

**XXVI CONGRESSO NACIONAL DO
CONPEDI SÃO LUÍS – MA**

CONSTITUIÇÃO E DEMOCRACIA II

JOSÉ ADÉRCIO LEITE SAMPAIO

NELSON JULIANO CARDOSO MATOS

Todos os direitos reservados e protegidos.

Nenhuma parte deste anal poderá ser reproduzida ou transmitida sejam quais forem os meios empregados sem prévia autorização dos editores.

Diretoria – CONPEDI

Presidente - Prof. Dr. Raymundo Juliano Feitosa – UNICAP

Vice-presidente Sul - Prof. Dr. Ingo Wolfgang Sarlet – PUC - RS

Vice-presidente Sudeste - Prof. Dr. João Marcelo de Lima Assafim – UCAM

Vice-presidente Nordeste - Profa. Dra. Maria dos Remédios Fontes Silva – UFRN

Vice-presidente Norte/Centro - Profa. Dra. Julia Maurmann Ximenes – IDP

Secretário Executivo - Prof. Dr. Orides Mezzaroba – UFSC

Secretário Adjunto - Prof. Dr. Felipe Chiarello de Souza Pinto – Mackenzie

Representante Discente – Doutoranda Vivian de Almeida Gregori Torres – USP

Conselho Fiscal:

Prof. Msc. Caio Augusto Souza Lara – ESDH

Prof. Dr. José Querino Tavares Neto – UFG/PUC PR

Profa. Dra. Samyra Haydêe Dal Farra Napolini Sanches – UNINOVE

Prof. Dr. Lucas Gonçalves da Silva – UFS (suplente)

Prof. Dr. Fernando Antonio de Carvalho Dantas – UFG (suplente)

Secretarias:

Relações Institucionais – Ministro José Barroso Filho – IDP

Prof. Dr. Liton Lanes Pilau Sobrinho – UPF

Educação Jurídica – Prof. Dr. Horácio Wanderlei Rodrigues – IMED/ABEDI

Eventos – Prof. Dr. Antônio Carlos Diniz Murta – FUMEC

Prof. Dr. Jose Luiz Quadros de Magalhaes – UFMG

Profa. Dra. Monica Herman Salem Caggiano – USP

Prof. Dr. Valter Moura do Carmo – UNIMAR

Profa. Dra. Viviane Coêlho de Séllos Knoerr – UNICURITIBA

Comunicação – Prof. Dr. Matheus Felipe de Castro – UNOESC

C755

Constituição e democracia II [Recurso eletrônico on-line] organização CONPEDI/ UFPR

Coordenadores: Nelson Juliano Cardoso Matos; José Adércio Leite Sampaio – Florianópolis: CONPEDI, 2017.

Inclui bibliografia

ISBN: 978-85-5505-532-4

Modo de acesso: www.conpedi.org.br em publicações

Tema: Direito, Democracia e Instituições do Sistema de Justiça

1. Direito – Estudo e ensino (Pós-graduação) – Encontros Nacionais. 2. Constituição. 3. Participação popular. 4. Poder Judiciário. XXVI Congresso Nacional do CONPEDI (27. : 2017 : São Luís, Maranhão).

CDU: 34



XXVI CONGRESSO NACIONAL DO CONPEDI SÃO LUÍS – MA

CONSTITUIÇÃO E DEMOCRACIA II

Apresentação

Os temas discutidos no GT foram de importância e atualidade ímpares. Questões como colonização da política pela economia e, em certa medida, pelo direito estiverem transversalmente presentes em praticamente todos os temas.. As matrizes históricas da disfuncionalidade da política brasileira também foram discutidas, bem como temas recorrentes como ativismo judicial, atuação do legislador, notadamente, dos direitos fundamentais e políticas públicas. As apresentações se fizeram em ambiente de participação e cooperação.

Prof. Dr. Nelson Juliano Cardoso Matos - UFPI

Prof. Dr. José Adercio Leite Sampaio - PUC Minas / ESDHC

Nota Técnica: Os artigos que não constam nestes Anais foram selecionados para publicação na Plataforma Index Law Journals, conforme previsto no artigo 7.3 do edital do evento. Equipe Editorial Index Law Journal - publicacao@conpedi.org.br.

**O JUDICIÁRIO E A INFLAÇÃO DE LEIS CRIMINAIS SEM CONTEÚDO
NORMATIVO: O PAPEL DESSA INSTITUIÇÃO PARA O FORTALECIMENTO DA
DEMOCRACIA**

**THE JUDICIARY AND THE INFLATION OF CRIMINAL LAWS WITHOUT
REGULATORY CONTENT: THE ROLE OF THAT INSTITUTION FOR THE
STRENGTHENING OF DEMOCRACY**

**Francisco Geraldo Matos Santos ¹
Renato Ribeiro Martins Cal ²**

Resumo

Hodiernamente, as discussões direcionam-se a encontrar ou refutar fundamentos acerca do papel do Judiciário com o processo de redemocratização. Há quem defenda as inovações oriundas do texto constitucional de 1988, e também, quem critique. Longe de trazer uma discussão com o fito de apresentar uma revisão da literatura sobre esses posicionamentos, o presente artigo é fruto de uma pesquisa bibliográfica que teve como objeto de análise o papel do Judiciário diante da inflação de leis criminais que não se compatibilizam materialmente ao sistema garantista pós 1988, analisando e discutindo as premissas com base na concepção do fortalecimento da democracia.

