

**O DISCURSO POLÍTICO DO
GARANTISMO PENAL REVESTIDO DE
NORMATIVIDADE JURÍDICA PELOS
TRIBUNAIS COM O USO DAS TESES
SUBSTANCIALISTAS DE
INTERPRETAÇÃO E OS PARADOXOS
CRIADOS COM O DESLOCAMENTO DO
PODER DE JULGAR A ADEQUAÇÃO DA
PRISÃO PREVENTIVA A PARTIR DE UM
SUPOSTO INFLUXO CONSTITUCIONAL
PARA O SISTEMA ACUSATÓRIO PURO**

*THE POLITICAL SPEECH OF THE CRIMINAL GUARANTEE MOVEMENT COVERED BY
LEGAL NORMATIVITY BY THE COURTS WITH THE USE OF SUBSTANTIALIST
INTERPRETATION THESES AND THE PARADOXES CREATED WITH THE
DISPLACEMENT OF THE POWER TO JUDGE THE ADEQUATION OF PREVENTIVE
DETENTION UNDER A CONSTITUTIONAL INFLUENCE TO THE PURE ACCUSATORY
SYSTEM*

Lázaro Alves MARTINS JÚNIOR¹

ISSUE DOI: 10.21207/1983-4225.2021.1184

¹ Pós Doutor pelo IGC – Ius Gentium Conimbrigae da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, Portugal; Doutor Pela Faculdade Autônoma de São Paulo – FADISP; Juiz de Direito do Tribunal de Justiça do Estado de Goiás, na 2ª Vara Criminal da Comarca de Aparecida de Goiânia, Goiás.

RESUMO

A adoção dos discursos políticos que por meio da interpretação jurídica de Tribunais passam a gozar de normatividade jurídica e incrementam o garantismo penal de forma contínua em nossa legislação não apresentaram, até hoje, um robusto benefício difuso na sociedade brasileira que se vê cada vez mais angustiada com a sensação de insegurança e impunidade. Essa postura na hermenêutica dos Tribunais têm, com a adoção das teses ou teorias substancialistas de interpretação, os mais variados matizes para a sua consolidação, entretanto, não raro produzem prejuízos, alguns tangíveis, outros em potencial, à sociedade. A recente inovação incrementando uma abissal leitura que não parece ser absolutamente inerente ao sistema acusatório, ou seja, a necessidade de um pedido da acusação para que a prisão cautelar da espécie preventiva se materialize como possível em perspectiva, cria, de fato, mais uma despicienda esfera na estrutura do sistema decisório, além de outros paradoxos na orbe do nosso sistema penal, que se mostra cada vez mais inseguro e distópico, por força dos instrumentos de exegese jurisdicional em vigor, como discorre o presente ensaio.

Palavras-chave: Garantismo penal. Insegurança jurídica. Sistema acusatório puro. Prisão preventiva. Paradoxos.

ABSTRAT

The adoption of political discourses that, through the legal interpretation of Courts, start to enjoy legal norms and increase penal guarantee in a continuous way in our legislation, have not presented, until today, a robust diffuse benefit in the Brazilian society that is increasingly distressed with the feeling of insecurity and impunity. This posture in the hermeneutics of the Courts has, with the adoption of substantialist theories or theories of interpretation, the most varied nuances for its consolidation, however, not infrequently they produce losses, some tangible, others in potential, to society. The recent innovation increasing an abyssal reading that does not seem to be absolutely inherent to the accusatory system, that is, the need for a request from the prosecution for the preventive arrest of the preventive species to materialize as possible in perspective, creates, in fact, another unnecessary sphere in the structure of the decision-making system, in addition to other paradoxes in the sphere of our penal system, which is increasingly insecure and dystopian, due to the currently instruments of jurisdictional exegesis, as discussed in this essay.

Keywords: Penal Guarantee. Legal uncertainty. Pure accusatory system. Preventive detention. Paradoxes.

1 INTRODUÇÃO

É inequívoco que o Brasil a partir da Constituição de 1988 traçou, principiologicamente, rumos que alinharam o nosso sistema penal a um modelo acusatório e erigiu os Direitos Humanos ao seu grau máximo de irradiação e observância pela legislação infraconstitucional, em que pese a enorme dificuldade de se estabelecerem os seus conceitos, avançando, comezinicamente, em interpretações que tornam infenso não se admitir que em muitas oportunidades se confundem com outros campos, *v.g.*, como o da metafísica.

No mesmo diapasão, não obstante esses comandos se situem em sede que recebe a interpretação Magna e tenhamos os Tribunais aplicando, cada vez mais, essa linha hermenêutica convergindo com o garantismo penal, percebe-se que não houve um significativo e tangível avanço social

a ser comemorado após mais de três décadas da mudança de paradigma constitucional: a sociedade continua vivendo os fortes influxos da insegurança real, cotidiana, em um crescente de violência; o sentimento de impunidade é flagrante e, inclusive, leva ao consolidar de ideologias políticas no campo eleitoral, além de fomentar as ingentes práticas criminosas organizadas; os estabelecimentos penais continuam cheios e inadequados e, aparentemente, insuficientes para receberem toda a miríade de agentes de condutas antijurídicas que deveriam estar lá a luz da aplicação integral da Lei Penal; e, por fim, a insegurança jurídica na área reservada ao Poder Judiciário é sistêmica. Em suma, parece não se encontrar um resultado que possa ser comemorado concretamente em razão da aplicação tenaz, quiçá exacerbada, do garantismo penal.

Os ferrenhos defensores do garantismo penal contam com os seus argumentos em oposição e, sem hesitação, pode se afirmar que estão ligados a existência de Direitos Humanos pétreos, embora estes, frisa-se, sejam polissêmicos e podem ser elásticos ou tolhidos de acordo com o discurso político adotado pelos Tribunais – *Cortes estas, revestidas com uma questionável densidade democrática para a inovação legislativa* - em suas interpretações do Direito, infra ou constitucional, e de cânones explícitos, ou ainda, dos implícitos, aos quais estão obrigados o Estado, panorama no qual, costumeiramente, gera a conclusão de que a omissão no cumprimento dos Direitos Humanos Fundamentais é deste, o que gera o direito subjetivo do cidadão, alvo de perseguição penal a, antes de tudo, ter a sua liberdade restaurada. Esse discurso se mostra perfeitamente alinhado com o que se verifica como apregoado hodiernamente a título do que é o politicamente correto e, eventualmente, consubstancia um substrato para, de igual modo, engendrar alguns sofismas jurídicos.

Conquanto presentes esses fatos em um incessante dinamismo, é inconteste que a indigitada omissão do Estado brasileiro perdura por mais de três décadas e os prejudicados são os seus cidadãos, mas, de forma notória o Estado não existe de *per si*, pois é inanimado e, portanto, não se omite sozinho, mas sim por meio de seus representantes investidos nos cargos e funções que o movimentam. E nesse diapasão é fácil identificarmos que diversos dos pensadores e dos arautos do garantismo penal exacerbado estão presentes, por ensejo da investidura ou de relações assemelhadas, em todos os nichos que compõem e movimentam decisivamente o Estado e, infere-se que, também, por força disso poderiam ser pensados como pessoalmente omissos ao permitirem que este estado de coisas se protraia indefinidamente no tempo, pois, forma-se um círculo

vicioso, onde os omissos não são apenados por omissão de quem deveria conformá-los em seus comportamentos, além de expandirem os efeitos dessa omissão como um benefício aos que cometem crimes, com severo prejuízo à sociedade. A luta bravia, indômita e em grande parte legítima, dos garantistas penais não pode ir somente até o ponto em que se “esconderia a sujeira sob o tapete”, ou seja, o que culmina com o libertar do acusado ou do reeducando, independente de sua culpa, tisonando o Estado com a pecha de culpado, imputação que por ser contra todos e também, contra ninguém, não produz para a sociedade a necessária e sólida personificação do culpado na esfera fática como um de seus efeitos.

Nesses moldes descritos, não são incomuns as interpretações judiciais que anulam todo o processo de uma forma que parece valer-se de antolhos para não enfrentar o problema ao ponto de buscar um verdadeiro acendrar no funcionamento do sistema de justiça penal e da sociedade. Como exemplo, são corriqueiros os casos de flagrantes de tráfico em que há a anulação do processo em razão da busca pessoal realizada pelo agente policial em um suspeito não ter sido devidamente “fundada”. Pergunta-se: como poderia ser uma busca pessoal que alcança o seu desiderato, ou seja, a apreensão de drogas, ser infundada? O resultado material da ação policial parece responder pela higidez da suspeita que desencadeou o procedimento de busca realizado.

Por óbvio que essas conclusões estão no âmbito deste trabalho, um ensaio acadêmico, e exigem a impressão pessoal de seu autor. Não obstante, elas não repelem, ao contrário, reconhecem a existência de outras ideias, também fundamentadas e válidas em um Estado Democrático de Direito, mas aqui se invoca que elas devem ser cotejadas e serem submetidas a uma decisão final com o fito de pacificação social e, especialmente, com a meta de se mostrarem com legitimidade candente sob uma perspectiva democrática e de respeito aos Direitos Humanos consagrados.

