

**XXVII CONGRESSO NACIONAL DO
CONPEDI PORTO ALEGRE – RS**

**DIREITO PENAL, PROCESSO PENAL E
CONSTITUIÇÃO I**

SÉRGIO AUGUSTIN

SÉRGIO HENRIQUES ZANDONA FREITAS

Todos os direitos reservados e protegidos. Nenhuma parte destes anais poderá ser reproduzida ou transmitida sejam quais forem os meios empregados sem prévia autorização dos editores.

Diretoria – CONPEDI

Presidente - Prof. Dr. Orides Mezzaroba - UFSC – Santa Catarina

Vice-presidente Centro-Oeste - Prof. Dr. José Querino Tavares Neto - UFG – Goiás

Vice-presidente Sudeste - Prof. Dr. César Augusto de Castro Fiuza - UFMG/PUCMG – Minas Gerais

Vice-presidente Nordeste - Prof. Dr. Lucas Gonçalves da Silva - UFS – Sergipe

Vice-presidente Norte - Prof. Dr. Jean Carlos Dias - Cesupa – Pará

Vice-presidente Sul - Prof. Dr. Leonel Severo Rocha - Unisinos – Rio Grande do Sul

Secretário Executivo - Profa. Dra. Samyra Haydêe Dal Farra Napolini - Unimar/Uninove – São Paulo

Representante Discente – FEPODI

Yuri Nathan da Costa Lannes - Mackenzie – São Paulo

Conselho Fiscal:

Prof. Dr. João Marcelo de Lima Assafim - UCAM – Rio de Janeiro

Prof. Dr. Aires José Rover - UFSC – Santa Catarina

Prof. Dr. Edinilson Donisete Machado - UNIVEM/UENP – São Paulo

Prof. Dr. Marcus Firmino Santiago da Silva - UDF – Distrito Federal (suplente)

Prof. Dr. Ilton Garcia da Costa - UENP – São Paulo (suplente)

Secretarias:

Relações Institucionais

Prof. Dr. Horácio Wanderlei Rodrigues - IMED – Santa Catarina

Prof. Dr. Valter Moura do Carmo - UNIMAR – Ceará

Prof. Dr. José Barroso Filho - UPIS/ENAJUM – Distrito Federal

Relações Internacionais para o Continente Americano

Prof. Dr. Fernando Antônio de Carvalho Dantas - UFG – Goiás

Prof. Dr. Heron José de Santana Gordilho - UFBA – Bahia

Prof. Dr. Paulo Roberto Barbosa Ramos - UFMA – Maranhão

Relações Internacionais para os demais Continentes

Profa. Dra. Viviane Coêlho de Séllos Knoerr - Unicuritiba – Paraná

Prof. Dr. Rubens Beçak - USP – São Paulo

Profa. Dra. Maria Aurea Baroni Cecato - Unipê/UFPB – Paraíba

Eventos:

Prof. Dr. Jerônimo Siqueira Tybusch (UFSM – Rio Grande do Sul)

Prof. Dr. José Filomeno de Moraes Filho (Unifor – Ceará)

Prof. Dr. Antônio Carlos Diniz Murta (Fumec – Minas Gerais)

Comunicação:

Prof. Dr. Matheus Felipe de Castro (UNOESC – Santa Catarina)

Prof. Dr. Liton Lanes Pilau Sobrinho (UPF/Univali – Rio Grande do Sul)

Dr. Caio Augusto Souza Lara (ESDHC – Minas Gerais)

Membro Nato – Presidência anterior Prof. Dr. Raymundo Juliano Feitosa - UNICAP – Pernambuco

D597

Direito penal, processo penal e constituição I [Recurso eletrônico on-line] organização CONPEDI/ UNISINOS

Coordenadores: Sérgio Augustin; Sérgio Henriques Zandona Freitas. – Florianópolis: CONPEDI, 2018.

Inclui bibliografia

ISBN: 978-85-5505-715-1

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

Tema: Tecnologia, Comunicação e Inovação no Direito

1. Direito – Estudo e ensino (Pós-graduação) – Encontros Nacionais. 2. Assistência. 3. Isonomia. XXVII Encontro Nacional do CONPEDI (27 : 2018 : Porto Alegre, Brasil).

CDU: 34



XXVII CONGRESSO NACIONAL DO CONPEDI PORTO ALEGRE – RS

DIREITO PENAL, PROCESSO PENAL E CONSTITUIÇÃO I

Apresentação

É com muita satisfação que apresentamos o Grupo de Trabalho (GT) denominado “DIREITO PENAL, PROCESSO PENAL E CONSTITUIÇÃO I” do XXVII Congresso Nacional do CONPEDI Porto Alegre/RS promovido pelo CONPEDI em parceria com a Universidade do Vale do Rio dos Sinos (UNISINOS), com enfoque na temática “Tecnologia, Comunicação e Inovação no Direito”, o evento foi realizado entre os dias 14 e 16 de novembro de 2018 no Campus de Porto Alegre, Av. Dr. Nilo Peçanha, 1600 / Bairro Boa Vista - Porto Alegre/RS.

Trata-se de publicação que reúne artigos de temas diversos atinentes ao Direito Penal, Criminologia e o Processo Penal apresentados e discutidos pelos autores e coordenadores no âmbito do Grupo de Trabalho e Linha de pesquisa. Compõe-se de artigos doutrinários, advindos de projetos de pesquisa e estudos distintos de vários programas de pós-graduação do país, que colocam em evidência para debate da comunidade científica assuntos jurídicos relevantes.