Palavras-chave: Judiciário, Democracia, Leis criminais, Justiça, Representação

Abstract/Resumen/Résumé

Hodiernamente, as discussões direcionam-se a encontrar ou refutar fundamentos acerca do papel do Judiciário com o processo de redemocratização. Há quem defenda as inovações advindas constitucionalmente em 1988, e também, quem critique. Longe de trazer uma discussão com o fito de apresentar uma revisão da literatura sobre esses posicionamentos, o presente artigo é fruto de uma pesquisa bibliográfica que teve como objeto de análise o papel do Judiciário diante da inflação de leis criminais que não se compatibilizam materialmente ao sistema garantista pós 1988, analisando e discutindo as premissas com base na concepção do fortalecimento da democracia.

Keywords/Palabras-claves/Mots-clés: Judiciary, Democracy, Criminal laws, Justice, Represatation

¹ Mestrando em Ciência Política pelo PPGCP/UFGA, especialista em Direito Processual Penal pela Faculdade Damásio (SP), especializando em Direito Público pela Faculdade Damásio (SP). Graduado em Direito pela UNAMA. Advogado.

² Mestrando em Ciência Política pelo PPGCP/UFGA. Especialista em Direito Processual Civil pela UNAMA. Graduado em Direito pela UFGA. Auditor de Controle Externo do TCE/PA.

1 INTRODUÇÃO

O papel do Judiciário veio sendo constantemente alvo de mudanças nos últimos anos. De um judiciário que tinha como marca o sistema inquisitivo (portador da denúncia e julgamento, ao mesmo tempo) passou – teoricamente – a ser acusatório, já que a titularidade da Ação Penal – via de regra - passou a ser do Ministério Público. Ocupando, com isso, um papel de terceiro, imparcial que observará apenas a arena jurídica – por meio de audiências, instrução probatórias entre outros -, para, posteriormente aplicar a lei ao caso concreto, quer absolvendo, quer condenando.

Longe de ser um estudo normativo, o presente artigo tem como escopo primordial, analisar qual o papel do Judiciário diante da inflação de leis criminais sem conteúdo normativo. Desta feita, a pretensão do texto se funda nas categorias de análise que a problemática enseja: Judiciário, papel do Judiciário no sistema democrático brasileiro, Leis criminais sem conteúdo normativo, e o papel desta instituição diante das leis sem conteúdo normativo motivadas pela instância midiática, respectivamente analisado no decorrer do artigo.

Não se objetiva, com o presente texto, tecer análise jurídica em face da instituição Judiciária, mas sim, uma análise do ponto de vista teórico político. Para tanto, utilizou-se como base teórica Antonio Garapon, Luiz Werneck Vianna, Pierre Bourdieu, Frederico de Almeida, Maria Tereza Sadek, Thamy Pogrebinski, entre outros. A discussão gira em torno de uma afirmação de Garapon (1999, p. 41), para quem, “A lei torna-se um produto semi-acabado que deve ser terminado pelo juiz”.

Assim, se discutirá sobre quais fundamentos uma lei, do ponto de vista teórico – sem mencionar e descrever a nomenclatura principiológica- deve seguir para ser considerada portadora de conteúdo normativo. E devido a sua não classificação como normativa, acaba por configurar esse “produto semi-acabado” que precisa de alguém – ou instituição - capaz de finalizá-la. Esse alguém corporifica-se na fisionomia de um Juiz – que em sua grande maioria fora aprovado em concurso público -.

O Juiz, portanto, tem, de imediato essa função de “colegislador”, na medida em que, ao menos nas referidas leis objeto de discussão aqui travadas, precisam de uma análise e aplicação sistemática sob a égide de uma série de princípios já impostos no ordenamento jurídico.

Do ponto de vista político, de início, é crucial pontuar que com a redemocratização instaurada com a Constituição de 1988, o Judiciário passou a ocupar um papel que outrora não era lhe incumbido. Há quem, inclusive, discuta sobre um possível “agigantamento” dessa instituição, que passou a ser analisada como política.

O fortalecimento do Judiciário, em decorrência das novas atribuições, se legitimou em função de uma crise dupla: das instituições políticas clássicas e da própria democracia. Garapon, em sua obra “O juiz e a democracia”, apresenta um panorama a respeito de como se deu esse processo de expansão do Judiciário. E no presente caso, a preocupação se estabeleceu com base na atuação dessa instituição no âmbito da produção legislativa criminal.

Ultrapassadas essas pontuações introdutórias, o artigo é composto, em seu desenvolvimento, por quatro seções.

Num primeiro momento, a intenção é apresentar os fundamentos da atuação do Judiciário como “Guardião de Promessas”, utilizando como referência base – e não somente – o entendimento de Antoine Garaopon.

Em sequência, a segunda seção retoma as discussões em torno da compatibilidade ou não da expansão da atuação do Judiciário para com a Democracia. Nessa seção, alguns conceitos foram imprescindíveis para a análise e discussão do objeto de pesquisa.

A terceira seção, por sua vez, foi proposto uma abordagem de categorização conceitual acerca das leis criminais sem conteúdo normativo, apresentando o que é imperioso imprescindível para que uma lei não seja considerada como tal.

A quarta e última seção, não menos importante, se discutirá a respeito do papel do judiciário diante da inflação de protótipos de leis criminais, ou seja, aqueles leis sem conteúdo normativo.

E por fim, as considerações finais, em que os resultados da pesquisa serão tecidos.