Destaca-se, para enfrentar o busfalis, que tem-se aqui como insuficientes quaisquer das teorias de argumentação jurídicas criadas e que tentam vincular os julgadores e os seus Tribunais a um caminho inflexível para encetar e encerrar um julgamento para que este venha a ser nomeado como dotado de uma perfeita ou próxima a isso, decisão. É um fato assente o não florescer de qualquer tese ou teoria ao longo da história que levara um Tribunal, cogentemente, a esse calabouço ou censura no desenvolvimento do raciocínio fundante da sentença. E, justamente essa liberdade da atividade mental do julgador e a sua inexorável exposição à

sociedade como um ser gregário que é, permitem asseverar que não só a atividade legislativa é um fruto da atividade política, **mas também os julgamentos providos dos Tribunais**, que muito distantes do que pensou Kelsen com o seu Tribunal Constitucional exógeno à estrutura dos três Poderes clássicos e seus julgadores limitados a atividade de legislador negativo - *que somente alijariam o ordenamento das leis inconstitucionais* -, há tempos, rotineiramente, expressam os eflúvios da política em seus julgamentos e redesenham a intenção do Parlamento, tornando possível afirmar que a Política é o nascedouro e, também, no direito moderno, o lapidador ou criador da legislação e do Direito, especialmente a partir das lindes incertas fincadas pelo neoconstitucionalismo.

Assim, inexistindo a construção de divisas objetivas para uma atuação neutra do julgador em todas as instâncias como o almejado, tenho que, ingratamente, por Hans Kelsen, e se divisando a impossibilidade de que essa pretensão se consolide, soa como mais apropriado se pensar em atingir um nível de higidez da decisão final, não sob o seu aspecto finalístico e com a intenção de que atenda a todos os interesses antagônicos envolvidos ou a todas as teses que são possíveis criar com o direito polimórfico vigente, no que é caudal a percepção de ser impossível, mas sim, na forma como os que são alçados a Juízes que prescrevem a palavra final são escolhidos e mantidos para este desiderato em nome de toda uma coletividade, uma vez que deles geram os comandos coactando os comportamentos que se impõem coletivamente. Dessarte, como a tarefa de julgar tem, sempre, sob a perspectiva deste trabalho, a influência da atividade política humana, seja sob a concepção mais ampla e depurada – *ou não* -, encravada na opção subjetiva do julgador, os julgamentos provenientes destes devem atender, em princípio, às opções legítimas – *mesmo que impregnados da carga política incidente sobre o indivíduo julgante* – contidas na independência funcional, na liberdade de expressão e no raciocínio fundado, aos quais todos os que estão ligados a área jurídica e dotados do respectivo *munus* de decidir devem se ater, sem perder de vista o concomitantemente atendimento ao interesse público maior.

Esse belvedere jurídico próprio que pode ser traduzido na independência funcional do magistrado fomenta a existência de uma plêiade de espécies de julgadores, que podem ser enumerados de norma *numerus apertus* em: os inflexivos, austeros, que aplicam a lei com a sua mais límpida dureza ou se aproximam disso e são vistos como pertencentes à ala *pro societatis*; e, em outro norte, vicejam com uma aparente grande ressonância nos Tribunais superiores, os ligados ao chamdo movimento do

Garantismo Penal. Entre estes últimos, parece estarem, sem, novamente se esgotar as possibilidades de estratificação: os românticos jurídicos, influenciados pelas mais diversas fontes e que abraçam a causa sem maiores perturbações; os românticos jurídicos eruditos, que também receberam o influxo de diversas fontes, mas sustentam as suas ideias a partir de um confronto das mesmas com as opostas no espaço da dialética das proposições no campo filosófico e jurídico e, ao cabo, optam por esta via. Seriam, talvez, os garantistas penais legítimos ou puros; existem, ainda, os incautos, situados entre aqueles operadores que entendem que o Direito é a mera atividade de saber de cor as leis e apenas abraçam a uma ideologia que lhes parece mais cômoda para justificar o seu trilhar dentro do sistema jurídico e do Direito; e, por fim, existem os sofistas, que utilizam o discurso do garantismo penal para os seus interesses, uma vez que representa uma ponte que se constrói, cada vez mais sólida, para garantir a impunidade dos apaniguados do Poder ou o destaque do doutrinador – *com o que materialmente decorre dele em favor de seu protagonista* - em vários cenários ligados a área jurídica.

Nesse conturbado contexto surgem – *de forma legítima ou não* - as mais diferentes justificativas para se abraçar o garantismo penal, às vezes, culminando em sua seiva exacerbada, dentre outras, as missões divinas com verves provindas de textos religiosos, apesar de ser frequente os mesmos textos também apregoarem lições da espécie “olho por olho e dente por dente” e a necessidade de proteger a sociedade e o ser humano individualmente sob uma perspectiva principiológica, sistêmica e holística, que levará a uma evolução equânime amainando as desigualdades. Essas justificativas devem ser absolutamente respeitadas, mas, parece-nos que o julgador não deveria ser ou se igualar a um líder religioso. Também não o é, nem pode ser, um verdugo. Ao fim, nos parece que investido em um cargo de Estado é, sim, um servidor público e trabalha por e para a sociedade, o que lhe imporia um dever maior e precedente à sua livre convicção motivada que é atentar-se aos **legítimos** desejos da população.

Este ensaio não se prestará a discussão alargada do âmbito, da dimensão e da densidade da relação entre a Política e o Direito, a primeira, a Política como a geradora e a lapidadora do segundo. Não se enveredará também a expor e digredir com profundidade sobre as teorias e as teses substancialistas de interpretação dos textos jurídicos ou sobre as questões insculpidas nos recônditos da corrente denominada como garantismo penal e os seus propósitos. Não obstante, far-se-á necessário adentrar, em alguns momentos *an passant*, em outros com uma maior ênfase, a esses pontos

que sofrem uma constante fricção sob a dialética inerente às discussões nos campos do pensamento social e jurídico. O objetivo deste trabalho é o de abordar, com os substratos provindos do que foi mencionado acima, a nova interpretação judicial valendo-se das teorias substancialistas de interpretação, especialmente na seara constitucional, em que se criam sensíveis paradoxos a partir da vedação da prisão preventiva de ofício pelo Magistrado pela vigência de um sistema acusatório puro, incorrendo na instalação de mais uma esfera subjetiva – *e incompleta* - de decisão no processo e, absolutamente fora de qualquer controle pelo Poder Judiciário, transitando ainda pela tentativa expansionista da corrente garantista penal de incidência interpretativa similar sobre o artigo 385 do Código de Processo Penal, frisa-se, sem que se vislumbre qualquer contribuição relevante para afastar a insegurança jurídica ou acendrar a perseguição penal no Estado brasileiro.

Finalizar-se-á com as considerações acerca das possibilidades de se escoimar, sob os aspectos da legitimidade democrática e do interesse público, o cenário atual dos julgamentos com a inefável ingerência do Poder Judiciário no espaço legislativo.

2 O SISTEMA ACUSATÓRIO

O sistema acusatório tem como mote para a sua origem empregar a maior igualdade possível de condições de atuação entre as partes no processo, mantendo o juiz equidistante da atividade probatória, embora não totalmente amorfo, pois este pode e deve procurar efetivar os esclarecimentos necessários para o deslinde de mérito quando da produção das provas. Elimina-se com a adoção desse sistema o juiz-inquisitor, que instaurava a perseguição penal, comandava de forma absoluta a instrução e julgava o caso. É, portanto, esse o fito: evitar que o acusador e o juiz se confundam na mesma pessoa. Paolo Tonini, lecionou nesse sentido (TONINI, 2002, p. 49):

“se fosse atribuído ao juiz o poder de buscar as provas e formular as perguntas, ele, de maneira inconsciente, tenderia a escolher a tese da acusação ou da defesa”

Em muito bem elaborado estudo, Pedro Ivo de Sousa e Willian Clinton Machado, respectivamente, membro e servidor do Ministério

Público, apresentaram algumas considerações acerca do sistema acusatório compreendido como válido (SOUZA; MACHADO; 2018, p. 79):

1-O sistema acusatório válido e eficaz exige um contraditório legítimo e aperfeiçoado

2 – O *cross examination* é a forma de qualificação do princípio do contraditório em busca de um sistema acusatório mais justo e equilibrado;

Em momento alguma da história se vê, ao menos de forma suficientemente alicerçada, uma justificativa para que o juiz no sistema acusatório ceda uma parte de seu poder-dever de julgar e de zelar pelo interesse público à outra instituição ou parte. Acrescento, por ser nevrálgica para a discussão da matéria, **que parece ser elementar** que se o Judiciário cede, em qualquer momento, o seu *munus* a uma das partes, ele quebra o principal fundamento do sistema acusatório e o seu cume no desenvolvimento para o seu acolhimento pelas sociedades mais evoluídas sob o olhar humanístico e com um maior substrato democrático: a maior igualdade possível no tratamento entre as partes.

