umas às outras, pelo contrário, criam ligações entre si. A televisão comunica-se com a internet, com os SMS ou com o telefones. Como também a internet oferece conectividade com todos os meios de comunicação em massa, telefones e milhares de endereços e páginas pessoais e institucionais da web. Essa rede de tecnologia não é o mero produto de uma convergência tecnológica, mas sim de uma forma de organização social criada por quem faz uso” (CARDOSO, Gustavo. **A Mídia na Sociedade em rede**: filtros, vitrines, notícias. Rio de Janeiro: FGV, 2007. p. 32).

centralmente, mas absorve na sua lógica uma parte crescente da comunicação social.

(3) Com a difusão da sociedade em rede, e com a expansão das redes de novas tecnologias de comunicação, dá-se uma explosão de redes horizontais de comunicação, bastante independentes do negócio dos media e dos governos, o que permite a emergência daquilo a que chamei comunicação de massa autocomandada. É comunicação de massas porque é difundida em toda a Internet, podendo potencialmente chegar a todo o planeta. É autocomandada porque geralmente é iniciada por indivíduos ou grupos, por eles próprios, sem a mediação do sistema de media. A explosão de blogues, vlogues (vídeo-blogues), podding, streaming e outras formas de interactividade. A comunicação entre computadores criou um novo sistema de redes de comunicação global e horizontal que, pela primeira vez na história, permite que as pessoas comuniquem umas com as outras sem utilizar os canais criados pelas instituições da sociedade para a comunicação socializante¹⁰⁰.

Essa nova forma de sociedade, com certeza, representou um avanço bastante significativo ao alterar radicalmente o quadro informacional e comunicacional. Isso foi possível graças à existência dessas Tecnologias de Informação e Comunicação (TIC), as quais permitem que o conteúdo disponibilizado na rede seja descentralizado e democratizado, além de possibilitar uma interação social mundial¹⁰¹ ao ignorar as fronteiras temporais e espaciais.

Um dos reflexos dessa sociedade é a promoção de debates a respeito de opiniões, ideais, informações, enfim, dos mais diversos assuntos que rondam a sociedade real e virtual.¹⁰² Nesse aspecto, como afirma Rosane Leal, em nenhum

¹⁰⁰ CASTELLS, Manuel. A Sociedade em Rede: do conhecimento à Política. In: CASTELLS, Manuel. CARDOSO, Gustavo (Org.) **A Sociedade em Rede** – do conhecimento à acção Política. Lisboa: Imprensa Nacional - Casa da Moeda, 2005, 17-30, p. 20. Disponível em: <http://www.egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/anexos/a_sociedade_em_rede__do_conhecimento_a_acao_politica.pdf>. Acesso em: 4 dez. 2017.

¹⁰¹ Cabe considerar, em sentido contrário a essa afirmação em que Paul Virilio aponta reflexos negativos da internet e das novas tecnologias na sociedade civil, estabelecendo que a internet consiste na melhor e na pior coisa do mundo: “O progresso de uma comunicação sem limites ou quase sem limites e o desastre, a colisão, mais dia menos dia, desse Titanic da navegação virtual com um iceberg”. Fruto de uma ilusão “Tecno-sófica” contemporânea do fim da guerra como “fim da história, a cibernética da rede das redes é menos uma técnica que um sistema – um tecnossistema de comunicação estratégica que traz consigo o risco sistêmico de uma reação em cadeia dos estragos, logo que a mundialização se tornar efetiva” (VIRILIO, Paul. **A Bomba Informática**. São Paulo: Estação Liberdade, 1999. p. 105). Vale ressaltar ainda que Gonçalves, de forma crítica, aponta alguns riscos específicos da internet. Nas palavras da autora, “o ciberespaço põe em risco a vida privada e as liberdades públicas de duas maneiras principais: pela acumulação de informações e dados pessoais, que se tornam mais facilmente acessíveis na rede, e pela possibilidade de interceptação ilícita das comunicações privadas” (GONÇALVES, Maria Eduarda. **Direito da Informação** – Novos direitos e formas de regulação na sociedade da informação. Coimbra: Almedina, 2003. p. 173).

¹⁰² Para Castells, a era da informação que vivemos graças ao advento da internet, criou uma cultura da virtualidade real. O próprio autor explica que é virtual porque está construída principalmente por meio de processos virtuais de comunicação de base eletrônica. É real (e não imaginária) porque é a

momento histórico foi tão fácil se expressar e, livremente, manifestar o pensamento, produzir e publicar conteúdos, potencializando e ampliando o próprio conceito do direito fundamental da livre manifestação do pensamento, previsto no artigo 5, inciso IV da Constituição Federal¹⁰³.

Nessa toada, readquirem relevância as liberdades de expressão e de comunicação, considerando a qualidade de rede global aberta, por princípio, a qualquer cidadão¹⁰⁴. Vista como um instrumento facilitador da promoção da liberdade de expressão, da manifestação de pensamento e da liberdade de imprensa, a internet tornou-se o palco principal para debates sobre questões e problemas sociais. Isso é admitido por Rafael de Oliveira e Letícia Rodegheri, ao afirmarem que “a rede proporcionou uma verdadeira revolução em termos de comunicação e de liberdade de expressão, pois é uma plataforma útil, atrativa e de fácil acesso que permite, também, a discussão de questões sociais, locais ou mundiais¹⁰⁵.”

Nesse sentido, é importante ressaltar o impulso propiciado pela internet às novas mídias, como sustenta Oliveira:

Recentemente as novas mídias passaram a desempenhar um papel ainda mais importante para o desenvolvimento de uma consciência do papel da participação democrática e cidadã na vida social. Dentre essas mudanças constata-se que a crescentes inserção das novas tecnologias informacionais no cotidiano da sociedade vem propiciando transformações no exercício do direito de livre expressão do pensamento. Enquanto por muito tempo as manifestações pessoais e coletivas acerca de fatos sociais e políticos somente poderiam ganhar repercussão efetiva quando reproduzidas pela grande mídia, atualmente essa situação encontra-se em processo de significativa mudança¹⁰⁶.

nossa realidade fundamental, a base material com que vivemos a nossa existência, construímos os nossos sistemas de representação, fazemos o nosso trabalho, nos relacionamos com os outros, obtemos informações, formamos opinião, atuamos politicamente e alimentamos os nossos sonhos. Essa virtualidade é nossa realidade (CASTELLS, Manuel. **A galáxia da internet: reflexões sobre a internet, os negócios e a sociedade**. Rio de Janeiro: Zahar, 2003).

¹⁰³ SILVA, Rosane Leal da. Liberdade de Expressão e Comunicação X Justa Causa. In: TYBUSCH, Jerônimo Siqueira; ARAUJO, Luiz Ernani Bonesso de; SILVA, Rosane Leal da (Orgs.). **Direitos Emergentes Na sociedade Global** – Anuário do Programa de Pós-Graduação em Direito da UFSM. Ijuí: Uninjuí, 2013. 435 - 472. p. 443.

¹⁰⁴ GONÇALVES, Maria Eduarda. **Direito da Informação** – Novos direitos e formas de regulação na sociedade da informação. Coimbra: Almedina, 2003. p. 11.

¹⁰⁵ OLIVEIRA, Rafael Santos; RODEGHERI, Letícia Bodanese. A utilização da Internet e a Construção da Ciberdemocracia no Brasil. In: OLIVEIRA, Rafael; BUDÓ, Marília (Orgs.). **Mídia e Direitos da Sociedade em Rede**. Ijuí: Unijui, 2014. 199-225. p. 201.

¹⁰⁶ OLIVEIRA, Rafael. Dos primórdios da Internet à Blogosfera: implicações das mudanças nos fluxos informacionais na sociedade em rede. In: TYBUSCH, Jerônimo Siqueira; ARAUJO, Luis Ernani

Nesse âmbito, a internet deve ser encarada, simultaneamente, como um meio de comunicação e informação de massa¹⁰⁷ e/ou particular entre indivíduos. Isso resulta em um espaço onde existem, concomitantemente, conteúdos promovidos pelas mídias tradicionais (canais de TV, rádios, revistas e jornais que migraram para as redes da internet), por canais exclusivamente *online* e pelos simples usuários da internet, além, é claro, de conteúdos resultantes da interação entre esse conjunto atores cibernéticos, por assim dizer. Dessa forma, criou-se um ambiente onde é possível discutir a respeito de tudo. Basta querer e estar conectado.

Assim, no que tange aos conteúdos discutidos na sociedade em rede, o que mais interessa especificamente para amarração teórica proposta e desenvolvida neste trabalho são as questões penais e processuais penais, tratadas em forma de notícia pelas grandes redes de comunicação (nas suas plataformas digitais e nas suas mídias tradicionais) e comentadas, compartilhadas e “julgadas” por usuários comuns. Enfim, a sedimentação de um maniqueísmo social e digital relacionado às decisões processuais penais.

Grande parte dos comentários feitos por usuários individuais a partir de notícias envolvendo a matéria penal culminam em discursos extremados e revoltados, os quais exigem e sugerem um alto grau de punitivismo, transformando a sociedade em rede em uma espécie de fogueira inquisitória digital ou, mais recentemente, em uma Auschwitz digital. Isso para dizer que a internet, a partir de notícias e comentários sobre determinados crimes, mais lembra o tempo de caça às bruxas da Inquisição ou o odioso tempo do nazismo alemão em que os judeus sofriam nos campos de concentração, devido aos discursos que são proliferados nesse ambiente digital.

Sem o mínimo de conhecimento específico sobre o direito e seus contornos processuais e constitucionais, alguns usuários, com olhares restritivamente dicotômicos (na perspectiva da existência de pessoas do bem e mal), acabam

Bonesso de; DA SILVA, Rosane Leal (Org.) **Direitos Emergentes na Sociedade Global**. Anuário do Programa de Pós-Graduação em Direito da UFSM. Ijuí: Unijuí, 2013. 321- 351. p. 323.

¹⁰⁷ Nesse sentido, não se desconhece que, para alguns autores, a internet não é considerada como um meio de comunicação de massa. Para Wolton, por exemplo, comunicação de massa pressupõe difusão simultânea generalizada para uma grande audiência, tal como acontece com uma televisão ou jornal em caráter generalista, fundamentados em uma concepção prévia do público-alvo. Algo que a internet, na sua opinião não detém, sendo assim um sistema de informação e não um meio de comunicação social (WOLTON, Dominique. **Pensar a comunicação**. Lisboa: Presença, 2001).

conclamando, julgando e cobrando do judiciário o enfraquecimento de garantias processuais e constitucionais para o julgamento do outro – aquele que está sendo acusado, julgado e condenado pelo cometimento de determinado crime. Gomes, nesse sentido, refere que

[...] as reações sociais vêm se restringindo a exigências de endurecimento de penas, de celeridade dos processos judiciais, de condenações rigorosas e exemplares, e de aparelhamento material de algumas agências formais de controle, especialmente a polícia¹⁰⁸.

Nesse aspecto, há uma charge disponível na internet que representa exatamente o que se constata dos discursos que se proliferam na sociedade em rede:

Figura 1 – “Facebook tornando as pessoas juízes de direito”



Fonte: RealFunny.

Disponível em: <<http://realfunny.net/picture-2677-facebook-has-done-a-great-job-turning-people-into-judges-.html>>. Acesso em: 2 dez. 2017.

A Figura 1 representa uma sociedade em rede composta por pessoas de vários níveis de conhecimento e formação que, por vezes, vestem a toga digital do

¹⁰⁸ GOMES, Marcus Alan. **Mídia e Sistema Penal**: As distorções da criminalização nos meios de comunicação. Rio de Janeiro: Revan, 2015. p. 92.

jugador, convertendo-se em “juízes” (inquisidores) internautas que transformam indícios em provas, investigação em julgamento definitivo, presunção de inocência em um “pó” fácil de ser varrido pra debaixo do tapete, enfim: exterminam qualquer direito e garantia processual.

É claro que não se desconhece que esses discursos extremados postados na internet existem muito devido ao aumento desastroso de índices de violência no Brasil ano após ano. Esse aumento da violência se dá por inúmeros motivos, dentre os quais estão a insuficiência das políticas públicas e a incapacidade governamental daqueles que estão no poder¹⁰⁹. Entretanto, a população, por desconhecimento do modelo jurídico brasileiro e especialmente impulsionada pela mídia (digital ou não), além de julgar as pessoas envolvidas nas notícias – em uma “confusão democrática” – enxerga e cobra do poder judiciário a salvação dos problemas atrelados à violência, à corrupção, à segurança pública, entre outros assuntos que assolam a sociedade^{110 111}.

Nesse aspecto, como exemplo do impulsionamento feito pela mídia, a *Revista Veja*¹¹², em algumas de suas edições, estampou na capa da revista a figura do juiz Sérgio Moro com legendas e representações que transmitem a ideia de que o magistrado responsável pelo julgamento de alguns dos acusados por corrupção e lavagem de dinheiro na “Operação Lava Jato” é um herói nacional. Isso é possível

¹⁰⁹ Esse assunto não será tema do presente trabalho. Sobre os índices e causas da violência ver: <<http://www.ipea.gov.br/atlasviolencia/>>. Acesso em: mai. 2018.

¹¹⁰ Como afirma Clarrisa Tassinari, “o mundo passa por período caracterizado pela construção de um imaginário em que a credibilidade para decidir questões fulcrais da sociedade é depositada no judiciário” (TASSINARI, Clarissa. **Jurisdição e Ativismo Judicial** – Limites da atuação do Judiciário. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013. p. 49).

¹¹¹ Sabadell alerta sobre o desconhecimento populacional a respeito do sistema jurídico: “a maior parte dos cidadãos possui uma imagem parcial e incompleta sobre o sistema jurídico e, dessa forma, as respostas não refletem um conhecimento ou uma realidade do direito, mas somente uma opinião confusa e ideológica. A pessoa comum não possui conhecimento suficiente para analisar, por exemplo, se a Justiça combate eficientemente a criminalidade ou se os juízes são imparciais. Se for perguntado, o cidadão tentará generalizar em base às poucas experiências pessoais e, sobretudo, repetindo a opinião veiculada pela mídia, que dá particular destaque aos problemas e escândalos (exemplo: “corrupção de juízes”) e nunca noticia o cotidiano normal do sistema jurídico” (SABADELL, Ana Lucia. **Manual de Sociologia Jurídica**: introdução a uma leitura externa do direito. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. p. 134).

¹¹² *Veja* é a revista de maior circulação no Brasil, sendo a quarta maior revista semanal de informação do mundo. Sua tiragem é de cerca de um milhão e cem mil exemplares, sendo que o número de leitores gira em torno de 8 milhões e 800 mil, levando em consideração sua disponibilização online. (CARDOSO, Jaqueline Torres. **A participação das fontes que representam o sistema jurídico na construção do caso Isabella**: uma análise das revistas época, Isto É e Veja. Dissertação (Mestrado em Ciências da Comunicação) – Universidade do Vale do Rio dos Sinos, São Leopoldo, 2010. p. 34.

vislumbrar, por exemplo, na edição especial “Retrospectiva 2015” e na edição de maio de 2017.

Figuras 2 e 3 – Capas da Revista Veja



Fontes: Veja.

Disponíveis em: <<https://veja.abril.com.br/edicoes-veja/>>. Acesso em: 2 dez. 2017.

A imagem tratando o juiz como um herói desvirtua a real essência da toga. Isso porque, de acordo com a lição de Luiz Paulo Germano, os magistrados não foram concebidos para se tornarem ídolos, heróis ou combatentes, mas sim para contemplar o direito em toda e qualquer situação de maneira imparcial. Além disso, o autor considera que não é condizente a imagem do juiz com a figura de um justiceiro¹¹³ – conclusão que deveria parecer óbvia na sociedade brasileira, mas não é o que acontece.

É possível também evidenciar o heroísmo outorgado aos juízes – materializado na pessoa do juiz Sérgio Moro – nos desfiles de carnaval, onde alguns participantes da festa se vestiam com fantasias que referenciavam o magistrado e outros se adornavam com roupas de super-heróis com a frase “Super-Moro”.

¹¹³ GERMANO, Luiz Paulo. **O Juiz e a Mídia**. São Leopoldo: Unisinos. 2012. p. 117.

Figuras 4 e 5 – Notícias envolvendo fantasias carnavalescas e boneco de Olinda em referência ao juiz Sérgio Moro



Fontes: Extra e Folha.

Disponíveis em: <<https://extra.globo.com/noticias/carnaval/fantasia-de-super-moro-chega-as-lojas-para-carnaval-carioca-20927984.html>> e <<http://www1.folha.uol.com.br/cotidiano/2017/02/1862473-fantasia-e-discursos-do-carnaval-miram-de-lava-jato-a-temer.shtml>>. Acesso em: 2 dez. 2017.

No país do carnaval, sobrou alegoria mas faltou constitucionalismo. O desconhecimento do necessário distanciamento entre o magistrado e o “heroísmo” fez com que o protagonismo judicial, tão maléfico, fosse engrandecido nas ruas em vez de ser resistido, dada sua corrosiva consequência ao Estado de Direito.

A confusão existente entre a toga do magistrado e a capa de super-herói não surgiu com o juiz federal Sergio Moro. No Brasil, antes mesmo de ser deflagrada a “Operação Lava-Jato”, os brasileiros já se encantavam com o Ministro Joaquim Barbosa, sobretudo com o processo do mensalão (Ação Penal 470), reconhecendo nele a figura de um herói nacional no combate à corrupção¹¹⁴.

¹¹⁴ Nesse sentido, importante perceber a coluna do jornalista Augusto Nunes, da Revista Veja, com o título “O relator do processo do mensalão circula na internet com status de herói nacional”. Disponível em: <<https://veja.abril.com.br/blog/augusto-nunes/o-relator-do-processo-do-mensalao-circula-na-internet-com-status-de-heroi-nacional/>>. Acesso em: 13 jan. 2018.

Figuras 6 e 7 – Capas de Revistas estampadas pelo Ministro Joaquim Barbosa



Fontes: Veja e Época.

Disponíveis em: <<https://veja.abril.com.br/blog/reinaldo/a-mae-de-joaquim-barbosa-tambem-nasceu-analfabeta-e-nao-deu-a-luz-um-messias-de-araque>> e <<https://epoca.globo.com/tempo/noticia/2013/06/capas-de-epoca.html>>.

Com o julgamento do processo do mensalão (maior escândalo envolvendo compra de votos de parlamentares à época), a figura do Ministro Joaquim Barbosa acabou crescendo no senso comum e colecionando aparições em diversas mídias tradicionais. Nas entrelinhas, debatia-se, inclusive, sua possível candidatura ao Planalto.

Casos como esses, ancorados pelas grandes mídias, acabam por corroborar o fortalecimento e a importância que Poder Judiciário e seus julgadores vêm alcançando ao longo dos anos. Além disso, acabam por alçar o cargo de julgador a um patamar de “salvador” da pátria. Isso se deve muito ao desconhecimento jurídico da população (por vezes, também midiático), que passa a enxergar, nos juízes, a solução de todos os problemas e a cobrar do Judiciário, intermitentemente, posturas mais punitivistas. No entanto, é tão evidente o fortalecimento da figura do magistrado enquanto justiceiro, que é possível vislumbrar a confusão que acaba ocorrendo na população, que deixa de enxergar no direito a solução para suas principais demandas, concentrando na pessoa do juiz a possibilidade de se ter uma decisão a seu favor. Tanto é assim, que representantes da categoria dos taxistas de

diversos estados foram até a cidade de Curitiba-PR encontrar o juiz Sérgio Moro para protestar e entregar um dossiê contra o aplicativo Uber¹¹⁵.

O que a mídia e a sociedade deixam transparecer com esse tipo de atitude é o desejo por um juiz Hércules, da forma posta por François Ost¹¹⁶. Um juiz refém da sua consciência, calcado em discricionariedade, que está presente em todas as frentes e que seria a única fonte do direito válido. Aliás, o juiz Herculano de Ost é uma espécie de engenheiro social. Nas palavras de Ost:

Hércules está presente en todos los frentes, decide e incluso aplica normas como lo hacía su predecesor que se amparaba en la sombra del código; pero también lleva a cabo otros trabajos. En el precontencioso aconseja, orienta, previene; en el postencioso sigue la evolución del dossier, adapta sus decisiones al grado de circunstancias y necesidades, controla lá aplicación de las penas. El juez jupiterino era un hombre de ley; respecto a él, hércules de desdobra en ingeniero social.

É bem verdade que esses discursos punitivistas sempre existiram na sociedade, fluindo por todos os lados do mundo. A ritualização dos castigos e os primitivos procedimentos processuais da Inquisição são prova disso. Ocorre que a partir da internet, tida como um meio poderoso de Tecnologia de Informação e Comunicação (TIC), os discursos punitivistas, que antes se limitavam ao território por onde eram bradados, adquiriram uma dimensão globalizada por estarem em um ambiente cibernético. Como já referido, a engenharia da internet permite que esses discursos punitivistas se proliferem e sejam potencializados na sociedade em rede.

Nessa proliferação e potencialização desses discursos contra o “outro” – numa visão estritamente dicotômica –, a imprensa tem um importante papel, já que ela é a responsável pela exposição massiva inicial da notícia criminal com certa dose de sensacionalismo, sob o viés mais dramático possível. Para Bourdieu, “os jornalistas têm ‘óculos’ especiais a partir dos quais veem certas coisas e não outras; e veem de certa maneira as coisas que veem. Eles operam uma seleção e uma

¹¹⁵ TRINDADE, André Karam. Taxistas vão a Moro contra a Uber (e o Direito fica cada vez menor). **Conjur**, 9 jul. 2016. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2016-jul-09/diario-classe-taxistas-moro-uber-direito-fica-cada-vez-menor>> Acesso em: 10 jul. de 2016.

¹¹⁶ A forma com que François Ost descreve o juiz hércules não pode ser confundida com a metáfora de Dworkin sobre o seu juiz Hércules, isso porque, em Dworkin, Hércules é a antítese de um juiz discricionário. Sobre as diferenças, ver mais em: STRECK, Lenio Luiz. **Lições de Crítica Hermenêutica do Direito**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2014. p. 133-139.

construção do que é selecionado¹¹⁷". Essa exposição atinge o consumidor de forma impositiva, já que a notícia passa a ser manipulada, com vistas à aceitação do senso comum¹¹⁸, instigando um julgamento injusto, inconstitucional e antidemocrático. Enfim, uma "datenação"¹¹⁹ do processo.

Aliás, nesse aspecto, é importante considerar que a mídia, para Fabio Andrade,

[...] presta um enorme desserviço à população, seja impingindo-lhe a sensação (muitas vezes absurdamente exagerada) de medo, pânico e insegurança, seja destacando superficialmente algumas das diversas mazelas do Poder Judiciário como causa do aumento da criminalidade (quando divulga, por exemplo, a morosidade e a impunidade em razão de decisões criticadas sem qualquer tipo de fundamento jurídico válido)¹²⁰.

Esse fomento midiático, retroalimentado pela interação permitida pela internet, cria um ambiente de pressão ao Poder Judiciário, fazendo que, por vezes, muitos dos magistrados, contaminados pela pressão externa, abdicuem da técnica e hermenêutica jurídica-constitucional para atender aos anseios da população. Com isso, lançam decisões discricionárias, fundamentadas em ideologias, subjetivismos, moralismos, etc., ultrapassando a fronteira democrática do direito pois, como seres humanos que são, não querem carregar, perante a sociedade, o peso e o fardo da insegurança e da impunidade que (erroneamente) lhe são imputados¹²¹.

É preciso considerar que o magistrado responsável por tomar uma decisão não é neutro, "ele não é alface ou um índio de tabacaria"¹²², mas isso significa que pode ser parcial¹²³. No mesmo sentido, Luiz Paulo Germano explicita que, "antes de

¹¹⁷ BOURDIEU, Pierre. **Sobre a Televisão**. Trad. Maria Lúcia Machado. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 1997. p. 25.

¹¹⁸ CASADO, Alfredo. **Os Meios de Comunicação Social e sua Influência Sobre o Indivíduo e a Sociedade**. Trad. Atílio Cancian. São Paulo: Cidade Nova, 1987. p. 45.

¹¹⁹ Esse termo vem sendo utilizado em referência ao apresentador programas policiais do Brasil, José Luiz Datena. Ver mais em: <<http://noticias.band.uol.com.br/brasilurgente/videos/>>. Acesso em: mai. 2018.

¹²⁰ ANDRADE, Fábio Martins de. **Mídia e Poder Judiciário: a influência dos órgãos da mídia no processo penal brasileiro**. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2007. p. 30.

¹²¹ REINALDO, Guilherme de Negreiros Diógenes. O suplício do Direito Penal. **Revista Transgressões: ciência criminais em debate**. Vol. 4, n.2, p. 41-60, 2016. Disponível em: <<https://periodicos.ufrn.br/transgressoes/article/view/10033>>. Acesso em: 20 fev. 2017.

¹²² STRECK, Lenio Luiz. Juiz com fome ou que almoçou mal deve julgar nossas causas? **Conjur**, 5 jun. 2014. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2014-jun-05/juiz-fome-ou-almocou-mal-julgar-nossas-causas>>. Acesso em: 20 de jan. 2017.

¹²³ Sobre isso, importante explicar que "o ser neutro é equivalente a ter uma forma de pensar asséptica do ponto de vista axiológico, o que é incompatível com a mente humana. O ser 'parcial' é

autoridade jurisdicional, o magistrado é humano e, como tal, não está imune aos ‘contágios’ externos no exercício de suas atribuições constitucionais”.¹²⁴ Obviamente que numa democracia não é desejável que magistrados deem atenção à voz das ruas ou à sua consciência na hora de decidir; entretanto, o fato é que toda essa pressão externa – incluindo-se, obviamente, a internet – é levada em consideração¹²⁵, pois, como a maioria dos seres humanos, o juiz é um internauta,¹²⁶ tem intuições e é fortemente influenciado pelas suas preferências conscientes ou inconscientes.

O magistrado, ao agregar a qualidade de internauta, alcança os discursos proliferados nas redes sociais virtuais estando, dessa forma, automaticamente inserido em uma sociedade em rede, cunhada por um panorama maniqueísta, com discursos punitivistas que cobram do Poder Judiciário algumas medidas irracionais e antidemocráticas. Isso não significa que o juiz deverá ser privado de acessar as redes para não ter contato com os discursos delas e nelas proliferados. Esse tipo de privação seria desproporcional, para dizer o mínimo.

Aliado ao juiz internauta, cabe considerar que existe uma preocupação que vem da própria associação de magistrados. Isso pode ser aventado na medida em que a Associação dos Magistrados Brasileiros (AMB) criou um manual que indica alguns cuidados e deveres dos magistrados ao fazerem o uso das redes sociais¹²⁷.

A dimensão e importância que as redes sociais conquistaram para a comunicação na atualidade precisam ser levadas em consideração por quem lida diariamente com informação e ações de interesse da sociedade. Pensando nisso, a AMB lançou o “Manual da AMB para magistrados: o uso das redes sociais”. O exemplar já foi enviado a todos os associados e

assumir um lado, uma bandeira. É ter uma posição estruturada e definida no campo em que se trava a disputa” (CARDOZO, José Eduardo Martins. Vivendo o Direito. In: PRONER, Carol; CITTADINO, Gisele; RICOBOM, Gisele; DORNELLES, João Ricardo (Org.). **Comentários a uma sentença anunciada** – o processo Lula. Bauru: Canal 6, 2017. 247-250. p. 248).

¹²⁴ GERMANO, Luiz Paulo. **O Juiz e a Mídia**. São Leopoldo: Unisinos. 2012. p. 15.

¹²⁵ VILHENA, Oscar. A consciência, as ruas ou a lei? **Estadão**, 17 Set. 2013. Disponível em: <<http://www.estadao.com.br/noticias/impreso,a-consciencia-as-ruas-ou-a-lei,1075520>>. Acesso em: 2 fev. 2016.