2 DOS FUNDAMENTOS DA ATUAÇÃO DO JUDICIÁRIO COMO “GUARDIÃO DAS PROMESSAS”

Com o processo de redemocratização, em que a Constituição Federal de 1988 passou a ser um marco histórico, grande relevo se direcionou ao Judiciário. Há aqueles que criticou a atuação de um Judiciário que possa ultrapassar o *check and balances*, e há, por sua vez, quem defenda, inclusive, uma atuação que supere aos outros três Poderes, sob a perspectiva de ser um Papel, que em sua maioria, é composto por meritocracia.

Fazendo uma análise das ações de controle de constitucionalidade, Pogrebinschi (2011) argumenta que a atuação do Judiciário nos últimos anos reveste-se da necessidade de um experimentalismo democrático, para o qual, na verdade, não se trata de judicialização, mas sim, de representação. A autora pondera que o entendimento acerca da representação precisa ser ressignificado, que as instituições representativas precisam ser reconfiguradas e que, acima de tudo, a democracia precisa ser fortalecida.

Garapon (1999, p. 24), sobre a atuação do judiciário pondera que:

Na pessoa do juiz, a sociedade não busca apenas o papel do arbítrio ou de jurista, mas igualmente o de conciliador, pacificador das relações sociais, e até mesmo animador de uma política pública, como, por exemplo, a de prevenção da delinquência (p. 24, Garapon, 1999).

Há, conforme a literatura de um modo geral, uma necessidade social em atribuir ao Judiciário um papel que se fundamenta no descrédito dos outros dois poderes – Executivo e Legislativo -. Ocorre que no campo de análise, nem sempre o anseio da sociedade é aquilo que o direito possibilita como mecanismo de execução. Em outros dizeres, não há, sempre, uma compatibilidade entre o interesse da sociedade e o que a legislação – no sentido amplo – regulamenta.

Sadek (2004), inclusive, pondera que o acesso a justiça passou a ser um serviço público. Que segundo a autora, fora visto como um ponto de inflexão, configurando-se uma mudança substancial no perfil do Judiciário, que passou a ocupar um papel de protagonista de “primeira grandeza”.

Como não se trata de objeto de análise neste texto sobre as críticas apresentadas por Sadek – visto que a referida cientista política apresenta ponderações acerca da estrutura, instrumento etc. -, é imperioso verificar do ponto de vista teórico as implicações da atuação do Judiciário, sob uma ótica *garaponeana*.

Sadek (2004, p. 86) afirma que:

[...] pode-se sustentar que o sistema judicial brasileiro nos moldes atuais estimula um paradoxo: demandas de menos e demandas de mais. Ou seja, de um lado, expressivos setores da população acham-se marginalizados dos serviços judiciais, utilizando-se, cada vez mais, da justiça paralela, governada pela lei do mais forte, certamente menos justa e com altíssima potencialidade de desfazer todo o tecido social. De outro, há os que usufruem em excesso da justiça oficial, gozando das vantagens de uma máquina lenta, atravancada e burocratizada.

O Judiciário, enquanto instituição representativa - e ator político, portanto – passa a ocupar um papel que outrora era direcionado apenas as Instituições eminentemente política, isto é, aquelas onde o processo de seleção para ocupação se destinava apenas às eleições.

O problema está quando se percebe que as instituições eminentemente política não desempenham - ou se desempenham, não da forma como o esperado - o seu papel institucional. E o Legislativo, do ponto de vista técnico, no Brasil, tem suas funções típicas direcionada ao controle do Executivo e a inovação do ordenamento jurídico. É nesse cenário, que Garapon (1999, p. 24-25) enfatiza que o juiz se torna uma referência para o indivíduo perdido, isolado

produzido por nossa sociedade, que procura no confronto com a lei “o último resquício de identidade”

Assim, utilizar o Judiciário tornou-se um fundamento de que ninguém é intocável. Vianna, Carvalho, Cunha Melo e Burgos (1999) entendem que esse papel destinado ao Judiciário decorreu-se pelo aumento desmedidamente da legislação, que fez com que os parlamentares - com receio de paralisar o sistema – transferiram a outrem boa parte da sua atividade, como sendo uma espécie de abdicação.

Vianna [et. Al, 1999, p.32) assim expressaram:

A indeterminação do direito, por sua vez, repercutida sobre as relações entre os Poderes, dado que a lei, por natureza originária do Poder Legislativo, exigiria o acabamento do Poder Judiciário, quando provocado pelas instituições e pela sociedade civil a estabelecer o sentido ou a completar o significado de uma legislação que nasce com motivações distintas às da “certeza jurídica”.

Esse papel de “guardião de promessas” se fortaleceu pela constante sociabilidade do conceito de “justiça”. E por meio do Judiciário (e outros, como MP, por exemplo) que se percebe os detentores de expectativas de justiça e dos ideais da filosofia, que se naturalizou no campo do direito (VIANNA, Et. Al, 1999).

É por isso que esse campo – o jurídico – passou a ter uma linguagem e uma gramática própria. Garapon (1999, p. 26) entende que “A linguagem dos juízes é a do direito - dos direitos do homem na Europa, dos direitos das minorias da América -, e sua gramática, o processo”.

Veja que o papel de legislador implícito ou co-legislador exercido pelo Judiciário se manifestou como resposta ao anseio popular. Garapon (1999, p.27) entende que o juiz passou a ser o último guardião de promessas não apenas para o sujeito, mas também, para a comunidade política. Isso porque esta instituição – em tese – conserva a memória dos valores que os formam, o que eles não fazem – sociedade -, acabam por confiar à “justiça a guarda de seus juramentos”.