A guisa dessa afirmação, a decretação de uma prisão cautelar, como a prisão preventiva, decorre, ao fim e ao cabo, de uma sedimentação do que se compreende como o princípio da não-culpabilidade nos tribunais pátrios e, como desiderato principal, para o acautelamento da sociedade, de forma direta, resguardando a ordem pública ou econômica, bem como para a aplicação da Lei Penal, ou indireta, por meio do escoimar de atos que empecem a perfeita apuração das condutas a serem apuradas no processo, em tese, dotadas de indícios suficientes de autoria e de materialidade de serem antijurídicas, uma vez que o resultado íntegro da persecução penal interessa a toda população.

Com isso, o argumento de que se o Magistrado decreta uma prisão preventiva de ofício, automaticamente, o faria caminhar de forma parcial no processo seria uma negativa, por via oblíqua, de validade para todo o sistema jurídico vigente. Ora, se o Juiz decretar a prisão preventiva a pedido do Ministério Público, também se tornaria parcial e aliado da acusação? Se o Juiz indeferir a prisão preventiva, de igual forma se mostraria tendencioso em favor do réu?

Como se sabe e repisando, por ser inerente a instrumentalidade, a prisão cautelar resguarda, em *ultima ratio*, o interesse público e com isso em nada se embaraça com o mérito.

3 O SISTEMA ACUSATÓRIO “PURO” E A VEDAÇÃO DA PRISÃO PREVENTIVA DECRETADA DE OFÍCIO PELO MAGISTRADO

Apesar de termos como o cerne do sistema acusatório a maior inércia probatória possível do magistrado e a busca da maior igualdade possível no tratamento entre as partes, com a vigência da Lei nº 13.964, de 24 de dezembro de 2019, não demoraram a recrudescerem as teses defensivas de alterações na interpretação da legislação infraconstitucional e constitucional que se convergiram à linha prescrita pelo garantismo penal mais acentuado e que busca expandir os seus limites dentro do sistema processual penal adotado pela Constituição brasileira. Aury Lopes Júnior defende que (LOPES JR, 2020, p. 960):

Mas o ponto mais importante é: não pode haver conversão de ofício da prisão em flagrante em preventiva (ou mesmo em prisão temporária). É imprescindível que exista a representação da autoridade policial ou o requerimento do Ministério Público. A “conversão” do flagrante em preventiva equivale à decretação da prisão preventiva. Portanto, à luz das regras constitucionais do sistema acusatório (ne procedat iudex ex officio) e da imposição de imparcialidade do juiz (juiz ator = parcial), não lhe incumbe “prender de ofício”. Para evitar repetições, remetemos o leitor a tudo o que já dissemos, anteriormente, sobre essas duas garantias. Ademais, o próprio art. 311 do CPP é expresso: (...) Portanto, não há nenhuma hipótese de decretação da prisão preventiva de ofício pelo juiz, sem pedido do MP ou representação da autoridade policial.

A tese garantista com o seu apêndice expansionista foi recebida majoritariamente e de forma integral e, possivelmente, açodada, pelo Superior Tribunal de Justiça. Transcreve-se a respectiva ementa do acórdão:

AGRAVO REGIMENTAL NO HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO ORDINÁRIO. TRÁFICO DE DROGAS. CONVERSÃO DA PRISÃO EM FLAGRANTE EM PREVENTIVA DE OFÍCIO. ILEGALIDADE DA MEDIDA. INEXISTÊNCIA DE NOVOS ARGUMENTOS APTOS A DESCONSTITUIR A DECISÃO IMPUGNADA. AGRAVO REGIMENTAL DESPROVIDO. I - A Terceira Seção desta Corte, seguindo entendimento firmado pela Primeira Turma do col. Pretório Excelso, firmou orientação no sentido de não admitir a impetração de habeas corpus em substituição ao recurso adequado, situação que implica o não-conhecimento da impetração, ressalvados casos excepcionais em que, configurada flagrante ilegalidade apta a gerar constrangimento ilegal, seja possível a

concessão da ordem de ofício.II - "A decisão monocrática proferida por Relator não afronta o princípio da colegialidade e tampouco configura cerceamento de defesa, ainda que não viabilizada a sustentação oral das teses apresentadas, sendo certo que a possibilidade de interposição de agravo regimental contra a respectiva decisão, como ocorre na espécie, permite que a matéria seja apreciada pela Turma, o que afasta absolutamente o vício suscitado pelo agravante" (AgRg no HC n. 485.393/SC, Quinta Turma, de minha autoria, DJe de 28/3/2019).III - A prisão preventiva, que exige sempre decisão concretamente motivada e se condiciona à prova da existência do crime e indício suficiente de autoria, poderá ser decretada como garantia da ordem pública, da ordem econômica, por conveniência da instrução criminal ou para assegurar a aplicação da lei penal, nos termos do art. 312 do Código de Processo Penal.IV - No que tange à hipótese de conversão da prisão em flagrante em preventiva, de ofício, pelo magistrado, cumpre consignar que antes se admitia a imposição de prisão cautelar, de ofício, sem a manifestação de qualquer interessado, ocorre que com a entrada em vigor da Lei nº 13.964/2019, buscando-se consolidar, em nosso ordenamento jurídico, o sistema acusatório, foi suprimida a atuação de ofício do juiz, mesmo em caso de conversão da prisão em flagrante em preventiva, devendo haver prévio requerimento do Ministério Público ou representação da autoridade policial, haja vista a retirada da expressão "de ofício" tanto do art. 282, § 2º, como do art. 311, ambos do CPP, não sendo mais possível a referida conversão com fundamento no art. 310, inc. II, do mesmo diploma legal. Desse modo, não obstante a fundamentação utilizada pelo magistrado primevo na decisão objurgada, entendo que restou configurada flagrante ilegalidade na conversão da prisão em flagrante em preventiva, de ofício, pelo magistrado sem a manifestação dos legitimados, consoante dicção do art. 311, do Código de Processo Penal, a teor do recente entendimento do Pretório Excelso, bem como em virtude dos recentes julgados deste sodalício. Precedentes.V - É assente nesta Corte Superior que o agravo regimental deve trazer novos argumentos capazes de alterar o entendimento anteriormente firmado, sob pena de ser mantida a r. decisão vergastada pelos próprios fundamentos. Precedentes. Agravo regimental desprovido. (AgRg no HC 624.668/GO, Rel. Ministro FELIX FISCHER, QUINTA TURMA, julgado em 23/02/2021, DJe 01/03/2021)

Esse movimento interpretativo do Superior Tribunal de Justiça que se materializou com a ementa acima reproduzida, vem se delineando em direção semelhante no Supremo Tribunal Federal e reavivou o fulgor da tentativa da corrente garantista de que o artigo 385, do Código de Processo Penal, se torne uma letra morta no Digesto Instrumental por contrariar o suposto conteúdo material do princípio acusatório supostamente ditado pela Carta Magna, *in casu*, o sistema acusatório “puro”.

Essa sanha dos proclamadores da corrente do garantismo penal em tentar inserir novas interpretações não parece ostentar um nexo causal tenaz e impositivo com a busca de um efetivo melhor funcionamento do sistema de justiça criminal, uma vez que o deslocamento da posição de julgador ou de detentor do poder de uma decisão em nada alterará a situação fática de ser ele, o decididor, Magistrado ou qualquer outra espécie de agente público, pela sua natureza humana, sujeito aos efeitos da ação política *lato sensu* sobre as suas convicções, o que torna a interpretação jurídica um ato político de conformação do alcance e dos efeitos da legislação, ato este municiado com uma infinidade de instrumentos da hermenêutica, moderna ou clássica, para imprimir, desde os predicados mais altaneiros de uma comunidade até a mera conveniência ou interesse pessoal, o que não garante que coincidirá, emane de onde for, com o interesse de qualquer das partes envolvidas, o que nos leva ao próximo ponto.

4 O INÓCUO E ATRIBULANTE DESLOCAMENTO DO PODER DE JULGAR O INTERESSE PÚBLICO EM UMA PRISÃO PREVENTIVA

Não são incomuns as decisões produzidas em um contexto em que o julgador se vale da aplicação de princípios constitucionais que produzem, quando melhores analisadas, situações que levam a uma idiosincrasia, com a franca possibilidade do locupletamento por terceiros e o que dá azo a isso é, simplesmente, o fato do ser humano ter, naturalmente, seus interesses próprios com uma maior ou menor propensão em empregar em seus atos um grau dissoluto do jaez egoístico. A lei, em regra, tem como um de seus escopos evitar isso e, se ao cabo, a decisão do Poder Judiciário provinda da exegese do texto legal descortina uma via pavimentada para o ganho espúrio, se aventa que ela padece de uma melhor estruturação. Isso se agrava quando a decisão claramente goza das feições legislativas.