Assim, a coletânea reúne gama de artigos que apontam questões relativas aos (des)caminhos do processo penal: o silêncio dos intelectuais; estado de exceção: legitimidade estatal em crise no cenário da criminalidade; o espetáculo midiático do processo penal: análise acerca da colisão entre o direito à informação e o direito a um justo julgamento; paradigmas e legados da operação lava jato para enfrentamento da cultura da corrupção, criminalização da política e crise de representatividade democrática; a importância do ofendido na relação processual penal; a proteção do patrimônio genético humano: por uma política criminal prospectiva; as relações entre compliance e a possível responsabilização da pessoa jurídica; cooperação jurídica internacional em matéria penal: noções fundamentais e paradigmas atuais frente a novas perspectivas globais; crime de terrorismo e crime político: definições, aproximações e distinções; expectativas e jurisdição: dinâmica de poder e a atuação do julgador no processo penal; o crime continuado e a possibilidade de uma interpretação fraterna; a aplicabilidade da justiça restaurativa nos casos de perturbação ao sossego e tranquilidade; a audiência de custódia e sua (in)capacidade de alteração do cenário prisional brasileiro; comissão técnica de classificação; o exercício de greve pelos militares: proibição, sanções penais e anistia; a execução provisória da pena e a presunção de inocência: notas sobre uma contenção democrática do poder punitivo; o sigilo das comunicações e o uso das interceptações telefônicas como meio de prova no processo penal: em busca da proteção da privacidade; e a

cadeia de custódia e a prova pericial: conectando aspectos inovadores ao direito processual penal.

Em linhas gerais, os textos reunidos traduzem discursos interdisciplinares maduros e profícuos. Percebe-se uma preocupação salutar dos autores em combinar o exame dos principais contornos teóricos dos institutos, aliando a visão atual da jurisprudência com a prática jurídica dos estudiosos do Direito. A publicação apresentada ao público possibilita acurada reflexão sobre tópicos avançados e desafiadores do Direito Contemporâneo. Os textos são ainda enriquecidos com investigações legais e doutrinárias da experiência jurídica estrangeira a possibilitar um intercâmbio essencial à busca de soluções para as imperfeições do sistema jurídico penal e processual penal brasileiro.

O fomento das discussões a partir da apresentação de cada um dos trabalhos ora editados, permite o contínuo debruçar dos pesquisadores do Direito visando ainda o incentivo aos demais membros da comunidade acadêmica a submissão de trabalhos aos vindouros encontros e congressos do CONPEDI.

Sem dúvida, esta publicação fornece instrumentos para que pesquisadores e aplicadores do Direito compreendam as múltiplas dimensões que o mundo contemporâneo assume na busca da conjugação da promoção dos interesses individuais e coletivos para a consolidação de uma sociedade dinâmica e multifacetada.

Na oportunidade, os Organizadores prestam sua homenagem e agradecimento a todos que contribuíram para esta louvável iniciativa do Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-Graduação em Direito (CONPEDI), em especial, a todos os autores que participaram da presente coletânea de publicação, em especial, pelo comprometimento e seriedade demonstrados nas pesquisas realizadas e na elaboração dos textos de excelência.

Convida-se a uma leitura prazerosa dos artigos apresentados de forma dinâmica e comprometida com a formação de pensamento crítico, a possibilitar a construção de um Direito voltado à concretização de preceitos insculpidos pela Constituição da República.

Porto Alegre, novembro de 2018.

Professor Dr. Sérgio Augustin

Universidade de Caxias do Sul

Professor Dr. Sérgio Henriques Zandoná Freitas

Universidade FUMEC e Instituto Mineiro de Direito Processual

Nota Técnica: Os artigos que não constam nestes Anais foram selecionados para publicação na Plataforma Index Law Journals, conforme previsto no artigo 8.1 do edital do evento.
Equipe Editorial Index Law Journal - publicacao@conpedi.org.br.

EXPECTATIVAS E JURISDIÇÃO: DINÂMICA DE PODER E A ATUAÇÃO DO JULGADOR NO PROCESSO PENAL

EXPECTATIONS AND JURISDICTION: POWER DYNAMICS AND JUDGES ACTIONS IN CRIMINAL LAW PROCEDURES

Daniel Kessler de Oliveira ¹

Resumo

Em uma cultura afeita à centralidade do julgador, o exercício do poder jurisdicional depende muito da atuação daquele investido na função de julgar o caso penal. A histórica definição da jurisdição enquanto poder estatal se manifesta de diversas formas em variados modelos políticos. Daí porque o modelo de determinado estado se revela na concepção e estruturação de seu processo penal. As expectativas internas e externas influenciam a atuação do julgador e é preciso tentar compreender de onde surgiram para que possamos mensurar para onde podem ir.

Palavras-chave: Processo penal, Atuação do julgador, Poder jurisdicional, Expectativas, Poder punitivo

Abstract/Resumen/Résumé

In a culture that uses to centralize the power of decisions on the judge actions, the exercise of the jurisdictional power is associated exactly to this judges actions inside specific criminal case. The historic definition of jurisdiction in State power goes by many ways in a miscellaneous of political models. Therefore, the model of this or that specific State reveals itself in the conception and structure of its legal procedures. The internal and external expectations impact the judges performances and it is mandatory that we understand from where this expectations came from for we could measure where it could leads.

Keywords/Palabras-claves/Mots-clés: Criminal procedures, Judges actions, Jurisdiction power, Expectations, State punitive power

¹ Doutorando e Mestre em Ciências Criminais - PUCRS. Professor de Direito Penal e Processual Penal - Universidade Feevale. Advogado

1. Introdução:

O presente estudo é trecho de uma tese de doutoramento, em andamento, em Ciências Criminais, na qual objetiva-se o estudo das *expectativas em torno da atuação do julgador criminal*. Tal pesquisa se justifica a partir da noção de que as expectativas conduzem a uma ideia de *preenchimento*, pois como define Rui Cunha Martins: “não há regime de expectativas que possa dispensar o momento do preenchimento: toda a expressão de expectativa convoca o estado de coisas que a preencherá” (MARTINS, 2013. P: 37).

Assim, essas expectativas depositadas na figura do julgador (externas) e por ele próprio incorporadas (internas) influenciam sobremaneira a atuação deste e, por conseguinte, a estruturação do processo penal.

Para que possamos compreender o fenômeno hoje vivenciado na aposta por um protagonismo judicial e a amplitude permissiva para o ativismo judicial é importante avaliar a formação daquilo que temos como *tradição jurídica* ou *cultura jurídica*, uma vez que esses aspectos históricos explicam muito do que vivenciamos no presente.