Assim, um judiciário que detém fundamentos e valores de “justiça” é o que o torna um típico guardião de promessas. Promessas essas apresentadas pelo legislativo, e que em tese, deveriam ser implementadas pelo Executivo. O Judiciário cresceria, desta feita, na proporção inversa ao descrédito do Executivo e Legislativo – muito embora haja inúmeras pesquisas no campo da ciência política que afirmam o contrário -.

Após essa discussão do que motivou - ou fundamentou – o papel do Judiciário nos últimos anos, é indispensável, agora, analisar o papel destinado a esta instituição com base em discussões a respeito de sua compatibilidade para com a democracia.

3 O JUDICIÁRIO E SEU PAPEL: (ANTI)DEMOCRACIA?

Se de um lado há aqueles no campo da ciência política que defendem o papel – usurpador – do Judiciário como sendo incompatível para com a Democracia, há quem, pelo reverso, entende ser na verdade, mais uma forma – senão a mais completa – de representação da sociedade – dado que protege as minorias -.

Há quem, como Vianna (1999) defende um judiciário dotado de mecanismos cruciais e suficientes para a promoção da justiça, ao passo que outros, como Sadek (2004), entende ser o contrário, tendo em vista a implementação de um papel que ultrapassa as condições físicas e financeiras de um Poder.

O fato é que, o conceito de Democracia, como sendo aquele histórico, do período grego, não se compatibiliza com os ideais do presente analisados. A ordem capitalista, os fundamentos neoliberais, a proteção a quem detém patrimônio se tornam obstáculos ao fortalecimento da democracia hodierna (WOOD, 2011).

Em um sistema que prioriza o capital, no sentido que Marx já discutia, do ponto de vista de exploração, onde quem detém, o monopólio do metacapital é o Estado, as incongruências de “distribuição” de direitos são constantes.

Arantes (2015, p. 33), após um estudo elaborado acerca da instituição judiciária comparativa entre os Estados Unidos da América e França, afirmou que:

[...] No quadro da separação de poderes, tão valorizado nos Estados Unidos, e menos considerado na França, o Judiciário americano constitui para ele “o mais poderoso e único contrapeso da democracia”, justamente por sua capacidade de controlar a constitucionalidade das leis promulgadas pela maioria política.

Uma democracia em que as instituições criam e aplicam leis que contrariam o sistema jurídico, não pode ser concebido como democracia no sentido substancial. Afirmar que o Judiciário tem um papel contra majoritário, quando na verdade, ele está redefinindo o conteúdo da lei, a ponto de atribuir-lhe normatividade, visto que carece de compatibilidade para com o sistema jurídico como um todo, é ao mesmo tempo, afirmar que o Judiciário detém um papel incompatível com a Constituição de 1988.

Na verdade, quando o Judiciário percebe haver uma incongruência legislativa, é seu papel, diante do fato de ser o típico “guardião de promessas” verificar possibilidade de saná-las. Não se trata de usurpação de função, mesmo porque, o próprio sistema jurídico brasileiro apresenta o Juiz como o guardião do processo.

Garapon (1999, p. 41-42) afirma que:

O juiz não deve mais se contentar em aplicar as leis, mas, em certos casos, deve ainda verificar sua conformidade a um direito superior que esses

princípios encerram. A lei então implode e se fraciona em duas direções opostas: de um lado, os princípios fora de alcance do legislador comum e, de outro, um direito mais concreto e mais operacional. O juiz atualiza a obra do constituinte e torna-se um co-legislador permanente. O juiz receptor e o constituinte emissor formam por isso um tandem de pares inseparáveis, cuja aglutinação é necessária à eclosão da soberania constituinte.

A visão hodierna contemplada pelo Judiciário, enquanto instituição política, capaz de representar, realmente, a população – e aqui, utiliza-se como fundamento o defendido por Pogrebinski (2011), é o que deve ser pontuado, em um sistema – criminal - que é eminentemente protetivo de quem detém o patrimônio.

A concepção de justiça e democracia devem ser compatibilizada. Judiciário, como sendo o meio de alcançar proteção a quem não conseguiu ser representado politicamente nas eleições brasileiras, é o que fundamenta seu caráter de representação.

O juiz, enquanto legislador implícito, como – seria atípico? - representante populacional assume, com a transferência do poder – típico – do legislativo, ao estipular conceitos jurídicos indeterminados ou leis sem conteúdo normativo, um papel que ultrapassa à vontade da maioria. A discussão da maioria, como sendo o categórico da democracia, deve se limitar apenas às instituições que tem sua composição regulada pelas eleições. O judiciário, ocupado por pessoas que não foram escolhidas diretamente pela sociedade, deve, por esse motivo, ser imune ao defendido pela maioria. É isso o que o torna democrático, pois assim o sendo, ele passa a proteger o que realmente o sistema jurídico – construído pela maioria, mediante seus representantes – impôs.

Garapon (1999) argumenta que a ideia de vontade geral não deve mais ter o monopólio da produção de direito, mas, acima disso, deve tornar-se compatível com os princípios contidos nos textos fundamentais, que na compreensão da França, são a Constituição, o Tratado de Roma, e depois o de Maastricht, a Convenção Europeia de salvaguarda dos direitos humanos e outras convenções internacionais.