Um exemplo pode ser visto em um artigo publicado recentemente quando da análise do tratamento empregado pelo Supremo Tribunal Federal na aplicação do extremamente etéreo Direito à Felicidade para permitir o livre registro da Multiplicidade Filial, que parece ter se descurado da preocupação com as repercussões materiais desiguais nas linhas sucessórias, sendo um fato notório que no país passaram a pulular

registros desta espécie sem qualquer supedâneo espiritual subjacente e com o potencial de causar prejuízos a descendentes (MARTINS JÚNIOR, 2019, p. 290):

Impende, portanto, reconhecer, que o Direito à Felicidade, nos moldes propostos, não parece permitir promover desigualdades ou infelicidade a outrem. E por infelicidade devem ser analisadas todas as facetas sob as quais a conduta do indivíduo é permitida, v.g., ter o direito de fruir sua forma de felicidade sob os prismas consumistas ou perdulários, dentre outros, com o patrimônio legalmente e legitimamente herdado.

Em suma, o Direito à Felicidade, argumentado e imprimido como a razão fundante para que fosse concedida a tutela judicial pelo Supremo Tribunal Federal, partindo de uma construção ativista no ramo jurídico-constitucional, à frente poderá provocar a tristeza de outros, sem qualquer justificativa sólida nos âmbitos social, filosófico, moral, ético ou jurídico, para a dinâmica perversa instalada por força do Estado-Juiz.

Da mesma forma, o abraçar pelos Tribunais Superiores da tese garantista penal de um suposto sistema acusatório puro que castra a atividade judicial é, no mínimo, carente de uma justificativa suficiente demonstrada e robusta de que resultará em uma melhoria sensível para o sistema de justiça, soando, com a devida vênia, como um mero placebo.

Para demonstrar com uma base empírica o aparente desacerto da tese adotada pelo Superior Tribunal de Justiça, com amplas possibilidades de se verem replicadas em diversas outras varas judiciais Brasil afora, se apresenta a sinuosidade do julgamento a partir de três audiências de custódia realizadas de forma sequencial em um plantão judiciário, contando com os mesmos Promotor de Justiça e Magistrado: no primeiro caso, o custodiado foi preso em flagrante com quatro quilos de drogas, contava com um antecedente criminal, não tinha endereço certo consolidado ou trabalho formal. O representante do Ministério Público entendeu ser desnecessária a prisão cautelar e ao juiz foi *imposta* a decisão de soltura a luz do sistema acusatório puro acolitado na decisão do Superior Tribunal de Justiça alhures transcrita; no segundo caso, o acusado portava cinco quilos de drogas, contava com dois antecedentes criminais e o Promotor de Justiça entendeu, também, que era o caso de liberdade provisória e, novamente, o Magistrado se viu *compelido* a expedir o Alvará de Soltura; e, no derradeiro flagrante, o custodiado, com residência própria, serviço formal e certo, sem antecedentes criminais, tratando-se de um homem maduro, foi preso em flagrante por ter levado a morte um animal

doméstico, através de golpes de arma branca, segundo ele, para cessar um ataque injustificado do cão à sua prole. Em que pese ser um crime passível de um Acordo de Não Persecução Penal - *se se entender que a violência que impede o benefício é apenas a provinda contra a pessoa* -, mas que, sem dúvidas, mesmo que negado o referido beneplácito não gerará, em razão das circunstâncias objetivas e subjetivas do fato e do custodiado, uma pena cumprida em ergástulo, o representante do Ministério Público pugnou pela prisão cautelar da espécie preventiva por se tratar de um tipo penal advindo de uma recente alteração legislativa que endureceu a respectiva pena em abstrato do tipo penal insculpido na Lei nº 9.605, de 1998.

De forma semelhante, mas já durante as atividades forenses normais, em uma audiência em que ao custodiado foi imputado o crime de estupro de vulnerável, o Ministério Público laborou em sua manifestação pela concessão da liberdade provisória, em razão do suposto agente do delito ter residência própria, trabalho formal e bons antecedentes. Poucos dias adiante, em julgamento de um réu preso por um período superior a uma centena de dias, sendo este também desprovido de antecedentes criminais, ostentando trabalho certo e endereço com o mesmo predicado, a acusação, em sede de alegações finais, pediu a condenação e a manutenção da prisão preventiva. Novamente, os mesmos Promotor de Justiça e Juiz. No que divergem umbilicalmente os dois casos?

Entender que a última posição defendida pelo representante ministerial nos dois exemplos foram injustas quando comparadas aos demais *é absolutamente de somenos importância*, uma vez que a Justiça, assim como a Moral, são conceitos inequivocamente imprecisos e relativos, e gozam de um maior ou menor grau de aceitação a partir de culturas e práticas diversas em cada sociedade. Não é incomum que as posições se dessem de forma invertida, com pareceres em outros nortes emanados do Parquet e decisões contrárias construídas pelo Juiz. Nietzsche com a sua iconoclastia revestida de uma verve despudorada já apregoava isso em antanho (NIETZSCHE, 2005, p. 121):

Nenhum desses graves animais de rebanho, de consciência agitada (que propõem defender a causa do egoísmo como causa do bem-estar geral), quer saber e sentir que o “bem estar geral” não é um ideal, uma meta, uma noção talvez apreensível, mas apenas um vomitório – que o que é justo para um não *pode* absolutamente ser justo para outro, que a exigência de *uma* moral para todos é nociva precisamente para os homens elevados, em suma, que existe uma

hierarquia entre homem e homem, e, em consequência, entre moral e moral.

A relatividade do conceito de Justiça e o casuísmo em sua aplicação nas coletividades humanas formadas também foi um alvo das considerações de Hans Kelsen, um dos maiores estudiosos do Direito que, embora perseguindo o impossível para os nossos tempos – *a existência de um Direito neutro* -, foi bastante mal compreendido acerca de suas concepções morais e as relações desta com a Justiça e o Direito, motivo pelo qual leva a muitos estudos superficiais entre os juristas. Entrementes, não se pode olvidar que, repiso tautologicamente, ao buscar o impossível, ou seja, promover a ablação da política do Direito quando de sua aplicação pelos Tribunais, trouxe a sua precisa contribuição acerca do conceito de Justiça. Transcrevo o seu escólio acerca deste tema (KELSEN, 1998, p. 48):

Uma teoria dos valores relativista não significa – como muitas vezes erroneamente se entende – que não haja qualquer valor e, especialmente, que não haja qualquer Justiça. Significa, sim, que não há valores absolutos mas apenas valores relativos, que não existe uma Justiça absoluta mas apenas uma Justiça relativa, que os valores que nós constituímos através dos nossos atos produtores de normas e pomos na base dos nossos juízos de valor não podem apresentar-se com a pretensão de excluir a possibilidade de valores opostos.

Como se afirmou, não se trata de uma questão de Justiça ou acerto ou não na aplicação do Direito pelo Promotor de Justiça nos casos expostos. Do que tratar-se-ia, então, o problema? A resposta é a de que inequivocamente, com a insigne decisão do Superior Tribunal de Justiça tivemos apenas o deslocamento de uma esfera de exclusividade do julgamento judicial transposta para uma outra personagem processual sem qualquer proveito real e lógico para a persecução penal, o que o torna absolutamente despiciendo na estrutura processual, servindo apenas para acutilar mais uma vez o ordenamento jurídico para seguir em direção a uma distopia, que a muitos se aproveita e por razões nem sempre muito louváveis. Tentar fazer o Direito complicado, complexo, eleva aos píncaros muitos sicofantas jurídicos que se beneficiam, por variadas formas, do destaque que agregam à sua pessoa.

A existência de uma plêiade de julgamentos díspares sobre os mesmos fatos ou a eles assemelhados é um fenômeno absolutamente rotineiro e atestado ao longo da história, pois, reitera-se, todos os

incumbidos de julgar sofrem os mais diversos influxos culturais, sociais e políticos em sua formação. O Ministro do Supremo Tribunal Federal, Luis Roberto Barroso, apontou isso em uma de suas obras (BARROSO, 2013, p. 158/159):

Após um primeiro momento de perplexidade, os iniciantes no estudo do Direito passam a encarar com naturalidade um fenômeno que causa estranheza a uma pessoa leiga: a existência de decisões em sentidos opostos acerca de uma mesma matéria, posições doutrinárias divergentes e até mesmo votos conflitantes em um mesmo julgado. Isto é: considerados os mesmos fatos e os mesmos elementos normativos, pessoas diferentes poderão chegar a conclusões diversas.