¹²⁶ Como exemplo, o magistrado Luís Carlos Valois, responsável pela Vara de Execução Penal do Tribunal de Justiça do Amazonas, que ajudou a negociação para o fim da rebelião de um presídio em Manaus que teve mais de cinquenta mortos e, utilizou da sua rede social particular para expor a situação que encontrou quando ingressou no presídio para negociação. (Disponível em: <<http://www1.folha.uol.com.br/colunas/monicabergamo/2017/01/1846551-juiz-que-foi-a-presidio-de-matanca-em-manaus-discute-com-internauta.shtml>>. Acesso em: 10 abr. 2017).

¹²⁷ Ver mais em: <http://www.amb.com.br/wp-content/uploads/2017/07/Manual-da-AMB-para-magistrados_-o-uso-das-redes-sociais_SITE_v2.pdf>. Acesso em: 3 out 17.

também está disponível para download, na aba publicações especiais, deste site. A publicação exclusiva contém dicas de uso e de preservação da imagem dos juízes nas mídias digitais, tutorial de configurações de segurança e privacidade para cada plataforma, exemplos de boas práticas e as não recomendáveis e, ainda, um guia com endereços das associações filiadas à AMB e dos tribunais de Justiça.¹²⁸

Ainda, há na Lei Orgânica da Magistratura Nacional, no seu artigo 36, inciso III, a vedação de manifestação, por qualquer meio de comunicação (aqui se inclui as redes sociais), de opinião sobre processo pendente de julgamento – seu ou de outrem – ou juízo depreciativo sobre despachos, votos ou sentenças de órgãos judiciais^{129 130}.

Afora essa previsão constitucional e sugestões administrativas ao juiz, internauta ou não, cabe compreender o direito como uma ciência autônoma, com integridade e coerência, fruto de um Estado que se desenvolve a partir de preceitos democráticos e de uma tradição jurídica que respalda decisões do presente e se compromete com decisões futuras. Há, nesse sentido, a necessidade de se estabelecer um constrangimento epistemológico-constitucional, forçando que o texto diga algo. Essa necessária postura visa evitar com que a toga seja confundida com as vestes de realeza, resistindo a uma vetusta interpretação em que o juiz pode tudo.

Não se desconhece a grandeza do ato jurisdicional. No entanto, é preciso estabelecer que os sentidos não carecem de donos, mas de interpretações. Exatamente por isso, a Constituição estabeleceu a necessidade de fundamentação das decisões judiciais, rechaçando, na atual fase da democracia, decisões baseadas

¹²⁸ AMB lança manual exclusivo para magistrados sobre o uso das redes sociais. Disponível em: <<http://www.amb.com.br/amb-lanca-manual-exclusivo-para-magistrados-sobre-o-uso-das-redes-sociais/>>. Acesso em: 3 out. 17.

¹²⁹ Art. 36 - É vedado ao magistrado: III - manifestar, por qualquer meio de comunicação, opinião sobre processo pendente de julgamento, seu ou de outrem, ou juízo depreciativo sobre despachos, votos ou sentenças, de órgãos judiciais, ressalvada a crítica nos autos e em obras técnicas ou no exercício do magistério. In: BRASIL. **Lei Complementar nº 35, de 14 de março de 1979**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/lcp/lcp35.htm>. Acesso em: 3 de out. 2017.

¹³⁰ Essa preocupação do magistrado com as redes sociais não é exclusiva do Brasil. Na Inglaterra, por exemplo, quando o cidadão é aprovado para o cargo de juiz de direito, ele assina um termo de compromisso com o Poder Judiciário inglês de que não irá participar de redes sociais (CALÇAS, Manoel de Queiroz Pereira. Juiz não pode decidir pura e simplesmente para agradar ao clamor social. **Revista Consultor Jurídico**. 14 de janeiro de 2018. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2018-jan-14/entrevista-manoel-pereira-calcas-presidente-tj-sp>>. Acesso em: 15 jan. 2018).

em uma utópica vontade de recriar o direito a partir de sua consciência, como se houvesse a possibilidade de um ponto zero interpretativo¹³¹.

Sendo assim, é da essência do magistrado interpretar dando eficácia aos dispositivos constitucionais, mantendo-se sua mão segura nos princípios constitucionais e não permitindo que as ideias promulgadas na internet influenciem a tradição por detrás de cada dispositivo que constrói uma decisão jurídica em um país que se pretende democrático.

A mão que segura a caneta da sentença não pode tremer diante de textos e manifestos de internautas, como também não pode confundir o peso da caneta com o do cetro. Assim, apesar dos avanços tecnológicos, a essência do ato jurisdicional ainda é pautada pela coerência, pela democracia, pela necessidade de estabelecer uma decisão independente de cliques e clichês, onde as redes sociais, apesar de sufocantes, não possuem o mesmo peso da Constituição.

¹³¹ STRECK, Lenio Luiz. **O Direito de Obter Respostas Constitucionalmente Adequadas em Tempos de Crise do Direito**: A necessária concretização dos Direitos Humanos. Disponível em: <<http://periodicos.ufpa.br/index.php/hendu/article/viewFile/374/601>>. Acesso em: 4 dez. 2017.

3 A SOCIEDADE EM REDE E A INTEGRIDADE DO DIREITO: UMA LEITURA HERMENÊUTICA DA DECISÃO JUDICIAL EM PROCESSO PENAL

Apesar da inegável importância que a internet e, mormente, as redes sociais trouxeram à sociedade atual, é prudente questionar e investigar até onde essa forma de comunicação e influência adentrou nos processos que circundam o Poder Judiciário. Esse problema é o cerne da questão tratada neste trabalho, o que se verifica a partir do baixo grau de comprometimento constitucional dos julgadores.

A necessidade, portanto, de se compreender a decisão judicial enquanto uma construção constitucional rechaça, por si só, decisões apoiadas em ideias solipsistas, desprovidas de fundamentação constitucional, que relegam o caso concreto a segundo plano, fazendo eclodir decisões arbitrárias e com baixa constitucionalidade. Não é possível, em um Estado Democrático de Direito, que as decisões judiciais reflitam fatores extrajudiciais, como os valores ideológicos ou pessoais do juiz. Ao magistrado não cabe fazer escolhas com base na sua subjetividade, como se os sentidos a serem atribuídos fossem fruto de sua vontade. Isso já foi demonstrando a partir da hermenêutica jurídica de cariz filosófico e a consequente impossibilidade do assujeitamento da norma pelo intérprete/aplicador.

A partir da blindagem feita pela hermenêutica jurídica filosófica e da teoria integrativa de Dworkin, é possível chegar à resposta constitucionalmente correta. Isso porque, assim como a hermenêutica jurídica (antirrelativista) é um “poderoso remédio contra as teorias que pretendem reivindicar um protagonismo solipsista do judiciário¹³²”, a teoria de Dworkin (que vai ao encontro da hermenêutica filosófica proposta por Gadamer) defende que não há espaço para discricionariedade no direito.

Daí ser possível, a partir da importância da decisão judicial em um Estado Democrático de Direito, em processos judiciais, chegar à resposta correta sob um prisma hermenêutico desenvolvido por Ronald Dworkin. Para tanto, o presente capítulo se subdivide em três partes, todas pautadas pela teoria desenvolvida pelo juiz estadunidense.

¹³² STRECK, Lenio Luiz. **Hermenêutica Jurídica e(m) Crise**. 11. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2014. p. 296.

3.1 A AUTONOMIA DO DIREITO EM RONALD DWORKIN: POR UMA TEORIA DA DECISÃO JURÍDICA

A Constituição Federal, antes do constitucionalismo contemporâneo¹³³, era mera carta política com visão acentuadamente formalista-positivista e sem previsão de direitos e garantias fundamentais. Resumia-se num pacto político com caráter meramente pragmático. A história do constitucionalismo contemporâneo pode começar a ser narrada a partir da Segunda Guerra Mundial, momento em que as Constituições passaram por significativas transformações, sobretudo na Itália, em 1947; na Alemanha, em 1949; em Portugal, em 1976; e no Brasil, em 1988¹³⁴.

Nessa senda, o Estado brasileiro superou a própria história que, na maior parte do tempo, foi regida por governos autoritários, nos quais o poder Executivo coordenava e ordenava de forma arbitrária, sem reverenciar os poderes Legislativo e Judiciário. Sob o novo contexto determinado pela Constituição Federal de 1988, houve uma reconfiguração institucional dos três poderes, passando a existir limitação à atuação do Executivo e ascendência do papel institucional do Poder Judiciário. Isso se deu em prol do fortalecimento e da supremacia da nova Constituição, refletindo na sustentação do Estado Democrático de Direito previsto no texto constitucional.

O constitucionalismo contemporâneo ofereceu uma constituição dotada de força normativa, com aplicabilidade e eficácia de todo conteúdo nela contido. Constitucionalizaram-se direitos fundamentais e desenvolveu-se uma nova forma de interpretação constitucional, com regras próprias de interpretação e aplicação. Os direitos fundamentais e a liberdade passaram a ser os pilares de sustentação dessa

¹³³ Lenio Streck passa a chamar o neoconstitucionalismo de constitucionalismo contemporâneo. Fazendo uma forte crítica ao neoconstitucionalismo que, segundo ele, trata-se de um direito constitucional da efetividade, um direito assombrado pela ponderação de valores, uma concretização *ad hoc* da Constituição e uma pretensa constitucionalização do ordenamen, a partir de jargões vazios de conteúdo e que reproduzem o prefixo neo em diversas ocasiões, tais como: neoprocessualismo (sic) e neopositivismo (sic) (STRECK, Lenio. Eis porque abandonei o “neoconstitucionalismo”. **Conjur**, 13 mar. 2014. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2014-mar-13/senso-incomum-eis-porque-abandonei-neoconstitucionalismo>>. Acesso em: 17 jun. 2016.

¹³⁴ NASCIMENTO, Valéria Ribas do. **O tempo das Reconfigurações do Constitucionalismo: os Desafios para uma Cultura cosmopolita**. São Paulo: LTR, 2011. p. 83.

nova época. O Poder Judiciário passou a ter autonomia institucional¹³⁵, sendo aos magistrados estabelecidas garantias como vitaliciedade, inamovibilidade e irredutibilidade de vencimentos, tudo em prol de uma independência para a afirmação da autonomia conquistada pelo direito¹³⁶. Autonomia essa que, segundo Lenio Streck, deve ser compreendida, como

[...] ordem de validade, representada pela força normativa de um direito produzido democraticamente e que institucionaliza (ess)as outras dimensões com ele intercambiáveis. Em outras palavras, sustentado no paradigma do Estado Democrático Constitucional (compromissório e dirigente), o direito, para não ser solapado pela economia, pela política e pela moral (para ficar nessas três dimensões), adquire uma autonomia que, antes de tudo, funciona como uma blindagem contra as próprias dimensões que o engendra(ra)m. Ou seja, a sua autonomia passa a ser a sua própria condição de possibilidade. Se foi diminuída a liberdade de conformação do legislador, através de textos constitucionais cada vez mais analíticos e com ampla previsão de acesso à jurisdição constitucional, portanto, de amplo controle de constitucionalidade, o que não pode ocorrer é que essa diminuição do “poder” da legislação venha a representar um apequenamento da democracia, questão central do próprio Estado Democrático de Direito. Dito de outro modo, se houve a diminuição do espaço de poder da vontade geral e se aumenta o espaço da jurisdição (contramajoritarismo), parece evidente que, para a preservação dessa autonomização do direito, torna-se necessário implementar mecanismos de controle daquilo que é o repositório do deslocamento do pólo de tensão da legislação para a jurisdição: as decisões judiciais¹³⁷.

A essa consideração, é possível afirmar, de forma percuciente, que a autonomia conquistada pelo direito não veio para favorecer posições discricionárias (que no fundo esconde o problema do subjetivismo) e, conseqüentemente, antidemocráticas do judiciário. Ora, “autonomia para o direito significa, simplesmente, capacidade da investigação jurídica gerar os próprios resultados, sem

¹³⁵ Nesse sentido, Cármen Lúcia Rocha cita que, “acompanhando a tendência constitucional contemporânea que releva o princípio da jurisdição como aquele de cuja eficiência em sua aplicação dependem todos os direitos reconhecidos e assegurados nos sistemas jurídicos, o Poder Judiciário não é mais visto ou tratado, como o foi outrora, como a “*longa manus*” do rei. Cuida-se, agora, de um poder, manifestação e exercício do Poder estatal, soberano e juridicamente concebido, organizado e exercido tal como definido no sistema de Direito posto à observância de todos”. (ROCHA, Cármen Lúcia Antunes. Os Dez Anos da Constituição Federal: o poder judiciário e a construção da democracia no Brasil. In: _____. **Debates**: a constituição democrática Brasileira e o Poder Judiciário. Centro de Estudos Konrad Adenauer, n. 20, 1999. p. 13).

¹³⁶ Cabe citar que em dezembro de 2004, foi aprovada a Emenda Constitucional 45, que trouxe significativas mudanças no sistema de justiça e a magistratura como um todo. Ver mais em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/emendas/emc/emc45.htm>. Acesso em: mai. 2018.

¹³⁷ STRECK, Lenio Luiz. Aplicar a “letra da lei” é uma atitude positivista? **Novos Estudos Jurídicos**, vol.15, n.1, p. 158-173, 2010. Disponível em: <<https://siaiap32.univali.br/seer/index.php/nej/article/view/2308/1623>>. Acesso em: 3 nov. 2017.

ficar aferrada a outras instâncias de conhecimento"¹³⁸. Não seria razoável crer que o constitucionalismo contemporâneo visasse substituir atos políticos por atos discricionários do judiciário. Isso seria uma contradição da própria teoria constitucional que concentrou seus esforços justamente nos mecanismos de controle de poder, visando à democratização do país. O direito deve ser visto de modo democrático e autônomo.

Justamente essa autonomia do direito sobrevinda do constitucionalismo contemporâneo aposta na determinabilidade dos sentidos como condição de garantia da democracia. Ou seja, o direito não pode ser posto à disposição do intérprete julgador para que ele, discricionariamente, determine o sentido da lei e o modo de sua aplicação de acordo com a sua subjetividade (esquema sujeito-objeto), a partir de um grau zero (inexistente) de sentido. Ao mesmo tempo, a democracia não pode depender das preferências pessoais de um magistrado sob pena de fragilizar a autonomia do direito tão arduamente conquistada. Por esse motivo, torna-se necessário discutir o núcleo problemático do direito como um todo, qual seja: a decisão judicial embasada em fundamentos subjetivistas (discricionários) e, por vezes, fruto de um protagonismo judicial. Por isso, o que deve ficar evidente nessa perspectiva do constitucionalismo contemporâneo, e aqui utilizando aporte de Motta¹³⁹, é que o protagonista da dinâmica instaurada neste Estado Democrático de Direito é o direito, e não o juiz individualmente considerado.

Motta estabelece que é preciso superar esse convívio pacífico que o direito vem tendo com o protagonismo judicial, compreendido na seara de que os juízes, ao decidirem determinados casos, usem de sua moralidade individual ou de sua capacidade de discernimento¹⁴⁰. Isso é tratado por Streck quando ele assevera que o “direito não é (e não pode ser) aquilo que o intérprete quer que ele seja¹⁴¹”. Com isso, o autor sustenta que grande parte dos magistrados brasileiros estão comprometidos apenas com sua consciência, fazendo uso da subjetividade e do

¹³⁸ OLIVEIRA, Rafael Tomaz. A autonomia do Direito não significa isolamento disciplinar. **Conjur**, 22 set. 2012. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2012-set-22/diario-classe-autonomia-direito-nao-significa-isolamento-disciplinar>>. Acesso em: 17 jun. 2017.

¹³⁹ MOTTA, Francisco José Borges. **Levando o Direito a Sério** – Uma Crítica hermenêutica ao Protagonismo Judicial. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012. p. 29.

¹⁴⁰ MOTTA, Francisco José Borges. **Levando o Direito a Sério** – Uma Crítica hermenêutica ao Protagonismo Judicial. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012. p. 101.

¹⁴¹ STRECK, Lenio Luiz. **O que é isto** – decido conforme a minha consciência? 3. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado. 2012. p. 25.

poder discricionário para proferir suas decisões ¹⁴², o que resulta em discricionariedades e descrença na autonomia do direito perante decisões processuais penais de determinados casos midiáticos.

Dessa forma, a intenção deste subcapítulo é compreender como deve ser moldada a decisão processual penal para se chegar à resposta correta exigida em um Estado Democrático de Direito, no qual prevalece (ou deveria prevalecer) a autonomia do direito frente à discricionariedade do julgador. Isso se faz em razão da existência de decisões processuais penais que, influenciadas por discursos maniqueístas potencializados na sociedade em rede, preocupam-se com a opinião pública(da) e se baseiam em elementos externos ao processo, com o intuito e o desejo de não afetar a credibilidade do magistrado.

Para tanto, inicialmente, utilizar-se-á da incursão no debate entre Hart e Dworkin, contrapondo o positivismo jurídico, proposto pelo primeiro, à teoria decisória de Dworkin, a qual compreende o direito como integridade e coerência. Isso será feito na medida em que a discricionariedade judicial – presente em grande parte das decisões jurídicas – deita raízes no positivismo jurídico hartiano, o qual resume o direito a um sistema de regras e que confia a solução dos casos “não contemplados” (pela regra) – ou que (cujas regras) possuem uma “textura aberta” – ao discernimento da pessoa do juiz, resultando na aplicação de argumentos “não jurídicos” que fazem brotar uma indeterminabilidade do direito construído democraticamente.

Nesse contexto, é importante frisar que a presente pesquisa não tem a intenção de se aprofundar nas várias faces do positivismo, nem mesmo se destina a explorar todos os elementos jusfilosóficos do pensamento de Dworkin. Esses objetivos demandariam pesquisas próprias devido ao alto grau de importância e reflexo jurídico propiciados pelo positivismo jurídico e pelas abordagens de Dworkin.

Inicialmente, é preciso referenciar que a proposta do direito como integridade e coerência foi construída por Dworkin com a finalidade de superar duas tradições concorrentes ¹⁴³ – pragmatismo (realismo jurídico) e positivismo jurídico

¹⁴² STRECK, Lenio Luiz. **Lições de crítica hermenêutica do direito**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2014. p. 129.

¹⁴³ O pragmatismo jurídico é uma concepção cética do direito. Nega que uma comunidade assegure alguma vantagem real ao exigir que as decisões de uma juiz sejam verificadas por qualquer suposto direito dos litigantes à coerência com outras decisões políticas tomadas no passado. Oferece uma

(convencionalismo) – calcadas num “espaço discricionário” para a tomada de decisões. Dworkin, com isso, foi um dos principais antagonistas do positivismo jurídico, ocupando-se em fazer crítica e debatendo¹⁴⁴ amplamente com Herbert Hart¹⁴⁵.

Para compreender melhor o positivismo jurídico, Dworkin elaborou uma estrutura com algumas preposições centrais e organizadoras. Tais preceitos foram formulados da seguinte maneira:

(a) O direito de uma comunidade é um conjunto de regras especiais utilizado direta ou indiretamente pela comunidade com o propósito de determinar qual comportamento será punido ou coagido pelo poder público. Essas regras especiais podem ser identificadas e distinguidas com o auxílio de critérios específicos, de testes que não têm a ver com o seu conteúdo, mas com seu *pedigree* ou maneira pela qual foram adotados ou formuladas. Esses testes de *pedigree* podem ser usados para distinguir regras jurídicas válidas de regras jurídicas espúrias (regras que advogados e litigantes erroneamente argumentam ser regras de direito) e também de outros tipos de regras sociais (em geral agrupadas como “regras morais”) que a comunidade segue, mas não faz cumprir através do poder público. (b) O conjunto dessas regras jurídicas é coextensivo com “o direito, de modo que se o caso de alguma pessoa não estiver coberto por uma regra dessas (porque não existe nenhuma que pareça apropriada ou porque as que parecem apropriadas são vagas ou por alguma outra razão), então esse

interpretação diferente de nossa prática jurídica: que os juízes tomam e devem tomar quaisquer decisões que lhes pareçam melhores para o futuro da comunidade, ignorando qualquer forma de coerência com o passado como algo que tenha valor por si mesmo. Com o convencionalismo, o direito como integridade aceita sem reservas o direito e as pretensões jurídicas asseguradas. Contudo, supõe que a vinculação ao direito beneficia a sociedade não apenas por oferecer previsibilidade ou equidade processual, ou em algum outro aspecto instrumental, mas por assegurarem entre os cidadãos, um tipo de igualdade que torna sua comunidade mais genuína e aperfeiçoa sua justificativa moral para exercer o poder político que exerce. O convencionalismo exige que os juízes estudem os repertórios jurídicos e os registros parlamentares para descobrir quais decisões foram tomadas pelas instituições às quais convencionalmente se atribui ao legislativo. É evidente que vão surgir problemas interpretativos ao longo desse processo: por exemplo, pode ser necessário interpretar um texto para decidir que lei nossas convenções jurídicas constroem a partir dele. Uma vez, porém, que um juiz tenha aceito o convencionalismo como guia, não terá novas ocasiões de interpretar o registro legislativo como um todo, ao tomar decisões sobre casos específicos. O pragmatismo exige que juízes pensem de modo instrumental sobre as melhores regras para o futuro. Esse exercício pode pedir a interpretação de alguma coisa que extrapola a matéria jurídica: um pragmatismo utilitarista talvez precise preocupar-se com a melhor maneira de entender a ideia de bem-estar comunitário, por exemplo. Uma vez mais, porém, um juiz que aceite o pragmatismo não mais poderá interpretar a prática jurídica em sua totalidade (DWORKIN, Ronald. **O Império do Direito**. São Paulo: Martins Fontes, 2014. p. 271-273).

¹⁴⁴ O debate entre ambos teve como “inauguração” a publicação da obra “Modelo de Regras I” em 1967. Apesar dessa obra não ser primeiro escrito de Dworkin na sua crítica a Hart, devido a sua importância e repercussão acadêmica ficou reconhecida como marco inaugural do debate entre ambos.

¹⁴⁵ Apesar do contraponto aqui trabalhado se instalar no positivismo hartiano, compreende-se que o constitucionalismo contemporâneo realizou uma ruptura com o positivismo jurídico, já que independe de sua versão, sempre estará apoiado na discricionariedade e, portanto, na subjetividade (consciência) do magistrado resultando num julgamento antidemocrático.

caso não pode ser decidido mediante a “aplicação do direito”. Ele deve ser decidido por alguma autoridade pública, como um juiz, “exercendo seu discernimento pessoal”, o que significa ir além, do direito e na busca por algum outro tipo de padrão que o oriente na confecção da nova regra jurídica ou na complementação de uma regra já existente. (c) Dizer que alguém tem uma “obrigação jurídica” é dizer que esse caso se enquadra em alguma regra jurídica válida que exige que ele faça ou se abstenha de fazer alguma coisa. [...] Na ausência de uma tal regra jurídica válida não existe obrigação jurídica; segue-se que quando o juiz decide uma matéria controversa exercendo sua discricão, ele não está fazendo valer o direito jurídico correspondente a essa matéria¹⁴⁶.

Para o positivismo jurídico cunhado por Hart, o direito seria um sistema composto pela combinação de normas/regras primárias (são regras de obrigação aquelas que impõem que o ser humano faça ou se abstenha de fazer certas ações) e secundárias (são aquelas que atribuem poderes, públicos ou privados, a criarem, extinguirem ou modificarem as regras primárias, determinarem de outro modo a sua incidência ou fiscalizarem a sua aplicação).¹⁴⁷ Essas regras secundárias se dividem em três espécies: regras de reconhecimento (*rule of recognition*), de julgamento (*rules of adjudication*) e de alteração (*rules of change*).

Enquanto as regras de alteração conferem poderes a pessoas ou órgãos públicos para que modifiquem, retirem ou acrescentem novas regras ao sistema jurídico, as regras de julgamento, nas palavras do próprio Hart

[...] dão o poder aos indivíduos para proferir determinações dotadas de autoridade respeitantes à questão sobre se, numa ocasião concreta, foi violada uma norma primária. Além de identificar os indivíduos que devem julgar, tais regras definirão também o processo a seguir¹⁴⁸.

Já as regras de reconhecimento estabelecem um critério a partir do qual a regra primária é identificada. Ela está relacionada à validade das outras regras do sistema. Segundo Hart, essa regra “apenas existe como uma prática complexa, mas

¹⁴⁶ DWORKIN, Ronald. **Levando os Direitos a Sério**. São Paulo: Martins Fontes, 2007. p. 27-28.

¹⁴⁷ Nas palavras de Hart, “as normas de um tipo, que pode ser considerado o tipo básico ou primário, exigem que os seres humanos pratiquem ou se abstenham de praticar certos atos, quer queiram, quer não. As normas do outro tipo são, num certo sentido, parasitárias ou secundárias em relação às primeiras, pois estipulam que os seres humanos podem, ao fazer ou dizer certas coisas, introduzir novas normas do tipo principal, extinguir ou modificar normas antigas ou determinar de várias formas sua incidência, ou ainda controlar sua aplicação. As normas do primeiro tipo impõem deveres; as do segundo tipo outorgam poderes, sejam estes públicos ou privados. As do primeiro tipo dizem respeito a atos que envolvem movimento físico ou mudanças físicas; as do segundo dispõem sobre operações que conduzem não apenas a movimentos ou mudanças físicas, mas também à criação ou modificação de deveres ou obrigações” (HART, Hebert. **O Conceito de Direito**. São Paulo: WMF Fontes, 2009. p. 105-106).

¹⁴⁸ HART, Hebert. **O Conceito de Direito**. São Paulo: WMF Fontes, 2009. p. 106.

normalmente concordante, dos tribunais, dos funcionários e dos particulares, ao identificarem o Direito, por referência a certos critérios. Sua existência é uma questão de fato¹⁴⁹.” Como observa Motta, para Hart, o fundamento de um sistema jurídico está na aceitação e na utilização da regra de reconhecimento:

É com essa ideia também, que se introduz a noção de validade jurídica, na medida em que se conta, a partir dela, com um instrumento de identificação de uma regra social como regra pertencente ao sistema jurídico. Trata-se de fornecer às autoridades públicas os critérios válidos para a identificação das normas primárias de obrigação. Trata-se, assim, da forma mais simples de solução para a incerteza própria do regime de normas primárias, uma vez que especifica as características que, se estiverem presentes numa determinada norma, serão consideradas como indicação conclusiva de que se trata de uma norma do grupo, a ser apoiada pela pressão social que este exerce. Hart afirmará, pois, que a normatividade é social, pressupondo o reconhecimento de quem formula a regra, seu desejo de ser guiado por ela, e a exigências (sociais) de que outros também o sejam. Nesses moldes, o positivismo jurídico hartiano vê o direito como “simples questão de fato”, do que decorre a alegação de que o verdadeiro argumento sobre o direito deve ser empírico, não teórico. Os verdadeiros fundamentos do direito se encontram na aceitação, por parte da comunidade como um todo, dessa regra-mestra fundamental, sendo que esta aceitação está representada pelas convenções sociais¹⁵⁰.

Nesse aspecto, os deveres jurídicos para Hart são criados por regras sociais que ganham normatividade por meio de seu reconhecimento social. A partir daí, Hart desenvolveu a tese do direito como instituição social, na qual a linguagem ocupa um papel constitutivo, na medida em que as regras gerais, os padrões de conduta e os princípios – que seriam o principal instrumento de controle social – devem ser comunicados às pessoas¹⁵¹.

Em relação à linguagem, segundo Hart, “em todos os campos da experiência, e não só no das regras, há um limite, inerente à linguagem humana, quanto à orientação que a linguagem geral pode oferecer”¹⁵². Essa limitação se dá pela própria natureza da linguagem que nem sempre se oferece de forma inequívoca. Essa incerteza (ou falta de orientação precisa) que é própria da linguagem, somada ao fato da impossibilidade de se estabelecer regras jurídicas para cada situação a

¹⁴⁹ HART, Hebert. **O Conceito de Direito**. São Paulo: WMF Fontes, 2009. p. 121.