De forma bem específica, ele argumenta que:

O direito não está mais, portanto, à disposição da vontade popular. A soberania de representantes do povo vê-se freada por princípios encontrados nesses diferentes textos de enunciado claro e conciso, e de forte densidade moral. A lei tem agora dois senhores: o soberano, que lhe dá consistência, e o juiz, que a sanciona visando a sua conformidade aos textos básicos e acolhendo-a na ordem jurídica. Não se trata de uma oposição entre o soberano e um inimigo externo, mas entre duas condições da vontade do soberano, expressas por titulares diferentes. (GARAPON, 1999, p. 43).

E assim, no campo criminal, tem o defendido por um grande jurista, Luigi Ferrajoli, para quem, é indispensável no sistema criminal, a observância de alguns princípios que limitam

o *ius puniend* estatal, já que, do ponto de vista teórico, é quem tem o domínio do controle de todos os capitais discutidos por Bourdieu.

A inclusão da justiça na discussão social, conforme pondera Garapon (1999), tem fornecido à democracia um novo vocabulário, caracterizado pela imparcialidade, pelo processo, pela transparência, pelo contraditório, pela neutralidade, pela argumentação etc. Esse novo cenário liderado pelo juiz, em que a constelação de representações gravitantes proporciona à democracia imagens capazes de dar corpo a ética marcada pela deliberação coletiva.

Esse papel democrático atribuído ao Judiciário, se legitima também, porque o próprio Legislador possibilita a atuação do juiz enquanto co-legislador. O simples fato de possibilitar a presença de conceitos jurídicos indeterminados – embora justificados pela crescente necessidade de atuação do judiciário – é um típico exemplo dessa “permissão”.

Diferentemente das instituições teoricamente democrática¹, o Judiciário não tem um papel direcionado à parcialidade, muito pelo contrário, tem na presença da regularidade processual e transparência, como bem disse Garapon (1999), manifestação do não exercício solitário de uma vontade política.

Cruciais são as ideias de Garapon (1999, p. 48):

O espaço simbólico da democracia emigra silenciosamente do Estado para a justiça. Em um sistema provedor, o Estado é todo-poderoso e pode tudo preencher, corrigir, tudo suprir. Por isso, diante de suas falhas, a esperança se volta para a justiça. É então nela, e portanto fora do Estado, que se busca a consagração da ação política. O sucesso da justiça é inversamente proporcional ao descrédito que afeta as instituições políticas clássicas, causado pela crise de desinteresse e pela perda do espírito público.

A representação consolidada pela presença de um judiciário, como sendo instituição política, fortalece a democracia.

Pogrebinschi (2011, p. 176) afirma que:

[...] o que permite considerar uma instituição ou ator político como representativo é justamente o caráter representativo das consequências engendradas por determinada atividade política. Se as consequências da atividade de determinada instituição ou de certo agente logram ser representativas das demandas existentes na sociedade, então tal instituição e agente são representativos. É o compartilhamento das consequências políticas de determinada atividade (seja esta a promulgação de uma lei, a execução de uma política pública ou a tomada de uma decisão judicial) e sua correspondência às demandas presentes na sociedade o que a torna representativa.

¹ Utiliza-se essa concepção, “teoricamente”, porque nem sempre os eleitos irão representar os interesses da maioria. Essa tarefa é do Executivo e do Legislativo, mas não do Judiciário. Judiciário não tem o papel de agradar nenhum segmento da população, deve apenas e tão somente aplicar ao caso concreto a concepção de justiça.

A lógica, portanto, não é ter em discussão que houve uma transferência da soberania do povo para o juiz, como bem elucidou Garapon, mas a ideia de que o sentimento de justiça se tornou sociável. Um legislador que possibilitou a atuação do Judiciário na contenda criminal, ao mesmo tempo, lhe possibilitou uma atuação que sustente pilares das justiça.

O problema é que a concepção de justiça não é unívoca, muito pelo contrário. Mas o papel do Judiciário é apresentar uma resposta que se compatibilize ao que o sistema jurídico – e não apenas a letra morta da lei – apresenta como sendo categórico de justiça.

A democracia contemporânea transformada tem seu fundamento muito mais sobre a importância do lugar simbólico que o juiz vem conquistando, quer dizer, à própria possibilidade de sua intervenção, do que propriamente ao seu crescimento efetivo de exercício (GARAPON, 1999).

Torna-se democrático a atuação do juiz no momento em que ele representa um comportamento alheio à discussão, ou seja, é uma típica manifestação da possibilidade de submissão a um terceiro, e não apenas a aplicação fidedigna do que a população “solicitou”.

4 CATEGORIZANDO LEIS CRIMINAIS SEM CONTEÚDO NORMATIVO: DA OBSERVÂNCIA DO DIREITO NA ELABORAÇÃO DAS LEIS

Hodiernamente, percebe-se uma verdadeira expansão da atuação Estatal no combate a repressão criminal, sob a égide de um discurso falacioso do terror, que segundo Karam (2009) está motivado pela percepção negativa dos riscos, dos sentimentos de incômodo e de medo, pela ausência de uma sensação de segurança, que exige a atuação Estatal de forma imediata.

E o Estado, nessa situação, fomenta a expansão do poder punitivo, sob o discurso do “salvador da pátria”, fazendo com que a sociedade civil (dentro das concepções de público e privado), como um todo, conforme aduz Bauman (1999), sintam-se aliviada. Aumentando a (i)legitimidade do Estado em atuar no combate à criminalidade e, por conseguinte, exercer o poder punitivo, ninguém poderia acusar o Estado de indolência e de se abster diante das ansiedades humanas ao ver diariamente documentários que exibem os agentes corajosos que se arriscam para que a vida do restante das pessoas possa estar tranquila (BAUMAN, 1999).