Impende neste ponto reconhecer uma frugal impossibilidade de controlar o âmago do trabalho intelectual do julgador em busca de sua solução para um problema, diante dos diferentes graus de tirocínio e de solércia, seja em direção do bem ou do mal, frisa-se, com a relatividade que estes termos têm. Apesar de ser cediço da comunidade jurídica a existência de diversas teorias da argumentação jurídica que trilham com pensamentos que buscam a perfeição – *ou quase* - da decisão e a neutralidade do julgador que a proferiu quando da aplicação do Direito, dentre eles citam-se, Ronald Dworkin (DWORKIN, 2010, P. 148) e Robert Alexy, este com a sua teoria estruturante do direito que se vale, até mesmo, de fórmulas matemáticas para esse fito, mas admite a existência de decisões imperfeitas válidas, embora as considere alquebradas moralmente (ALEXY, 2013, p. 213), vemos que nenhuma delas se mostrou completa e capaz de promover a apreensão da atividade subjetiva do titular da decisão a partir de critérios objetivos. E, quando passamos a perscrutar os estudos sobre a alma tradicional humana, trabalho afanoso, mas realizado por inúmeros filósofos, encontramos na rudeza própria de Arthur Schopenhauer a seguinte afirmação “*Todo homem toma os limites de seu próprio campo de visão como os limites do mundo*” (SHOPENHAUER, 2014, p. 75), o que se mostra como mais uma séria evidencia da incapacidade do controle e da fixação de um arquétipo para essa atividade mental de julgar. Em nossos tempos, encontramos em Celso Ribeiro Bastos a admissão de que os influxos e as fricções no subjetivo do julgador o direcionam a um ou outro caminho, embora invoque que a legitimação da decisão carecerá do uso apropriado do discurso jurídico-normativo, ao qual neste estudo se afirma ser, em verdade, político-normativo, a partir da demonstrada aceitação no Estado brasileiro da aplicação dos princípios, de

toda espécie, como um supedâneo suficientemente sólido para arrimar decisões que invadem com um límpido candor aos espaços tradicionais reservados a atividade de outros Poderes (BASTOS, 2014, p. 34):

E o intérprete nunca será absolutamente neutro. Aquele vazio a que se referiu acima é preenchido em grande parte com preconceitos, valores e visões pessoais do aplicador da lei. O Direito é essencialmente voluntarista, vale dizer, necessita da vontade do intérprete. Mas só esta não legitima o seu uso. Na verdade, o mundo jurídico só aceita a legitimação que lhe é própria e que envolve a utilização do discurso jurídico-normativo.

O festejado constitucionalista Paulo Bonavides também exprimiu seus entendimentos que ladeiam e corroboram o que foi exposto até aqui, no sentido da incidência de fatores exógenos ao processo sobre o autor da decisão (BONAVIDES, 2016, p. 132; 190/191):

Nunca é de esquecer, pois, que toda interpretação constitucional não somente varia segundo a modalidade de Constituição senão que, aplicada à mesma forma de Constituição, está sujeita também a modificações impostas pela “força normativa” do fato social ou da realidade política, conforme admiravelmente assinalaram Jellinek e Hesse, em contribuições clássicas ao estudo da teoria constitucional.

(...)

Fica difícil interpretar sem se levar em conta as realidades políticas pelas quais passa o País. As discussões mobilizam o espírito de todos os setores da sociedade, que são altamente ideológicos, e se fazem sentir na interpretação do Direito, em função do que se fala, então, de uma atualização das regras jurídicas por meio do processo interpretativo.

O ex-Ministro do Supremo Tribunal Federal Eros Grau, tem obra instigante, mas que também não parece oferecer as objetivas balizas para o julgamento perfeito, entretanto, expõe o cenário de insegurança jurídica vivida em nosso solo (GRAU, 2013, p. 23):

Insisto neste ponto: juízes não podem decidir subjetivamente, de acordo com seu senso de justiça. Estão vinculados pelo dever de aplicar o direito (a Constituição e as leis). Enquanto a jurisprudência do STF estiver fundada na *ponderação* entre princípios – isto é, na *arbitrária formulação de juízos de valor* – a *segurança jurídica* estará sendo *despedaçada*.

Dessarte, o silogismo do que foi exposto até aqui demonstra que deslocar o poder de decidir sobre a aplicação ou não de uma medida cautelar como a prisão preventiva do Magistrado para a acusação, no caso, para o Promotor de Justiça é, apenas, um engodo ou um bisonho equívoco. Continuaremos a ter Promotores de Justiça que são adeptos das ideias garantistas penais, assim como juízes com essa linha interpretativa. Da mesma forma, teremos os Promotores de Justiça exacerbadamente pró sociedade e os Magistrados que tem caminhar com esse mesmo diapasão interpretativo. Promotores requererão a prisão e o Magistrado negará. Promotores não pedirão a prisão em casos que o Magistrado a decretaria e a insegurança jurídica permanecerá irretocável, uma vez que independente de quem proferirá o juízo de valor, não se tem uma regra objetiva que não permita os desvios – *ou a interpretação ímpar* - com o manuseio do superlativo cabedal hermenêutico à disposição do *decididor*.

Mostra-se oportuno mencionar que isso *talvez* seja o fruto de uma independência funcional que *pode* ter se travestido de liberdade para a fundamentação solipsista com a expansão das teses substancialistas de interpretação providas do neoconstitucionalismo e seus movimentos irmãos, que permitem, pela plasticidade e sem exigir uma excepcional capacidade cognitiva daquele que elabora a decisão, criar os fundamentos razoavelmente lógicos para qualquer questão posta. O grave é que em algumas oportunidades isso traz a impressão de que se dá com uma solene inobservância de qualquer sentimento de obrigação pública para com a sociedade. Ressoa, pensa-se, como imanente ao *munus* de decidir que o titular deste poder-dever por ser, antes de um agente político, um servidor público, se atente aos interesses *legítimos* da sociedade a qual pertence e por qual labora, os quais não podem ser sobrepostos sem maiores pruridos pelos interesses próprios do julgador, mesmo que provenham de instintos messiânicos, uma vez que nos encontramos em um Estado laico em sua estrutura oficial.

Conclui-se com isso, que o problema do sentimento de injustiça e de insegurança jurídica não se arrefecerá com a transferência do centro de onde emana o Poder de decidir se teremos ou não uma prisão preventiva. Seja pela decisão do Juiz ou pela do Promotor de Justiça, brotarão os irrisignados, pois o dissenso ou o não consenso dentro da sociedade é um sentimento ínsito e da essência das comunidades desde sempre (MARTINS JÚNIOR, 2016, p. 1):

Nenhuma das teses encerra com o dissenso subjacente encetado pela atividade política ou científica, que é o provindo da

sensibilidade e consciência humana. O consenso absoluto é impossível. A proliferação de teses de argumentação racional de decisões perde qualquer vigor quando se verifica que, em geral, alguém terá seu pretense direito improvido, gerando um novo dissenso e a tentativa infinita de buscar um novo argumento e discurso que atenda a sua pretensão.

Na doutrina de maior envergadura o entendimento é o mesmo, como se observa no dissertar de Eduardo Bittar *apud* Habermas, quando este transitou sobre o movimento de insurgência constante do indivíduo no seio das sociedades (BITTAR, 2016, p. 409)

A posição comunicativa do *injustiçado* é, normalmente, a posição de quem experimenta os sentimentos de inaceitação, de inconformismo ou de revolta. Daí a *injustiça* reacender e renovar o gosto pela busca de justiça, seja pela busca de resposta ao *ato injusto*, seja pela renovação da avaliação do conteúdo de uma norma, seja pela busca de renovados critérios para a avaliação das formas de aferição de conteúdos normativos.

Se mostra bastante apropriado trazer a baila, ainda, para demonstrar a relatividade dos conceitos que alguns buscam colocar como dotados de estrutura cerrada ou hermética, a lição trazida por Dimitri Dimoulis ao questionar a validade absoluta da competência exclusiva de julgar e a presunção de unicidade, de legitimidade e de acerto no exercício desta atividade a uma única instituição, ou seja, o Poder Judiciário, sem que nos olvidemos da trivial existência de atividades atípicas nos demais Poderes, em casos específicos (DIMOULIS, 2015, p.1):

Na realidade, porém, nada indica que a Constituição corre maior risco de ser descumprida mediante ato do Legislativo, que será baseado em determinada interpretação da Constituição, do que mediante decisão do Judiciário que será baseada em interpretação da Constituição eventualmente divergente. Como foi observado, “se o legislador não pode fugir à tentação do arbítrio, por que o juiz poderia?” Porque o Judiciário seria o “espírito” da Constituição, a ponto de ser tido como único guardião da autenticidade constitucional e não simplesmente um entre os possíveis intérpretes da Constituição?

Embora não abordado explicitamente por Dimitri Dimoulis, pergunta-se: por qual motivo se pensaria que ao substituírmos o Judiciário em sua função de julgar, pelo Ministério Público, pelo Executivo, pelo Legislativo ou ainda pela Ordem dos Advogados do Brasil, dentre outras instituições ou entidades elegíveis, o resultado seria melhor? As influências e os teores das decisões não viriam a ser os mesmos ou assemelhados? A

insatisfação ou o sentimento de injustiça com os julgados não continuariam a vicejar promovendo a perpetuação da cizânia presente na sociedade que se materializa pelo expressivo número de perlangas judiciais? Tem-se, aqui, que a resposta mais provável é a de que qualquer ente ou instituição que seja colocada à frente para o manejo do poder decisório, em muito breve espaço de tempo passará a sofrer as mesmas críticas hoje direcionadas aos membros do Poder Judiciário.