¹⁵⁰ MOTTA, Francisco José Borges. **Ronald Dworkin e a Decisão Jurídica**. Salvador: JusPodivm, 2017. p. 99-100.

¹⁵¹ MOTTA, Francisco José Borges. **Ronald Dworkin e a Decisão Jurídica**. Salvador: JusPodivm, 2017. p. 101.

¹⁵² HART, Hebert. **O conceito de direito**. São Paulo: WMF Fontes, 2009. p. 120.

ser julgada, faz com que Hart considere a norma como uma textura aberta. Para Hart,

[...] mesmo quando são usadas regras gerais formuladas verbalmente, podem, em casos particulares concretos, surgir incertezas quanto à forma de comportamento exigidos por ela. Haverá na verdade casos simples que estão sempre a ocorrer em contextos semelhantes, aos quais as expressões gerais são claramente aplicáveis, [...] mas haverá também casos em que não é claro se se aplicam ou não¹⁵³.

Hart, nesse sentido, estabelece que o direito é um conjunto de normas parcialmente indeterminadas e incompletas e, não havendo determinação para todos os casos específicos, o juiz deverá ser chamado para sanar o “defeito” (incompletude ou indeterminação) por intermédio de uma escolha¹⁵⁴ discricionária e arbitrária.

Avesso ao positivismo hartiano, em que a discricionariedade supre a suposta existência de vaguezas da linguagem e a insuficiência das regras em prever todos os casos, Dworkin adverte que a atividade judicial não pode se limitar apenas à aplicação de regras e ao uso da discricionariedade (escolhas). O autor ataca a discricionariedade inicialmente em sua acepção. Segundo ele, a palavra “discricionariedade” só deve significar alguma coisa dentro dos termos de uma relação de subordinação. Dworkin entende que

[...] a discricionariedade, assim como o espaço central de um anel, não existe senão pelos limites que o contornam. Ele é, portanto, um conceito relativo. [...] O conceito de discricionariedade se encontra em seu habitat em apenas um tipo de contexto: quando uma pessoa é, de modo geral, encarregada de tomar decisões subordinadas a padrões estabelecidos por uma autoridade particular¹⁵⁵.

Além disso, Dworkin identifica dois arquétipos distintos de discricionariedade, uma fraca, “equiparada à mera exigência de alguma capacidade de raciocínio do tomador de decisão, ora entendida como a potencialidade de dar a última palavra

¹⁵³ HART, Hebert. **O conceito de direito**. São Paulo: WMF Fontes, 2009. p. 137.

¹⁵⁴ O uso da palavra “escolha” é própria de Hart (HART, Hebert. **O conceito de direito**. São Paulo: WMF Fontes, 2009. p. 165).

¹⁵⁵ DWORKIN, Ronald. É o direito um sistema de regras? Tradução de Wladimir Barreto Lisboa. **Revista do Centro de Ciências Jurídicas e Sociais da Universidade do Vale do Rio dos Sinos**, São Leopoldo, v. 34, n. 92, p. 120-121, set./dez., 2001. p. 139.

sobre algum assunto”¹⁵⁶, e a outra forte, quando o julgador não estaria vinculado a nenhum padrão estabelecido pela autoridade. De acordo com Dworkin,

[...] às vezes usamos “poder discricionário” não para dizer que um funcionário público deve usar seu discernimento na aplicação dos padrões estabelecidos para ele pela autoridade ou para afirmar que ninguém irá rever aquele exercício de juízo, mas para dizer que, em certos assuntos, ele não está limitado pelos padrões da autoridade em questão¹⁵⁷.

A principal diferença das teorias está no fato de que Dworkin reconhece não somente as regras, mas também a existência de princípios jurídicos como normas jurídicas tão vinculantes quanto as primeiras, enquanto os positivistas ignoram ou relativizam essa existência desses princípios. Para a teoria de Dworkin, os princípios têm caráter vinculativo, possuindo natureza deontológica e não axiológica, correspondendo, assim, às expressões de moralidade política da comunidade. Nesse sentido, Streck explica que “os princípios são deontológicos e ‘governam’ a Constituição, o regime e a ordem jurídica. Não são (os princípios) apenas a lei, mas o Direito em toda sua extensão, substancialidade, plenitude e abrangência”¹⁵⁸.

Para Dworkin, toda e qualquer decisão judicial deve ser pautada por princípios¹⁵⁹, levando-se em conta o direito de maneira íntegra e coerente. Isso porque esses princípios devem ser vistos como a base para a aplicação da norma, e não como uma forma subsidiária de aplicação, como se servissem apenas para

¹⁵⁶ MOTTA, Francisco José Borges. **Levando o Direito a Sério** – Uma Crítica hermenêutica ao Protagonismo Judicial. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012. p. 70.

¹⁵⁷ DWORKIN, Ronald. **Levando os Direitos a Sério**. São Paulo: Martins Fontes, 2007. p. 52.

¹⁵⁸ STRECK, Lenio Luiz. **Hermenêutica Jurídica e(m) Crise**. 11. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2014. p. 346.

¹⁵⁹ Os princípios aparecem como “indícios formais que mostram o caminho – legítimo – para a formação do direito”. Nesse contexto que Streck relata que: “Um homem que constrói sua vida conduzindo suas ações por princípios legitima sua obra de modo que poderá dizer que tem uma vida boa. Também uma comunidade política que estrutura seu direito num todo coerente de princípios legitima a força do poder político do Estado. Esta é a grande transformação operada pelo primeiro constitucionalismo no seio da formação do Estado Moderno: na forma estatal medieval, obedecia-se porque o que havia era um “pertencimento” ao senhor feudal ou ao príncipe; sua vontade era soberana e, por isso, deveria ser cumprida. No Estado Constitucional, obedece-se ao direito porque há um princípio que justifica tal obediência” (STRECK, Lenio Luiz. **Verdade e Consenso: constituição, hermenêutica e teorias discursivas**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 545). Ainda, nesse sentido, aliás, importante a advertência feita por Amadeus, quanto à postura do magistrado frente aos princípios. Relata que: num lugar chamado Estado Democrático de Direito, onde as partes assumem o papel de protagonistas do processo; e aos juízes cumpre o papel de garantidor dos direitos fundamentais. Julgam, pois, por princípios; não há opção de escolha. Os princípios, portanto, obrigam o juiz; e isto acontece porque eles são deontológicos, e não teleológicos (AMADEUS, dj. **Ensaio sobre processo penal, hermenêutica e a crise de paradigmas no direito brasileiro**. Florianópolis: Empório do Direito, 2016. p. 372).

preencher as lacunas deixadas pela norma. Nesse cenário, é preciso ficar evidente que os princípios tratados por Dworkin não podem ser confundidos com aqueles princípios gerais do direito que conservam uma postura jusnaturalista dentro de uma cultura positivista emergente, que tem como fundamento o suprimento das (im)possíveis lacunas existentes no ordenamento jurídico ou ainda com os princípios jurídico-epistemológicos, os quais têm a intenção de organizar o estudo de uma disciplina científica do direito¹⁶⁰.

Princípio, em Dworkin, é um “padrão que deve ser observado, não porque vá promover ou assegurar uma situação econômica, política ou social considerada desejável, mas porque é uma exigência de justiça ou equidade (*fairness*) ou alguma outra dimensão da moralidade¹⁶¹.”

Afim de ajudar na compreensão de sua teoria, Dworkin, em sua obra *Levando os direitos a sério*, estabelece uma diferença lógica entre regras e princípios. Segundo ele, a principal característica das regras é que elas funcionam na perspectiva do tudo-ou-nada¹⁶². Em outras palavras, dada uma regra, ela será válida e fornecerá a única resposta correta para a situação, caso em que deverá ser obrigatoriamente respeitada, ou então não será válida e não fornecerá qualquer resposta ao caso, já que não será considerada como parte do sistema jurídico. Nas palavras de Martins e Ferri:

Em havendo a realização de uma ação ou acontecimento que esteja nas regras jurídicas previsto, esta disposição legal deve ser efetivamente levada a efeito. A não realização apenas é possível em não sendo a regra válida. Esta é a relação do tudo-ou-nada. Ou uma regra é dotada de validade e, portanto, deve ser realizada na íntegra ou, em não sendo válida, considera-se ter sido excluída do ordenamento jurídico¹⁶³.

Em relação aos princípios, eles têm um caráter muito mais amplo e geral que a norma, sendo, por vezes, muito mais difícil prever quando um determinado princípio é ou não aplicável à situação. Ainda sobre a diferença entre regras e

¹⁶⁰ OLIVEIRA, Rafael Tomaz. Proposta metodológica para a análise do conceito de princípio no Direito. **Conjur**, 14 nov. 2015. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2015-nov-14/diario-classe-proposta-metodologica-analise-conceito-principio-direito>>. Acesso em: 22 fev. 2018.

¹⁶¹ DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. São Paulo: Martins Fontes, 2007. p. 36.

¹⁶² DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. São Paulo: Martins Fontes, 2007. p. 39.

¹⁶³ MARTINS, Argemiro Moreira; FERRI, Caroline. O problema da discricionariedade em face da decisão judicial com base em princípios: a contribuição de Ronald Dworkin. **Revista Novos Estudos Jurídicos**, v. 11, n. 2, p. 269-278, jul./dez. 2006.

princípios, Dworkin alerta que “se duas regras entram em conflito, uma delas não pode ser válida”¹⁶⁴. Isso se dá devido aos fatos previstos para sua incidência. Uma regra automaticamente vai excluir a outra para ter validade, seja pela hierarquia existente entre os dispositivos (Constituição Federal e Lei ordinária, por exemplo), seja por outros critérios de validade, como, por exemplo, a data da promulgação (no caso de suas leis ordinárias, por exemplo). As regras funcionam dessa forma enquanto os princípios não podem ser considerados exceções um dos outros. Para Dworkin, os princípios possuem uma dimensão de peso¹⁶⁵ que se contrasta com o aspecto do “tudo-ou-nada” das regras. Quando dois princípios colidem, o que está em jogo é a força relativa que cada um tem frente à determinada circunstância, e não à validade. Um deles não precisará ser excluído para que o outro prevaleça¹⁶⁶.

Porém, é pertinente o alerta de que essa diferenciação entre regras e princípios, às vezes se mostra é bastante complexa. O próprio Dworkin reconhece e chama a atenção para o fato de que “a forma de um padrão nem sempre deixa claro se ele é uma regra ou um princípio”¹⁶⁷. O critério para diferenciação de ambos é a expressão do seu conteúdo. O princípio, por exemplo, remeterá a uma exigência moral da comunidade política. O autor norte-americano ainda estabelece que a

¹⁶⁴ DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. São Paulo: Martins Fontes, 2007. p. 43.

¹⁶⁵ Dworkin oferece um exemplo que permite clarear a dimensão de peso dos princípios. É o caso *Riggs versus Palmer*. Um jovem chamado Elmer E. Palmer figurava no testamento de seu avô, o Sr. Riggs, como o principal beneficiário da herança do mesmo. Porém, Palmer, com medo de que seu avô o tirasse do testamento (pelo fato do avô ter iniciado relacionamento com uma mulher), resolve assassinar o avô por envenenamento. A controvérsia criou-se, no que toca ao fato de Palmer ter direito ou não ao recebimento da herança deixada via testamento pelo seu avô. Os juízes da alta corte de Nova York concordaram que Palmer deveria receber a herança, já que todas as condições legais do testamento estavam satisfeitas, o que, em tese, tornaria legítima a transferência da herança. Inconformados, os demais herdeiros de Riggs recorreram junto a Corte de Apelações de Nova York que decidiu o caso, dando parecer favorável aos herdeiros de Riggs, excluindo, assim, Palmer do recebimento da herança. A corte entendeu, baseando sua decisão nos princípios gerais do direito, que, apesar de não existir nenhuma regra jurídica determinando a deserção do assassino, a ninguém é permitido beneficiar-se de sua própria fraude, ou tirar vantagem de seus atos ilícitos. Com este julgamento baseado em princípio, em detrimento da regra.

¹⁶⁶ Ratificando o que foi citado, Rafael Tomaz de Oliveira cita que para Dworkin a diferença entre regras e princípios é “qualitativa”: “Tanto as regras quanto os princípios são tratados como conjunto de padrões que apontam para decisões particulares acerca da decisão jurídica em circunstâncias específicas, mas distinguem-se quanto a natureza da orientação que oferecem. As regras são aplicáveis à maneira do tudo-ou-nada, ou seja, a determinação de uma regra implica na exclusão de outras, quanto a sua validade, para reger o caso controverso. Já os princípios possuem uma dimensão de peso ou importância: a aplicação de um princípio não pode significar a exclusão de outro princípio, mas eles precisam ser pensados segundo os postulados da equidade e da integridade. Ou seja, um princípio nunca é isoladamente, mas sempre se manifesta no interior de uma comunidade” (OLIVEIRA, Rafael Tomaz de. **Decisão judicial e o Conceito de Princípio**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008. p. 177).

¹⁶⁷ DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. São Paulo: Martins Fontes, 2007. p. 43.

origem de princípios, enquanto jurídicos, não se encontra na decisão particular de um poder legislativo ou tribunal, mas na compreensão do que é apropriado, desenvolvida pelos membros da profissão e pelo público ao longo do tempo¹⁶⁸.

Motta, com precisão, relata que para Dworkin não há oposição entre as regras e princípios, mas sim, uma complementariedade. Nas palavras de Motta:

Não é que haja uma oposição entre regras e princípios. Há, com efeito, uma relação de complementariedade. Tanto os princípios como as regras integram o direito, sendo, ambos, padrões de julgamento vinculantes, a serem interpretados no contexto de um empreendimento que, como um todo, é moralmente coerente. Nesse sentido, os princípios forneceriam uma base para o dever judicial: identificar as preocupações e tradições morais da comunidade que efetivamente sustentam as regras. O autor norte-americano sugere, assim, que os princípios “subjazem” às regras positivas do Direito, operando “uma ponte entre a justificação política da doutrina segundo a qual os casos semelhantes devem ser decididos da mesma maneira que aqueles casos difíceis nos quais não fica claro o que essa doutrina geral requer. Daí a recusa, por parte do jusfilósofo norte-americano, à discricionariedade judicial forte que julga estar presente no positivismo jurídico hartiano¹⁶⁹.

Dessa forma, a evidente diferença entre as teorias de Dworkin e de Hart é estabelecida na medida que para o primeiro, mesmo que nenhuma regra moderasse o fato concreto, uma das partes tem o direito de ganhar a causa, pois o juiz tem o dever de descobrir quais são os direitos das partes (por meio dos princípios) ao mesmo tempo que não pode inventar novos direitos retroativamente¹⁷⁰. Enquanto para o positivista, quando as regras forem indeterminadas ou vagas, o juiz não ficará submetido a qualquer dever legal, podendo decidir (escolher) conforme seu poder discricionário forte, ou seja, os litigantes não terão nenhum direito institucional e a decisão tomada será sempre um novo elemento da legislação¹⁷¹, afastando-se, com isso, a autonomia do direito defendida por Dworkin¹⁷².

¹⁶⁸ DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. São Paulo: Martins Fontes, 2007. p. 64.

¹⁶⁹ MOTTA, Francisco José Borges. **Ronald Dworkin e a Decisão Jurídica**. Salvador: JusPodivm, 2017. p. 104-105.

¹⁷⁰ DWORKIN, Ronald. **Levando os Direitos a Sério**. São Paulo: Martins Fontes, 2007. p. 127.

¹⁷¹ Segundo Motta, “as regras (normativamente obrigatórias) de Hart, são compostas de uma textura aberta, o que implica reconhecer que “há, na verdade áreas de conduta em que muitas coisas devem ser deixadas para serem resolvidas pelos tribunais”, segundo não mais do que sua discricção (o que se torna particularmente evidente na solução dos chamados casos difíceis). Esses aportes permitem-nos dizer que o positivismo de Hart desabridamente contempla a discricionariedade judicial no sentido forte, na medida em que todos os padrões de comportamento estruturados em regras seriam compostos pela tal textura aberta (aspecto este atribuído aos limites da linguagem), a ser preenchida, ao fim e ao cabo, por não mais do que uma escolha (ainda que esta possa não ser arbitrária ou irracional). Dito em outras palavras, como o juiz possui autoridade, conferida por uma norma de

Essa discricionariedade forte proposta por Hart deve ser necessariamente encarada como sinônimo de “criação do direito” pelo poder judiciário, o que deve ser combatido por dois motivos. O primeiro deles diz respeito à falta de legitimação pelo voto, já que os juízes não são eleitos pelo povo (caso do Brasil). O segundo é que a criação de um direito pós fato puniria uma das partes mesmo que ela não tivesse desrespeitado um direito existente, mas criado por um juiz.¹⁷³ Aqui é necessário ressaltar, segundo Motta, que Hart, ao tratar sobre o tema a discricionariedade judicial, estabelece que há limites ao poder criativo do juiz, se comparado ao legislador:

Com efeito, haveria restrições substantivas (limitações que restringem a escolha da solução jurídica concreta), uma vez que, para evitar arbitrariedade, o juiz deveria justificar sua decisão mediante o emprego de algumas razões gerais (obrigação qual o legislador poderia ser totalmente isento); nesta perspectiva, o juiz deveria atuar como o faria um “legislador consciencioso, decidindo de acordo com suas próprias convicções e valores”. E, por outro lado, existiriam restrições, digamos, institucionais à criação de direito, dado que as decisões acontecem apenas para resolver casos específicos; assim, os juízes não gozariam do poder de introduzir amplas reformas ou códigos legais. De resto, o autor inglês rejeita a acusação de que sua descrição da discricionariedade judicial possa ser considerada antidemocrática ou injusta. Sua avaliação é a de que a atribuição desse tipo de poder aos juízes é uma característica familiar às democracias modernas, nas quais se convive com a imposição de

reconhecimento proveniente da comunidade, para decidir, ele pode legitimamente (esse é o ponto) dar a decisão que ele achar melhor. Hart não se ocupa, pois, de tematizar (ao nível da validade) o conteúdo bom ou mau de uma decisão judicial, já que “no quadro do campo da discricionariedade, a sua decisão está sempre certa” (MOTTA, Francisco José Borges. **Levando o direito a sério**: uma crítica hermenêutica ao protagonismo judicial. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012. p. 73-74).

¹⁷² Nessa mesma perspectiva, Streck assevera que o ponto fulcral do debate entre Hart e Dworkin se dá na discricionariedade. “O jusfilósofo inglês sustentava que a vagueza era inerente à linguagem jurídica e que nos *hard cases*, nos quais existiriam várias interpretações razoáveis, os juízes poderiam decidir discricionariamente, pois teriam que escolher a interpretação que considerassem a mais apropriada. Assim, nestas situações excepcionais, o juiz não estaria plicando o direito, mas sim, criando-o. Dworkin, contrariamente, apresenta objeções à construção hartiana. Primeiramente o jusfilósofo norte-americano defende que as partes num processo possuem o direito de que a solução jurídica para o caso esteja de acordo com o ordenamento previamente estabelecido. Este, por sua vez, seria fundamento para todos os casos, fáceis ou difíceis, impedindo tanto a discricionariedade judicial como o poder criativo dos juízes, nos termos propostos por Hart. Este ordenamento jurídico seria composto não apenas por regras, mas também por princípios. Isto em decorrência do fato de que uma sociedade é formada por pessoas que além de obedecerem as regras criadas pelo acordo político, reconhecem também princípios norteadores de suas práticas. Em contraposição a Hart, estes princípios vedariam um juízo discricionário. Desse modo, ainda que existisse um caso de absoluta anomia, no sentido de nenhuma regra a ser aplicada, existiram princípios que indicariam o direito para um dos demandantes” (STRECK, Lenio Luiz. A crítica hermenêutica do direito e a questão da discricionariedade judicial. In: _____. (Org.). **A discricionariedade nos sistemas jurídicos contemporâneos**. Salvador: Jus Podivm, 2017. p. 50-51).

¹⁷³ DWORKIN, Ronald. *Levando os Direitos a Sério*. São Paulo: Martins Fontes, 2007. p. 129.

restrições jurídicas ao governo. Ademais, esse seria o preço razoável a pagar pelo funcionamento do sistema jurídico, dado inconveniente que seria remeter a regulamentação de disputas controvertidas ao poder legislativo¹⁷⁴.

A partir daqui, sem fazer qualquer outro confronto com a teoria de Hart, volta-se o olhar especificamente para a teoria de Dworkin. Conforme já referido, para o jusfilósofo norte-americano, os juízes, ao decidirem, devem preservar a autonomia do direito das partes, limitando-se, portanto, aos argumentos de princípio e não a argumentos de política. Nesse contexto, cabe referendar a distinção desses argumentos feita pela próprio autor:

Os argumentos de política justificam uma decisão política, mostrando que a decisão fomenta ou protege algum objetivo coletivo da comunidade como um todo. O argumento em favor de um subsídio para a indústria aeronáutica, que apregoa que tal subvenção irá proteger a defesa nacional, é um argumento de política. Os argumentos de princípio justificam uma decisão política, mostrando que a decisão respeita ou garante um direito de um indivíduo ou grupo. O argumento em favor das leis contra a discriminação, aquele segundo o qual uma minoria tem direito à igualdade de consideração e respeito, é um argumento de princípio¹⁷⁵.

É necessário compreender que para Dworkin os princípios jurídicos se caracterizam por estabelecer o mundo prático no direito (“faticizados”). Esses princípios possibilitam um “fechamento interpretativo”, algo próprio da blindagem hermenêutica contra o discricionarismo judicial¹⁷⁶. Dessa forma, é possível compreender que os princípios jurídicos não podem ser utilizados para qualquer argumentação, a partir de um grau zero de sentido, sob pena de se estar vivenciando uma espécie de discricionariedade disfarçada. Nesse sentido, Streck, afirma:

Quando Dworkin diz que juiz deve decidir lançando mão de argumentos de princípios e não de políticas, não é porque esses princípios sejam ou estejam elaborados previamente, à disposição da “comunidade jurídica” como enunciados assertóricos ou categorias (significantes primordiais-fundantes). Na verdade, quando se sustenta essa necessidade, Dworkin apenas aponta para os limites que devem constar no ato de aplicação judicial (por isso, ao direito, não importa as convicções pessoais/morais do juiz acerca da política, sociedade, esportes, etc. – ele deve decidir por princípios). É preciso compreender que essa “blindagem” contra

¹⁷⁴ MOTTA, Francisco José Borges. **Ronald Dworkin e a Decisão Jurídica**. Salvador: JusPodivm, 2017. p. 108-109.

¹⁷⁵ DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. São Paulo: Martins Fontes, 2007. p. 129-130.

¹⁷⁶ STRECK, Lenio Luiz. **Dicionário de Hermenêutica**. Belo horizonte: Letramento, 2017, p. 242.

discricionarismos é uma defesa cadente da democracia, uma vez que Dworkin está firmemente convencido – e acertadamente – de que não tem sentido, em um Estado Democrático de Direito, que os juízes tenham discricionariedade para decidir os “casos difíceis”¹⁷⁷.

É nesse contexto que o autor norte-americano passou a sustentar a existência da única resposta correta¹⁷⁸, criada como um ataque à discricionariedade positivista. E, para demonstrar a aceitabilidade prática dessa teoria bastante pretensiosa, Dworkin criou a metáfora de “Hércules”: um juiz filósofo, com “capacidade, sabedoria, paciência e sagacidade sobre-humanas” que tem o dever de encontrar a resposta correta possível por meio de uma investigação interpretativa sobre o que os princípios e a intenção legislativa requerem do caso concreto.¹⁷⁹

Para tanto, Hércules deve construir um esquema de princípios abstratos e concretos que forneça uma justificação coerente a todos os precedentes do direito costumeiro, e, na medida em que estes devem ser justificados por princípio, também deve ser criado um esquema que justifique as disposições constitucionais e legislativas. A sua capacidade extraordinária é voltada para a compreensão do direito como totalidade, e isso implica, necessariamente, tomar em consideração o que os juízes fizeram no passado¹⁸⁰ e no presente, além da produção legislativa. Mais do que tudo, provoca um prestar de contas ao conjunto principiológico irradiado a partir da constituição.

A interpretação realizada por Hércules é composta por três etapas. A primeira delas é a “pré-interpretativa”, na qual são identificadas as regras e padrões que foram considerados nas decisões anteriores – Dworkin prescreve essa etapa com aspas porque, apesar de ser pré-interpretativa, nela já é necessária alguma

¹⁷⁷ STRECK, Lenio Luiz. **Compreender Direito** – como o senso comum pode nos enganar. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. p. 492.

¹⁷⁸ Alguns autores tratam a resposta correta com outras denominações. Motta, por exemplo, denomina-a como “resposta boa” (Motta, Francisco José Borges. **Levando o direito a sério: uma crítica hermenêutica ao protagonismo judicial**. 2ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado. 2012.p.77). Streck, por sua vez, batiza como “resposta hermeneuticamente adequada à constituição”. Enquanto Isaia a classifica como “a resposta” (ISAIA, Cristiano Becker. **Processo civil e hermenêutica: a crise do procedimento ordinário e o redesenho da jurisdição Processual Civil pela Sentença (democrática) Liminar de Mérito**. Curitiba: Juruá, 2012. p. 234).

¹⁷⁹ DWORKIN, Ronald. **Levando os Direitos a Sério**. São Paulo: Martins Fontes, 2007. p. 165

¹⁸⁰ No entanto, deve-se frisar que Dworkin salienta que as interpretações dadas no passado podem se modificar, nas palavras do jusfilósofo, “de repente, o que parecia incontestável é contestado; uma nova interpretação – ou mesmo uma interpretação radical – de uma parte importante da aplicação do direito é desenvolvida por alguém em seu gabinete de trabalho, vendo-se logo aceita por uma minoria “progressista”. Os paradigmas são rompidos, e surgem novos paradigmas” (DWORKIN, Ronald. **O império do direito**. São Paulo: Martins Fontes, 2014. p. 112.).

interpretação. A segunda etapa é a interpretativa, na qual o intérprete se concentra em encontrar uma justificativa geral para os principais elementos da prática identificada nas etapas anteriores. Por fim, a terceira etapa, uma etapa pós-interpretativa ou reformuladora, na qual o intérprete ajusta sua ideia àquilo que a prática “realmente” requer para melhor servir à justificativa que ele aceita na segunda etapa (interpretativa)¹⁸¹.

Seguindo aqui a concepção de Motta, importa referir que as tarefas de Hércules são as tarefas de todos os operadores do direito que tenham a pretensão de trabalhar e defender um direito “justo”, íntegro e coerente¹⁸². O que não significa que todos os juízes sejam ou devam ser iguais ao metafórico Hércules. A metáfora tem como objetivo fornecer uma espécie de meta ideal para ser buscada pelos magistrados no momento da decisão¹⁸³. O que também não pode significar que o magistrado, necessariamente, tenha que alcançar a resposta correta, mas que ao menos tente buscá-la na medida do possível a partir de argumentos de princípio, ou seja: de acordo com as políticas gerais que o Estado deve seguir, já pré-definidas pelo poder legislativo com base na tradição, na coerência e na integridade do direito. Se assim não o fizer, estará adentrando na competência que é democraticamente cabível a outro poder.

O que é necessário ficar claro é o forte embate que Dworkin estabelece contra a discricionariedade do positivismo jurídico que, para o jusfilósofo, conseqüentemente resulta em decisões antidemocráticas e acabam tornando o magistrado um protagonista processual. Em outras palavras, do mesmo modo que a hermenêutica filosófica proposta por Gadamer não defende qualquer forma de solipsismo, Dworkin também superou a filosofia da consciência.