E assim, o Judiciário deve se consolidar como uma instituição capaz de lidar com os vácuos do Poder Legislativo. Segundo Garapon (2011, p. 28):

[...] essa “judicialização” acaba por impor uma versão penal a qualquer relação – política, administrativa, comercial, social, familiar, até mesmo amorosa -, a partir de agora decifrada sob o ângulo binário e redutor da relação vítima / agressor. Essa linguagem jurídica simplista, enraizando-se numa lógica sacrificial que acreditávamos definitivamente controlada, tem como

consequência aumentar o número de detentos em proporções inquietantes, fenômeno que nenhuma democracia consegue, verdadeiramente, eliminar. A mídia, sob o pretexto de assegurar a máxima transparência, arrisca-se a privar o cidadão de garantias mínimas- como presunção de inocência -, mantendo a ilusão de uma democracia direta. (p. 28).

A preocupação do legislador em atender aos anseios sociais acaba por (in)justificar a produção de leis que não se compatibilizam ao sistema jurídico, portanto, passível de reformulação ou complementação devido à ausência de conteúdo normativo. Quando, no presente texto, se refere a leis sem conteúdo normativo, utiliza-se a ideia de que para haver normatividade em uma determinada lei, no mínimo, ela deve compatibilizar-se a todo o ordenamento jurídico brasileiro; não sendo essa a hipótese, não pode o Judiciário aplica-la a ponto de torna-la uma norma jurídica.

Quando há referência a figura do “Estado”, utiliza-se a concepção de Bourdieu (2011, p. 99), para quem o mesmo refere-se:

[...] um processo de concentração de diferentes tipos de capital, capital de força física ou de instrumentos de coerção (exército, polícia), capital econômico, capital cultural, ou melhor, de informação, capital simbólico, concentração que, enquanto tal, constitui o Estado como detentor de uma espécie de metacapital, com poder sobre os outros tipos de capital e sobre seus detentores.

Quando este Estado – por meio de sua função legislativa – passa a atuar de forma expandida, ele acaba por incentivar a elaboração de modelos interventivos dominados pelo autoritarismo que pautam sérias transformações no direito penal e processual penal que incentivam o direito penal do inimigo (CARVALHO, 2015). Atribuindo, portanto, ao Judiciário, uma função de concretizar a justiça.

A produção legislativa do Congresso Nacional tende, na sua grande maioria, em matéria criminal, atender ao que a maioria da população entende como sendo o justo, mas sem qualquer discussão quanto à compatibilidade para com o sistema jurídico. Muito embora haja a necessidade de aprovação na Comissão de Constituição e Justiça, pode o Supremo Tribunal Federal, nas situações que afronta o texto constitucional, declarar a lei como sendo inconstitucional. O problema é quando o Judiciário atende também aos anseios sociais, sem a preocupação de verificar compatibilidade com o mundo do direito.

A produção de leis criminais deve, antes de qualquer pontuação, se adequar materialmente ao que determina os avanços dos direitos humanos, que não estão apenas incluídos expressamente no texto constitucional de 1988. O campo criminal, mais do que qualquer outro campo jurídico deve ter essa premissa como sendo basilar na formulação de

qualquer política – incluindo-se aqui, a legislativa, também -, isso porque, se trata do segmento jurídico que possibilita a aplicação das maiores punições previstas no sistema jurídico. A preocupação deve ser redobrada, porque a incorporação da justiça como sendo fundante na aplicação das leis e garantia das promessas dos demais Poderes, pode não se adequar ao que se defende pela sociedade majoritária.

Nesse sentido, Carvalho (2015, p. 209) argumenta que:

[...] se o incremento e a ampliação dos interesses e dos valores a serem protegidos pelo Estado são densificados, proporcionando espetacular giro no sentido histórico dos direitos humanos, acoplado está o efeito perverso de maximização das malhas repressivo-punitivas face à ingênua conclusão de que o direito penal seria instrumento idôneo para tutelar os novos bens jurídicos. Ou seja, o Estado Social, ao convocar as agências repressivas, lhes aufere a missão de proteção dos novos interesses, fundado na crença em sua capacidade preventiva.

Não bastasse apenas isso, a atuação desenfreada do Poder Legislativo, ao criar leis severas sob o manto de conter a sociedade, em síntese, pode afrontar uma gama de direitos humanos que são tidos como basilares da ordem jurídica brasileira, principalmente na esfera da liberdade e da integridade física. A discussão que se propõe, nesse sentido, leva-se em consideração não aos efeitos práticos desta instituição política (Congresso Nacional), mas sim, à discussão dessa atuação desenfreada”.

A produção de leis sem conteúdo normativo pode se dar, talvez, pela desnecessidade de conhecimento jurídico para ser um parlamentar. O fato de haver a aprovação de Comissões, sejam elas de Constituição e Justiça ou temática, por si só, não torna um projeto de lei legítimo do ponto de vista normativo. Tanto o é, que se assim fosse, não haveria a declaração de inconstitucionalidade de várias leis brasileiras, como já dito alhures.

Posto isto, é notória a necessidade de discutir o papel do Judiciário diante da presença de leis criminais que não observaram ao que dispõe o direito – e aqui, no sentido amplo -, muito embora do ponto de vista formal tenha se tornado uma lei vigente, já que teve seu procedimento de elaboração devidamente executado.