É importante adiantar que a inovação legislativa que se encontra em suspenso implantando o “Juiz das Garantias” não mudará, em absoluto, o quadro descrito. Permanecerão na ribalta e em pleno exercício, Promotores e Juízes garantistas e não garantistas penais atuando na fase pré e processual. Existirão decisões e manifestações díspares em situações absolutamente iguais, que somente serão dissipadas após a depuração nas instâncias revisionais e pacificadas com a unificação da jurisprudência pelo Órgão Judicial máximo com a competência para essa condensação e adelgaçamento do dissenso.

Nesse contexto, tem-se que a solução não está fora do Judiciário, mas sim, dentro do mesmo com o seu devido acendramento funcional. Buscar inovar com um novo agente julgador, mesmo que sobre um ponto único em toda a sequência da persecução penal em nada ameniza as distorções, mas, apenas, as exalta. Como apontou de forma preciosa André Ramos Tavares em uma de suas lições ao citar Balzac, “*Vale, aqui, a ponderação de Balzac em Esplendores e Misérias: “desconfiar da magistratura é um começo de dissolução; destrua a instituição, reconstrua-a sobre outras bases (...) mas creia nela”*”. (TAVARES, 2012, p. 21).

Assim, é possível concluir que este casuístico deslocamento no poder de decidir acerca da oportunidade ou conveniência da prisão preventiva, olvidando do maior objetivo da lei que é resguardar o interesse público, em nada emprestará qualquer faceta mais hígida ao processo penal e a solução das suas respectivas questões de mérito.

5 OS ARGUMENTOS CONTRÁRIOS JUNGIDOS AOS PARADOXOS FÁTICOS E JURÍDICOS PRODUZIDOS NA PERSECUÇÃO PENAL PELA NOVA INTERPRETAÇÃO DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL

E A SUA EVENTUAL EXPANSÃO AO ARTIGO 385 DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL

Empós todo o exposto este induz a crer na possibilidade de que a interpretação aplicada no respeitável julgado do Superior Tribunal de Justiça em nada resultará em melhorias na persecução penal. A aparente singela inocuidade do entendimento aplicado ganha uma tonalidade de um grave prejuízo quando analisamos as várias questões e argumentos aplicáveis e que formam um amálgama de paradoxos fáticos e jurídicos decorrentes da posição fincada pelo aresto do Superior Tribunal de Justiça, as quais são adiante transcritas e exploradas, mesmo que sucintamente, como segue:

1) A Constituição da República Federativa do Brasil não estipula por intermédio de um texto peremptório que a ação penal é manejada com *exclusividade* pelo Ministério Público e, por isso, não há ato que gere ou finde uma persecução penal, mesmo que em uma fase inquisitória e embrionária, que prescindia do Juiz como a figura central para aquilatar a correção do desenvolvimento do procedimento e do feito judicial dele decorrente. Destaque-se que o Juiz pode declarar irritado o procedimento do flagrante e simplesmente desconsiderar a intenção ulterior ministerial. Deveria aqui valer o brocardo de “*quem pode o menos, pode o mais*” e no caso o Juiz poderia decretar a prisão preventiva em razão de ser o detentor da presidência na condução da persecução penal e por não restarem como fundamentos da prisão preventiva apenas resguardar o processo, mas, também, preservar o interesse público coletivo. Anota-se que até mesmo para o arquivamento do inquérito, para a propositura e aceitação da Suspensão Condicional do Processo ou para a realização do Acordo de Não Persecução Penal, os atos estão sob a tutela de aferição e de decisão do Magistrado, e não do Promotor de Justiça isoladamente;

2) A vedação da decretação da prisão preventiva de ofício pelo Juiz cria um distúrbio no princípio do paralelismo dos atos judiciais. O Magistrado está obrigado a acolher a manifestação de liberdade provisória do Ministério Público, todavia, não está submetido a acolher o pedido de prisão preventiva;

3) A vedação aplicada pela nobre decisão do Superior Tribunal de Justiça não encontra um respaldo incontestado no próprio texto legal do digesto instrumental penal, uma vez que houve a manutenção da possibilidade da prisão preventiva de ofício em artigo seguinte do Código de Processo Penal, prospectando-se uma antinomia que permite

livremente, por uma mera opção jurídica ou jurídico-política, a atividade hermenêutica no sentido de que o Legislador não imprimiu o sistema acusatório puro com a alteração legislativa em comento. Consigna-se que o Supremo Tribunal Federal, este em fase derradeira e impositiva, assim como os demais Tribunais, mas estes sujeitos a revisão de seus comandos, podem declarar a inconstitucionalidade da alteração legislativa que gerou o aresto do Superior Tribunal de Justiça por ela ferir os princípios implícitos na Constituição em relação ao papel homogeneizador e central do Poder Judiciário, neste caso se amoldando ao papel clássico de legislador negativo idealizado pelo pensamento kelseniano. Isso pode se dar valendo-se, v.g., dos princípios da razoabilidade e da proporcionalidade, considerados por Eros Graus apenas como regras de aplicação do direito e não cânones, mas que teriam, segundo o mesmo, chegado a um ponto em que a Corte Magna “...deixa de ser um Tribunal constitucional para se transformar em tribunal da proporcionalidade e da razoabilidade. A transgressão do sistema, agora sob o pretexto de aplicação desses princípios, é praticada à larga” (GRAU, 2013, p.138);

4) A tese abraçada no íncrito julgado provoca um incontestado desequilíbrio entre as partes no processo. Vê-se peremptoriamente ceifada a suposta busca pela paridade de armas entre a acusação e a defesa. Existe um pedido da acusação que, em verdade, é uma determinação compulsória para o Juiz quando é apresentado pela acusação e inexiste um igual ou similar instrumento para a defesa. Em casos de múltiplos acusados não se previu a divisibilidade ou não do pedido da acusação, embora soe infenso inferir o contrário, o que não significa uma absoluta observância por parte do Ministério Público diante de sua independência funcional. Anota-se que se criou uma hipótese postulatória, matizada por uma despudorada ousadia, mas possível de se concretizar, de que o defensor apresente uma peça de Embargos de Declaração ao Ministério Público, pugnando que este reveja o seu parecer, compelindo, de forma oblíqua, ao Magistrado a revogar a decisão preventiva outrora proferida, usurpando as competências de Tribunais de revisão;

5) Em um mesmo sentido que caminha no sentido da inadequação da tese albergada pelo Superior Tribunal de Justiça, gestou-se um feixe de potenciais decisões que seriam desprovidas da possibilidade de reapreciação. O pedido de liberdade provisória formulado pelo Ministério Público e obrigatório em seu atendimento pelo Magistrado, tornar-se-á, na maioria das vezes, irrecorrível. Para a defesa, em regra, pela ausência do interesse de agir na esfera revisional. Mostra-se com um jaez mais

homiziado a pretensão de espraiar o entendimento atual do Tribunal da Cidadania para ceifar a vigência do artigo 385 do Código de Processo Penal, como aventam os defensores do garantismo penal exacerbado. Efetivamente teríamos sentenças que seriam apreciadas apenas por um indivíduo galgado ao papel de acusador e, ao mesmo tempo, ao de julgador. Esse, data vênia, impropério jurídico só seria evitável por um improvável e maciço irromper de atuações de assistentes de acusação em suas hipóteses possíveis. A perspectiva de uma aplicação por analogia do artigo 28 do Código de Processo Penal seria um claro remendo jurídico com uma alta possibilidade de prejuízos sensíveis para a persecução penal no caso de uma sentença que feneça em aplicar o Direito Penal sob este mote garantista expansionista, envolvendo pessoas com alta periculosidade. Repisa-se, seguindo o que foi dito acima, seria possível se pensar em uma interposição de Embargos de Declaração junto ao ente acusador, para que o Ministério Público alterasse suas alegações finais pugnando pela absolvição e compelindo, eventualmente, que o Juiz viesse a anular a sua sentença condenatória ainda não transitada em julgado;

6) A aplicação do sistema acusatório puro arquitetado na decisão do Sodalício máximo para a garantia da legislação infraconstitucional nas sessões do Tribunal do Júri também faz surgir a possibilidade de imbróglis se expandido para abarcar o artigo 385 do Código de Processo Penal. Imaginemos a perspectiva de um crime assaz violento, com uma grande comoção popular que venha a ser colocado sob a tutela de um Promotor de Justiça e de um Juiz de Direito que comunguem do entendimento de vigência inquestionável do suposto mandamento magno imprimindo o sistema acusatório puro como veraz, coerente e cogente. Poderemos ter uma decisão de impronúncia sem a possibilidade de recurso ou com chances diminutas do pedido de revisão em razão da inibição dos representantes da vítima. Ou, ainda, mais acutilante para a sociedade, será plenamente possível um pedido de absolvição acolhido pelo Magistrado, em plena sessão, ignorando a tomada de opinião ou de juízo de valor dos juízes de fato, os jurados. Seria um retrato insólito e inquietante do que já se difunde de forma demonizadora quanto a ineficiência do sistema de justiça;

7) O respeitável entendimento do Superior Tribunal de Justiça colocou, de forma evidente, o interesse público da sociedade em um segundo plano quando atribuiu a decisão sobre a prisão preventiva, ou não, exclusivamente ao Ministério Público, pois, sem dúvidas, a decisão judicial conta com um anoso caminho construído e lapidado há séculos no sentido

de ser passível de sua revisão quando observadas as premissas de um *due process law* com o seu questionamento atingindo até mesmo aos elementos endógenos e exógenos ao processo ou ao procedimento.