Ao longo de nossa história o exercício do poder jurisdicional sempre se mostrou muito importante e capaz de produzir graves efeitos na relação estado-indivíduo, o que torna a análise da jurisdição uma tarefa indispensável quando se pretende falar em direitos fundamentais.

Sendo o processo penal o palco onde melhor se consegue enxergar o conflito existente entre o Poder do Estado e os Direitos do Indivíduo, não há instrumento de estudo mais adequado para que se possa avaliar a atuação do julgador e se questionar o que, de fato, se deve esperar dele, além de todos os problemas inerentes à essas expectativas.

Diante disso, o presente artigo busca uma análise acerca da jurisdição a partir de conceitos tradicionais que marcam a nossa cultura jurídica e o seu dimensionamento enquanto manifestação de poder do Estado.

Contextualizando o fenômeno enquanto manifestação de poder se analisará a figura do julgador dentro desse contexto e como sua atuação se influencia por questões políticas e sociais, além da necessidade de uma definição de seu papel para que possamos decidir pelo modelo processual penal pretendido.

Essa atuação do julgador será influenciada significativamente por uma visão do Estado como sujeito passivo de todo e qualquer crime e detentor do Direito punitivo. Tudo isso aliado à uma crença na centralidade do julgador, torna o processo penal um caminho pouco afeito à espaços de garantias e discussões, ignorando a sua própria razão de ser.

2. Jurisdição, Tradição e Poder:

Tendo como objetivo avaliar a jurisdição na relação Estado – indivíduo, problematizando as influências e variações na atuação do julgador nos processos criminais, a partir das expectativas criadas em torno de sua figura, chegando a um cenário de redução de riscos para a estrutura constitucional do processo penal, é importante estruturar logicamente e com claros critérios metodológicos, o estudo.

A perspectiva metodológica empregada está assentada na importância da análise e problematização do papel jurisdicional do Estado, avaliando as expectativas por detrás da atuação do julgador criminal, devendo, para isto, buscar a avaliação de toda relação Estado – Indivíduo a partir da prestação jurisdicional em matéria penal.

A pesquisa científica será realizada através de investigação bibliográfica qualitativa, em obras de autores nacionais e internacionais.

A análise das obras a serem consultadas dar-se-á de forma crítica e exegética. Como método de abordagem, será utilizado o método dedutivo, a fim de que se fundamentem as constatações a partir do problema proposto.

A pesquisa será baseada em material essencialmente bibliográfico e documental, pois a análise do sistema jurídico atual, bem como de sua historicidade é fundamental para a análise dos pontos que ensejam a presente pesquisa.

Mesmo sem pretensões de ser um trabalho histórico, não podemos olvidar da relevância de se tentar compreender as origens de determinados conceitos e de determinadas práticas.

Avaliar os elementos que formaram nosso modelo jurídico é vital para que possamos compreender sua razão de ser e, com isso, fazer seguras projeções. Como destaca Pierangeli: “no campo do direito, o estudo histórico das codificações e leis coloca o jurista e o estudioso

em condições de alçar voos mais seguros, possibilitando maior certeza quanto às suas conclusões.” (PIERANEGELLI, 1983. P: 10).

Historicamente, o exercício jurisdicional sempre se apresentou fundamental para o contexto político e social de determinada Civilização, Povo ou Estado.

A busca pelo *poder jurisdicional* motivou conflitos entre Imperadores e Papas, uma vez que era a forma de exercer o controle, a relação do Direito com a Fé, limitava o poder dos imperadores e os deixavam, em certa medida, subordinados às decisões papais.¹ (BERMAN, 2006. P: 124)

O conflito entre os poderes eclesiásticos e seculares tinham, dentre os seus motivos propulsores, a luta pelo poder jurisdicional, quem efetivaria de fato o poder de *dizer o direito*, o Rei ou o Papa? (BERMANN, 2006. P: 119).²

Portanto, o atuar jurisdicional sempre foi um ato de poder, cabendo a análise acerca da finalidade desse poder e dos efeitos dessa atuação.

Havia uma sacralização por detrás do ato de julgar, havia uma expectativa de uma solução justa e correta, que exigia algo a mais de quem estaria incumbido deste julgamento. Algo favorecia o poder da igreja neste sentido, pois como define Berman: “A crença de que Deus é um juiz rígido e de que Cristo retornará como um juiz desempenhou importante papel no desenvolvimento dos valores jurídicos da Igreja oriental, assim como da Igreja Ocidental.”(BERMAN, 2006. P: 214)

Se percebe, assim, que a nossa tradição jurídica é marcada num ideal sacralizado por parte de quem tem o poder de julgar, daí a exaltação de tais figuras e a dificuldade de se questionar determinados atos e procedimentos.

Seja o Papa, seja o Imperador, seja o Rei, todos que detinham este poder se valiam da crença na sua capacidade de dizer e decidir o que seria justo e injusto, certo ou errado, restando pouca ou nenhuma capacidade de questionar tais atos.

¹ Em 1075, o papa escreveu um documento – *Dictatus Papae* (as Bulas Papais) consistindo em 27 proposições, dentre as quais pode-se destacar:1) a Igreja Romana é fundada somente pelo Senhor; 2 – Somente o bispo de Roma é, por direito, Universal; 3 – Somente ele pode depor e reintegrar bispos a seus cargos; 4 – Seu legado, mesmo sendo inferior em grau, tinha procedência, em um concílio, em relação a todos os bispos e podia aplicar uma sentença de disposição contra eles; 7 – Somete a ele era dado elaborar novas leis de acordo com as necessidades dos tempos; 9 – Somente o Papa era aquele cujos pés deveriam ser beijados por todos os príncipes; 10 – Somente seu nome deveria ser recitado nas Igrejas; 11 – Ele tinha o poder de depor imperadores; 17 – Nenhum livro ou capítulo deceria ser considerado canônico sem sua ordem; 18 – nenhum de seus julgamentos poderia ser revisto por quem quer que fosse, e somente ele poderia rever o julgamento de todos;

² Havia a doutrina oficial das “duas espadas”: o clero administrava os mistérios sagrados, mas os imperadores faziam as leis, inclusive as eclesiásticas. Entre os francos, os reis e imperadores, geralmente dependiam do apoio dos papas e reconheciam sua superioridade e a dos bispos em questão de fé.