5 O PAPEL DO JUDICIÁRIO DIANTE DA INFLAÇÃO DE PROTÓTIPOS DE LEIS CRIMINAIS (LEIS CRIMINAIS SEM CONTEÚDO NORMATIVO).

Se do ponto de vista numérico, o Legislativo brasileiro é um dos mais atuantes quando o assunto é a produção de leis, do ponto de vista de utilização do Judiciário para averiguar a compatibilidade das leis produzidas e o sistema jurídico constitucional, percebe-se uma

incongruência materialmente, muito embora grande parte das pesquisas da ciência política tende a defender a não interferência de modo contra majoritário no controle de constitucionalidade.

Não atendendo às discussões do controle de constitucionalidade no Brasil, se de fato é ou não judicialização da política, o intento primordial da presente pesquisa fora analisar qual o papel do Judiciário diante da inflação de leis criminais sem conteúdo normativo. Pois bem.

A configuração de uma sociedade em que o discurso do ódio é legitimamente utilizado na elaboração de leis criminais, é por si só um problema que não apenas impacta na reconfiguração do direito, mas também, na implementação de uma sociabilidade distorcida. E é por isso que há um embate entre a maioria que elegeu seus parlamentares e as minorias que tem no Judiciário a única instância capaz de representa-las. Havendo, com isso, discussões em torno do conceito de democracia.

O fato é que, conforme já apresentado por Garapon, o direito enquanto uma linguagem passa a legitimar uma gramática - processual – pautada em desconformidade ao que o sistema garantista – teorizado por Luigi Ferrajoli, por exemplo – implementou. Se um sistema já é em sua formação distorcido, tendo em vista a produção de inúmeras leis que tendem, apenas tornar precária ainda mais a situação do acusado / condenado no processo penal brasileiro, não há sistema democrático, já que, se numericamente, a maioria apoia a pena de morte, não cabe ao Legislativo discutir se a implantação da referida modalidade punitiva viola ou não o sistema jurídico.

O Judiciário, enquanto um co-legislador, que, apresentado como o “guardião das promessas” – na linguagem de Garapon, ou mesmo, o executor de uma política pública – Sadek -, com a redemocratização, tenderia a ser quem exercesse o Poder de “corrigir” as imperfeições do Legislativo. E para fazer tal papel, o mesmo não deve se ater ao “populismo” típico dos outros poderes eleitos pela maioria. Se, todavia, essa instituição passa a defender ao que o discurso das instituições democráticas clássicas apresentam na formulação de política pública – legislativa, também -, seu papel democrático tende a ser desconstituído.

Havendo a produção de leis que implicam em contradição ao sistema de justiça criminal – e aqui, utiliza-se o entendimento de Sadek (Apud FARIAS, 2014), para quem isso corresponde ao conjunto de instituições estatais que tem a função de garantir os preceitos constitucionais, legais e de justiça - é tarefa do Judiciário, que estaria, em tese, acima do bem e do mal, reformular, reinterpretar e reaplicar o conteúdo legislativo a ponto de introduzir conteúdo normativo.

Utilizando dos ensinamentos de Garapon (1999, p. 48):

O juiz é chamado a socorrer uma democracia na qual “um legislativo e um executivo enfraquecidos, obcecados por fracassos eleitorais contínuos, ocupados apenas com questões de curto prazo, refêns do terceiro e seduzidos pela mídia, esforçam-se em governar, no dia-a-dia, cidadãos indiferentes e exigentes, preocupados com suas vidas particulares, mas esperando o político aquilo que ele não sabe dar: uma moral, um grande projeto. (p. 48).

A produção de leis criminais que não se compatibilizam ao sistema jurídico constitucional, embora defendido pela maioria, consiste em protótipos de leis, e não a leis materialmente concebidas, isso porque não se identifica conteúdo normativo. São leis que precisam de uma reformulação, de uma reanálise, rediscussão, e muita cautela em sua aplicação. Sendo, portanto, o Judiciário, a instância com habilidades de contornar essas imperfeições.

A lógica seria corresponder ao que o movimento do direito alternativo tanto advogou. Ultrapassando o papel de um judiciário que meramente lesse a letra da lei. Seria um Judiciário que interpretasse nas entranhas da intenção legislativa, não apenas fazendo jus ao conteúdo social, mas também, ao conteúdo jurídico.

Do ponto de vista teórico, caberia a esse Judiciário auxiliar na implementação de políticas públicas de segurança pública, ou mesmo, aplicar a lei criminal de acordo com toda a sistemática protetiva dos direitos humanos, muito embora, agindo desta feita, ele esteja contrariando ao posicionamento de sociedade como um todo.

O Judiciário que executa uma lei criminal que contraria completamente as garantias processuais e materiais do acusado, promulgada com base no discurso midiático impulsionado pelo ódio – que diga-se, é o que acalma a “sociedade punitiva” -, certamente de nada fortalece a Democracia, muito pelo contrário, consubstancia mais uma instituição em que tende a falhas incontáveis.

O judiciário, hodiernamente, não ocupa uma função institucional política pelo acaso. Suas incumbências se justificam pela sua autonomia, independência, pela forma diferenciada de inserção na sua composição, que é por meio, em sua grande maioria, de provas e títulos, com certos requisitos constitucionais. É por esse motivo, por essa atuação que deve ser desimpedida de interesses “eleitorais” que o torna um legítimo representante capaz de executar realmente a justiça, como sendo uma categoria sociabilizada.