Isso porque a teoria do direito como integridade, de Dworkin, afasta qualquer possibilidade de o julgador buscar em sua consciência a resposta ao caso concreto, sustentando que a ambiguidade ou insuficiência da norma não autoriza o juiz a decidir do jeito que preferir, como se fosse um ato de escolha. No seu entendimento teórico, ainda que haja essa ambiguidade ou insuficiência, o magistrado está

¹⁸¹ DWORKIN, Ronald. **O império do direito**. São Paulo: Martins Fontes, 2014. p. 81-82.

¹⁸² MOTTA, Francisco José Borges. **Levando o direito a sério**: uma crítica hermenêutica ao protagonismo judicial. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012. p. 78-79.

¹⁸³ Aqui é importante frisar que Dworkin não propõe qualquer “método”, raciocínios finalísticos ou de políticas para se chegar a resposta correta.

umbilicalmente amarrado aos princípios jurídicos, às decisões pretéritas e ao direito como fruto de um contexto histórico. Ou seja, o direito como integridade é teoria absolutamente limitadora do “poder” do magistrado e substancialmente antirrelativista.

Motta, buscando o conceito de integridade que foi apresentado por Dworkin em sua obra *O Império do Direito*, estabelece que:

[...] o ‘Direito como Integridade’ [...] supõe que as pessoas têm direito a uma extensão coerente, e fundada em princípios, das decisões políticas do passado, mesmo quando os juízes divergem profundamente sobre seu significado. Trata-se de compreender o direito como ‘totalidade’- ou como ‘completeza’ – sustentando que as pessoas têm como pretensões juridicamente protegidas todos os direitos que são patrocinados pelos princípios que proporcionam a melhor justificativa da prática jurídica como um todo¹⁸⁴.

Nessa mesma perspectiva, Rodríguez estabelece que, segundo a teoria do direito como integridade, os casos análogos devem ser tratados de maneira análoga, levando em conta que

[...] en un caso concreto, los principios y reglas que proporcionan la solución adecuada son aquellos que resultan de la aplicación consistente de decisiones políticas pasadas, de acuerdo con una interpretación que ofrezca la mejor justificación política y moral de dichas decisiones¹⁸⁵.

Dworkin faz questão de evidenciar a necessidade de entender as decisões passadas e responsabilizar-se pela construção do direito e dos julgamentos futuros. Aqui é importante enfatizar que o direito como integridade não quer recuperar para o direito atual os ideais ou objetivos práticos dos políticos que primeiro o criaram. O que ele pretende é justificar o que eles fizeram em uma história geral digna de ser contada, uma história que traz consigo a afirmação complexa de que a prática atual pode ser organizada e justificada por princípios suficientemente atraentes para oferecer um futuro honrado.¹⁸⁶ Novamente, é importante advertir que a teoria de Dworkin supera o convencionalismo e o pragmatismo.

¹⁸⁴ MOTTA, Francisco José Borges. **Levando o direito a sério**: uma crítica hermenêutica ao protagonismo judicial. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012. p. 103.

¹⁸⁵ RODRÍGUEZ, César. **La decision judicial**: el debate Hart-Dworkin. Bogotá: Siglo el hombre, 1997. p. 65-66.

¹⁸⁶ DWORKIN, Ronald. **O império do direito**. São Paulo: Martins Fontes, 2014. p. 274.

O direito como integridade nega que as manifestações do direito sejam relatos factuais do convencionalismo, voltados para o passado, ou programas instrumentais do pragmatismo jurídico, voltados para o futuro. Insiste em que as afirmações jurídicas são opiniões interpretativas que, por esse motivo, combinam elementos que se voltam tanto para o passado quando para o futuro; interpretam a prática jurídica contemporânea como uma política em processos de desenvolvimento. Assim, o direito como integridade rejeita, por considerar inútil, a questão de se os juízes descobrem ou inventam o direito; sugere que só entendemos o raciocínio jurídico tendo em vista que o juízes fazem as duas coisas ou nenhuma delas¹⁸⁷.

Dessa forma, a ideia da integridade de Dworkin pode ser esclarecida como a compreensão do direito como um todo, como sistema autônomo, levando-se em consideração o conjunto normativo existente (normas e princípios, fundamentalmente), as decisões do passado (na medida em que o enfoque assim determine) e as questões fáticas do caso concreto, todos guiados pela coerência e integridade com a historicidade do direito. Essa ideia impõe ao juiz um processo no qual cabe a ele preservar as decisões passadas, adaptando-as ao presente, avaliando as normas e princípios oportunas ao caso concreto, para então decidir de acordo com a integridade do sistema jurídico como um todo.

Para tanto, Dworkin aproxima o direito da literatura, apresentando a figura da *chain novel*¹⁸⁸, criando o “romance em cadeia”, um romance escrito coletivamente, em que será dado a cada juiz/escritor um capítulo para ser escrito e compor a referida obra. O argumento principal é que cada juiz, antes de escrever seu capítulo, terá que interpretar o que os outros juízes escreveram nos capítulos anteriores, porque deve ter responsabilidade para poder continuar a história (com dever de coerência) e não inventar outra. Nas palavras do próprio Dworkin:

Tendo como argumento central o fato de que cada juiz, assumindo o seu papel de “um romancista na corrente” ele deve ler o que os outros juízes fizeram no passado, não apenas para descobrir o que disseram, ou o seu estado de espírito quando o disseram, mas para chegar a uma opinião sobre o que esses juízes fizeram coletivamente, da maneira como cada um de nossos romancistas formou uma opinião sobre o “romance coletivo” escrito até então. Qualquer juiz obrigado a decidir uma demanda descobrirá, se olhar nos livros adequados, registros de muitos casos plausivelmente

¹⁸⁷ DWORKIN, Ronald. **O império do direito**. São Paulo: Martins Fontes, 2014. p. 271.

¹⁸⁸ STRECK, Lenio Luiz. A crítica hermenêutica do direito e a questão da discricionariedade judicial. In: _____. (Org.). **A discricionariedade nos sistemas jurídicos contemporâneos**. Salvador: Jus Podivm, 2017. p. 52.

similares, decididos há décadas ou mesmo séculos por muitos outros juízes, de estilos e filosofias judiciais e políticas diferentes, em períodos nos quais o processo e as convenções judiciais eram diferentes. Ao decidir o novo caso, cada juiz deve considerar-se como parceiro de um complexo empreendimento em cadeia, do qual essas inúmeras decisões, estruturas, convenções e práticas são a história; é seu trabalho continuar essa história no futuro por meio do que ele faz agora. Ele deve interpretar o que aconteceu antes porque tem a responsabilidade de levar adiante a incumbência que tem em mãos e não partir em alguma nova direção. Portanto, deve determinar, segundo seu próprio julgamento, o motivo das decisões anteriores, qual realmente é tomado como um todo, o propósito ou tema da prática até então¹⁸⁹.

Portanto, com essa metáfora, Dworkin quer estabelecer que o papel e o dever do juiz para construir uma decisão judicial se inicia pela compreensão das decisões do passado, fazendo uma espécie de reconstrução institucional do direito (a partir dos princípios) dentro da integridade e coerência. Como resultado, o juiz deve proceder de forma que encontre maior adequação e que torne determinada prática legal a melhor possível. Essa perspectiva dificulta que o magistrado atue de maneira subjetiva (que termina em discricionariedades) já que, tanto na metáfora quanto no direito, há uma historicidade por trás daquilo que deverá ser escrito/decidido, devendo, portanto, haver uma coerência no seu seguimento.

Disso resulta que a teoria de Dworkin não permite que a decisão judicial seja baseada em discricionariedades, sob pena de os juízes serem transformados em legisladores, o que, por consequência, propicia a criação de um novo “direito” a partir da (pré)compreensão do julgador – filosofia da consciência.

Para Dworkin, a decisão judicial necessita respeitar a autonomia do direito (produzido democraticamente), respeitando sua coerência e integridade a partir de uma minudenciada fundamentação¹⁹⁰ calcada em normas e princípios judiciais, para, assim, evitar uma decisão discricionária e antidemocrática.

Nesse mesmo sentido, Lenio Streck assevera que

[...] não se pode admitir, pelo menos em um regime democrático, baseado no respeito às regras do jogo, que o Judiciário lance mão de “argumentos metajurídicos” em suas decisões. Eles precisam decorrer de uma atribuição de sentidos oriunda de textos normativos. Assim como não existe salvo-

¹⁸⁹ DWORKIN, Ronald. **Uma questão de princípio**. São Paulo: Martins Fontes, 2001. p. 238.

¹⁹⁰ STRECK, Lenio Luiz. *Hermenêutica jurídica nos 20 anos da Constituição: condições e possibilidades para a obtenção de respostas corretas*. In. STRECK, Lenio. MORAIS, José (Orgs.). **Constituição, Sistemas Sociais e Hermenêutica**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009. 19-39. p. 35.

conduto para atribuição arbitrária de sentidos, com tal razão não se pode admitir que um julgador deixe de lado o texto constitucional em benefício de qualquer outro fundamento. Senão, está ferindo as regras do jogo democrático, do qual ele, por determinação constitucional, é exatamente o guardião¹⁹¹.

É preciso conferir ao direito a autonomia que lhe é devida. É preciso constranger os magistrados a decidirem de maneira íntegra e coerente, da forma proposta por Dworkin. É um dever constitucional do poder judiciário zelar pela democracia e, conseqüentemente, evitar a discricionariedade judicial, independentemente de a decisão agradar ou não a população.

Porém, na prática dos tribunais brasileiros, muitas das decisões judiciais processuais penais (especialmente de primeiro grau) são discricionárias e/ou fundamentadas em argumentos de política, moral e economia (predadores externos do direito). Isso se dá na medida em que a sociedade atual (em rede e globalizada, portanto) se mostra utilitarista (no sentido negativo), cobrando decisões que acutilam os direitos individuais do outro em prol de um suposto bem-estar da maioria. Isso significa que a autonomia do direito, por vezes, é enfraquecida devido à pressão externa que faz com que o magistrado julgue com base em elementos externos ao processo.

Em outras palavras, é possível verificar atualmente que muitas das decisões judiciais são fundamentadas em discricionariedades, conforme a consciência do julgador. Tais decisões são fragilizadas a partir de um discurso de argumentação moral e/ou política, voltadas para os interesses do que a “maioria” julga ser o correto para determinado caso.

Nesse cenário, a então autonomia conquistada pelo direito acaba se perdendo à medida em que o magistrado, influenciado pelos discursos que avista na sociedade em rede ou, até mesmo, por receio do impacto negativo que a sua decisão pode causar à sua própria imagem, deixa de interpretar a história jurídica existente (romance em cadeia) e passa a inventar uma outra história, fundada em discricionariedade, fazendo uma reconstrução institucional e inconstitucional do direito, da integridade e da coerência.

¹⁹¹ STRECK, Lenio Luiz. **Compreender Direito** – como o senso comum pode nos enganar. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. p. 175.

Evidente que um juiz de direito não pode se deixar levar pela opinião pública ou publicada e não pode querer decidir de acordo com o grande público ou escolher apenas com base na moral. Por outro lado, não cabe ao juiz refundar o direito, recriar a segurança pública e resguardar a credibilidade da justiça. A função real do juiz, em um país que se pretende democrático, é decidir de acordo com as normas, com os princípios jurídicos, enfim, com a Constituição. Dessa forma, e aqui já direcionando a pesquisa para o próximo subtítulo, as decisões processuais penais baseadas em subjetivismos (ou na discricionariedade positivista) vão na contramão dos direitos e garantias fundamentais previstos na Constituição, enfraquecendo, assim, a autonomia do direito em prol de uma credibilidade vazia e de uma segurança presente apenas no imaginário popular.

3.2 A DECISÃO PENAL NA VELOCIDADE DE UM CLIQUE: HÁ LUGAR PARA A MORAL NO DIREITO?

Conforme já demonstrado em tópicos anteriores, a Constituição Federal de 1988, com a adoção do constitucionalismo contemporâneo, vem mudando o rumos da história brasileira. Dentro dessa perspectiva histórica, o direito, especialmente em matéria penal, ainda apresenta um déficit democrático devido a certos ranços do passado. É o caso das decisões judiciais discricionárias que acabam por desrespeitar a autonomia do direito estabelecida pelo constitucionalismo contemporâneo e trilham um caminho no sentido contrário à teoria da decisão proposta por Dworkin.

Dessa forma, é necessário rememorar que o objetivo da hermenêutica jurídica (explicitada em tópico anterior) e da teoria da decisão de Dworkin é justamente apartar a atuação dos magistrados de suas ideologias pessoais, moralismos, paixões, preferências, pré-compreensões, enfim, de todos elementos externos ao processo e ao direito.

Tanto para a teoria de Dworkin como para a de Streck, o direito contemporâneo já nasce sob uma dimensão moral e é insculpido em Constituições rígidas e normativas, cabendo ao juiz preservar essa conexão e autonomia de discursos de conveniência e oportunidade (ideológicos, econômicos, morais em

sentido pessoais).¹⁹² Ou seja, para Dworkin e Streck, o direito e a moral são cooriginários.

Nesse sentido, é importante reafirmar que, para Dworkin,¹⁹³ o direito é um conceito interpretativo, e esse interpretacionismo nega que o direito e a moral sejam sistemas totalmente independentes. Para ele, o direito inclui não somente as regras específicas postas em vigor de acordo com as práticas aceitas pela comunidade, mas também os princípios que proporcionam a melhor justificativa moral para essas regras promulgadas. O direito, portanto, também inclui as regras que decorrem desses princípios justificadores, muito embora tais regras nunca tenham sido promulgadas. Enquanto o positivismo, conforme preceitua Dworkin,

[...] declara a independência absoluta entre os dois sistemas – moral e direito. O direito depende somente de questões factuais da história: depende, em última análise, daquilo que a comunidade em questão aceita como direito em matéria de costume ou prática. Se uma lei injusta atende os critérios aceitos pela comunidade para determinar o que é direito – se foi promulgada por um órgão legislativo e todos os juízes concordam em que esse órgão legislativo tem o poder supremo de fazer as leis – a lei injusta é lei e ponto-final¹⁹⁴.

Aprofundando o pensamento desenvolvido por Ronald Dworkin ao longo de seus vários textos quanto à cooriginariedade entre direito e moral, é importante referir que em sua teoria partiu do pressuposto de que o direito e a moral são sistemas normativos diferentes e de que a questão crucial dizia respeito à interação deles. Isso quer dizer, em outras palavras, que o direito é proveniente da moral, embora não seja dela dependente.

Para o aludido autor, o direito não inclui somente as regras promulgadas (ou regras com *pedigree*), mas também os princípios que as justificam. No entanto, logo passou-se a pensar que a própria imagem de dois sistemas era falha e começou-se a abordar a questão de uma forma diferente. Por outro lado, foi só quando começou a pensar nas questões que envolvem o tema disposto na obra *A raposa e o Porco-*

¹⁹² STRECK, Lenio Luiz. **Hermenêutica e Jurisdição** – Diálogos com Lenio Streck. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2017. p. 128.

¹⁹³ DWORKIN, Ronald. **A Raposa e o Porco-Espinho** – Justiça e Valor. São Paulo: Martins Fontes, 2014. p. 615.

¹⁹⁴ DWORKIN, Ronald. **A Raposa e o Porco-Espinho** – Justiça e Valor. São Paulo: Martins Fontes, 2014. p. 615.

Espinho – Justiça e Valor, que o autor começou a compreender plenamente a natureza desse quadro e o quanto ele é diferente do modelo ortodoxo¹⁹⁵.

Dworkin, após isso, passa a explicar que há uma falha na imagem dos dois sistemas (direito e moral), pois a partir do momento em que se parte do princípio de que o direito e a moral são dois sistemas normativos separados, já não há nenhum ponto de vista neutro a partir do qual os vínculos entre esses dois sistemas supostamente separados possam ser avaliados. Isso desagua na indagação: essa questão é jurídica ou moral?

Para Dworkin, o conceito de direito só pode ser entendido como sendo interpretativo, e qualquer análise desse conceito deve pressupor, desde o começo, uma conexão íntima entre o direito e a moral. Dessa forma, o direito e a moral não podem consistir em dois sistemas separados.¹⁹⁶ O autor, assim, apresenta o direito e a moral em uma estrutura de árvore, com o objetivo de integrar departamentos que muitas vezes são considerados separados. Com isso, passa a tratar o direito como um ramo, uma parte da moral política; a moralidade política, como um ramo de uma moralidade pessoal mais abarcante; e esta, por sua vez, seria um ramo de uma teoria ainda mais compreensiva do que seja viver bem.¹⁹⁷ Como explica Streck,

[...] é preciso ter presente que a intersecção entre o direito e moral (ou sua cooriginariedade) vem à tona a partir de Dworkin, não pela defesa de moralismos ou jusnaturalismos, mas em virtude da identificação em sua teoria de uma 'responsabilidade política de cada juiz/intérprete/aplicador, obrigando-o (*has a duty*) a obedecer a integridade do direito, evitando que as decisões se baseiem em raciocínios ad hoc (teleológicos, de moralidade ou de política)¹⁹⁸.

Sobre a responsabilidade política do juiz, Streck assevera que,

[...] juiz tem responsabilidade política. Ele decide, não escolhe segundo duas convicções. Deve dizer o que a linguagem pública lhe diz. E não deve importar o que ele, particularmente, pensa sobre o direito. Moral é uma coisa contingente. Valores todos têm. Moral, enfim, o valor não corrige o direito. Em suma, o juiz pode pensar o que quiser, na vida pública, não, ele tem o segundo corpo, ali ele não faz dilemas morais, ele não opera a partir

¹⁹⁵ DWORKIN, Ronald. **A Raposa e o Porco-Espinho** – Justiça e Valor. São Paulo: Martins Fontes, 2014. p. 615.

¹⁹⁶ DWORKIN, Ronald. **A Raposa e o Porco-Espinho** – Justiça e Valor. São Paulo: Martins Fontes, 2014. p. 615-619

¹⁹⁷ DWORKIN, Ronald. **A Raposa e o Porco-Espinho** – Justiça e Valor. São Paulo: Martins Fontes, 2014. p. 620

¹⁹⁸ STRECK, Lenio Luiz. OLIVEIRA, Rafael Tomaz de. **O que é isto** – as garantias processuais penais? Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012. p. 86.

de sua visão pessoal. Ora, quem das dilemas morais sou eu, o cidadão. O juiz também, mas ele faz dilemas morais com sua esposa, com seus amigos do bar [...]. Todavia, quando ele vai decidir no exercício da sua atividade jurisdicional, o direito vai lhe dar critérios, ou seja, ele sempre vai ter um modo de se inserir no direito sem as suas escolhas pessoais morais, porque escolhas não são questões democráticas, e os critérios postos pelo direito não estão à disposição dele, de nenhum juiz¹⁹⁹.

É necessário ter em mente que a moral passa a estar institucionalizada no direito, a ponto de o direito, como um todo, não poder e não estar subordinado à moralidade ou a outros elementos externos ao direito – chamados de predadores do direito.²⁰⁰ Nesse sentido, Streck explica:

Direito não é moral. Direito não é sociologia. Direito é um conceito interpretativo e é aquilo que é emanado pelas instituições jurídicas, sendo que as questões a ele relativas encontram, necessariamente, respostas nas leis, nos princípios constitucionais, nos regulamentos e nos precedentes que tenham DNA constitucional, e não na vontade individual do aplicador. Ou seja, ele possui, sim, elementos (fortes) decorrentes de análises sociológicas, morais, etc. Só que estas, depois que o direito está posto – nesta nova perspectiva (paradigma do Estado Democrático de Direito) – não podem vir a corrigi-lo²⁰¹.

Todo e qualquer predador externo ao direito vai no caminho contrário daquilo que foi estabelecido pelo constitucionalismo contemporâneo, pela democracia. Aceitar que elementos externos ao processo influenciem na tomada de decisão é frustrar a integridade do direito, a autonomia que o direito democrático conquistou depois de muitas guerras e lutas contra os autoritarismos vivenciados pela maior parte da história do país. Isso significa que o magistrado, ao decidir, não deverá deixar prevalecer os discursos existentes na sociedade em rede (leia-se o clamor social), ao invés a Constituição.

Não é possível aceitar que, em um Estado democrático de direito, decisões jurídicas sejam pautadas em padrões extrajurídicos. Não há como aceitar que decisões judiciais tragam elementos externos (políticos e/ou morais) como fundamento para aquilo que se decide. Ora, como afirma Lenio Streck²⁰², o discurso

¹⁹⁹ STRECK, Lênio. **Hermenêutica e Jurisdição**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2017. p. 167.

²⁰⁰ STRECK, Lenio Luiz. **Dicionário de Hermenêutica**. Belo horizonte: Letramento, 2017. p. 39.

²⁰¹ STRECK, Lenio Luiz. **Lições de Crítica Hermenêutica do Direito**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2014. p. 64.

²⁰² STRECK, Lenio Luiz. De 458 a.C. a 2018 d.C.: da derrota da vingança à vitória da moral! **Conjur**, 25 jan. 2018. Disponível em <<https://www.conjur.com.br/2018-jan-25/senso-incomum-458-ac-2018-dc-derrota-vinganca-vitoria-moral>>. Acesso em: 20 fev. 2018.

moral, político ou econômico, por mais que seja tentador, deve pedágio ao direito. O magistrado não deve se preocupar com a opinião da maioria, ou, parafraseando Vladimir Passos de Freitas, o magistrado deve estar preparado para os reflexos de sua decisão jurídica nas redes sociais.

Novamente, é preciso deixar claro que a moral é um ramo do direito. O argumento jurídico é radicalmente moral. Entretanto, a moralidade que o magistrado articula quando argumenta sua decisão não é sua moralidade privada, não é a mesma que determina suas escolhas pessoais. Para Streck, moralidade pública e política gira em torno do sistema de direito, pelo menos em Estados Democráticos, e não pode ser confundida com a moralidade privado do jurista, sendo que questiona “Você tem ou não tem direito? Essa resposta depende de uma argumentação moral, e o juiz tem a responsabilidade política de desenvolvê-la de forma adequada. Não depende de uma escolha”²⁰³.

Nesse aspecto, apesar de se estar diante de um constitucionalismo contemporâneo e isso significar (pelo menos, deveria) uma ruptura com o positivismo jurídico – com a tese de separação do direito e da moral e com a discricionariedade judicial (em qualquer grau) –, ainda hoje elementos externos são perceptíveis e, infelizmente, utilizados para a tomada de decisões jurídicas antidemocráticas. Isso se dá especialmente no campo do Processo Penal e em casos que estão sendo discutidos pela sociedade em rede.

O julgamento de um processo penal que está amplamente difundido pela sociedade em rede, independentemente das circunstâncias que revestem o caso (comoção, brutalidade, envolvimento de pessoas famosas, políticos), necessita de uma resposta correta ou constitucionalmente adequada, e não de decisões morais que agradem a maioria. A condição de garantir a autonomia do direito é a decisão judicial ser fundamentada ²⁰⁴ no próprio direito; aliás, é isso que a palavra

²⁰³ STRECK, Lenio Luiz. **Compreender Direito** – Nas brechas da lei. v. 3. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015. p. 112.

²⁰⁴ “O direito, sob o paradigma do Estado Democrático de Direito, cobra reflexão acerca dos paradigmas que informam e conformam a própria decisão jurisdicional. Há, pois, uma forte responsabilidade política dos juízes e tribunais, circunstância que foi albergada no texto da Constituição, na especificidade do art. 93, IX, que determina, embora com outras palavras, *que o juiz explicita as condições pelas quais compreendeu*. O dever de fundamentar as decisões (e não somente a decisão final, mas todas as do *iter*) está assentado em um novo patamar de participação das partes no processo decisório” (STRECK, Lenio. **Hermenêutica constitucional**. Enciclopédia jurídica da PUC-SP. Celso Fernandes Campilongo, Alvaro de Azevedo Gonzaga e André Luiz Freire (coords.). Tomo: Direito Administrativo e Constitucional. Vidal Serrano Nunes Jr., Maurício Zockun,

“autonomia” deseja significar no sentido trabalhado aqui. Com efeito, essa fundamentação decisória (prevista no art. 93, IX da CF, portanto obrigatória) por vezes carece de elementos constitucionais que acabam sabotando o direito e enfraquecendo as garantias constitucionais em nome da benevolência do senso comum. Nesse sentido, Streck adverte:

Para que uma decisão esteja satisfatoriamente fundamentada, é preciso que o julgador consiga lançar seus argumentos em um todo de integridade e coerência que emana da própria comunidade política. Não basta, pois, qualquer fundamentação. Está-se a dizer, portanto, que integridade e coerência não se manifestam abstratamente, mas sim a partir de vários níveis concretos da normatividade estatal (Constituição, legislação, jurisprudência, casos julgados, etc.)²⁰⁵.

O magistrado, ao decidir, deve fazê-lo com responsabilidade política, decidindo por princípio, com integridade e coerência, independentemente do crime a ser julgado, da repercussão desse crime na sociedade em rede e, especialmente, da opinião da maioria. Exatamente por isso que o magistrado não pode temer a opinião popular, não pode ceder à pressão pública e sua decisão não pode atender aos anseios sociais quando estes estiverem na contramão dos direitos fundamentais estabelecidos na Constituição Federal. Isso é decidir baseado no direito, que independe da moral, mas baseia-se em princípios. Lenio Streck afirma que o Judiciário exerce um papel “contramajoritário”, na medida em que “não pode simplesmente mudar de ideia, nem mesmo se houver um grande descontentamento da opinião pública. Isso porque, acima de tudo, o argumento que fundamenta uma decisão deve ser jurídico – nem moral, nem político”²⁰⁶.

Aliás, esse é o motivo pelo qual existem juízes em uma república: justamente para resguardar a garantia de uma oposição à maioria. Isso explica, de outra forma, a razão pela qual os magistrados não são escolhidos por eleição, em que o povo indicaria qual juiz que deseja para exercer a jurisdição em determinada cidade. A função do juiz deve ser dissociada da vontade da maioria, da política e dos

Carolina Zancaner Zockun, André Luiz Freire (Coord. de tomo). 1. ed. São Paulo: Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, 2017. Disponível em: <<https://enciclopediajuridica.pucsp.br/verbete/18/edicao-1/hermeneutica-constitucional>>. Acesso em: 1 nov. 17.

²⁰⁵ STRECK, Lenio Luiz. OLIVEIRA, Rafael Tomaz de. **O que é isto** – as garantias processuais penais? Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012. p. 51.

²⁰⁶ STRECK, Lenio Luiz. **Compreender Direito** – como o senso comum pode nos enganar. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. p. 172.

costumes sagrados que determinada comunidade pode sacralizar. Muito pelo contrário, o compromisso democrático do magistrado está em ser garantidor, decidir contra todos e a favor de um, se assim a tradição, a Constituição e o direito determinarem.

Porém, ocorre que em determinados casos, especialmente naqueles acolhidos e escolhidos pela mídia, a opinião pública(da) deságua nos gabinetes e nas sentenças. Tanto isso é verdade que Jader Marques alerta que “a coerência e a integridade não alcançam a interpretação quando o caso é escolhido pela mídia, em função dos mais variados fatores, e passa a ocupar um lugar de destaque na agenda setting²⁰⁷.” Essa discussão sobre o caso de grande repercussão passa de um campo filosófico e científico para um esforço na busca da resposta mais gravosa ao acusado, em nome da credibilidade e aceitação do senso comum.

No mesmo sentido, Streck adverte que as decisões processuais penais nos casos que envolvem forte atuação da mídia são cada vez mais teleológicas (decide-se e, só depois, busca-se uma justificativa) ou finalísticas. Essas decisões acabam por deixar transparecer o triunfo da moral e da política sobre o direito, em nome do senso comum e da melhor aceitação da sociedade. O resultado disso é uma latente transgressão do direito fundamental do indivíduo que está sendo julgado. Ora, não é possível aceitar que um réu preso que reúna condições para ter um Habeas Corpus concedido – aferíveis objetivamente em face da estrutura do “direito” – não tenha seu direito conferido porque sua soltura “transmite” ao senso comum uma imagem antipática, imoral ou politicamente incorreta. Em casos assim, a concessão da ordem é um dever do judiciário²⁰⁸.