Havia uma “guerra” de poder, de disputa por quem exerceria o poder jurisdicional, mas o exercício jurisdicional no que tange ao seu papel social e as expectativas depositadas neste poder, eram semelhantes (seja por Papas ou Imperadores), pois centravam-se em um ideal de verdade absoluta e inquestionável, colocando como *hereses, inimigos, traidores* todos que buscassem se valer de qualquer meio que pudesse questionar tais atos.

Os limites do presente estudo não permitem uma reflexão profunda acerca das influências desses aspectos para o que temos no direito brasileiro.

Entretanto, a nossa origem judicial também é marcada por episódios de absolutismo judicial.

Apenas à título de exemplo, com a permissão do salto histórico, temos em D. Pedro I, um exemplo de um protagonismo judicial, que lhe rendeu o apelido de *justiceiro*.³ Ou, como definiu Thompson: “punir delinquentes foi sua paixão: rápido no julgar, mostrava-se fulminante no executar. Pouco atendia ao estabelecido nas leis, seguindo uma justiça guiada pelo seu sentimento, pragmática e intolerante. Daí a razão de seu apelido e por isso a sua adoração pelo povo.” (THOMPSON, 1976. P: 66).

Entretanto, o mundo passou a questionar práticas abusivas e a impor limites ao exercício do poder estatal, tendo como expoente doutrinário Cesare Beccaria. A situação de violência, opressão e iniquidade a que chegara a Justiça Penal na idade média e nos séculos seguintes e que fizera, por fim, a consciência comum da época ansiar por um regime de ordem e segurança que pusesse termo ao incerto, cruel e arbitrário daquele Direito punitivo. (BRUNO, 2013. P: 50).

Como define Heleno Fragoso: “Beccaria parte da ideia do contrato social, afirmando que o fim da pena é apenas evitar que criminoso cause novos males e que os demais cidadãos o imitem, sendo tirânica toda a punição que não se funde na absoluta necessidade.” (FRAGOSO, 2003. P: 49)

Obviamente, que mesmo diante de todas as evoluções propostas por Beccaria não se pode olvidar do contexto histórico em que se deu e da forte influência absolutista nas ideias

³Afirma-se que este monarca corria todo o território, disposto a ouvir os reclamos do povo, queixas essas que eram efetivamente apuradas. Se verdadeiras, os castigos eram pronta e seguramente aplicados, tanto para o fidalgo, como para o peão, na mesma proporção. Daí o amor que lhe era devotado pelo povo, pois com sua forma de justiça, ditada mais pelo sentimento pessoal, impedia que as classes privilegiadas tripudiassem sobre os mais fracos e pobres. Mas, exagerou na condução dos tormentos, para a obtenção de confissões e na aplicação de sanções cruelíssimas, quando o delito mais lhe despertava a ira. (PIERANGELLI, José Henrique. **Processo Penal: Evolução Histórica e Fontes Legislativas**. Bauru: Jalovi, 1983. P: 48)

da época, de modo que se percebe em trechos importantes da obra, a tendência à confiança demasiada no poder do soberano e na concepção deste como expressão da vontade de todos.

Sem perder o foco do que interessa à essa abordagem, vale destacar a preocupação de Beccaria na atuação dos juízes, quando refere que: “o espírito da lei seria, portanto, resultado de uma boa ou má lógica de um juiz, de uma fácil ou difícil digestão, dependeria da violência de suas paixões, da debilidade de quem sofre, das relações do juiz com o ofendido, e de todas aquelas mínimas forças que mudam as aparências de cada objeto no ânimo flutuante do homem.” (BECCARIA, 2005. P: 44) e na busca por limites claros à interpretação das leis:

Muito menos a autoridade de interpretar as leis penais pode assentar-se tão só nos juízes criminais, pela mesma razão de não serem legisladores. Os juízes não receberam as leis dos nossos ancestrais como uma tradição doméstica e um testamento que não deixasse aos sucessores senão o cuidado de obedecer, mas as recebem da vivente sociedade, ou do soberano representante desta, como legítimo depositário do atual resultado da vontade de todos”(BECCARIA, 2005, P:43)

Esse trecho manifesta de forma clara a preocupação com a amplitude de atuação do julgador, ao mesmo tempo que denota a crença na “vontade do soberando”.

Importante de se definir que não há sustentação de um estado absolutista quando o poder jurisdicional não está ou limitado ou a favor desse.

Inexistiria um poder absoluto se esse poder não tivesse a função de julgar, de punir, de decidir. Portanto, marca essencial de todo e qualquer modelo absolutista de Estado é o poder jurisdicional nas mãos do soberano, pois todo julgamento em uma cidade compete ao detentor das duas espadas, ou seja, a quem possui suprema autoridade.⁴

Portanto, é marca essencial de um Estado despótico o *absolutismo jurisdicional*, com poderes irrestritos nas mãos do soberano, único detentor do poder de julgar, como bem sintetiza Montesquieu: “nos Estados despóticos, o próprio príncipe podia julgar. (...) Nos Estados monárquicos, o príncipe é a parte que persegue os acusados e os faz serem punidos

⁴ Por ‘espada de guerra’ se entende o direito que os cidadãos outorgam a um homem ou a um conselho para determinar a união, reunião e armamento de cidadãos para a defesa comum contra um inimigo. E ‘espada da justiça’ seria o poder para julgar quem desobedecesse essa determinação. Hobbes entendia que esses dois poderes deveriam estar com a mesma pessoa ou conselho, assim como o poder de julgar. (in HOBBS, Thomas. **O Cidadão**. São Paulo: Editora Martin Claret, 2004. P: 93.

ou absolvidos: se ele mesmo julgasse, seria o juiz e a parte.” (MONTESQUIEU, 2010. P: 84).

A concepção política do Estado, por óbvio que vai influenciar na construção de um modelo de Poder Jurisdicional, pois, ao fim e ao cabo, ele se colocará como defensor dos direitos individuais contra o arbítrio estatal ou como defensor dos interesses de Estado. Ainda que em uma era democrática não é tarefa fácil efetivar a primeira situação, uma vez que coloca o Estado (juiz) a controlar o próprio Estado de suas próprias arbitrariedades.