Democracia e justiça devem estar interligadas. E ser justo, é decidir de forma imparcial, equânime, certa, mesmo que para isso, a rejeição da sociedade seja uma constante. Um juiz que prima pelo que a sociedade aspira – que, inclusive, é totalmente contrário ao sistema jurídico -, deixa de ser o terceiro ideal que tanto Garapon otimizava, e passa a ser um político, e mais, um ator que apenas prioriza seus interesses.

6 CONSIDERAÇÕES FINAIS

A concepção de democracia clássica, no sentido em que o único critério de análise é uma eleição já se mostra insustentável num campo em que a crise nas instituições políticas é constante. Não se pode mais, do ponto de vista teórico, defender que somente há democracia quando uma instituição eleita pela população representa os seus interesses.

E essa discussão se tornou ainda mais enfática quando a presença da justiça na sociabilidade se fortaleceu. A categorização do direito no mundo da vida passou a ser um dos caminhos em que os “não representados” – por não constituir a maioria- disponível a utilização. A concepção de justiça tornou-se, portanto, uma marca registral no campo teórico da democracia.

O judiciário, nesse cenário – pós 1988 -, teve um processo de ampliação de suas funções. Agora, não mais como um órgão para além do sistema democrático, ele enfrenta problemas que lhe atribui o caráter de instituição política, dotada de funções, que outrora eram exclusivas das instituições políticas clássicas.

É no interior dessas funções, que se observa a de legislador implícito – ou co-legislador -. Isto é, o Judiciário, não apenas aplica ao caso concreto o disposto na legislação, mas também, quando necessário – e quase sempre -, reinventa, reinterpreta, redefine o disposto no enunciado legal. Ele funciona como um finalizador da norma, que antes, é uma lei inacabada.

Essa função se justifica, pela crescente produção oriunda do Poder Legislativo. Ocorre que esse Legislativo, longe de apresentar leis com contemplação exaustiva, tem demonstrado um produto inacabado por uma série de motivos, desde a presença de conceitos jurídicos indeterminados – que possibilita uma aplicação maior em casos concretos – até a configuração de diplomas não condizentes ao disposto no sistema jurídico como um todo.

No âmbito da legislação criminal, de forma ainda mais polemizada, há uma série de princípios – que inclusive, dentro deles, há um que veda a presença de conceitos jurídico indeterminados, taxatividade – que devem ser observados pelo legislador na formulação das leis, principalmente, porque nem sempre o defendido pela população se compatibiliza ao sistema jurídico criminal.

A constante insegurança que já é remota no âmbito social, faz com que a população pressione o Congresso Nacional e o próprio Executivo a implantar políticas com o escopo de reduzir a criminalidade, mesmo que para alcançar tal intenção, a mitigação a direitos e a afronta à Constituição sejam necessários.

Se do ponto de vista da abordagem clássica da democracia, a vontade da maioria é o que deve ser observado, hodiernamente, há necessidade de reformulação do conceito de democracia, de forma a aprofundá-lo, utilizando como premissa a ampliação da concepção de representação.

A representação exercida pelo Judiciário deve diferenciá-lo das demais instituições políticas, principalmente, porque ele detém uma forma de ingresso que não prioriza as eleições pela população – no caso, no primeiro grau -. O papel do Judiciário, nesse novo cenário, portanto, direciona-se a corrigir as imperfeições apresentadas pelo Legislativo, mesmo que para isso, ele contrarie majoritariamente. Porque nesse instante, a consolidação de democracia, representação e justiça se tornam realmente alianças inseparáveis capazes de proteger não somente a maioria, mas, acima disso, as minorias, os excluídos, os marginalizados. O problema é quando o Judiciário não exerce esse papel.

REFERÊNCIAS

ALMEIDA, Frederico de. As elites da justiça: instituições, profissões e poder na política da justiça brasileira. **Revista de Sociologia e Política**, v. 22, n 52, p. 77-95, dezembro.2014.

ARANTES, Rogério Bastos. “Judiciário: entre a Justiça e a Política”. In: AVELAR, Lúcia, CINTRA, Antônio Octávio, **Sistema Político Brasileiro: Uma introdução**. Rio de Janeiro: Konrad Adenauer; São Paulo: Ed. Unesp, 3ª Edição, 2015 (pp. 29-68).

BAUMAN, Zygmunt. **Globalização: as consequências humanas**. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editor, 1999.

BOURDIEU, Pierre. “Espíritos de Estado. Gênese e estrutura do campo burocrático”, In BOURDIEU, Pierre. **Razões Práticas. Sobre a teoria da ação**, Campinas: Papyrus, 2011 (1994), p. 91-135

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

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

KARAM, Maria Lúcia. **Recuperar o desejo da liberdade e conter o poder punitivo**. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2009.

POGREBINSCHI, Thamy. **Judicialização ou representação?** Política, direito e democracia no Brasil. Rio de Janeiro (RJ): Elsevier, 2011

SADEK, Maria Teresa. “Judiciário: Mudanças e Reformas”. **Estudos Avançados**, vol. 18, nº.51, pp.79-101, 2004.

VIANNA, Luis Jorge Werneck; CARVALHO, Maria Alice Rezende de; MELO, Manuel Palacios Cunha e BURGOS, Marcelo Baumann. **A judicialização da política e das relações sociais no Brasil**. Rio de Janeiro: Revan, 1999

WOOD, Ellen Meiksins. **Democracia contra capitalismo. A renovação do materialismo histórico**. São Paulo: Boitempo Editorial, 2011.