Pelo exposto, soa absolutamente alva, cristalina, a percepção que se leva a inferir que o caminho tradicional da decisão judicial é o que se mostra dotado de uma maior legitimidade, transparência e controle revisional, diante da tradição construída anosamente pela história jurídica mundial, sem qualquer prejuízo palpável, fático, para as partes, uma vez que as revisões de prisões são comezinhas e, normalmente, céleres na Justiça nomeada como comum.

A decisão de liberdade provisória ou de absolvição proveniente do acolhimento de uma manifestação supostamente peremptória do autor da acusação, dentro de um aludido sistema acusatório puro e propugnado como o mais equilibrado como querem fazer crer os garantistas penais exacerbados, apenas incrementará as possibilidades de falhas e prejuízos sociais, pois, **muitas decisões podem tornar moribundas as pretensões no âmbito penal persecutório a partir de atos revestidos de desvios de conduta ou erros, sem que sejam objetos passíveis de revisão por uma célere e singela provocação recursal.** Restará apenas um angusto espaço de manobra no caso em que algum interessado provoque uma análise dos fatos na seara disciplinar. Exemplifico, buscando empregar uma suficiente clareza, no que a consolidação da extensão garantista com os balizamentos batalhados pelos arautos garantistas pode ter de alcance na praxe forense: imposto ao Magistrado um cabresto tornando-o estafeta do representante do Ministério Público, este poderá pugnar pela liberdade provisória, determinação que será cogente ao Órgão Judicial, que porá o custodiado em liberdade. Recebida a denúncia, o Ministério Público pode pugnar pela absolvição sumária após a Resposta a Acusação por não vislumbrar um motivo para a continuidade da persecução penal. De forma obrigatória, a luz do extremismo garantista, o Magistrado absolve e arquiva o feito. Se tudo isso se deu em decorrência de um acerto prévio entre interessados ou de um equívoco do Promotor de Justiça, quem revisará este feito, especialmente nos casos em que a vítima é despersonificada como, por exemplo, a incolumidade pública? Quando muito o Magistrado determinaria a remessa para a apreciação de possíveis condutas desviantes ao Conselho Nacional do Ministério Público – CNMP e a Ordem dos Advogados do Brasil e ficaria a mercê de um reconhecimento futuro de uma falha disciplinar e de uma tentativa judicial de declaração de nulidade com todas as circunstâncias que protegem o cidadão e se ligam ao princípio

do não *reformatio in pejus*, mesmo que este não irradie seus efeitos de uma forma absoluta, como se sabe, em alguns casos. O certo é que anos terão decorridos.

Em um outro norte, a tradicional decisão judicial conduz e desafia aos recursos de todas as partes envolvidas até a instância derradeira, com a formação de uma tessitura suficiente nos autos para se apurar, inclusive, os indícios de desvios funcionais de todas as personagens do processo.

Vale sempre a pena lembrar, vez que muitos se mostram incautos, que a realidade nacional no espectro da segurança pública e da confiança no sistema de justiça não se mostra distante do sofrível. Pedro Scuro Neto, pesquisador da área da Sociologia Jurídica, fez dois apontamentos em sua obra que aqui são transcritos em sequência, eclodindo como de suma importância para o seio da discussão aqui apresentada (SCURO NETO, 2010, p. 72):

Uma das conclusões foi que existe uma minoria de “criminosos crônicos” (6% da população) que cometem mais da metade de todos os crimes (mais exatamente, 71% dos homicídios, 73% dos estupros, 82% dos roubos).

Um desses advogados, em determinado ano, acompanhou 130 casos de assassinatos dos quais apenas 10 foram a júri. Não mais que três de seus clientes cumpriram pena na cadeia. Ele mesmo explica a razão de seu sucesso: a “ineficiência do sistema policial e judiciário brasileiro” (em 80% dos processos que acompanha a polícia não foi capaz de juntar provas que sustentem os inquéritos). Assim “fica fácil para qualquer advogado de defesa”, concluía.

Por conseguinte, não se vislumbra qualquer benefício ao processo e a sociedade, esta última como a maior interessada, na adoção da recente interpretação pelo Superior Tribunal de Justiça e, quiçá, pelo Supremo Tribunal Federal como se avizinha. O interesse público, legítimo e ordeiro, não pode ser vilipendiado pelo obliúvio seletivo impulsionado por uma corrente minoritária quando cotejada com o legítimo sentimento popular e com o caminho clássico incrustado de uma real transparência no âmbito decisório.

A humanidade desde os seus primórdios busca a segurança. Reinaldo Dias sintetizou esse ideal perseguido pelas organizações sociais coletivas ao elaborar a assertiva de que “*Nenhuma sociedade, nem as mais simples, pode funcionar, a menos que o comportamento da maior parte das pessoas possa ser previsível na maior parte das vezes*”. (DIAS, 2014, p. 11).

Eros Grau, mais uma vez merece a sua citação neste trabalho ao prescrever em sua obra que “*O chamado direito moderno é racional, na medida em que permite a instalação de um horizonte de previsibilidade e calculabilidade em relação aos comportamentos humanos – vale dizer: segurança. Cotidianamente trocamos nossa insegurança por submissão ao poder*” (GRAU, 2013, p. 24).

Os sistemas sociais avançaram a partir dos diversos modelos de Estado propostos até atingirmos o atual estágio, como primorosamente expôs Renato Gugliano Herani, em sua obra situada no ambiente da legislação magna ao descrever, nos seguintes termos, a consolidação do constitucionalismo “*Em busca da colocação em prática desse ideal, a humanidade ancorou-se na crença de que a melhor maneira de impor freios aos detentores do poder seria por meio do direito, como veículo de produção de regras fixas consolidadas num texto escrito, numa Constituição*” (HERANI, 2010, p. 34).

Em que pese o caminho histórico percorrido, nele nunca se perdeu a certeza de que quanto maior o número de pessoas em um convívio gregário, desde os pequenos grupos que ultrapassam as lindes do núcleo familiar mínimo – e às vezes, nem mesmo nestes – tem se vivido a impossibilidade do consenso. Esses conflitos de interesses, sejam em uma órbita maximizada ou diminuta, se acomodam, em muito, com a atividade política do ser humano, muitas vezes dentro dos limites do que ela se propõe como altaneira, em outras, assumindo a sua forma degenerada e egoística ao atender ao indivíduo ou a uma classe específica. É um cenário imanente ao ser humano. Cesare Beccaria digrediu com feliz precisão sobre esta faceta da vida em sociedade (BECCARIA, 2014, p. 16):

Ninguém faz graciosamente o sacrifício de uma parte de sua liberdade apenas visando o bem público. Tais fantasias apenas existem nos romances. Cada homem somente por interesses pessoais está ligado às diversas combinações políticas deste globo; e cada um desejaria, se possível, não estar preso pelas convenções que obrigam os demais homens.

A atividade política, portanto, leva a acomodação dos interesses e é uma expressão de Poder por ser a propulsora da facilitação no processo de alocação dos desejos. E esta, a atividade política, se manifesta em sua forma mais sensível e abrangente, ao ponto de abarcar as sociedades globais, pelo Direito que é o instrumento dotado da coercitividade e difusamente aceito pelas comunidades modernas como o fator de segurança jurídica e fática. Willis Santiago Guerra Filho e Henrique Garbellini Carnio apresentaram os contornos desse fenômeno inequívoco (GUERRA; CÁRNIO, 2013, p. 15):

O poder é realidade multifacetada, tendo como ambiência o contexto social. Há o poder das ideias, do saber, que se expressa como ideologia; há o poder econômico, que se manifesta na riqueza; e há o poder político, que se organiza, em sociedades complexas como a nossa na forma de Estado, através do Direito. O Estado congrega organismos de decisão, como o Congresso e o governo, bem como de execução, como o aparato burocrático, havendo ainda parte dele que se ocupa, a um só tempo, de ambas as tarefas, como é o caso do Poder Judiciário.