Exemplo de decisão judicial que envolveu fortemente a atuação das mídias foi o deferimento da condução coercitiva do ex-presidente Lula na Operação Lava Jato, ocorrida em março de 2016. Uma decisão flagrantemente ilegal e inconstitucional, baseada em “motivos circunstanciais”²⁰⁹. Uma decisão em tempos modernos que mais lembra os velhos e tristes tempos antigos da Inquisição. Garantias processuais (como a necessidade de intimação prévia, art. 216 e 260 do Código de Processo

²⁰⁷ MARQUES, Jader. **Dolo eventual para que(m)?** Empório do Direito, 13 mar. 2017. Disponível em: <<http://emporiododireito.com.br/dolo-eventual-para-quem/>>. Acesso em: 15 mar. 2017.

²⁰⁸ STRECK, Lenio Luiz. **Juis não é Deus**. Curitiba: Juruá, 2016. p. 38.

²⁰⁹ Sobre a decisão da condução coercitiva do ex-presidente, ver mais em: <<https://www.conjur.com.br/dl/pf-violou-lei-penal-ordem-moro-conduzir.pdf>>. Acesso em: mai. 2018.

penal) foram deixadas de lado em prol de fundamentos extrajurídicos²¹⁰, em uma espécie de “os fins justificam os meios”.

Ainda nesse cenário, cabe apontar outra decisão em processo judicial com forte operação midiática²¹¹: um juiz de primeiro grau do estado de São Paulo concedeu liberdade provisória para 21 pessoas acusadas de integrar uma quadrilha de falsificação de agrotóxico, sob fundamento visivelmente (i)moral e político, enquanto o direito ficou jogado às favas. De acordo com a decisão,

Em um país onde os integrantes de uma organização criminosa que roubou bilhões de reais de uma empresa patrimônio nacional (Petrobrás) estão em casa por decisão do STF, não tenho como justificar a manutenção da prisão do réu neste processo, que proporcionalmente causou um mal menor à sociedade, embora também muito grave²¹².

É evidente que esse tipo de decisão, fundamentada em elementos externos ao processo e ao próprio direito, não existe somente em casos de grande repercussão midiática. A falta de decisões fundamentadas na integridade, na coerência e nos princípios (DWORKIN) também abarca decisões de casos de pequena ou nenhuma repercussão. É o caso da decisão de um juiz criminal do interior do Rio Grande do Sul que homologou prisão em flagrante e a converteu em preventiva sob fundamento de “risco à ordem pública”. Mas não fica só nisso: o magistrado inverteu o ônus da prova e, no decorrer da sua fundamentação, utilizou-se de elementos morais, afirmando que a sociedade pode esperar do seu trabalho o mais absoluto rigor, alertando que se depender dele (assujeitamento do processo): “não tem essa história de que a polícia prende e a justiça solta. Comigo a polícia prende e o criminoso fica preso, salvo se for caso escancarado de concessão de liberdade provisória”. Veja-se:

²¹⁰ STRECK, Lenio Luiz. Condução Coercitiva de ex-presidente Lula foi ilegal e inconstitucional. **Conjur**, 4 mar. 2016. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2016-mar-04/streck-conducao-coercitiva-lula-foi-ilegal-inconstitucional>>. Acesso em: 10 mar. 2017.

²¹¹ Sobre o referido caso, ver mais em: <<http://g1.globo.com/sp/ribeirao-preto-franca/noticia/2014/12/operacao-prende-23-suspeitos-de-falsificar-agrotoxicos-diz-policia.html> ou em: <http://www1.folha.uol.com.br/cotidiano/ribeiraopreto/2014/12/1558053-operacao-prende-quadrilha-que-vendia-agrotoxico-falsificado-em-10-estados.shtml>>. Acesso em: mai. 2018.

²¹² Tribunal de Justiça de São Paulo. 2º Vara Criminal do Foro de Franca. Processo Nº 0022985-69.2014.8.26.0196. Processo distribuído em 12 de dez. 2014. Disponível em: <<https://esaj.tjsp.jus.br/cpog/show.do?processo.foro=196&processo.codigo=5G0002WA20000>>. Acesso em: 2 out. 17.

A impossibilidade do deferimento de liberdade provisória ao flagrado em crime de tráfico é de ordem constitucional (CF, art. 5º, XLIII). Em se tratando, pois, de expressa vedação constitucional à concessão de liberdade provisória ao preso flagrado em situação de traficância, cabe à parte comprovar estarem excepcionalmente ausentes os requisitos para a decretação da custódia cautelar, pois por presunção legal decorrente da inafiançabilidade de tais crimes, a própria natureza do delito pressupõe estar presente a necessidade da custódia para garantia da ordem pública, o que não ocorre no caso concreto. Sendo assim, entendo não se encontrarem presentes os requisitos para a concessão da liberdade provisória, por estar em risco a ordem pública (CPP, art. 310, § c/c art. 313). Por fim, este magistrado, já faz um bom tempo, decidiu que não irá compactuar, ainda que minimamente, com a impunidade que galopa sem freios pelas cidades e agora também pelos campos do nosso país. Deste juiz a sociedade pode esperar o mais absoluto rigor com as práticas delitivas, por menor que elas possam ser, até para não ser apontado, logo ali adiante, como partícipe efetivo de uma irrecuperável e anárquica desorganização social. Com este juiz, quando no plantão ou em regime de substituição em vara criminal, não tem essa história de que a polícia prende e a justiça solta. Comigo a polícia prende e o criminoso fica preso, salvo se for caso escancarado de concessão de liberdade provisória. É que tenho profundo respeito pela sociedade que paga um salário considerável, e também pela polícia - e aqui se inclui também a militar - pois, apesar de perceber um salário que deveria ser bem melhor, ainda o recebe de forma parcelada, com o 13º salário a perder de vista. Mesmo assim, abaixa a cabeça e trabalha cada vez mais, pois está cada vez pior o combate ao banditismo já epidêmico que assola o nosso Estado. Isso posto, Homologo o auto de prisão em flagrante, e converto a prisão em PRISÃO PREVENTIVA dos flagrados [...]²¹³.

Essas decisões são citadas como exemplo (sem ingressar no mérito da decisão) da existência de julgamentos baseados em elementos externos ao campo da autonomia do direito. Decisões pessoais que são travestidas de jurídica. Esse tipo de julgamento, baseado na escolha pessoal do magistrado e fundamentadas como tal, fulmina a democracia, aniquila o direito. O magistrado não pode ser um agente moral que age guiado por convicções pessoais, voluntaristas ou pelo clamor popular. A produção democrática do direito, por si só, dispensa o uso de uma moral corretiva, baseada em princípios teleológicos, ou seja, princípios tratados como valores. Não custa referir novamente que os princípios são deontológicos, um padrão decisório construído historicamente que acaba por gerar um dever de obediência em momentos posteriores; são um “dever ser” e não meros conselhos,

²¹³ Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. 2º Vara Criminal do Foto de Santa Maria. Processo Nº 0272.17.0000646-8. Distribuído em 25 de janeiro de 2017. Disponível em <<http://www.tjrs.jus.br/busca/?tb=proc>>. Acesso em: 2 out. 17.

valores ou mandatos de otimização. Isso significa que, independentemente do caso, a decisão deve ser pautada por princípios, mesmo que contrarie a maioria²¹⁴.

Ora, decidir não é escolher! Uma decisão jurídica vai depender, sempre, de uma fundamentação exclusiva no direito, ou seja, na Constituição, em princípios constitucionais, leis, regulamentos e precedentes que tenham DNA constitucional. Discursos, protestos, comoção popular, mídia, moralismos ou quaisquer outros modos de pressão sobre o judiciário não poderão prevalecer como fundamento decisório. Como já referido, o direito tem sim elementos (fortes) decorrentes de análises morais, só que estes, depois que o direito está posto, não podem vir a corrigi-lo²¹⁵. O direito é autônomo, não está subordinado à moral. Ela, a moral, não pode ter valor ou função de correção do discurso jurídico.²¹⁶ Não em um país democrático de Direito.

Exatamente por isso, é preciso compreender que as opiniões postadas nas redes desvelam apenas o eixo moral de uma sociedade imergida nas redes sociais. No entanto, não há lugar para os palpites morais em redes sociais na sentença. Isso porque o ato decisório é uma construção jurídica de um determinado caso penal, em que a moral (presente nos discursos maniqueístas) em nada modifica o *decisum*, conforme se buscará defender no derradeiro ponto desse trabalho.

3.3 OS DISCURSOS MANIQUEÍSTAS POTENCIALIZADOS PELAS REDES SOCIAIS E SUA INFLUÊNCIA NAS DECISÕES JUDICIAS EM PROCESSOS PENAIS: CENSURANDO A AUTONOMIA DO DIREITO

Quando, através da compaixão, cheguei a reconhecer nos piores dos encarcerados um homem como eu; quando se diluiu aquela fumaça que me fazia crer ser melhor do que ele; quando senti pesar nos meus ombros a responsabilidade do seu delito; quando, anos faz, em uma meditação na sexta-feira santa, diante da cruz, senti gritar dentro de mim: “Judas é teu irmão”, então compreendi não somente que os homens não se podem dividir em bons e maus, tampouco em livres e encarcerados, porque há fora do cárcere

²¹⁴ STRECK, Lênio Luiz. O direito não poder ser corrigido por valores morais. *Conjur*, 2 abr. 2012. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2012-abr-02/valores-morais-nao-podem-nortear-principios-juridicos-lenio-streck>>. Acesso em: 9 fev. 2017.

²¹⁵ STRECK, Lênio Luiz. Perus, pavões e urubus: a relação entre Direito e moral. *Conjur*, 15 ago. 2013. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2013-ago-15/senso-incomum-perus-pavoes-urubus-relacao-entre-direito-moral>>. Acesso em: 9 fev. 2017.

²¹⁶ STRECK, Lênio Luiz. **Verdade e Consenso**: constituição, hermenêutica e teorias discursivas. 4. edição. São Paulo: Saraiva, 2014. p. 561.

prisioneiros mais prisioneiros do que os que estão dentro e há, dentro do cárcere, mais libertos, assim da prisão, dos que estão fora. Encarcerados somos todos, mais ou menos, entre os muros do nosso egoísmo; talvez, para se evadir, não há ajuda mais eficaz do que aquele que se possam nos oferecer os pobres que estão materialmente fechados entre os muros da penitenciária.

Francesco Carnelutti²¹⁷

A internet é considerada a maior de todas as invenções tecnológicas dos últimos tempos.²¹⁸ Isso se dá na medida em que ela permite que todos os internautas consumam informação e entretenimento e, ao mesmo tempo, os produzam. É um espaço polivalente, livre, incontrolável²¹⁹ e que proporcionou uma mudança radical na sociedade devido ao seu poder de alcance, à sua compreensão de espaço-tempo e à sua capacidade mágica de conectar o mundo através de um simples clique.

Como referendado em subcapítulo anterior, a internet revolucionou o processo de comunicação, fazendo com que as informações nela difundidas se transformassem na maior forma de poder, capaz de influenciar, de alguma maneira, todas as práticas sociais, bem como modificar as percepções de tempo e espaço a partir do seu surgimento.

O ambiente virtual, dessa forma, ofereceu ao internauta uma plataforma contendo inúmeras informações, disponibilizando um espaço passível de se perquirir acerca de qualquer assunto. No entanto, além das inúmeras informações proporcionadas pela internet, surge, com o advento das redes sociais virtuais, a capacidade de o internauta produzir a informação, divulgando ideias, compartilhando pensamentos e fazendo com que seus seguidores possam se abastecer de suas convicções e pensamentos.

Toda essa mudança social acaba por desaguar em ramos tradicionais da sociedade. Na medida em que a internet e, sobretudo, as redes sociais virtuais

²¹⁷ CARNELUTTI, Francesco. **As Misérias do Processo Penal**. 3. ed. Leme: CL Edijur, 2015. p. 91.

²¹⁸ CASTELLS, Manuel. **A galáxia da internet: reflexões sobre a internet, os negócios e a sociedade**. Rio de Janeiro: Zahar, 2003.

²¹⁹ Para Castells, a única maneira de controlar a internet é desconectá-la totalmente. E isso hoje em dia é um preço que nenhum país pode pagar porque, além de livre expressão, a rede é educação, economia, negócios... é a eletricidade de nossa sociedade (CASTELLS, Manuel. 'Se um país não quer mudar, não é a internet que irá mudá-lo', diz sociólogo espanhol. Entrevista concedida a Alec Duarte. Folha de D. Paulo, 21 set. 2010. Disponível em: <<http://www1.folha.uol.com.br/poder/2010/09/801906-se-um-pais-nao-quer-mudar-nao-e-a-internet-que-ira-muda-lo-diz-sociologo-espanhol.shtml>>. Acesso em: 3 jan. 2018).

tomam espaços e avançam nas necessidades da população, o próprio direito acaba por ser influenciado por esse mecanismo virtual²²⁰, contribuindo em significativas alterações e possibilitando uma maior facilidade nas comunicações processuais.

No entanto, apesar da facilidade que a internet facultou ao meio jurídico, é inegável que as novas mídias acabaram por trazer problemas quando adentraram em terrenos absolutamente frágeis e que requerem uma maior proteção, inclusive da mediação que a internet proporciona²²¹. A decisão judicial é um desses ambientes delicados que requerem uma proteção por parte do juiz no momento de sua prolação.

Conforme visto alhures, o pronunciamento judicial é o momento em que o Poder Judiciário determinará as consequências do próprio processo judicial, na medida em que a decisão é uma construção processual vinculada estritamente ao que é produzido no bojo do procedimento ao qual o caso penal está submetido. A resolução de determinado fato, com a observância dos princípios provenientes do

²²⁰ Em 2012 foi sancionada a Lei 12.737 que passou a tipificar crimes de informática. Essa lei foi apelidada como “Lei Carolina Dieckmann” em razão da atriz ter tido sua caixa de e-mail violada por hackers e ter suas fotos íntimas publicadas na internet. (G1. **Lei 'Carolina Dieckmann', que pune invasão de PCs, entra em vigor**. Disponível em: <<http://g1.globo.com/tecnologia/noticia/2013/04/lei-carolina-dieckmann-que-pune-invasao-de-pcs-passa-valer-amanha.html>>. Acesso em: 30 nov. 2017). Já no ano 2014 foi sancionada a Lei 12.965/14, conhecida como o Marco Civil da Internet, a qual busca regulamentar o uso da internet e garantir os direitos e deveres aos usuários (BRASIL. **Lei 12.965 de 23 de abril de 2014**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2014/lei/l12965.htm>. Acesso em: 30 nov. 2017). Ainda cabe lembrar que em 2017, o Conselho Nacional da Magistratura (CNJ) aprovou o uso aplicativo WhatsApp como ferramenta para intimações nos juizados especiais, ao considerar válida portaria que possibilitou a utilização do aplicativo no Juizado Especial Cível e Criminal de Piracanjuba (GO). Com isso, o CNJ sinaliza que todos os tribunais do país estão liberados para adotar, de forma facultativa, a prática em seus juizados. Revista Consultor Jurídico. **WhatsApp pode ser usado para intimações nos juizados especiais**. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2017-jun-28/whatsapp-usado-intimacoes-juizados-especiais>>. Acesso em: 30 nov. 2017.

²²¹ Essa mediação processual, por vezes, é proveniente do próprio judiciário, como se deu no “Caso Bernardo”, quando o TJRS buscando possibilitar uma maior publicidade dos atos processuais, legitimou um jornalista como mensageiro das importantes questões que eram tratadas no decorrer da audiência de instrução e julgamento, em uma modalidade de “minuto-a-minuto”, via rede social denominada Twitter. Em que pese os aspectos positivos que as redes sociais apresentam, em alguns casos, as mesmas devem ser utilizadas com moderação ou, até, mesmo ser afastada a sua utilização, sob pena de garantias constitucionais serem mitigadas. Em relação ao “Caso Bernardo” a tramitação da audiência de instrução e julgamento, por um jornalista acaba maculando princípios constitucionais, sobretudo por se tratar de um caso de competência do Tribunal do Júri, onde a sociedade é quem estabelecerá o juízo condenatório ou absolutório (SANTIAGO, L. S.; NEDEL, N. K.; CASTRO, R. M. Um julgamento resguardado pela legalidade necessita tramitar sob a rigidez da Constituição Federal, o que implica, necessariamente, em imparcialidade do julgador, exigindo um julgamento de acordo com o que existe no interior do processo, tão somente. In: **CONGRESSO INTERNACIONAL DE DIREITO E CONTEMPORANEIDADE**, 3., 2015, Santa Maria. *Anais*. Santa Maria. Disponível em: <<http://coral.ufsm.br/congressodireito/anais/2015/2-8.pdf>>. acesso em: 5 dez. 2017).

Estado Democrático de Direito, é a maneira legalizada que o Estado possui de resolver os fatos, emblemáticos ou não, que ocorrem no âmago da sociedade.

O imbróglio que recalitra a decisão judicial, com a potencialização da sociedade virtual, é justamente o abastecimento que os discursos maniqueístas fomentados no terreno virtual dão à decisão judicial²²², permitindo que comentários e publicações das redes sociais virtuais influenciem a caneta do juiz. Isso determina uma mudança extremamente maléfica ao contexto democrático em que a decisão judicial é produzida, na medida em que o campo da moral, do senso comum, daquilo que a mídia julga ser a decisão correta e justa aparece de forma mais contundente na decisão do que princípios e garantias inerentes ao processo penal.

Isso possui um ponto de partida, pois, historicamente, a mídia tradicional escolhe determinados crimes²²³ e exerce o papel de investigadora, acusadora e julgadora, a fim de que a matéria seja vendida e comentada, criando uma sociedade que associa a ideia de justiça junto às folhas do jornal mas longe das páginas processuais. Os veículos de comunicação midiática²²⁴, com um contorno mais violento possível, dão ênfase a acontecimentos e notícias que versam sobre a criminalidade²²⁵ e, com fortes doses de sensacionalismo, transmitem um sentimento falso de impunidade, provocando a ideia de que população de “bem” nunca está segura e que sempre deve sentir medo da figura do “mal”. Com isso, cria-se um sentimento de insegurança social.

²²² TV UNIFRA. Construindo Saberes 17-03-2017 (ressocialização x penas brandas). Disponível em: <https://www.youtube.com/watch?v=pKyyPct4_T0>. Acesso em: 2 out. 2017.

²²³ Como exemplo, é possível citar um crime cometido na época do Império, o qual foi divulgado na imprensa da época e ficou amplamente conhecido como a “fera de Macabu”, onde um erro processual culminou na condenação de um inocente à morte. Ver mais em: MARCHI, Carlos. **Fera de Macabu**. Rio de Janeiro: Record, 1998.

²²⁴ Segundo Vieira, “a valorização da violência, o interesse pelo crime e pela justiça penal é uma prática enraizada na mídia, que encontra seu melhor representante no jornalismo sensacionalista. Utilizando-se de um modo próprio da linguagem discursiva, ágil, coloquial e do impacto da imagem, promove uma banalização e espetacularização da violência” (VIEIRA, Ana Lúcia Menezes. **Processo Penal e Mídia**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003. p. 55).

²²⁵ No mesmo sentido, Gomes explica que “os meios de comunicação exploram a volatilidade da sensação de insegurança que permeia a vida na era pós-industrial para prender o público pelo emocional. A notícia reproduz a natureza catastrófica dos riscos e multiplica o sentimento social de insegurança. Assim, acaba por vigorar a crença de que as ameaças ao meio ambiente são incontornáveis, que a medicina é incapaz de tratar as novas doenças, que a vida nos centros urbanos está inviabilizada e, é claro, que há uma explosão incontrolável de delinquência, uma verdadeira chaga social, que deve ser combatida com repressão penal irrestrita (GOMES, Marcus Alan. **Mídia e Sistema Penal: As distorções da criminalização nos meios de comunicação**. Rio de Janeiro: Revan, 2015. p. 94).

Conforme Gomes, ainda há casos que, “devido a reprodução ininterrupta e sufocante de notícias sobre a criminalidade acaba, muitas vezes, por envolver uma falsa importância a episódios triviais, rotineiros e sem qualquer significado para a vida das pessoas”²²⁶. Dessa forma, o discurso midiático estabelece uma divisão binária na sociedade, entre o “bem e o “mal”²²⁷. Sobre essas figuras imaginárias, Zaffaroni explica:

A criminologia midiática cria a realidade de um mundo de pessoas decentes frente a uma massa de criminosos, identificada através de estereótipos que configuram um eles separado do resto da sociedade, por ser um conjunto de diferentes e maus. O eles da criminologia midiática incomodam, impedem de dormir com as portas e janelas abertas, perturbam as férias, ameaçam as crianças, sujam por todos os lados e por isso devem ser separados da sociedade, para deixar-nos viver tranquilos, sem medos, para resolver todos os nossos problemas. Para tanto, é necessário que a polícia nos proteja de suas ciladas perversas, sem qualquer obstáculo nem limite, porque nós somos limpos, puros e imaculados²²⁸.

Nessa mesma perspectiva, Souza, cita que,

[...] os autores da infração penal (inimigos sociais) são tratados pelos meios de comunicação numa perspectiva maniqueísta, orientada pelo paradigma dicotômico (bom-mau – nós-eles). O criminoso seria etiquetado, por assim dizer, como um sujeito antropológicamente indecifrável, movido por um instinto antissocial obscuro e profundo. Sobretudo, a transmissão midiática deixa como mensagem a ilusão de que o autor da infração penal não pode ser recuperado socialmente, mas pode e deve ser apenas combatido e encarcerado²²⁹.

Além da imprensa midiática, caracterizada por Gomes como combustível que impulsiona o sentimento de insegurança²³⁰, parte dessa maneira de agir é avigorada pelo cidadão comum que, dentre as peculiaridades da internet, deixou de ser mero consumidor e se tornou um interlocutor a partir da interação possibilitada pelas redes

²²⁶ GOMES, Marcus Alan. **Mídia e Sistema Penal: As distorções da criminalização nos meios de comunicação**. Rio de Janeiro: Revan, 2015. p. 95.

²²⁷ Para Amilton Bueno de Carvalho, o discurso midiático está sempre na direção de maniqueísmo agressivo, dividindo o mundo entre nós, os “bons” e eles, os “maus”, entre mocinhos e bandidos, entre aqueles que devem permanecer como estão e aqueles que “devemos mudar” (CARVALHO, Amilton Bueno. **Direito Penal a Marteladas**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2013. p. 103).

²²⁸ ZAFFARONI, Eugenio Raúl. **A Palavra dos Mortos: conferências de criminologia cautelar**. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 307.

²²⁹ SOUZA, Artur César de. **A decisão do juiz e a influência da mídia**. Curitiba: Revista dos Tribunais, 2010. p. 136.

²³⁰ O autor justifica esse adjetivo em razão da mídia, segundo ele, ser a responsável pela construção da realidade social, pela escolha do conteúdo da agenda pública. GOMES, Marcus Alan. **Mídia e Sistema Penal: As distorções da criminalização nos meios de comunicação**. Rio de Janeiro: Revan, 2015. p. 99.

sociais virtuais²³¹. Esse cidadão passa a legitimar a visão binária entre pessoas do “bem” e do “mal”, difundindo o ideal punitivista, apoiando medidas drásticas, fomentando ações violentas e clamando pelo enfraquecimento de garantias fundamentais daquele que está sendo acusado.

Isso é ratificado por Gomes quando refere que a inquietação social é gerada pelos discursos de violência e pela ineficácia das agências formais de controle (política, justiça, sistema penitenciário) na contenção da delinquência, com exigências de recrudescimento na resposta estatal ao crime – que se pretende que seja eminentemente repressiva – bem como na estigmatização dos grupos sociais tomados como perigosos²³². Tudo isso inspirado pelos discursos maniqueístas que avistam através das lentes das velhas e novas mídias incorporadas pela sociedade em rede.

Além disso, a opinião pública, segundo Garapon, está mais inclinada a se identificar com a vítima do que com o árbitro, com o justiceiro do que com o legislador. E essa identificação como vítima traz como consequência a demonização do outro²³³. Dessa forma, para aqueles que se sentem vitimizados, só há culpados e inocentes, bons e maus, criminosos e vítimas, cidadãos e inimigos²³⁴.

Salo de Carvalho, no mesmo sentido, elenca que a sociedade moderna sobrepajada por valores morais, classifica as pessoas a partir da dicotomia bem e mal de acordo com sua conduta, excluindo qualquer outra perspectiva possível. Essa valoração “bem e mal” é extremamente acentuada quando se faz análise das práticas da justiça criminal. Para o autor, é preciso que haja uma crítica extramoral que permita descartar esta cisão inexistente, passando a enxergar o homem, seja ele criminoso ou não, apenas como um humano com virtudes e perversões que é

²³¹ O desenvolvimento da Internet tem ampliado as possibilidades de as pessoas acessarem informação, pois como em nenhuma outra época tornou-se possível o contato direto com uma gama crescente de conteúdos consultados diretamente, sem a necessidade de intermediários. A autonomia e liberdade de escolha, tanto para procurar quanto para produzir e publicar conteúdos ocorre porque a informática permite digitalizar as informações, armazená-las, tratá-las automaticamente, transportá-las e colocá-las à disposição dos demais usuários, o que não acontecia. Assim, cada pessoa pode figurar como produtora e receptora de conteúdos e informações (SILVA, Rosane Leal da. Liberdade de Expressão e Comunicação x Justa Causa. In: TYBBUSCH. Jerônimo; ARAUJO, Luiz Ernani; SILVA, Rosane (Orgs.). **Direitos Emergentes na Sociedade Global**. Ijuí: Unijui, 2013. p. 438-439).

²³² GOMES, Marcus Alan. **Mídia e Sistema Penal: As distorções da criminalização nos meios de comunicação**. Rio de Janeiro: Revan, 2015. p. 98.

²³³ GARAPON, Antoine. **O juiz e a democracia – O guardião das promessas**. Trad. Maria Luiza de Carvalho. Rio de Janeiro: Revan, 1999. p. 99-104.

²³⁴ GOMES, Marcus Alan. **Mídia e Sistema Penal: As distorções da criminalização nos meios de comunicação**. Rio de Janeiro: Revan, 2015. p. 98.

capaz de atos cruéis e atos nobres, de acordo com as circunstâncias que vivencia²³⁵.

Esse fenômeno que vincula o cidadão ao justiceiro, embora possua sua história atrelada à própria Inquisição, recebe uma nova roupagem quando exerce sua (in)justiça nas redes sociais virtuais. Tanto é assim que esse quadro maniqueísta existente nas redes sociais pode ser observado a partir de notícias (disponibilizada na internet) envolvendo crime. Como exemplo, a página da rede social *Facebook* intitulada como “G1 – O portal de Notícias da Globo”, vinculada ao canal de notícias da rede Globo de Televisão, divulgou o link de uma notícia com título “7 suspeitos de ritual satânico com morte de crianças no RS têm prisão preventiva decretada; 2 crianças foram mortas”. A notícia resume os fatos que estão sendo investigados e traz os nomes completos dos presos e dos foragidos. A publicação contou com 9,3 mil curtidas, 1.159 compartilhamentos e mais de 1 mil comentários, dos quais a maioria contém discursos punitivistas, favoráveis à pena de morte dos envolvidos²³⁶.