3.Expectativas e Atuação do Julgador:

Tendo o poder jurisdicional essa grande relevância na estruturação de um modelo político de Estado, obviamente que a atuação de quem efetiva esse poder, no caso, o julgador, é de crucial importância.

Temos como marca de nossa cultura judicial, com as influências religiosas que marcaram a formação de nossa tradição jurídica, a centralidade da atuação jurisdicional.

Damaska enumera importantes características do direito continental, trabalhando com a grande influência da Igreja católica na construção de um sistema hierarquizado e burocrático de justiça, que estava centrado na atuação jurisdicional especializada para resolver temas jurídicos e desempenhar atividades de busca de provas. Como correspondia a um direito sacralizado, se esperava dos juízes da igreja que temperassem o rigor das regras com considerações ditadas por sua consciência. (DAMASKA, 2000. P: 55-57).

Define Webber que “o Estado é uma relação de dominação do homem sobre o homem fundada no instrumento da violência considerada legítima. Ele só pode existir na condição de que os homens dominados se submetam à autoridade continuamente reivindicada pelos dominadores.” (WEBBER, 2011.) Para justificar a dominação existem três fundamentos da legitimidade: (1) poder tradicional - autoridade do “passado eterno”; (2) poder carismático – profeta, chefe, soberano, demagogo, dirigente, etc.; (3) poder da legalidade – crença na validade do estatuto legal. (WEBBER, 2011.)

Todas essas situações serão trabalhadas, de alguma forma, ao longo da presente pesquisa, mas importa fixar a base pela qual se faz relevante a apreciação de como esses fundamentos são incorporados por magistrados para justificar suas atuações.

Ainda que Weber trabalhe com esses fundamentos para a legitimidade da atuação do Soberano, sendo a jurisdição um importantíssimo elemento nessa relação de Poder, obviamente que tais fundamentos podem (e devem) ser trazidos para uma reflexão do atuar jurisdicional de cada um dos representantes do Estado, no caso, os juízes.

A análise da tradição jurídica demonstra como tivemos nossa matriz cultural forjada na centralidade do magistrado e isso formou a base pela qual se criaram as expectativas em torno da atuação jurisdicional. De outro lado, o *poder carismático* criado a partir da suposta *defesa do interesse social* coloca o poder jurisdicional como instrumento de pacificação social e guia-se pelas normas criadas como legitimação dessas expectativas, o que demonstra os fundamentos webberianos aplicados perfeitamente ao que se busca avaliar em termos de jurisdição e poder do Estado.

A legalidade, por sua vez, que deveria figurar como um limite a atuações abusivas, por vezes serve como instrumento de legitimação de determinadas práticas, não raras vezes se valendo de instrumentos retóricos de interpretações indevidas dos textos legais.

Por óbvio que esse exercício de poder estatal, nunca é exposto de forma a manter interesses políticos estatais em detrimento de direitos individuais e, a partir daí, se criam aquilo que Warat, tão bem problematiza, ao fazer menção “a existência de mecanismos ilusórios que põem em funcionamento o sistema dominante das representações jurídicas sobre o Estado: encarnação do interesse geral, protetor desinteressado dos desejos coletivos e a personalidade moral da nação, forma racionalizada do exercício da coerção, que permite aos homens não obedecer aos homens senão aos valores sociais (expressos em normas jurídicas).” (WARAT, 1995. P: 59).

Em um contexto de clamor punitivista, onde a *justiça* é confundida *com condenações*, quanto mais alta e célere a pena maior o (pseudo) grau de justiça a ser atingido, o julgador que se coloca (intencionalmente ou não) a serviço dessas expectativas apresentará um grave risco para o processo.

Isso porque os argumentos sedutores de *defesa do coletivo*, salvaguarda do *interesse social*, combate à *criminalidade* e à *corrupção*, por vezes servem de discursos legitimadores de práticas arbitrárias e ilegais.

Historicamente os mais louváveis anseios serviram de justificativa para as mais graves atrocidades. O processo penal não é o instrumento de realização desse *combate* e o julgador não pode ser o *combatente*.

A gênese do processo penal está em possibilitar um espaço de defesa de direitos, um espaço de dúvida para que o processo sirva para a elucidação de um fato e devida aplicação da lei.

Como define Rubens Casara: “a função primordial do processo penal é limitar (racionalizar) o poder punitivo estatal e não potencializá-lo em nome do direito abstrato à segurança pública.” (CASARA, 2015. P: 142)

4. Jurisdição e Direito de Punir:

Consoante o exposto, inegável a relevância do poder jurisdicional bem como o papel exercido por parte do julgador para a definição de um modelo político de processo penal.

Daí outra necessidade que surge de qualquer estudo que busque problematizar tal situação diz respeito ao modelo de processo penal vigente, sua natureza e sua função em um modelo de Estado pautado por diretrizes democráticas que não mais compactue com atos absolutistas.

Temos uma matriz doutrinária que concebe a jurisdição como uma ferramenta para o exercício do direito punitivo do Estado, como podemos observar em Frederico Marques: “Surge assim o direito de punir, o qual nada mais traduz que o direito que tem o Estado de aplicar a pena cominada no preceito secundário da norma penal incriminadora, contra quem praticou a ação ou omissão descrita no preceito primário, causando um dano ou lesão jurídica, de maneira reprovável.”(MARQUES, 1955. P: 21).

A compreensão do *poder de punir* como um *direito de punir*, coloca o Estado como sujeito passivo de toda e qualquer infração penal que dá ensejo ao surgimento do Direito punitivo, colocar alguém no exercício dessa função e exigir que atue na defesa dos direitos fundamentais daquele tido como Acusado é exigir do próprio órgão estatal que dificulte o exercício de um “direito” estatal, o que não é tarefa nada simples.

Maria Clara Román Borges trabalhando com a perspectiva de Chiovenda que se valia do conceito da *coisa julgada* para diferenciar jurisdição dos demais poderes do Estado, refere que *os mesmos fundamentos utilizou para dizer que no processo penal, por excelência inquisitório, a jurisdição não teria como fim imediato a justa composição da lide, mas a punição do culpado.*(BORGES, 2010. P: 45).

O Estado possui o *jus puniendi* e tem soberania sobre seus súditos, daí o questionamento que surge é: por que supõe a imposição da pena um processo? A resposta correta é que o processo penal aparece como uma construção técnica artificial destinada a proteger os indivíduos contra um abuso do poder estatal.

Grande parte dos problemas resultantes na compreensão do Estado como detentor de um poder punitivo e das dificuldades de se conseguir laborar com elementares características do processo penal são frutos de uma importação indevida das categorias da processualística cível para o interior do processo penal.

À força de se admitir que se dispõe de um *direito de punir* e de que o processo penal é um contencioso entre partes opostas e hostis, encabeçando interesses ou pretensões contrárias, gerou-se o grande mal de ver o *homo iudicandus* como *um adversário*. Isto para não dizer um *inimigo*. (SOARES, 1981. P:36).

Portanto, uma superação da teoria geral do processo é medida que se impõe, ainda que tardiamente, para que possamos dialogar com as necessidades do processo penal. Jacinto Coutinho, assevera “a teoria geral do processo é um engodo e alerta que não custaria muito aos processualistas engajados no pensamento tradicional mudar de postura após um repensamento mais específico do problema processual penal, pois entende que a “evolução merece esse esforço.” (COUTINHO, 1989. P: 121).

O conceito de lide fora trazido para dentro do processo penal, onde se tentou aplicar os conceitos de *relação jurídica*, *pretensão* e *conflito de interesses*, desprezando que o processo penal lida com valores e conceitos distintos do processo civil e precisa ser concebido a partir de suas próprias categorias.

Como adverte Luso Soares: “a civilisticização do processo penal constitui uma das causas de angustiante desumanização deste último – apesar do contrabalanço que tende a apurar-se pela influência de um Direito Penal substantivo cada vez mais humanizado.” (SOARES, 1981. P: 35).

Operar a partir de uma lógica civilista desumaniza o processo, como nos advertiu o já maduro Carnelutti: *Temo que ninguém de conta que o mérito maior deste livro, se não até o seu único mérito, reside no fato de nele ter formulado a advertência de que a “res iudicanda é um homem, tal como o juiz.”* (CARNELUTTI, 1960. P: 08).

A advertência do autor italiano é fundamental para que se possa compreender que no processo penal não há uma *res* em disputa, tampouco um mero *conflito de interesses*, uma

relação jurídica e outras tantas compreensões civilistas que prestam um desfavor a uma adequada concepção do processo penal.

O direito civil existe fora do processo civil, ao contrário do direito penal que necessita do processo. Assim, somente a partir da sentença e, portanto, do processo penal existe juridicamente o delito, o que torna o processo um caminho necessário para a própria existência do crime e, a partir daí, para o exercício do poder punitivo.

E, por assim ser, resta clara a alusão a um sistema (conjunto), àquela do procedimento (preordenado) e à finalidade, por sinal, *faz-se o processo para que alguém que tendo o poder de decidir mas não conhecendo devidamente possa, em face dele (processo) decidir.* (COUTINHO, 2016. P: 288).

O processo é o instrumento necessário à realização de qualquer atividade. Enquanto regulado pelo direito é o instrumento de que se vale o juiz para a mais correta definição do Direito. (SERRA DOMINGUEZ, 2008, p: 237).

O juiz necessita de um processo para que possa tomar a sua decisão, daí, novamente, a crucial relevância de se avaliar a forma pela qual o julgador irá conceber e se portar diante do processo penal e, por conseguinte, o que devemos esperar dessa atuação.

A primeira coisa é cientificar os julgadores dessa necessidade do processo penal, pois como bem nos adverte Serra Dominguez: “Dios, se ha afirmado con acerto, para juzgar no tiene necesidad de proceso. Pero la limitación humana impone necesariamente que entre la afirmación de las partes y la resolución jurisdiccional se intercalen uma serie de actos, cuyo conjunto recibe el nombre de proceso.”(SERRA DOMINGUEZ, 2008. P: 230).

5. Protagonismo Judicial e Abuso de Poder. E agora? Quem poderá me Defender?

Consoante o já analisado acima, se deposita grande confiança social na atuação do Magistrado, o que o faz destinatário de grandes expectativas, lhe outorgando poderes que, por vezes, superam os limites legalmente estabelecidos em sua atuação.

Por falar em estabelecimento legal de limites, a atuação de um julgador oscilou nos momentos históricos, sendo o detentor do Direito ou apenas tendo a missão de *dizer o direito*. O juiz como *boca-da-lei* centrava-se na ideia de que ao julgador não era concedido espaço interpretação e “criação” de textos normativos.

Alertando sobre isso, a precisa lição de Franco Cordero, ao afirmar que “ninguém, com olhos abertos, crê ainda na identidade texto-norma, ilusoriamente atestada pelos iluministas devotos da ‘Lei’ e de sua correspondente mitologia, ou das fábulas espalhadas pela Escola da Exegese sobre a hermenêutica-ciência exata: de uma fórmula saem tantas normas quantas são as cabeças dissidentes.” (CORDERO, 1986. P: 17)

Esse parece ser o desafio e uma das razões que justificam a presente pesquisa. Em nome de uma suposta segurança jurídica se pretendeu dar aos juízes uma função de mero aplicador da norma, olvidando-se que não há aplicação sem interpretação.

Ademais, vale esclarecer que a mencionada segurança jurídica pela qual em tese deve velar o juiz jamais existiu e nela só fingem acreditar aqueles que pretendem esconder o aspecto político da jurisdição para de alguma maneira manter inquestionável a dominação engendrada por seu intermédio e dela tirar algum proveito pessoal. (BORGES, 2010. P: 79).

Nas palavras de Amilton Bueno de Carvalho, *“a justiça neutra, aquela que procura colocar o conflito e a conceituação do justo já preexistente e não a que é buscada em função do litígio, só serve para favorecer os fortes, os que são intelectualmente donos da definição pré-concebida do que é ou não justo, é a justiça dos dominadores que pretende colocar o mundo a seu serviço. Esconde, pois, a opção dos fortes.”* (CARVALHO, 1992. P: 27).