²³⁵ Nesse viés, Salo de Carvalho explica que: “A sociedade moderna (niilista), dominada por valores morais decadentes, cinde a interpretação das ações a partir da dicotomia bem e mal, substancializando determinadas condutas ou pessoas. Ao estabilizar forma unívoca de valoração das ações humanas, naturaliza e hierarquiza determinada concepção moral, excluindo outras verdades ou morais possíveis, existentes. Necessária contra este processo de normalização e moralização a defesa de posições extramoris que transportem os valores e as interpretações para além da dicotomia *bem e mal*. Os efeitos deste processo de transvaloração para a análise das práticas da justiça criminal, sobretudo para os campos da criminologia e do direito penal, são marcantes. A história das ciências criminais, a partir da universalização da ideologia da defesa social, é fundada na concepção de existência de delitos e de criminosos naturais que se contrapõem aos valores nobres cultivados pela comunidade não desviante, refletindo aquilo que Barata curiosamente denominou de princípio do *bem e do mal*. O processo de substancialização do delito em um ser criminoso, seja nas antigas doutrinas positivistas do criminoso nato ou nas atualizações contemporâneas das criminologias clínica e neurológica, criou critérios de interpretação dos fenômenos crime e violência e aplicação dos castigos. No entanto a crítica extramoral permite descartar esta cisão irreal, percebendo que o homem apenas como *humano, demasiado humano*, sujeito de virtudes e perversões, capaz de atos nobres e cruéis, de acordo com suas circunstâncias. Tal concepção, antecipada pelo recorte criminológico crítico do paradigma da reação social, não apenas nega a naturalização do mal (*homo criminalis, homo hominis lúpus*) como igualmente desterra a naturalização do bem (bom selvagem), permitindo novas interpretações e de condutas desviantes” CARVALHO, Salo de. **Antimanual de Criminologia**. 6ªed. São Paulo: Saraiva, 2015. p. 364.

²³⁶ Sete suspeitos de ritual satânico com morte de crianças no RS têm prisão preventiva decretada. Disponível em: <https://g1.globo.com/rs/rio-grande-do-sul/noticia/sete-suspeitos-de-ritual-satanicocom-morte-de-criancas-no-rs-tem-prisao-preventiva-decretada.ghtml?utm_source=facebook&utm_medium=social&utm_campaign=g1>. Acesso em: 14 jan. 2018.

Figura 8 – Divulgação no Facebook sobre a prisão de suspeitos



Fonte: Facebook.

Disponível em: <https://www.facebook.com/pg/g1/posts/?ref=page_internal>. Acesso em: mai. 2018.

Dessa forma, para melhor compreensão do que aqui se propõe, far-se-á a reprodução fiel de alguns desses comentários exacerbados, inclusive com os erros ortográficos e gramaticais, mas que representam muito do discurso perpetrado no ambiente virtual, sobretudo na rede social em questão.

Se esse País fosse sério, todos, sem excessão, seriam condenados a morte ou prisão perpétua! Quem faz ou encomenda um horror desses Não merece nem viver , quanto mais comer e beber às custas do Estado!! Quero ver os juízes e advogados defender um negócio desses! Chegaaaaaa!

Já que eles gostavam de rituais satânicos a polícia deve mandar eles direto pro inferno falar com o capeta e não os prender!

Quando colocarem esses bandidos nos seus lugares isso vai acabar... quando tivermos uma política de verdade neste país daremos pena de morte pra esse tipo de crime.. e quando isso acontecer, eu duvido outro metido à bruxo querer matar crianças. PENA DE MORTE PRA ESSES MONSTROS!

Uma pena não existir pena de morte, aí sim seria um ritual contra estes imbecis assassinos. Que Deus faça justiça e que todos paguem por este crime bárbaro.

Esse tipo de noticia da um nojo, pois ao invés de estarem atrás das grades, teria que ter Pena de morte...mas o Brasil nao eh um pais sério. Eh um país livre. Que defende esse tipo de gente, estuprador, ladrao, generos etc.

Sem sombra de dúvidas, um dos casos mais sórdidos que eu li nesses tempos, prisão preventiva é pouco para esses caras, tem que é que jogar na cadeia, e deixar o próprio sistema dar conta deles.

É tão fácil de resolver essa parada aí... É só sacrificar eles. Pronto fecha o ciclo e vida que segue. Prender não vai dar em nada.

Eu aqui lendo sobre esse crime macabro...Horrorizada sem chão!!!! Prisão perpétua é pouco, Pena de morte Sim!!! seitas satânicas coisa.de pessoas maquiavélica e.insanas...Quando desaparece uma criança e nunca mais se acha...Misericórdia essa raça humana é monstruosa!!!

Me digam o q merece uns monstro como esses ? Pra mim tinha q ser fuzilado em praça pública. Lixos ds seres humanos ã merecem viver em sociedade .

Eu sou a favor da pena de morte no Brasil. Esses demônios deveriam ser queimados vivos.

Tem que ter pena de morte num caso como esse! É tão absurdo que custo acreditar numa barbárie dessa.

Deveria matar todos pra que prender. ..Depois vão ser soltos e continuar cometendo esse tipo de crime...tomara q no presídio os preso faça um ritual bem louco com ele cada dia um diferente. ..

Nesse pais as leis favorecem bandidos porisso nada muda, o que estão esperando pra ter pena de morte e prisão perpétua

Tenho nojo, pq nesse país as leis são brandas, que no máximo serão presos e levarão uns cascudos na cadeia. Só isso.

Ao invés de fazerem animais de cobaia podiam pegar esses demônios e entregar aos laboratórios. Teriam uma boa serventia lá.

que prisão preventiva,tem que jogar esses monstros lá na cadeia e deixar que aprobequem la

Tem que entregar nas mãos do povão. Com certeza farão o melhor ritual de todos os tempos com essa corja

Raça miserável são os ricos já passa por cima de pobre agora também tá matando crianças aí meu Deus

Tem que executa todos em praça pública pra dar exemplo, isso não são gente, ser humano, são monstros aberração²³⁷.

Os comentários acima descritos refletem a existência de discurso contra alguém, exigindo as penas mais draconianas possíveis. Sugestões de pena de

²³⁷ Disponível em: <https://www.facebook.com/pg/g1/posts/?ref=page_internal>. Acesso em: mai. 2018.

morte, tortura, prisão perpétua, enfim, várias penas lúgubres que são sugeridas aos suspeitos com base tão somente em uma notícia divulgada por uma mídia tradicional que está projetada numa mídia digital, dentro de uma rede social virtual, fomentando um ambiente perfeito para proliferação e “condenação sumária”. Nesse sentido, Alexandre Morais da Rosa reitera que o cumprimento das regras estabelecidas pela democracia não é uma preocupação da opinião pública(da), nem mesmo há interesse no estrito cumprimento das regras. O maior desejo é a condenação do acusado²³⁸. Disso, é possível perceber que a interação entre imprensa e cidadão propiciada pela internet, especialmente a partir das redes sociais virtuais, cria um ambiente catastrófico para o acusado, na medida em que é impossível conter as marcas, o alcance e a divulgação que a internet proporciona.

Para essa sanha social punitivista, há uma proposta de Jakobs²³⁹, a qual visa impor penas desproporcionais e draconianas, eliminando qualquer tipo de garantia fundamental, criando um inimigo a partir da figura de um suspeito. Essa face social punitivista não deveria criar contornos irracionais em um país que tem uma Constituição garantidora de direitos e garantias fundamentais e um judiciário livre, independente e imparcial, como é pretendido em *terrae brasilis*.

É admissível que o juiz viva uma certa tensão a julgar algum caso criminal em evidência, desde que essa tensão não alcance a sua caneta. Na lição de José Nalini, a justiça penal possui uma carga angustiante na medida em que sua concretização adentra em um terreno delicado do ponto de vista democrático e envolve nítida ambiguidade: sob uma vertente, a Constituição confere ênfase à tutela da liberdade, enquanto a comunidade reclama punições severas, brada contra a impunidade e acusa a justiça de deixar livre o criminoso que a polícia prende²⁴⁰. A

²³⁸ ROSA, Alexandre Morais. **Guia do processo Penal Conforme a Teoria dos Jogos**. Florianópolis: Empório do Direito, 2017. p. 343.

²³⁹ Gunter Jakobs é um autor alemão que propõe uma teoria do direito penal do inimigo pautada em políticas públicas de combate à criminalidade. O autor traça uma distinção entre o direito penal do cidadão e o direito penal do inimigo, tendo o primeiro tem uma visão garantista, dedicada à observância de todos os princípios fundamentais e garantias asseguradas pela lei ao cidadão. Enquanto o segundo é um direito voltado para o ser considerando um não cidadão, mas sim um inimigo do Estado. As principais características desse direito são a antecipação da punibilidade do inimigo, a desproporcionalidade das penas que são desproporcionalmente altas e a supressão e/ou relativização de determinadas garantias processuais (JAKOBS, Günter; MELIÁ, Manuel Cancio. **Direito Penal do Inimigo – Noções e Críticas**. Porto Alegre: Livraria do Advogado. 6. ed. 2015. p. 40-90).

²⁴⁰ NALINI, José Renato. **O Juiz e o Acesso à Justiça**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000. p. 140.

questão problemática, portanto, apresenta-se quando o magistrado é influenciado pela midiatização processual ou pela opinião pública(da) acerca da necessidade de um maior rigor, a ponto de refletir na sua tomada de decisão.

Helena Abdo, ao traçar um paralelo entre a publicidade de casos processuais, a independência e imparcialidade do juiz, alerta que a primeira poderá ameaçar as outras duas. Nesse aspecto, a autora cita que a IX Conferência Mundial de Direito Processual teve como uma de suas conclusões “a constatação de que uma intervenção exagerada dos meios de comunicação sobre a atividade jurisdicional mina a independência do juiz e prejudica de sobremaneira o regular exercício da função jurisdicional”²⁴¹.

A autora traz em sua obra um caso verídico sobre a influência exercida da mídia no poder judiciário. Resumidamente, a polêmica teve início quando foi descoberto na Inglaterra que um medicamento indicado para mulheres grávidas, fabricado e distribuído por um laboratório inglês, causou má formação genética nas crianças que nasceram das mulheres que haviam ingerido esse medicamento. Com isso, houve várias demandas processuais dos pais dessas crianças contra a fabricante do medicamento, dando origem à negociação de acordo financeiro entre as partes, o que dependia necessariamente da homologação judicial em razão da existência de interesse de menores de idade.

Dessa forma, foi proposto pelo laboratório um valor de três milhões e duzentas e cinquenta mil libras a ser distribuído entre as vítimas. Ocorre que o jornal *Sunday Times*, ao tomar conhecimento do valor ofertado, publicou um artigo no qual era feita uma análise dos valores a serem pagos pelo laboratório e os classificava de irrisórios. Além disso, no final desse artigo, o jornal “convidava” o laboratório a oferecer um valor maior e incitava o juízo a não homologar o acordo, caso fosse feito naqueles moldes. Ainda, o jornal noticiava que publicaria outro artigo, informando a cronologia dos fatos ocorridos. Com base nisso, o Procurador-Geral do Reino Unido ingressou com tutela inibitória contra o jornal, tendo sucesso, para que fosse determinada a suspensão da publicação de novo artigo sob fundamento de que ele se destinava ao exercício de pressões sobre uma das partes e também sobre o Poder Judiciário, configurando conduta de “desprezo à corte”, classificada pelo

²⁴¹ ABDO, Helena. **Mídia e Processo**. São Paulo: Saraiva, 2011. p.167.

direito britânico como uma espécie de ato atentatório à dignidade da jurisdição. Com isso, o jornal foi compelido a se abster de publicar o artigo, embora tenha continuado a mencionar o caso em suas edições.

Esses fatos acabaram tomando conta de considerável parte da mídia do país, chegando inclusive ao parlamento e pressionando, de uma maneira descomunal, o laboratório que acabou aumentando sua proposta de acordo para vinte milhões de libras, o qual foi homologado posteriormente. Esse fato ocorrido na Inglaterra demonstra categoricamente a influência da atuação dos meios de comunicação sobre a posição dos sujeitos processuais.²⁴², o que permite aferir o poder e o alcance que a mídia detém.

Nesse sentido cabe salientar que alguns processualistas clássicos, como Carnelluti e Federico Carpi, chamavam a atenção para o problema da influência exercida pela mídia. O primeiro considerava que a publicidade do processo ocasionava uma intervenção (indevida) sobre o judiciário, enquanto o segundo desaprovava os juízos paralelos feitos pelas mídias de massa e alertava para a necessidade de preservar o magistrado do clamor social vindo das ruas²⁴³. Bourdieu, ao comentar sobre a potencialidade que a informação tem, reitera que,

[...] tem-se a impressão de que a pressão dos jornalistas, exprimam eles suas visões ou seus valores próprios, ou pretendam, com toda a boa-fé, fazer-se os porta-vozes da “emoção popular” ou da “opinião pública”, orienta por vezes muito fortemente o trabalho dos juízes. E alguns falaram de uma verdadeira transferência do poder de julgar²⁴⁴.

Alexandre Morais da Rosa²⁴⁵, juiz de direito e escritor, corrobora a influência do discurso produzido pela mídia no julgamento. Para ele, a mídia é um elemento

²⁴² ABDON, Helena. **Mídia e Processo**. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 169-171.

²⁴³ Nas palavras de Helena Abdo, “processualistas clássicos tais como Carnelluti e Federico Carpi já chamavam, a seu tempo, a atenção para esse exato problema. O primeiro destacava a indevida intervenção sobre a função jurisdicional ocasionada pela exacerbação da publicidade do processo. O segundo, por sua vez, alerta para a necessidade de preservar o magistrado *dal clamore dela piazza*, condenando a realização de juízos paralelos pelos meios de comunicação de massa” (ABDON, Helena. **Mídia e Processo**. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 171).

²⁴⁴ BOURDIEU, Pierre. **Sobre a Televisão**. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 1997. p. 82.

²⁴⁵ Em sua obra *Guia do Processo Penal conforme a Teoria dos Jogos*, o autor cita que “esses discursos midiáticos, por certo, influenciam no julgamento e não podem ingenuamente ser deixados a *latere*”. O autor ainda qualifica a mídia como um jogador externo ao processo, mas que pode fazer a diferença ao substituírem a compreensão dos fatos pela percepção imediata do mal (ROSA, Alexandre Morais. **Guia do processo Penal Conforme a Teoria dos Jogos**. Florianópolis: Empório do Direito, 2017. p. 345-347).

externo ao processo, mas que pode fazer a diferença. Ada Pellegrini, no mesmo sentido, já discorreu sobre as distorções e prejuízos à serenidade das decisões causadas pela publicidade que recebem alguns processos escolhidos e também suscitou um debate em torno da preocupação com a independência e imparcialidade judiciais, diante da atuação, muitas vezes nociva, dos meios de comunicação. Ainda, cabe mencionar que o Código Penal de 1969²⁴⁶ (Decreto Lei 1.004/69), que nunca entrou em vigor, previa em seu art. 382 o crime de “coação indireta no curso do processo”, que consistia em: “Fazer pela imprensa, rádio ou televisão, antes da intercorrência da decisão definitiva em processo penal comentários com o fim de exercer pressão relativamente a declarações de testemunha ou a decisão judicial”²⁴⁷.

Nesse aspecto, Vieira cita que,

[...] sem dúvidas, os juízes também sofrem influência dos poderosos e modernos meios de informação. Impossível pretender deles absoluta serenidade no exercício da função, porque integram ambiente no qual existem pressões de toda ordem: políticas, econômicas e sociais. Ora, o juiz não pode isolar-se das influências externas – familiar, cultural – e imergir em um ambiente neutro e impermeável. Ademais, trata-se de um ser humano que traz dentro de si emoções, preconceitos, ideias sobre a vida, as pessoas, as condutas criminosas. Todavia, uma campanha feita pela imprensa sobre um caso criminal não deve, por si só, influir negativamente no ânimo do juiz togado, atingindo sua imparcialidade. Cabe a ele, como técnico, com formação profissional voltada para a decisão de conflitos, a coragem de subtrair-se ao estrépito midiático e não se deixar levar, no seu mister, pelos ímpetos alimentados no clamor popular, pelas paixões contidas no eco da voz corrente da opinião pública, a qual se sustenta por impressões perfunctórias que lhe transmitiu a imprensa²⁴⁸.

²⁴⁶ A exemplo do código penal brasileiro mencionado, o Código Penal Francês prevê vedação expressa de qualquer comentário tendente a exercer pressão a testemunha ou a decisão judicial, antes de publicada sentença definitiva. “La publication, avant l'intervention de la décision juridictionnelle définitive, de commentaires tendant à exercer des pressions en vue d'influencer les déclarations des témoins ou la décision des juridictions d'instruction ou de jugement est punie de six mois d'emprisonnement et de 7 500 euros d'amende. Lorsque l'infraction est commise par la voie de la presse écrite ou audiovisuelle, les dispositions particulières des lois qui régissent ces matières sont applicables en ce qui concerne la détermination des personnes responsables” (FRANÇA. **Código Penal**. 2018. Disponível em: <https://www.legifrance.gouv.fr/affichCode.do;jsessionid=27EA9E066E3BF139BE212EB2F84E5FAD.tplgfr23s_1?idSectionTA=LEGISCTA000006165379&cidTexte=LEGITEXT000006070719&dateTexte=20180210>. Acesso em: 10 jan. 18. Tradução livre: “A publicação, antes da intervenção de decisão judicial final, de comentários tendentes a exercer de pressão para influenciar as declarações de testemunhas ou a decisão dos tribunais de instrução ou de julgamento será punível com seis meses de prisão e 7.500 euros multa. Quando a infração é cometida por meio de meios de comunicação escritos ou audiovisuais, as disposições específicas das leis que regem esses assuntos são aplicáveis no que diz respeito à determinação das pessoas responsáveis.

²⁴⁷ ABDO, Helena. **Mídia e Processo**. São Paulo: Saraiva, 2011. p.172.

²⁴⁸ VIEIRA, Ana Lúcia Menezes. **Processo Penal e Mídia**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003. p. 180.

Os efeitos desses discursos fomentados pelas mídias tradicionais e virtuais e por cidadãos comuns, proliferados de maneira perene pelas redes da internet, acabam potencializando a sensação de insegurança, da necessidade de punitivismo, alcançando as decisões judiciais brasileiras²⁴⁹. Isso quer dizer que algumas decisões processuais penais são baseadas em fatores externos ao direito, portanto discricionários, o que acaba por ultrapassar a blindagem feita pela hermenêutica jurídica, suspendendo a autonomia do direito e a fundamentação decisória jurídica devida para elevar o campo do moralismo privado, da comoção pública, da ordem pública(da) enfim, para aquilo que provém do senso comum.

A forma com que isso alcança a decisão judicial, influenciando a caneta do magistrado, é bastante maquiada, tendo em vista o que o controle democrático exercido nas decisões judiciais se dá a partir da fundamentação/motivação. No entanto, basta uma sensibilidade para compreender de que maneira esse discurso, embora velado, manifesta-se no âmago da manifestação judicial. Tanto é verdade que o presidente do Tribunal de Justiça de São Paulo já afirmou que há um clima mais punitivista que está partindo do judiciário, devido à falta de preparo de alguns magistrados que agem equivocadamente devido à pressão da opinião pública. Ele afirma que nunca um juiz pode agir de acordo com a pressão que vem da sociedade e da imprensa²⁵⁰, apesar de ser comum entre nós “decisões judiciais de decreto de

²⁴⁹ Elemento que denuncia isso é o levantamento feito pelo Departamento Penitenciário Nacional, do Ministério da Justiça, sobre o número crescente da população prisional brasileira. Os dados divulgados em dezembro de 2017 demonstram que o país conta com a terceira maior número de pessoas presas no mundo, são 726.712 mil presos, tendo tido um aumento de 104 mil pessoas encarceradas nos últimos 18 meses. Brasil tem a 3^o maior população carcerária do mundo, com 726.712 mil presos (**Revista Consultor Jurídico**, 8 de dezembro de 2017. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2017-dez-08/brasil-maior-populacao-carceraria-mundo-726-mil-presos>>. Acesso em: 10 dez. 2017). Outro elemento que comprova o desejo punitivista é o indulto de natal de 2016, que representou enorme retrocesso em relação aos indultos dos anos anteriores, ou ainda, o indulto natalino de 2017, que teve parte de seus efeitos suspensos pelo Supremo Tribunal de Justiça. (SILVA, Marina Lacerda. Natal sem perdão: os retrocessos no indulto Temer. **Carta Capital**, 23 dez. 2016. Disponível em: <<http://justificando.cartacapital.com.br/2016/12/23/natal-sem-perdao-os-retrocessos-no-indulto-de-temer/>>. Acesso em: 11 dez. 2017) (BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Ministra Cármen Lúcia suspende dispositivos de decreto que amplia regras para concessão de indulto**. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=365887>>. Acesso em: 5 jan. 2018).

²⁵⁰ CALÇAS, Manoel de Queiroz Pereira. Juiz não pode decidir pura e simplesmente para agradar ao clamor social. **Revista Consultor Jurídico**, 14 jan. 2018. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2018-jan-14/entrevista-manoel-pereira-calças-presidente-tj-sp>>. Acesso em: 15 jan. 2018.

prisão preventiva ou temporária, ou indeferimento de liberdade provisória, que se sustentam na repercussão dada ao fato – em razão do acusado ou da vítima – pelos meios de comunicação”²⁵¹. Além disso, a presidente do STF, a ministra Cármen Lúcia, afirmou em sessão solene no plenário que “o clamor por justiça que hoje se ouve em todos os cantos do país não será ignorado em qualquer decisão desta casa”²⁵².

Essa influência dada pela repercussão é o caso, por exemplo, da decisão de primeiro grau da comarca de Espumoso²⁵³, no interior do estado do Rio Grande do Sul, que determinou a prisão preventiva do acusado com fundamento na garantia da ordem pública, sendo que foi possível perceber na decisão que

[...] o fato ganhou repercussão na imprensa nacional, reproduzido em telejornais e na internet, evidente a comoção causada nesta pequena sociedade a atestar a necessidade da prisão para a garantia da ordem pública e acautelamento do meio social à prática delituosa.

Salienta-se, que tal decisão foi combatida com o Habeas Corpus Nº 70063625099, tendo a prisão substituída por medidas cautelares²⁵⁴. No mesmo sentido da decisão supracitada, caminhou a decisão proferida pelo magistrado da 1ª vara criminal da comarca de Paranaguá, no estado do Paraná, que decretou a prisão preventiva do acusado em razão repercussão social, em virtude da existência

²⁵¹ VIEIRA, Ana Lúcia Menezes. **Processo Penal e Mídia**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003. p. 181.

²⁵² STF não vai ignorar clamor por Justiça das ruas, diz Cármen Lúcia. **UOL NOTÍCIAS**, 30 jun. 2017. Disponível em: <<https://noticias.uol.com.br/politica/ultimas-noticias/2017/06/30/o-clamor-por-justica-que-ecoa-pelo-pais-nao-sera-ignorado-por-essa-casa-diz-carmen-lucia-no-stf.htm>>. Acesso em: 10 nov. 2017.

²⁵³ Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. Vara Judicial da Comarca de Espumoso. Processo: 046/2.15.0000006-1 Distribuído em 09 de janeiro de 2015. Disponível em <<http://www.tjrs.jus.br/busca/?tb=proc>>. Acesso em: 2 out. 17.

²⁵⁴ Ementa: HABEAS CORPUS. LESÃO CORPORAL SEGUIDA DE MORTE. PRISÃO PREVENTIVA. Hipótese em que a morte da vítima se dá de forma aparentemente acidental, notadamente como exaurimento de lesão corporal perpetrada pelo paciente, após desentendimento envolvendo ambos. Decreto prisional que se funda no abalo da ordem pública em razão da grande repercussão midiática do fato. Descabida, contudo, a decretação de prisão preventiva alicerçada na repercussão social do fato na mídia, internet ou pela indignação social causada ante a ampla veiculação das imagens do incidente, uma vez que tal proceder representaria a antecipação punitiva do agente e a violação à garantia constitucional de imparcialidade do julgador. No caso, embora a gravidade do fato imputado, o paciente não possui antecedentes, inexistindo elementos que gerem presunção da reiteração delitiva. Imposição de medidas cautelares alternativas como forma de acautelamento da ordem pública e da efetividade do provimento jurisdicional final. Prisão preventiva substituída por cautelares alternativas. ORDEM PARCIALMENTE CONCEDIDA (Habeas Corpus Nº 70063625099, Terceira Câmara Criminal, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Sérgio Miguel Achutti Blattes, Julgado em 12/03/2015).

de manifestações em frente ao fórum, além de diversas reportagens jornalísticas (televisivas e impressas). Tal decisão também foi revertida pelo Tribunal de Justiça no julgamento de Habeas Corpus Nº 14227419 PR²⁵⁵.

Do acima exposto, a exemplo de tantas outras decisões, é conclusiva a observação de que a postura de alguns magistrados é influenciada pela repercussão do fato. Tanto é assim, que o Supremo Tribunal Federal tem posição dominante no sentido de que a comoção social e a indignação popular, motivadas pela repercussão da prática da infração penal, não pode justificar, só por si, a decretação da prisão cautelar^{256 257}.

Para o aspecto da questão fulcral proposta no problema de pesquisa deste trabalho, cabe referendar que os polos maniqueístas de discussão existentes na internet – especificamente nas redes sociais virtuais, onde há interação manifesta

²⁵⁵ DECISÃO: ACORDAM os Excelentíssimos Desembargadores integrantes da Segunda Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Estado do Paraná, à unanimidade de votos, em conhecer e conceder a ordem pleiteada, confirmando a liminar. EMENTA: 2ª CÂMARA CRIMINAL HABEAS CORPUS CRIME Nº 1.422.741-9, DA 1ª VARA CRIMINAL DA COMARCA DE PARANAGUÁ IMPETRANTE: CARLOS HENRIQUE PEREIRA BUENO (ADVOGADO) PACIENTE: ARIVAL TRAMONTIN FERREIRA JÚNIOR RELATOR: DES. LUÍS CARLOS XAVIER.RELATOR CONVOCADO: JUIZ DE DIREITO SUBSTITUTO EM SEGUNDO GRAU MARCEL GUIMARÃES ROTOLI DE MACEDOHABEAS CORPUS CRIME - ASSOCIAÇÃO CRIMINOSA, CORRUPÇÃO PASSIVA E LAVAGEM DE DINHEIRO - ARTIGOS 288, 317, CAPUT, AMBOS DO CPP, ARTIGO 1º DA LEI 9.613/1998 - INSURGÊNCIA EM FACE DA DECRETAÇÃO DA PRISÃO PREVENTIVA DO PACIENTE - ALEGAÇÃO DE AUSÊNCIA DE ELEMENTOS FÁTICOS E JURÍDICOS QUE AMPAREM A APLICAÇÃO DO ART. 312 DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL - ACOLHIMENTO - DECISÃO QUE NÃO DEMONSTRA ELEMENTOS CONCRETOS QUE SE AJUSTEM AOS PRESSUSPOSTOS ABSTRATOS PARA A DECRETAÇÃO DA SEGREGAÇÃO CAUTELAR - ARGUMENTO DE RISCO À ORDEM PÚBLICA QUE NÃO É CAPAZ DE JUSTIFICAR O DECRETO - EFEITO DOS ATOS DELITUOSOS QUE NÃO SERÃO AMENIZADOS COM A PRISÃO PREVENTIVA - NÃO DEMONSTRAÇÃO DA PRISÃO SER A ÚNICA VIA ADEQUADA PARA A TUTELA DA ORDEM ECONÔMICA - NÃO EXPLICITADO FATO CONCRETO PODER JUDICIÁRIO TRIBUNAL DE JUSTIÇA. Habeas Corpus Crime nº 1.422.741-9 fls. 2A INDICAR QUE O PACIENTE INFLUENCIOU OU IRÁ INFLUENCIAR NEGATIVAMENTE NA INSTRUÇÃO DOS AUTOS - EXISTÊNCIA DE MEIO MENOS GRAVOSO PARA O ALCANCE DA APLICAÇÃO DA LEI PENAL - IMPOSIÇÃO DE MEDIDAS CAUTELARES ALTERNATIVAS - WRIT CONHECIDO - ORDEM CONCEDIDA, COM A SUBSTITUIÇÃO DA PRISÃO PREVENTIVA POR MEDIDAS CAUTELARES. (TJPR - 2ª C.Criminal - HCC - 1422741-9 - Paranaguá - Rel.: Marcel Guimarães Rotoli de Macedo - Unânime - - J. 15.10.2015) (TJ-PR - HC: 14227419 PR 1422741-9 (Acórdão), Relator: Marcel Guimarães Rotoli de Macedo, Data de Julgamento: 15/10/2015, 2ª Câmara Criminal, Data de Publicação: DJ: 1686 10/11/2015).