Devemos, nos atentar para o risco que já nos alertava Kelsen, para quem muitas vezes a fala acerca de uma lacuna do Direito, não seria em decorrência de uma decisão ser logicamente impossível pela falta de disposições aplicáveis e, sim, simplesmente, porque a decisão possível ao julgador ou tribunal não se mostra devidamente descrita em lei. Daí que, onde se pretende ver uma lacuna, há, tão somente, uma divergência entre o Direito positivo e aquele outro “Direito”, considerado melhor ou mais justo. (KELSEN, 2009. P: 32).

Não se trata de usar jargões grandiloquentes, como “voz das ruas” ou “clamor popular” para justificar medidas arbitrárias em desfavor, quase sempre, de determinados grupos de pessoas, mas partir da ideia de que, em uma democracia constitucional, o poder jurisdicional deve se dar em consonância com os valores insculpidos na Constituição, como sintetiza Lênio Luiz Streck: *“a resposta não é a única, nem a melhor, simplesmente trata-se da resposta adequada à Constituição”*(STRECK, 2014. P: 433).

Por isto, a precisa lição de Aury Lopes Jr., ao tratar a jurisdição como uma garantia e definir que ela abrange uma série de garantias, pois seria mais do que ter um juiz, seria ter um juiz natural, imparcial e comprometido em dar eficácia aos dispositivos Constitucionais. (LOPES JR, 2008. P: 109).

Importante a definição de Rubens Casara para quem: “Compreender que a relação entre ‘prisão’ e ‘liberdade’ revela uma manifestação de poder e que a contenção do poder é o núcleo da dimensão política do processo penal, auxilia na identificação dos elementos e discursos afetados pela tradição autoritária e, assim, permite que a atuação dos atores jurídicos volte-se à realização da democracia.”(CASARA, 2015. P: 17).

Um dos grandes problemas apontados por Amilton Bueno de Carvalho: “centra-se no fato de que é o juiz quem controla o próprio sistema de garantias que visa proteger o cidadão do arbítrio do próprio juiz.”(CARVALHO, 2011. P: 144).

Assim, o julgador precisa estar ciente de seu papel e à serviço de quem deve estar a sua atuação, pois como leciona Rui Cunha Martins: “o exercício jurisdicional, deverá observar regras que limitem a sua atuação e para isto temos o processo. Que é ou deve ser a expressão daquilo que o Estado de Direito é; assim sendo, ele deve-lhe correspondência. Com isto: o que acontece com o Estado de Direito afeta sem remissão o processo.”(MARTINS, 2013. P: 02)

Não haverá processo penal e, portanto, ruirá toda estruturação de um Estado de Direito quando o julgador incorpora pseudo-expectativas sociais e passa a atuar como um realizador da justiça, justiça essa que sempre está associada à punições severas.

A efetividade de um sistema judicial não se mede pelo número de condenações que ele produz, tampouco pela extensão das penas por ele aplicadas, mas pelo nível de acerto de suas decisões, pelo grau de qualidade das fundamentações e pela racionalidade dos argumentos que justificaram as decisões, sejam elas absolutórias ou condenatórias.

Potencializar a atuação estatal, depositando no magistrado expectativas imediatistas de célere aplicação da pena é tornar o processo um instrumento em favor daquilo que, justamente, ele visa evitar: o despotismo estatal.

Os julgamentos devem guiar-se por fundamentos racionais e pelos elementos produzidos no interior de processos judiciais pautados pela legalidade, deixar de compreender tais atos é tornar o processo penal sem razão de existir e isso afeta toda uma estruturação democrática de Estado.

Especialmente em matéria constitucional (e também penal pelos direitos fundamentais colocados em análise) os riscos para a democracia são evidentes, já que os julgamentos não devem recair em manifestações de “vontade de potência” sob pena de atribuir ao Judiciário poderes de um novo soberano que decide para além da Constituição, pois isso viola os próprios ideais do constitucionalismo moderno, fundado na ideia de racionalização, limitação e equilíbrio no exercício de poder. (MARRAFON, 2016. P: 26).

Não se está a buscar retroceder a um modelo de juiz como mero reproduzidor do texto legal, mas, apenas, limitar os espaços de discricionariedade, pois como leciona Bettiol: “Um sistema liberal limita os problemas e o campo da discricionariedade judicial, enquanto um sistema arbitrário é levado a ampliá-lo.” (BETTIOL, 1974. P: 186).

6. Considerações Finais:

A presente pesquisa, em andamento, busca a problematização de tais questões trazendo a análise para o cerne dos discursos jurídico-penais presentes em recentes decisões do Supremo Tribunal Federal para a demonstração de que esses elementos seguem influenciando as decisões judiciais e como se percebe decisões guiadas por (ditas) expectativas sociais que acabam por coroar toda essa compreensão do processo penal como uma ferramenta de segurança pública.

O julgador que se aloca nessa situação e que age impelido por essa expectativa compreenderá o processo penal às avessas de sua função de limitador do poder punitivo e de garantidor dos direitos fundamentais.

Ao juiz é dado o poder de interpretar a lei e aplicá-la ao caso concreto, mas o julgador em uma ordem Constitucional-Democrática tem este seu “poder” limitado pelas disposições Constitucionais e, por essa limitação que o processo deve lutar, haja vista que como já escreveu ZAFFARONI: “a mais elementar experiência institucional demonstra que sempre que há poder sem controle opera-se o abuso de poder.” (ZAFFARONI, 1995. P: 81).

Defender o processo penal não se confunde com uma defesa da impunidade, não há outro caminho para se impor uma pena que não seja o respeito ao *devido processo penal*, esse é “custo” a ser suportado em uma democracia, onde não há espaço para lógicas utilitaristas e efficientismos punitivistas.

O espetáculo penal vende, causa alvoroço social, mas isso não pode contaminar aqueles que tem o dever de decidir em casos concretos. Como leciona Rubens Casara: “no processo penal do espetáculo, os fins justificam os meios, não causa surpresa, portanto, os ataques de parcela da magistratura ao princípio da presunção de inocência, apontado como uma das causas da impunidade”. (CASARA, 2015. P: 13).