²⁵⁶ AÇÃO PENAL. Prisão preventiva. Decreto fundado na necessidade de restabelecimento da ordem pública e na conveniência da instrução. Exigência da repercussão social e do clamor público causados pela gravidade do delito. Inadmissibilidade. Razões que não autorizam a prisão cautelar. Precedentes. É ilegal o decreto de prisão preventiva que, a título de garantia da ordem pública e conveniência da instrução criminal, se baseia na repercussão social e no clamor público causados pela gravidade do fato. (STF - HC: 95362 SP, Relator: CEZAR PELUSO, Data de Julgamento: 10/03/2009, Segunda Turma, Data de Publicação: DJe-084 DIVULG 07-05-2009 PUBLIC 08-05-2009 EMENT VOL-02359-04 PP-00645).

²⁵⁷ STF - HC: 95290 SP.

entre os usuários – acabam por influenciar no processo de tomada de decisão no ambiente do direito processual penal. É o caso, por exemplo, da decisão do Tribunal de Justiça do estado do Rio de Janeiro que, em sede de Habeas Corpus (0014455-43.2015.8.19.0000), manteve a prisão preventiva do réu com fundamento na ordem pública devido à existência de “debates acalorados” sobre os fatos graças à repercussão do caso nas mídias e nas redes sociais²⁵⁸.

No mesmo sentido, é a decisão do Recurso em Sentido Estrito (70059204446/RS) interposto pelo Ministério Público, julgado pelo Tribunal de Justiça Gaúcho, em face de decisão que confirmou a revogação de uma prisão preventiva do acusado. A desembargadora Nauela Ochoa Piazzeta, durante seu voto, alegou que o magistrado de primeiro grau revogou a prisão preventiva do réu por entender que inexistia *periculum libertatis*, bem como os requisitos legais ensejadores da prisão preventiva listados pelo art. 312 do CPP. Dessa forma, a Desembargadora votou por negar provimento ao recurso do Ministério Público. Ocorre que a Redatora do recurso, a Desembargadora Fabianne Breton Baisch, divergiu da Relatora, dando provimento ao recurso no sentido de restabelecer a prisão preventiva, tendo sido acompanhada pela vogal, desembargadora Isabel de Borba Lucas, sob fundamento baseado na ameaça da ordem pública, tendo em vista o clamor público (vindo de protestos na rede social *Facebook*) que envolvia o caso.

Veja-se que, além disso, do recurso interposto pelo órgão ministerial pode-se inferir o clamor público que envolve o caso, o Parquet mencionando que “nesta data o Ministério Público foi procurado por familiar do recorrido, relatando que vem sendo proferidas protestos pela internet (**facebook**), no sentido de que ‘se a Justiça nada faz, o povo o fará’, referindo, inclusive, possível protesto iminente em praça pública”²⁵⁹.

²⁵⁸ BRASIL. Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro. EMENTA: HABEAS CORPUS ; HOMICÍDIO TRIPLAMENTE QUALIFICADO TENTADO E LESÃO CORPORAL ; ART. 121, § 2º, I, III E IV E C/C ART. 14, II E ART. 129, CAPUT, TODOS DO C.P. - PRISÃO PREVENTIVA ; NÃO OCORRÊNCIA DE CONSTRANGIMENTO ILEGAL ; DECISÃO BEM FUNDAMENTADA ; PRESENTES OS REQUISITOS ENSEJADORES DA PRISÃO CAUTELAR: MATERIALIDADE, INDÍCIOS SUFICIENTES DE AUTORIA E GARANTIA DA ORDEM PÚBLICA; DENÚNCIA NARRA QUE O PACIENTE TERIA PARTICIPADO ATIVAMENTE DA LESÃO CORPORAL E DA TENTATIVA DE HOMICÍDIO TRIPLAMENTE QUALIFICADO- INSUFICIÊNCIA DAS MEDIDAS CAUTELARES PREVISTAS NO ARTIGO 319 DO CPP ; NO CASO ESPECÍFICO DO PACIENTE, A ALEGAÇÃO DE PRIMARIEDADE, BONS ANTECEDENTES E RESIDÊNCIA FIXA, POR SI SÓ, NÃO OBSTA A MANUTENÇÃO DA PRISÃO ; ORDEM DENEGADA. (TJ-RJ - HC: 00144554320158190000 RJ 0014455-43.2015.8.19.0000, Relator: DES. MARIA SANDRA KAYAT DIREITO, Data de Julgamento: 28/04/2015, PRIMEIRA CAMARA CRIMINAL, Data de Publicação: 11/05/2015.

²⁵⁹ BRASIL. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. **Ementa:** RECURSO EM SENTIDO ESTRITO. ESTUPRO DE VULNERÁVEL. GENITOR. NECESSIDADE DA PRISÃO. GARANTIA DA ORDEM

Como visto nos casos acima explicitados, as decisões que sustentaram as prisões preventivas foram fundamentadas na garantia da ordem pública, em razão da existência de clamor social proveniente do internet. Especificamente no julgamento do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, é anunciado, no teor da própria decisão, a influência da rede social (*Facebook*) e dos discursos nela contidos, os quais bradavam por “justiça” exigindo a prisão dos imputados sob pena de um iminente protesto em praça pública e ameaça de vingança privada pelas mãos dos protestantes.

Por assim ser, é possível compreender o problema existente no juiz internauta que se deixa comover diretamente pelas opiniões postadas em redes sociais para basear sua ilegal decisão, justamente em razão de a decisão judicial ser o mecanismo juridicamente adequado para assegurar a vingança de muitos contra um. O direito não admite inovações²⁶⁰ decisórias que possibilitem palpites de internautas. Da mesma forma, o juiz não pode ser um “juiz avestruz”²⁶¹ enfiando a sua cabeça nas redes sociais, nos jornais e na televisão para chegar a uma decisão,

PÚBLICA. Hipótese em que, em um primeiro momento, a magistrada singular entendeu pela ausência dos requisitos autorizadores da decretação da medida extrema, mas, ao receber recurso em sentido estrito interposto pelo Ministério Público, em juízo de retratação, o magistrado que passou a atuar no feito entendeu pelo risco da manutenção da liberdade do agente, decretando a prisão preventiva. Decreto suficientemente fundamentado em requisito constante do art. 312 do CPP, a garantia da ordem pública, francamente ameaçada, especialmente pelo perfil de periculosidade do agente, em face da gravidade concreta do delito, envolvendo sua própria filha com apenas 13 anos de idade, a qual, em tese, foi pelo paciente estuprada em diversas ocasiões. Clamor público demonstrado pelo anúncio de manifestação pública contra a soltura do agente. Existência. Periculum libertatis evidenciado. Constrangimento ilegal incoerente. RECURSO EM SENTIDO ESTRITO IMPROVIDO. POR MAIORIA. Recurso em Sentido Estrito Nº 70059204446, Oitava Câmara Criminal, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Fabianne Breton Baisch, Julgado em 10/09/2014.

²⁶⁰ Sob pena de pouco a pouco se estar transferindo o julgamento dos acusados da esfera legítima do processo jurisdicional para o julgamento paralelo realizado por intermédio dos meios de comunicação em massa (SOUZA, Artur César de. **A decisão do juiz e a influência da Mídia**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010. p. 17).

²⁶¹ Essa expressão foi utilizada por influência e no mesmo viés do autor Djefferson Amadeus, que inspirado por Millôr Fernandes explica que, “o avestruz, segundo alguns veterinários, enfia a cabeça no chão para escutar melhor a aproximação de algum inimigo, o juiz avestruz, por sua vez, põe a cabeça nos jornais e na televisão para saber o que a sua melhor amiga – a mídia – está dizendo que ele tem de fazer [...] é possível afirmar que o juiz avestruz, por não ter coragem suficiente para enfrentar a opinião pública, dado ser ela a sua fonte de conhecimento, acaba não vivendo como si mesmo, mas como a mídia determina que ele via (AMADEUS, Djefferson. A Condenação de Lula marcou a transição do Estado de Direito para o Estado Midiático Penal e o Nascimento do “Juiz Avestruz”. In: PRONER, Carol; CITTADINO, Gisele; RICOBOM, Gisele; DORNELLES, João Ricardo (Org.). **Comentários a uma sentença anunciada** – o processo Lula. Bauru: Canal 6, 2017. p. 125-126).

uma vez que o direito não pode ceder às redes sociais virtuais, mídias tradicionais²⁶² ou a alguma outra força, dada a sua necessária autonomia e seu imprescindível distanciamento do senso comum. Para isso, não importa que a sua decisão seja afastada das conclusões dos formadores da opinião nacional e que será alvo de campanha demolitória, como se viu nos fatídicos casos da “Escola Base” em São Paulo, e do “Índio Pataxó” em Brasília²⁶³.

A decisão jurídica não pode ser predada a partir do uso de argumentos morais, econômicos ou políticos (predadores externos do direito), nem pode ser fruto de discricionariedade, decisionismos ou do livre convencimento (predadores internos), em prol de suposto interesse/clamor da maioria, sob pena de censurar a autonomia conquistada a duras penas pelo direito a partir do constitucionalismo contemporâneo²⁶⁴.

A partir da compreensão da hermenêutica jurídica antirrelativista e da teoria da decisão judicial como ato democrático que deve estar pautado pela legalidade (Art. 5º, II, CF), pela coerência e integridade (Dworkin), não se admitem decisões judiciais para acalmar os ânimos aflorados que abastecem as redes sociais virtuais de ódios e discursos reducionistas entre o “bem” e o “mal”. A decisão judicial, compreendida em um modelo acusatório, existe justamente para assegurar que as redes sociais não penitenciem alguém e “o caminho passa, em primeiro lugar, pela conscientização dos magistrados que devem manter com coragem a sua independência e imparcialidade firmes e livres de quaisquer tipos de pressões externas²⁶⁵.” Não há espaço para o poder discricionário do intérprete; o sentido da lei não está à sua disposição.

²⁶² AMADEUS, Djeferson. A Condenação de Lula marcou a transição do Estado de Direito para o Estado Midiático Penal e o Nascimento do “Juiz Avestruz”. In: PRONER, Carol; CITTADINO, Gisele; RICOBOM, Gisele; DORNELLES, João Ricardo (Org.). **Comentários a uma sentença anunciada – o processo Lula**. Bauru: Canal 6, 2017. 125-128. p. 125.

²⁶³ NALINI, José Renato. **O Juiz e o Acesso à Justiça**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000. p.142.

²⁶⁴ Nesse sentido, Alexandre de Moraes cita que “o julgador não está autorizado a julgar a partir de ementas e julgados embalados para presente, nem por jargões morais decorrentes de cruzadas sociais, nem muito menos do cínico (meu) “interesse público”. Os efeitos mágicos da produção veloz e em série contracenam com o descompromisso, com a ausência de responsabilidade do sujeito que assina. A tradição autêntica precisa fazer barreira e não de pode deixar levar por estar deriva de sentidos” (MORAIS, Alexandre. **Guia do processo Penal Conforme a Teoria dos Jogos**. Florianópolis: Empório do Direito, 2017. p. 875).

²⁶⁵ ABDO, Helena. **Mídia e Processo**. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 174.

Nesse aspecto, é possível perceber que a construção de uma decisão judicial requer muito mais do que um cargo/profissão, pois é da essência do ato decisório um compromisso constitucional/democrático. Dworkin, conforme visto, constrói os pilares da decisão judicial a partir da coerência e da integridade, sem descuidar do compromisso com a continuidade do direito (romance em cadeia) enquanto ciência que resguarda a sociedade de toda forma de ilegalidade.

Isso tem implicações, sobretudo, quando se pensa em decisão judicial como fruto de uma interpretação do caso penal. A hermenêutica jurídica tem como objetivo, assim como a teoria integrativa de Dworkin, separar a atuação do magistrado de suas ideologias, preferências ou pré-compreensões, possibilitando que o intérprete construa sua compreensão a partir do direito e do processo, rechaçando a possibilidade de se ter uma decisão solipsista e antagônica.

Assim, diante do que foi perquirido no presente trabalho, fica evidente que o ato decisório não é uma condição de escolha do magistrado, assim como a sentença não vem de sentir, de modo a não poder ser modificada por publicações e “likes” distribuídos no ambiente virtual. São inegáveis as modificações que internet trouxe ao comportamento social, com inúmeras facilidades e incontáveis obscuridades que talvez o tempo se encarregue em demonstrar. No entanto, o que não se desconhece é que, há muito tempo, juízes que lavam as mãos como Pilatos, entregando o ato de decidir para uma comunidade virtual (ou não virtual), acovardam-se e atentam contra a própria Constituição. Como alertou Ruy Barbosa, muito antes das plataformas do *Facebook*: “o bom ladrão salvou-se, mas não há salvação para um juiz covarde”.

4 CONSIDERAÇÕES FINAIS

O final do ciclo de pesquisas enseja uma série de reflexões, provocando novas ideias, iluminando um novo caminho que deve ser percorrido. Isso não significa encerrar uma pesquisa, mas traçar novas digressões, desvelar o que outrora estava escuro, compreender o que antes jamais fora visto. Enfim, um final simbólico.

Refletir e teorizar sobre o tema da hermenêutica e da decisão judicial, bem como sobre os rumos do processo penal diante dos discursos maniqueístas potencializados na sociedade em rede não é tarefa fácil. A decisão judicial é um ato processual que provoca inúmeras polêmicas em razão da porosidade da norma e sua necessidade de interpretação e do próprio conteúdo que causa, dependendo causa um exaltação mística em parte da sociedade. Não é nenhuma novidade que o juiz está inserido em uma sociedade e, necessariamente, traz consigo diversas facetas de uma comunidade e suas dificuldades, dores e angústias. No entanto, o ato decisório, enquanto construção democrática jurídica, não pode ser abarrotado por inúmeras questões sociais/virtuais/morais.

Compreender o ato decisório, nesse aspecto, requer um exercício hermenêutico nada fácil. A análise processual a partir dos princípios, passando pela compreensão dos modelos e desvelando a dificuldade de uma interpretação coerente e íntegra em um processo amassado pelas agruras de uma sociedade midiática e virtual, demonstra apenas algumas características de como a decisão vem sendo proferida em território brasileiro.

O advento de operações policiais e o enfraquecimento dos poderes Legislativo e Executivo fortaleceram a figura do magistrado enquanto uma posição que revela a segurança e a justiça. Isso trouxe consequências terríveis para um processo penal que contava com o necessário “afastamento probatório do juiz”. Mais do que isso, o Constitucionalismo contemporâneo e sua adoção aos princípios acusatórios consagraram o *actum trium personarum*: possibilitou que o juiz tivesse um distanciamento do embate entre as partes a fim de resguardar a imparcialidade do ato decisório.

No entanto, com o advento da internet e a capacidade de horizontalidade que as redes sociais proporcionaram, foi possível visualizar o quanto a figura do juiz tornou-se protagonista, quer seja pela higidez das decisões ou pelo protagonismo processual, construído a partir das relações virtuais da sociedade informacional. As decisões penais que estão suplantadas no judiciário brasileiro, especialmente de primeiro grau, demonstram que se está vivendo num “governo de juízes” em plena era dos direitos fundamentais, da autonomia do direito e da democracia constitucional. É evidente que a inegável crise de valores éticos no meio político e o aumento da violência, fizeram que com a sociedade enxergasse no poder judiciário uma espécie de poder salvador, os magistrados vistos como heróis nacionais.

A soma do protagonismo/heroísmo dos magistrados, dos discursos maniqueístas potencializados pela sociedade em rede, bem como a pressão que é exercida no Poder Judiciário, erroneamente, reflete na pesada caneta do magistrado, enquanto o direito democrático/constitucional é jogado às favas, simplesmente abandonado em nome de questões morais, éticas ou até mesmo egocêntricas. Em outras palavras o Estado Democrático de Direito, em alguns momentos, parece estar retrocedendo em nome de questões morais, de pressões externas, especialmente aquelas que advém da internet, da sociedade em rede – como ficou demonstrado na presente pesquisa.

Essa conclusão é obtida com base nos elementos expostos ao longo da pesquisa, que apontou a existência de decisões processuais penais morais, por assim dizer. A influência dos discursos contidos na sociedade em rede, torna-se direta e por algumas vezes, expressa pelo próprio magistrado penal no corpo de sua decisão que traz elementos externos aos processos, colhidos justamente em ambiente virtual, para justificar sua decisão.

Fato é que o juiz penal não pode decidir com base em uma escolha, dentre várias possibilidades, de acordo com o seu critério subjetivo, sobre a melhor solução para o caso concreto. Decidir não é escolher. Não em uma sociedade democrática, onde o que deve reinar é sempre o clamor da constituição. O magistrado, independente de agradar a maioria ou minoria, o lado do “bem” ou “mal”, deve sempre buscar a resposta constitucionalmente correta. Isso perpassa necessariamente pela hermenêutica jurídica, no que tange a porosidade da norma e sua necessária *applicatio* e sua conseqüente blindagem a subjetivismos, entrelaçada com a teoria

da decisão de Ronald Dworkin, a qual reconhece a necessária autonomia do direito, os princípios, a não aceitação de discricionariedades e a obrigação da decisão conter integridade e coerência para ser uma resposta constitucionalmente adequada.

Em sendo assim, para uma finalização adequada, é preciso revisitar algumas etapas que foram construídas e devidamente exploradas. Dessa forma, é preciso uma abordagem conclusiva de alguns assuntos.

Há uma obrigação constitucional para que se tenha estrutura democrática de direito, obrigando, necessariamente, o processo penal a também passar a ser visto como um instrumento que esteja a serviço da eficácia das garantias constitucionais do cidadão. Isso exige, portanto, que o cidadão tenha o direito ao contraditório, à ampla defesa, à publicidade dos atos processuais e à imparcialidade do juiz, além de tantas outras elencadas ao longo do texto constitucional. O que ratifica a compatibilidade absoluta entre a Constituição e o modelo processual penal acusatório.

Isso significa que os atores processuais devem, necessariamente, compreender o direito processual penal como um sistema de garantias que visa proteger o cidadão contra os abusos do poder punitivo do Estado. Disso, resulta a obrigatoriedade de o juiz penal estar sempre vinculado à lei que faz presente os valores materiais previstos na Constituição. Para isso, será necessário fazer uma filtragem hermenêutica constitucional do texto a ser aplicado, com a finalidade de demonstrar a distância necessária entre o juiz e a produção probatória e a proximidade com as garantias constitucionais.

Ao fim do primeiro tópico do trabalho, foi possível concluir que apesar de tudo isso, por vezes, não há um constrangimento epistemológico dos magistrados que atuam na esfera penal no momento de tomar decisões. Isso significa que aquelas garantias processuais que carregam consigo toda essência democrática do direito que se busca consolidar no país – as quais deveriam servir como barreira, como constrangimento a atos inquisitoriais e ilegais –, são ultrapassadas pela consciência, vontade e caneta do julgador, que atribui sentido ao texto legal como se ele, julgador, fosse o proprietário da lei.

Nesse aspecto, a hermenêutica jurídica de cunho filosófico, da forma proposta por Gadamer, tem um papel importantíssimo. Heidegger, com sua filosofia

hermenêutica, e posteriormente Gadamer, foram fundamentais para um novo olhar sobre a hermenêutica filosófica ao provocarem a virada hermenêutica-ontológica. Foi a partir daí que se iniciou o necessário processo de superação dos paradigmas metafísicos objetivistas e subjetivistas (filosofia da consciência), pautando-se pela filosofia da linguagem. A partir dessa superação da metafísica, a linguagem deixou de ser o instrumento de comunicação e passou a ser condição de possibilidade para a compreensão. Essa mudança é chamada de giro linguístico.

A partir do giro linguístico, ocorre a denominada virada ontológico-linguística, da qual surge o afastamento real do ser solitário, do sujeito solipsista, do jurista que tenta refundar o mundo e o direito a partir de sua concepção individualista do “objeto” (sujeito-objeto). Isso se dá porque a superação da filosofia da consciência dá lugar à filosofia da linguagem. A partir desse deslocamento, o ego cogito cede espaço a uma nova forma de percepção e compreensão do mundo, na qual o exercício absoluto da razão individual cede espaço a um novo paradigma.

A alteração fundamental precisa acontecer na compreensão que o próprio intérprete/julgador tem sobre si mesmo e a respeito dos limites filológicos aos quais está sujeito. Assim, o exercício de desvelamento de sentido não se dá dentro dos limites de um vicioso círculo hermenêutico no qual o intérprete/julgador está tomado de juízos prévios acerca do que encontrará – e, encontrando, contaminando-se pela sua própria limitação de compreensão. Ao contrário: é preciso que o intérprete/julgador tenha consciência de que o processo de desvelamento perpassa por uma compreensão prévia que não é individual, mas compartilhada por sujeitos que dividem um determinado contexto territorial, histórico, etc. Nesse patamar, rompe-se a dicotomia de interpretação e aplicação, a qual cede espaço a um processo que acontece em um momento único, de compreensão a respeito da resposta ao caso concreto: *applicatio*.

O centro da reflexão, a partir disso, não está mais no indivíduo como detentor de uma razão instrumental que o coloca no centro do universo. A apreensão do sentido se desloca da consciência para a uma nova ontologia, que tem na linguagem o seu centro. A verdade, nesse contexto, só pode ser apreendida a partir do desvelamento de sentido, processo que se dá por meio da linguagem – por sua essência, compartilhada. Assim, a hermenêutica filosófica supera a relação sujeito-

objeto e coloca o intérprete em um novo *locus*, qual seja: o de pensar o mundo a partir de uma relação sujeito-sujeito.

Sendo assim, finalizando o segundo tópico do primeiro capítulo, conclui-se que, a partir da hermenêutica jurídica, não há mais lugar para decisões pautadas na consciência, em que o juiz intérprete se utiliza do conjunto normativo como se fosse algo sem um sentido prévio, posto à disposição do intérprete para que receba um significado de acordo com sua compreensão subjetiva. Entenda-se, assim, um assujeitamento da norma pelo aplicador. O direito tem uma história, e essa carga histórica que acompanha cada ordenamento jurídico precisa ser apreendida por aqueles que têm a missão de interpretá-lo. Funcionando, portanto, a hermenêutica como uma blindagem ao decisionismo judicial.

Com isso, compete sempre ratificar que hermenêutica, nessa linha, não significa que o intérprete pode afirmar qualquer coisa sobre o texto. Pelo contrário: essa hermenêutica é uma garantia contra o arbítrio. Dessa forma, portanto, a sentença não se compraz com o sentir do intérprete/juiz, nem mesmo pode ser considerada palco de confissões das suas consciências. Compreender a importância do giro linguístico no âmbito processual penal é também denunciar o juiz solipsista, que não tem mais espaço diante do constitucionalismo contemporâneo e da adoção do modelo processual acusatório a partir de um constrangimento epistemológico, evitando a discricionariedade do julgador.

Para ingressar de vez no problema da pesquisa, foi preciso compreender os efeitos da internet e o modo que a sociedade passou a enxergar o Poder Judiciário brasileiro.

No terceiro e último tópico do primeiro capítulo, conclui-se que a internet deve ser encarada como novo paradigma do contexto social, um novo meio de comunicação, de informação e de convívio que permite a comunicação de muitos com muitos em escala global, graças à existência das Tecnologias de Informação e Comunicação (TIC). Em outras palavras, a internet é causa e efeito de uma profunda transformação na sociedade que acabou por desencadear a formação de uma nova organização social, a qual é chamada pelo sociólogo Castells de sociedade em rede.

Nesse sentido, a internet, além de ter promovido a socialização por meio das redes, tem como uma de suas principais características a transformação da área de comunicação e informação, incluindo as mídias tradicionais. Portanto, ela deve ser

simultaneamente caracterizada como um meio de comunicação e informação de massa e/ou particular entre indivíduos. Isso resulta em um espaço onde existem, concomitantemente, conteúdos promovidos pelas mídias tradicionais (canais de TV, rádios, revistas e jornais que migraram para as redes da internet), por canais exclusivamente online e pelos simples usuários da internet – além, é claro, de conteúdos resultantes da interação entre esse conjunto atores cibernéticos, por assim dizer.

Aprofundando-se um pouco mais nesse ambiente cibernético, foi possível constatar que quando se tem notícias e compartilhamentos de matérias que envolvem crimes, há uma sedimentação de um maniqueísmo social e digital. Passam a existir discursos extremados e revoltados, os quais exigem e sugerem um alto grau de punitivismo, transformando a sociedade em rede em uma espécie de fogueira inquisitória digital ou, mais recentemente, em uma Auschwitz digital. Ocorre uma batalha do “bem” contra o “mal”, na qual a imprensa tem um importante papel, um vez que ela é a responsável pela exposição massiva inicial da notícia criminal com certa dose de sensacionalismo sob o viés mais dramático possível.

Ao final do primeiro capítulo, pode-se afirmar que esse fomento midiático, retroalimentado pela interação permitida pela internet, cria um ambiente de pressão ao Poder Judiciário, fazendo que, por vezes, muitos dos magistrados, contaminados pela pressão externa, abdicuem da técnica e hermenêutica jurídica-constitucional para atender aos anseios da população. Com isso, lançam decisões discricionárias, fundamentadas em ideologias, subjetivismos, moralismos, etc., ultrapassando a fronteira democrática do direito, pois, como seres humanos que são, não querem carregar, perante a sociedade, o peso e o fardo da insegurança e da impunidade que (erroneamente) lhe são imputados.

O segundo capítulo foi desenvolvido com a finalidade de compreender como deve ser moldada a decisão processual penal para se chegar à resposta correta exigida em um Estado Democrático de Direito, a partir de Dworkin. Essa abordagem foi feita em razão da existência de decisões processuais penais que, influenciadas por discursos maniqueístas potencializados na sociedade em rede, preocupam-se com a opinião pública(da) e se baseiam em elementos externos ao processo, com o intuito e o desejo de não afetar a credibilidade do magistrado.

A partir disso, a primeira conclusão é que a autonomia do direito, sobrevivida do constitucionalismo contemporâneo, aposta na determinabilidade dos sentidos como condição de garantia da democracia. Ou seja: o direito não pode ser posto à disposição do intérprete julgador para que ele, discricionariamente, determine o sentido da lei e o modo de sua aplicação de acordo com a sua subjetividade (esquema sujeito-objeto), a partir de um grau zero (inexistente) de sentido.

Para Dworkin, a decisão judicial necessita respeitar a autonomia do direito (produzido democraticamente), respeitando sua coerência e integridade a partir de uma minudenciada fundamentação calcada em normas e princípios judiciais, para, assim, evitar uma decisão discricionária e antidemocrática. Frisa-se, nesse passo, que os princípios se caracterizam por estabelecer o mundo prático no direito (“faticizados”), possibilitando um “fechamento interpretativo”, algo próprio da blindagem hermenêutica contra o discricionarismo judicial.

Com a teoria de Ronald Dworkin, foi possível compreender que o papel e o dever do juiz para construir uma decisão judicial se inicia pela compreensão das decisões do passado, fazendo uma espécie de reconstrução institucional do direito (a partir dos princípios) dentro da integridade e coerência. Disso, conclui-se que a teoria de Dworkin não permite que a decisão judicial seja baseada em discricionariedades, sob pena de os juízes serem transformados em legisladores, o que, por consequência, propiciaria a criação de um novo “direito” a partir da compreensão prévia do julgador – filosofia da consciência.

Disso, é possível concluir que do mesmo modo que a hermenêutica filosófica proposta por Gadamer não defende qualquer forma de solipsismo, Dworkin também superou a filosofia da consciência.

No segundo tópico do segundo capítulo, ficou evidente que a moral não pode pregar o direito. Isso porque, conforme as teorias de Dworkin e Lenio Streck, o direito contemporâneo já nasce sob uma dimensão moral e é insculpido em Constituições rígidas e normativas, cabendo ao juiz preservar essa conexão e autonomia de discursos de conveniência e oportunidade (ideológicos, econômicos, morais em sentido pessoais). Ou seja: para ambos os autores, o direito e a moral são cooriginários.

Indo mais além, é possível afirmar que todo e qualquer predador externo ao direito (moral, política, economia) vai no caminho contrário daquilo que foi

estabelecido pelo constitucionalismo contemporâneo, pela democracia. Aceitar que elementos externos ao processo influenciem na tomada de decisão é frustrar a integridade do direito, a autonomia que o direito democrático conquistou depois de muitas guerras e lutas contra os autoritarismos vivenciados pela maior parte da história do país. Isso significa que o magistrado, ao decidir, não deve deixar os discursos existentes na sociedade em rede (leia-se o clamor social) prevalecerem, sobre a Constituição.

Por fim, com último título do segundo capítulo, foi possível constatar que os discursos proliferados pelas redes sociais acabam por influenciar em algumas decisões judiciais de processos penais. Isso se deve porque na medida em que a internet e, sobretudo, as redes sociais virtuais tomam espaços e avançam nas necessidades da população, o próprio direito acaba por ser influenciado por esse mecanismo virtual, o qual acaba contribuindo em significativas alterações e possibilitando uma maior facilidade nas comunicações processuais.

Dessa forma, os efeitos desses discursos fomentados pelas mídias tradicionais e virtuais e por cidadãos comuns e proliferados de maneira perene pelas redes da internet acabam potencializando a sensação de insegurança, da necessidade de punitivismo, alcançando as decisões judiciais brasileiras. Com isso, em busca de um maior rigor inconstitucional “apoiado” pelos discursos repercutidos nas redes sociais, os magistrados baseiam suas decisões processuais penais em fatores externos ao direito (portanto, discricionários), ultrapassando a blindagem feita pela hermenêutica jurídica, suspendendo a autonomia do direito e a fundamentação decisória jurídica devida para elevar o campo do moralismo privado, da comoção pública, da ordem pública(da) enfim, para aquilo que provém do senso comum.

Evidentemente, a forma com que isso alcança a decisão judicial, influenciando a caneta do magistrado, é bastante maquiada, tendo em vista o que o controle democrático exercido nas decisões judiciais se dá a partir da fundamentação/motivação. No entanto, basta uma sensibilidade para compreender de que maneira esse discurso, embora velado, manifesta-se no âmago da manifestação judicial.

Finalmente, é preciso considerar que esse trilhar judicial discricionário, que cede à pressão exercida pela voz que vem do povo, resultará, conseqüentemente,

numa tirania judicial travestida de justiça e de retidão do Poder Judiciário aos olhos do senso comum.

REFERÊNCIAS

ABDO, Helena. **Mídia e Processo**. São Paulo: Saraiva, 2011.

AMADEUS, Djeferson. A Condenação de Lula marcou a transição do Estado de Direito para o Estado Midiático Penal e o Nascimento do “Juiz Avestruz”. In: PRONER, Carol; CITTADINO, Gisele; RICOBOM, Gisele; DORNELLES, João Ricardo (Orgs.). **Comentários a uma sentença anunciada – o processo Lula**. Bauru: Canal 6, 2017. p. 125-128.

_____. **Ensaio sobre processo penal, hermenêutica e a crise de paradigmas no direito brasileiro**. Florianópolis: Empório do Direito, 2016.

ANDRADE, Fábio Martins de. **Mídia e Poder Judiciário: a influência dos órgãos da mídia no processo penal brasileiro**. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2007.

_____. **Sistemas Processuais Penais e seus Princípios Reitores**. 2. ed. Curitiba: Juruá, 2013.

ARAGONESES ALONSO, Pedro. **Instituciones de derecho penal**. Madrid: Rubi Arts Graficas, 1986.

BAUMAN, Zygmunt. **Vigilância Líquida**. Rio de Janeiro: Zahar, 2013.

BOFF, Leonardo. Prefácio: Inquisição: um espírito que continua a existir. In: EYMERICH, Nicolau. **Manual dos Inquisidores**. Rio de Janeiro: Rosa dos Tempos, 1993.

BONFIM, Edilson Mougnot. **Curso de processo penal**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

BOURDIEU, Pierre. **Sobre a Televisão**. Trad. Maria Lúcia Machado. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 1997.

BRASIL. **Lei Complementar nº 35, de 14 de março de 1979**. 1979. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/lcp/lcp35.htm>. Acesso em: 3 out. 2017

_____. Superior Tribunal de Justiça. **Ministra Cármen Lúcia suspende dispositivos de decreto que amplia regras para concessão de indulto**. 2017. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=365887>>. Acesso em: 5 jan. 2018.

CALÇAS, Manoel de Queiroz Pereira. Juiz não pode decidir pura e simplesmente para agradar ao clamor social. **Revista Consultor Jurídico**. 14 de janeiro de 2018.

Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2018-jan-14/entrevista-manoel-pereira-calças-presidente-tj-sp>>. Acesso em: 15 jan. 2018.

CARDOSO, Gustavo. **A Mídia na Sociedade em rede: filtros, vitrines, notícias**. Rio de Janeiro: FGV, 2007.

CARDOSO, Jaqueline Torres. **A participação das fontes que representam o sistema jurídico na construção do caso Isabella: uma análise das revistas época, Isto É e Veja**. 2010. Dissertação (Mestrado em Ciências da Comunicação) – Universidade do Vale do Rio dos Sinos, São Leopoldo, 2010.

CARDOZO, José Eduardo Martins. Vivendo o Direito. In: PRONER, Carol; CITTADINO, Gisele; RICOBOM, Gisele; DORNELLES, João Ricardo (Orgs.). **Comentários a uma sentença anunciada – o processo Lula**. Bauru: Canal 6, 2017. p. 247-250.

_____. Defesa de Dilma. **Conjur**, 2016. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/dl/defesa-cardozo-dilma.pdf>>. Acesso em: 7 mai. 2017.

CARNELUTTI, Francesco. **As Misérias do Processo Penal**. 3. ed. Leme: CL Edijur, 2015.

CARVALHO, Amilton Bueno. **Direito Penal a Marteladas**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2013.

CARVALHO, Salo de. **Antimanual de Criminologia**. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

_____. Da necessidade de efetivação do sistema acusatório no processo de execução penal. In: CARVALHO, Salo de (Org.). **Crítica à Execução Penal**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002. p. 480-497.

_____. **Pena e Garantias**. Rio de Janeiro: LumenJuris, 2003.

CASADO, Alfredo. **Os Meios de Comunicação Social e sua Influência Sobre o Indivíduo e a Sociedade**. Trad. Atílio Cancian. São Paulo: Cidade Nova, 1987.

CASTELLS, Manuel. **A Era da Informação: economia, sociedade e cultura**. v. 3. São Paulo: Paz e terra, 1999.

_____. **A galáxia da internet: reflexões sobre a internet, os negócios e a sociedade**. Rio de Janeiro: Zahar, 2003.

CASTELLS, Manuel. **A Sociedade em Rede: do conhecimento à Política**. In: CASTELLS, Manuel; CARDOSO, Gustavo (Orgs.). **A Sociedade em Rede – do conhecimento à ação Política**. Lisboa: Imprensa Nacional - Casa da Moeda, 2005, 17-30. Disponível em: <http://www.egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/anexos/a_sociedade_em_rede__do_conhecimento_a_acao_politica.pdf>. Acesso em: 4 dez. 2017.

_____. 'Se um país não quer mudar, não é a internet que irá mudá-lo', diz sociólogo espanhol. Entrevista concedida a Alec Duarte. **Folha de São Paulo**, 21 set. 2010. Disponível em: <<http://www1.folha.uol.com.br/poder/2010/09/801906-se-um-pais-nao-quer-mudar-nao-e-a-internet-que-ira-muda-lo-diz-sociologo-espanhol.shtml>>. Acesso em: 3 jan. 2018.

COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. Glosas ao verdade, dúvida e certeza, de Francesco Carnelutti, para os operadores do Direito. In: **Revista de Estudos Criminais**. Vol. 4, n.14. p. 77-94, abr./jun, 2004.

_____. Introdução aos princípios gerais do direito processual penal brasileiro. **Revista de estudos criminais**. Porto Alegre: Notadez, v. 1, n. 1, p. 26-51, 2001.

_____. O Papel do Juiz no Processo Penal. In: _____. (Coord.). **Crítica à teoria geral do direito processual**. Rio de Janeiro: Renovar, 2001. p. 24-32.

DWORKIN, Ronald. **A Raposa e o Porco-Espinho** – Justiça e Valor. São Paulo: Martins Fontes, 2014.

_____. É o direito um sistema de regras? Tradução de Wladimir Barreto Lisboa. **Revista do Centro de Ciências Jurídicas e Sociais da Universidade do Vale do Rio dos Sinos**, São Leopoldo, v. 34, n. 92, p. 120-121, set./dez. 2001.

_____. **Levando os Direitos a Sério**. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

_____. **O Império do Direito**. São Paulo: Martins Fontes, 2014.

_____. **Uma questão de princípio**. São Paulo: Martins Fontes, 2001.

EYMERICH, Nicolau. **Manual dos Inquisidores**. Rio de Janeiro: Rosa dos Tempos, 1993.

FERNANDES, Bernardo Gonçalves. A hermenêutica jurídica na doutrina pátria: as contribuições de Lenio Streck em Verdade e Consendo. In: ROSA, Alexandre Morais da; TRINDADE, André K; TASSINARI, Clarissa; SANTOS, Marcio; OLIVEIRA, Rafael Tomaes. **Hermenêutica, Constituição, Decisão Judicial**: Estudos em homenagem ao professor Lenio Luiz Streck. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2016. p. 365-372.

FERRAJOLI, Luigi. **Direito e razão**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

FERRARIS, Maurizio. História de la hermenéutica. Madrid: Akal, 2000.

FRANÇA. **Código Penal**. 2018. Disponível em: <https://www.legifrance.gouv.fr/affichCode.do;jsessionid=27EA9E066E3BF139BE212EB2F84E5FAD.tplgfr23s_1?idSectionTA=LEGISCTA000006165379&cidTexte=LEGITEXT000006070719&dateTexte=20180210>. Acesso em: 10 jan. 2018.

GARAPON, Antoine. **O juiz e a democracia – O guardião das promessas**. Trad. Maria Luiza de Carvalho. Rio de Janeiro: Revan, 1999.

GERMANO, Luiz Paulo. **O Juiz e a Mídia**. São Leopoldo: Unisinos, 2012.

GOMES, Marcus Alan. **Mídia e Sistema Penal: As distorções da criminalização nos meios de comunicação**. Rio de Janeiro: Revan, 2015.

GONÇALVES, Maria Eduarda. **Direito da Informação – Novos direitos e formas de regulação na sociedade da informação**. Coimbra: Almedina, 2003.

GRINOVER, Ada Pellegrini. **Liberdades públicas e processo penal: as interceptações telefônicas**. 2. ed. atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1982.

HART, Hebert. **O Conceito de Direito**. São Paulo: WMF Fontes, 2009.

HESSE, Konrad. **A força normativa da Constituição**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1991.

HOMMERDING, Adalberto Narciso. **Fundamentos para uma compreensão Hermenêutica do Processo Civil**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

ISAIA, Cristiano Becker. **Processo Civil e Hermenêutica – Os Fundamentos do Novo CPC e a Necessidade de se Falar em uma Filosofia no Processo**. Curitiba: Juruá, 2017.

ISAIA, Cristiano Becker. **Processo Civil e Hermenêutica**. Curitiba: Juruá, 2012.

JAKOBS, Günter; MELIÁ, Manuel Cancio. **Direito Penal do Inimigo – Noções e Críticas**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 6. ed. 2015.

KHALED JR., Salah H. **A Busca da Verdade no Processo Penal**. 2. ed. Belo Horizonte: Letramento, 2016.

LEÃO, Lúcia. **O labirinto da hipermídia: arquitetura e navegação no ciberespaço**. 2. ed. São Paulo: Iluminuras, 2001.

LÉVY, Pierre. **A conexão planetária**. O Mercado, o ciberespaço, a consciência. Tradução de Maria Lucia Homem e Ronaldo Entler. São Paulo: Editora 34, 2001.

LOPES JR., Aury. **Direito Processual Penal e sua Conformidade Constitucional**. 4. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

_____. **Direito Processo Penal**. 15. ed. São Paulo: Saraiva, 2018.

_____. **Fundamentos do Processo Penal**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2016.

_____. **Direito Processual Penal e sua Conformidade Constitucional**. 3. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

LYRA, Roberto. **Novo Direito Penal**. Rio de Janeiro: Borsoi, 1971.

MAIER, Julio B. J. **Derecho procesal penal I: fundamentos**. Buenos Aires: Del Puerto, 2006.

_____. **Derecho Procesal Penal**. Buenos Aires: Editores Del Puerto, 2004.

MARCHI, Carlos. **Fera de Macabu**. Rio de Janeiro: Record, 1998.

MARQUES, Jader. Dolo eventual para que(m)? **Empório do Direito**, Florianópolis, 13 mar. 2017. Disponível em: <<http://emporiododireito.com.br/dolo-eventual-para-quem/>>. Acesso em: 15 mar. 2017.

MARTINS, Argemiro Moreira; FERRI, Caroline. O problema da discricionariedade em face da decisão judicial com base em princípios: a contribuição de Ronald Dworkin. **Revista Novos Estudos Jurídicos**, v. 11, n. 2, p. 269-278, jul./dez. 2006.

MATTEUCCI, Nicola. **Organización del poder y libertad. História del Constitucionalismo Moderno**. Tradução para o espanhol de Francisco Javier Ansuátegui Roig e Manuel Martínez Neira. Madrid: Trotta, 1998.

MORAES, Dênis de. **Por uma outra comunicação: Mídia, Mundialização Cultura e Poder**. Rio De Janeiro: Record, 2005.

MOTTA, Francisco José Borges. **Levando o direito a sério: uma crítica hermenêutica ao protagonismo judicial**. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012.

_____. **Ronald Dworkin e a Decisão Jurídica**. Salvador: JusPodivm, 2017.

NALINI, José Renato. **O Juiz e o Acesso à Justiça**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

NASCIMENTO, Valéria Ribas do. **O tempo das Reconfigurações do Constitucionalismo: os Desafios para uma Cultura cosmopolita**. São Paulo: LTR, 2011.

NASCIMENTO, Valéria Ribas do; RODRIGUES, Márcio Shorm. A Sociedade Informacional em Xeque. In: OLIVEIRA, Rafael Santos de; BUDÓ, Marília (Orgs.). **Mídia e Direitos da Sociedade em Rede**. Ijuí: Unijui, 2014. p. 159-180.

OLIVEIRA, Rafael Santos. RODEGHERI, Letícia Bodanese. A utilização da Internet e a Construção da Ciberdemocracia no Brasil. In: OLIVEIRA, Rafael Santos de; BUDÓ, Marília (Orgs.). **Mídia e Direitos da Sociedade em Rede**. Ijuí: Unijui, 2014. p. 199-225.

OLIVEIRA, Rafael Tomaz de. **Decisão judicial e o Conceito de Princípio**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.

_____. A autonomia do Direito não significa isolamento disciplinar. **Conjur**, 22 set. 2012. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2012-set-22/diario-classe-autonomia-direito-nao-significa-isolamento-disciplinar>>. Acesso em: 17 jun. 2017.

_____. Proposta metodológica para a análise do conceito de princípio no Direito. **Conjur**, 14 nov. 2015. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2015-nov-14/diario-classe-proposta-metodologica-analise-conceito-principio-direito>>. Acesso em: 22 fev. 2018.

OLIVEIRA, Rafael. Dos primórdios da Internet à Blogosfera: implicações das mudanças nos fluxos informacionais na sociedade em rede. In: TYBUSCH, Jeronimo Siqueira; ARAUJO, Luis Ernani Bonesso de; DA SILVA, Rosane Leal. (Orgs.). **Direitos Emergentes na Sociedade Global**. Anuário do Programa de Pós-Graduação em Direito da UFSM. Ijuí: Ed. Unijuí, 2013. p. 321-351.

PRADO, Geraldo. **Sistema acusatório: a conformidade constitucional das leis processuais penais**. 4. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

RANGEL, Paulo. **Direito Processual Penal**. 14. ed. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2008.

REINALDO, Guilherme de Negreiros Diógenes. O suplício do Direito Penal. **Revista Transgressões: ciência criminais em debate**, Natal, RN, Vol. 4, nº2, p. 41-60, 2016. Disponível em: <<https://periodicos.ufrn.br/transgressoes/article/view/10033>>. Acesso em: 20 fev. 2017.

REVISTA CONSULTOR JURÍDICO. Brasil, maior população carcerária do mundo. **Revista Consultor Jurídico**, 8 dez. 2017. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2017-dez-08/brasil-maior-populacao-carceraria-mundo-726-mil-presos>>. Acesso em: 10 dez. 2017.

_____. WhatsApp pode ser usado para intimações nos juizados especiais. **Revista Consultor Jurídico**, 28 jun. 2017. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2017-jun-28/whatsapp-usado-intimacoes-juizados-especiais>>. Acesso em: 30 nov. 2017.

ROCHA, Cármen Lúcia Antunes. Os Dez Anos da Constituição Federal: o poder judiciário e a construção da democracia no Brasil. **Debates: a constituição democrática Brasileira e o Poder Judiciário**, Centro de Estudos Konrad Adenauer, n. 20, p. 11-29, 1999.

RODRÍGUEZ, César. **La decision judicial: el debate Hart-Dworkin**. Bogotá: Siglo el hombre, 1997.

ROSA, Alexandre Moraes. **Guia do processo Penal Conforme a Teoria dos Jogos**. Florianópolis: Empório do Direito, 2017.

SABADELL, Ana Lucia. **Manual de Sociologia Jurídica: introdução a uma leitura externa do direito**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

SALDANHA, Jânia Maria Lopes. Os desafios do “Império Cibernético” na Era da Aceleração e da Informação. In: TYBUSCH, Jerônimo Siqueira; ARAUJO, Luiz Ernani Bonesso de; SILVA, Rosane Leal da (Orgs.). **Direitos Emergentes Na sociedade Global** – Anuário do Programa de Pós-Graduação em Direito da UFSM. Ijuí: Uninjuí, 2013. p. 173-219.

SANTIAGO, L. S.; NEDEL, N. K.; CASTRO, R. M. Um julgamento resguardado pela legalidade necessita tramitar sob a rigidez da Constituição Federal, o que implica, necessariamente, em imparcialidade do julgador, exigindo um julgamento de acordo com o que existe no interior do processo, tão somente. In: CONGRESSO INTERNACIONAL DE DIREITO E CONTEMPORANEIDADE, 3., 2015, Santa Maria. **Anais**...Santa Maria. Disponível em: <<http://coral.ufsm.br/congressodireito/anais/2015/2-8.pdf>>. Acesso em: 05 de dez. 2017.

SILVA, Marina Lacerda. Natal sem perdão: os retrocessos no indulto Temer. **Carta Capital**, 23 dez. 2016. Disponível em: <<http://justificando.cartacapital.com.br/2016/12/23/natal-sem-perdao-os-retrocessos-no-indulto-de-temer/>>. Acesso em: 11 dez. 2017.

SILVA, Rosane Leal da. Liberdade de Expressão e Comunicação X Justa Causa. In: TYBUSCH, Jerônimo Siqueira; ARAUJO, Luiz Ernani Bonesso de; SILVA, Rosane Leal da (Orgs.). **Direitos Emergentes Na sociedade Global** – Anuário do Programa de Pós-Graduação em Direito da UFSM. Ijuí: Uninjuí, 2013. p. 435-472.

SOUZA, Artur César de. **A decisão do juiz e a influência da mídia**. Curitiba: Revista dos Tribunais, 2010.

_____. APLICAR A “LETRA DA LEI” É UMA ATITUDE POSITIVISTA? **Novos Estudos Jurídicos**, vol.15, n.1, p. 158-173, 2010. Disponível em: <<https://siaiap32.univali.br/seer/index.php/nej/article/view/2308/1623>>. Acesso em: 3 nov. 2017.

_____. **Compreender Direito** – como o senso comum pode nos enganar. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

_____. **Compreender Direito** – Nas brechas da lei. v. 3. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

_____. Condução Coercitiva de ex-presidente Lula foi ilegal e inconstitucional. **Conjur**, 4 mar. 2016. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2016-mar-04/streck-conducao-coercitiva-lula-foi-ilegal-inconstitucional>>. Acesso em: 10 mar. 2017.

_____. De 458 a.C. a 2018 d.C.: da derrota da vingança à vitória da moral! **Conjur**, 25 jan. 2018. Disponível em <<https://www.conjur.com.br/2018-jan-25/senso-incomum-458-ac-2018-dc-derrota-vinganca-vitoria-moral>>. Acesso em: 20 fev. 2018.

_____. **Dicionário de Hermenêutica**. Belo horizonte: Letramento, 2017.

_____. Eis porque abandonei o “neoconstitucionalismo”. **Conjur**, 13 mar. 2014. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2014-mar-13/senso-incomum-eis-porque-abandonei-neoconstitucionalismo>>. Acesso em: 17 jun. 2016.

_____. **Hermenêutica constitucional**. Enciclopédia jurídica da PUC-SP. CAMPILONGO, Celso Fernandes; GONZAGA, Alvaro de Azevedo; FREIRE, André Luiz (Coords.). Tomo: Direito Administrativo e Constitucional. NUNES JR., Vidal Serrano; ZOCKUN, Maurício; ZOCKUN, Carolina Zancaner; FREIRE, André Luiz (Coords. de tomo). 1. ed. São Paulo: Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, 2017. Disponível em: <<https://enciclopediajuridica.pucsp.br/verbete/18/edicao-1/hermeneutica-constitucional>>. Acesso em: 1 nov. 17.

_____. **Hermenêutica e Jurisdição** – Diálogos com Lenio Streck. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2017.

_____. **Hermenêutica Jurídica e(m) Crise**. 10. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011.

_____. **Hermenêutica Jurídica e(m) Crise**. 11. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2014.

_____. Hermenêutica jurídica nos 20 anos da Constituição: condições e possibilidades para a obtenção de respostas corretas. In: STRECK, Lenio; MORAIS, José (Orgs.). **Constituição, Sistemas Sociais e Hermenêutica**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008. p. 19-40.

_____. **Juis não é Deus**. Curitiba: Juruá, 2016.

_____. Juiz com fome ou que almoçou mal deve julgar nossas causas? **Conjur**, 5 jun. 2014. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2014-jun-05/juiz-fome-ou-almocou-mal-julgar-nossas-causas>>. Acesso em: 20 jan. 2017.

_____. **Lições de Crítica Hermenêutica do Direito**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2014.

_____. O Direito de Obter Respostas Constitucionalmente Adequadas em Tempos de Crise do Direito: A necessária concretização dos Direitos Humanos. **Hendu**, v.1, 2, 93-105, 2010. Disponível em: <<http://periodicos.ufpa.br/index.php/hendu/article/viewFile/374/601>> Acesso em: 4 dez. 2017.

_____. O direito não poder ser corrigido por valores morais. **Conjur**, 2 abr. 2012. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2012-abr-02/valores-morais-nao-podem-nortear-principios-juridicos-lenio-streck>>. Acesso em: 9 fev. 2017.

_____. **O que é isto** – decido conforme a minha consciência? 3. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012.

_____. Produção de prova ao MP e à defesa. **Conjur**, 11 jan. 2010. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2010-jan-11/producao-prova-processo-penal-cabe-mp-defesa?pagina=6>>. Acesso em: 10 mai. 2017.

_____. Quando o Direito Só serve para dizer o que é “feio” fazer. **Conjur**, 5 jul. 2012. Disponível em <<https://www.conjur.com.br/2012-jul-05/senso-incomum-quando-direito-serve-dizer-feio>>. Acesso em: 2 out. 2017.

_____. **Verdade e Consenso**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

_____. **Verdade e Consenso**: constituição, hermenêutica e teorias discursivas. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

_____; OLIVEIRA, Rafael Tomaz de. **O que é isto** – as garantias processuais penais? Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012.

TASSINARI, Clarissa. **Jurisdição e Ativismo Judicial** – Limites da atuação do Judiciário. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013.

THUMS, Gilberto. **Sistemas processuais penais**: tempo, tecnologia, dromologia e garantismo. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

TORNAGHI, Helio Bastos. **Curso de Processo Penal**. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 1995.

TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. **Direito Processual Penal e sua Conformidade Constitucional**. 4. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

_____. **Processo penal**. 27. ed. São Paulo: Saraiva, 2005.

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SÃO PAULO. 2º Vara Criminal do Foro de Franca. **Processo Nº 0022985-69.2014.8.26.0196**. Processo distribuído em 12 de dez. 2014. Disponível em: <<https://esaj.tjsp.jus.br/cpopg/show.do?processo.foro=196&processo.codigo=5G0002WA20000>>. Acesso em: 2 out. 17.

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO RIO GRANDE DO SUL. 2º Vara Criminal do Foro de Santa Maria. **Processo Nº 0272.17.0000646-8**. Distribuído em 25 de janeiro de 2017. Disponível em: <<http://www.tjrs.jus.br/busca/?tb=proc>>. Acesso em: 2 out. 2017.

_____. Vara Judicial da Comarca de Espumoso. **Processo: 046/2.15.0000006-1**. Distribuído em 09 de janeiro de 2015. Disponível em: <<http://www.tjrs.jus.br/busca/?tb=proc>>. Acesso em: 2 out. 2017.

TRINDADE, André Karam. Taxistas vão a Moro contra a Uber (e o Direito fica cada vez menor). **Conjur**, 9 jul. 2016. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2016-jul-09/diario-classe-taxistas-moro-uber-direito-fica-cada-vez-menor>>. Acesso em: 10 jul. 2016.

TV UNIFRA. **Construindo Saberes 17-03-2017 (ressocialização x penas brandas)**. Vídeo, Youtube, 2017. Disponível em: <https://www.youtube.com/watch?v=pKyyPct4_T0>. Acesso em: 2 out. 2017.

UOL. STF não vai ignorar clamor por Justiça das ruas, diz Cármen Lúcia. **UOL NOTÍCIAS**, 30 jun. 2017. Disponível em: <<https://noticias.uol.com.br/politica/ultimas-noticias/2017/06/30/o-clamor-por-justica-que-ecoa-pelo-pais-nao-sera-ignorado-por-essa-casa-diz-carmen-lucia-no-stf.htm>>. Acesso em: 10 nov. 2017.

VIEIRA, Ana Lúcia Menezes. **Processo Penal e Mídia**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

VILHENA, Oscar. A consciência, as ruas ou a lei? **Estado**, 17 de set 2013. Disponível em: <<http://www.estadao.com.br/noticias/impresso,a-consciencia-as-ruas-ou-a-lei,1075520>>. Acesso em: 2 fev. 2016.

VIRILIO, Paul. **A Bomba Informática**. São Paulo: Estação Liberdade, 1999.

WOLTON, Dominique. Pensar a comunicação. Lisboa: Presença, 2001.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl. **A Palavra dos Mortos**: conferências de criminologia cautelar. São Paulo: Saraiva, 2012.

_____. **O Inimigo no Direito Penal**. Rio de Janeiro: Revan, 2007.

_____. **Tratado de Derecho Penal**. Parte General I. Buenos Aires: Ediar, 1987.

ZILLI, Marcos Alexandre Coelho. **A iniciativa instrutória do juiz no processo penal**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.