Expectativas imediatistas, utilitarismo, protagonismo judicial são elementos que conduzem, quase que na totalidade das vezes, à práticas que restrinjam ou violem direitos fundamentais.

Muitos são os operadores judiciais a culpar o processo penal pela violência que assola as grandes cidades brasileiras e a responsabilizar os direitos e garantias tão arduamente conquistados e incorporados ao texto constitucional como responsáveis pelos índices de criminalidade.

Tornar o julgador um combatente do crime e o processo penal um instrumento ao seu dispor é sepultar nosso Estado Democrático de Direito, necessitamos de julgadores cientes do papel que desempenham e daquilo que o modelo constitucional democrático deles espera.

Como afirma Jacinto Coutinho, na realidade periférica brasileira, as chamadas *conquistas da humanidade* não são captadas pela visão (jurídica) monocular adestrada pela sempre presente postura autoritária. “*É o discurso da ribalta; e sequer se ruborizam*”. (COUTINHO, 1996. P: 69) ao tentar colocar a culpa do alto índice de criminalidade violenta nas garantias constitucionais, olvidando do descaso social e penitenciário que fomenta a violência e reproduz criminalidade.

REFEÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS:

BECCARIA, Cesare. **Dos Delitos e Das Penas**. Trad. Alexis Augusto Couto de Brito. São Paulo: Quartier Latin, 2005.

BETTIOL, Giuseppe. **Instituições de Direito e de Processo Penal**. Trad. Manuel da Costa de Andrade. Coimbra: Coimbra Editora. 1974.

BERMAN, Harold J. **Direito e Revolução: A Formação da Tradição Jurídica Ocidental**. Tradução: Eduardo Takemi Kitaoka. São Leopoldo: Editora Unisinos, 2006.

BORGES, Clara Maria Roman. **Jurisdição Penal e Normalização**. Vol. 5. Florianópolis: Conceito Editorial, 2010.

BRUNO, Aníbal. **Direito Penal, parte geral, tomo I**. Rio de Janeiro. Forense, 2003.

CARNELUTTI, Francesco. **Principi del Processo Penale**. Napoles: De Morano Editore, 1960.

CARVALHO, Amilton Bueno de. **Magistratura e direito alternativo**. São Paulo: Acadêmica, 1992.

CARVALHO, Amilton Bueno de. **Eles, os juízes criminais, vistos por nós, os juízes criminais**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

CASARA, Rubens R. R. **Processo Penal do Espetáculo: Ensaio sobre o poder penal, a dogmática e o autoritarismo na sociedade brasileira**. 1ª ed. Florianópolis: Empório do Direito, 2015.

CASARA, Rubens R.R. **Mitologia Processual Penal**. São Paulo: Saraiva, 2015.

CORDERO, **Guida alla Procedura Penale**. Torino: Utet, 1986.

COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. *A lide e o conteúdo do processo penal*. Curitiba: Juruá, 1989..

COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. **A Linguagem nos Tribunais (a linguagem dos juízes e advogados)**. *In* *Hermenêutica, constituição e decisão judicial: estudos em homenagem a professor Lênio Streck*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2016.

DAMASKA, Mirjan R. **Las Caras de La Justicia y el Poder del Estado**. Análisis comparado del proceso legal. Trad. Andrea Morales Vidal. Santiago: Editorial Jurídica de Chile, 2000.

COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. **Jurisdição, psicanálise e o mundo neoliberal**. In: MARQUES NETO, Agostinho Ramalho (Org.). *Direito e neoliberalismo: elementos para uma leitura interdisciplinar*. Curitiba: EDIBEJ, 1996. p. 69.

FRAGOSO, Heleno Cláudio. **Lições de Direito Penal**. Rio de Janeiro, Forense, 2003.

HOBBS, Thomas. **O Cidadão**. São Paulo: Editora Martin Claret, 2004.

KELSEN, Hans. **Teoria Pura do Direito**. Trad. João Batista Machado. São Paulo: Martins Fontes, 2009.

LOPES JR., Aury. **Direito processual penal e sua conformidade constitucional**. Volume 1. 3ª Edição. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2008.

MARQUES, José Frederico. **O Júri no Direito Brasileiro**. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 1955.

MARRAFON, Marco Aurélio. **Constituição e Poder**, Vol. 1: decisão constitucional, filosofia da linguagem e direito. 1ª ed. Florianópolis: Empório do Direito, 2016

MARTINS, Rui Cunha. **A Hora dos Cadáveres Adiados: Corrupção, Expectativa e Processo**. São Paulo: Atlas, 2013.

MONTESQUIEU, Charles de Secondat, Baron de. **Do Espírito das Leis**; trad. Roberto Leal Ferreira. São Paulo: Martin Claret, 2010.

PIERANGELLI, José Henrique. **Processo Penal: Evolução Histórica e Fontes Legislativas**. Bauru: Jalovi, 1983.

SERRA DOMÍNGUEZ, Manuel. **Jurisdicción, acción y proceso**. Atelier: Barcelona, 2008.

SOARES, Fernando Luso. **O Processo Penal como Jurisdição Voluntária**: uma introdução crítica ao estudo do processo penal. Livraria Almedina: Coimbra, 1981.

STRECK, Lênio Luiz. **Hermenêutica Jurídica e(m) Crise: Uma Exploração Hermenêutica da Construção do Direito**. 11ª ed. rev. atual. E ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, Editora, 2014.

THOMPSON, Augusto F. G. **Escorço Histórico do Direito Criminal Luso-Brasileiro**. Ed. Revista dos Tribunais, 1976.

WARAT, Luis Alberto. **Introdução Geral ao Direito II. A Epistemologia Jurídica da Modernidade**. Sergio Fabris Editor. Porto Alegre, 1995.

WEBER, Max. *Ciência e Política: Duas Vocações*. 18. Ed. São Paulo: Cultrix, 2011.

ZAFFARONI, Eugênio Raul. **Poder Judiciário: Crises, acertos e desacertos**. Trad: Juarez Tavares. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995.