Percorrido todo o trajeto com o raciocínio acima descrito, permite-se, de forma arriscada e sujeita a incompreensão ou a má interpretação, em muito decorrente da tradição de não se enfrentar o *status quo* estabelecido na comunidade jurídica, quando mais com pautas docilmente sorvidas por uma grande parte da população que se vale da necessidade de transpirar publicamente as suas supostas boas intenções que: em primeiro, reiterando o que já foi exposto, nenhuma tese de argumentação jurídica, venha de Muller, de Alexy ou das milhares de outras que tentam impor um arquétipo de decisão perfeita ou menos imperfeita, têm validade prática ou empírica nos Tribunais e nos julgamentos que deles decorrem por esbarrarem na independência do julgador e na sua personalíssima ideologia política, inerente não só ao julgador, mas ao ser humano. E, mais, não se vislumbra uma possibilidade real de se pautar o desenvolvimento do mérito da decisão que provém da atividade mental do Magistrado – *coisa diversa de pautar o procedimento para julgar a lide posta* -, pois significaria pré determinar um julgamento; em segundo, Direito é, em verdade, Política, ponto que de forma sucinta será adiante melhor esclarecido.

Afirmar que Direito é, ao final, Política, promove uma repulsa quase que instantânea e natural no operador do direito tradicional. Entretanto, a leitura acurada do que foi pesquisado e estruturado sobre o desenvolvimento histórico do Estado e do Direito, com um liame

inquebrantável entre os mesmos, demonstra que o Poder que pode ser dito como o primaz na sociedade transitou do Executivo para o Legislativo e, agora, se encontra no Poder Judiciário. Observa-se que a primeira alteração de foco do Poder aqui nomeado livremente como “Primaz”, deslocou-se do Executivo para o Legislativo por força das Revoluções, restando como seu marco histórico, quando não se credita o real valor a antecedente Revolução Americana, a Revolução Francesa. O Legislativo passou a ser o “Poder Primaz”. O juiz não seria mais a *Boca do Rei*, mas sim, a *Boca da Lei*, sendo esta, a Lei, uma prescrição do povo construída no seio do Poder Legislativo, por aquele, pelo povo, eleito.

As leis, de forma incontestada, são o produto da atividade política e todas as classes e indivíduos buscam ter uma lei para, vulgarmente, “chamar de sua”, mas, tecnicamente, a intenção é a de receber a tutela do Estado, com o fito de que este, o Estado-Juiz, compila, subjugando aqueles que lesarem o Direito protegido e pertencente à determinada categoria ou indivíduo, a repará-lo ou cessar com a ofensa. Há muito, portanto, de um poder *stricto sensu*, de caráter naturalístico, revelando-se aqui a face nua e crua do que pode ser – e muitas vezes é – a Lei.

Entretanto, os conformadores do Poder Político, que é o verdadeiro *Poder de Fato* ou *Primaz*, parecem ter contribuído muito para que se criassem os espaços interpretativos da Lei *lato sensu* e que culminaram contemporaneamente com aceitação global da atividade exegética jungida a recepção dos movimentos do neoconstitucionalismo, do pós-positivismo, do pós-constitucionalismo e de outras nomenclaturas que apontam para a existência vigorosa e benéfica para as sociedades de um “Direito Vivo”, que andaria a par e passo com as mesmas. Essas correntes se mostram conglobadas nas nomeadas teses substancialistas ou dos valores substantivos que floresceram na esfera constitucional e dilatam exponencialmente a prerrogativa interpretativa do hermeneuta e, por fim, dão azo ao fenômeno do Ativismo Judicial e conferem *a atual legitimidade ao protagonismo do Poder Judiciário*. Apesar das teses substancialistas serem contrapostas pelas teses procedimentalistas, que são aquelas que buscam diminuir o espectro de atuação dos julgadores, especialmente em âmbito Magno, para conter eventuais avanços indevidos e a interferência de aspectos políticos nas decisões, estas se mostram pálidas para impedir a consolidação das primeiras, como factualmente afere-se pelo teor das decisões proferidas nos Tribunais hodiernamente.

É interessante anotar que esta atuação em linhas reservadas outrora ao Poder Legislativo, quando exercitadas pelo Poder Judiciário, o

que se dá amiúde, não são fortemente repudiadas por qualquer força estatal ou econômica em bloco, com toda a força Política que estas possuem, mesmo quando ocasionalmente fortemente prejudicadas. Soa eloquente que essa resignação silente tem os seus fundamentos, embora lacrados nos recônditos dos diretamente interessados e não possam ser acoimados levemente de desvios de conduta.

O que parece ser possível afirmar é que a atividade política tomou conta do Direito em suas duas fases. A legislação nasce da atividade política dentro do Poder Legislativo e, posta a Lei em vigência, esta recebe os novos contornos, com os mais variados matizes, a partir da colmatação, da lapidação ou da extensão que lhe imprime o Poder Judiciário no exercício de uma atividade que dá a sensação de provir da ordem política ou, no mínimo, jurídico-política. Isso demonstra que temos atualmente duas fricções na legislação até chegarmos a “Norma”, esta traduzida como o resultado da Lei interpretada: a que provém de sua criação, entre as personagens do cenário legislativo representando os seus setores; e, posteriormente, a declaração do que “realmente a Lei alcança” a partir de uma, *praticamente*, livre interpretação promovida pelos Tribunais e, ao final, pelo Tribunal Constitucional, que promove os seus influxos na peça legal por meio da atividade hermenêutica de seus Magistrados que, como não poderia deixar de ser, muitas vezes são guiados pelas suas convicções pessoais, já que sofrem, humanos que são, as influências sociais, inclusive, as políticas.

Repisa-se, com o respeito que merecem as argumentações e teses sobre a necessária equalização entre a adequação do discurso e dos fundamentos adotados pelo Magistrado com as eventuais e supostas lindes existentes para legitimar a decisão, que todas elas não conseguem apreender ou restringir a subjetividade inerente ao ser humano nesta posição.

Soma-se a esse quadro que, de plano sugere exigir maiores cuidados de uma nação para com os moldes de funcionamento de sua Corte Magna e derradeira, o fato de que ao Tribunal Constitucional não se apresenta como um obstáculo para os seus julgamentos, p.e., sequer o trânsito em julgado material. Em verdade, não se conhecem quaisquer amarras formais. Inexiste um marco objetivo para o alcance da sua atuação, a não ser a sua própria autocontenção, advinda de um limite intangível instalado exclusivamente pelas reações e relações no âmbito político (MARTINS JÚNIOR, 2018, p. 135). Destarte, temos um Tribunal que pode ser apontado como “Infrene” e que deu demonstrações disso em casos

recentes, onde o Sistema Acusatório Puro é absolutamente destoante, v.g., o Inquérito Judicialiforme em curso. Esse cariz do Tribunal Constitucional brasileiro é descrito, sem o seu completo esgotamento diante da amplitude do tema, nesses termos (MARTINS JÚNIOR, 2018, p. 216/217):

Em verdade, a simbiótica relação entre as teorias, princípios, regras e conceitos utilizados para a interpretação constitucional moderna, sob o manto das teses substancialistas, muito ao largo de se configurar uma discussão bizantina, frívola, trazem a lume pensar em algo muito mais acutilador da legitimidade da atividade judicial em seara magna do que um *tribunal de proporcionalidade e razoabilidade*, podendo se entrever a existência de um *Tribunal Normativo Infrene*, uma vez que tem o poder de criar normas extraídas dos textos legais, *lato sensu*, valendo-se de conceitos abertos e sem vinculação com qualquer balizamento *atual* e intransponível, de caráter objetivo, diante da característica da fundamentação claramente fungível e fluída. Fica evidente que o poder da Corte Constitucional é muito mais denso do que aquele que emana da mera atividade jurídica.

Verifica-se assim, cada vez mais com a possibilidade de ser certa a alusão a existência no Brasil de um Tribunal Político-Deliberativo consubstanciado no Supremo Tribunal Federal, o que não deve ser visto como um demérito quando o mesmo se vê devidamente legitimado pelo povo e, deste modo, ornado com um suficiente substrato democrático para um desiderato deste quilate. Não obstante, parece ser questionável se o Tribunal Constitucional brasileiro se vê suficientemente colmatado com o aludido dote democrático em medida suficiente para o seu assaz ativismo judicial pela via do modelo representativo vigente.

Pelo exposto, ganha força a percepção de que o Tribunal Constitucional brasileiro, assim como outros em atuação pelo mundo, vive uma época de recepção de Discursos Políticos que acabam se travestindo por intermédio dos *ilimitados* recursos interpretativos à disposição dos julgadores constitucionais, em Normas Jurídicas, gerando sazonalmente as “novas ondas de verão” como apregoou George Marmeisten. Nessa linha, retoma-se às conclusões em trabalho acadêmico de pós-doutorado para imprimir o concatenamento lógico ao presente ensaio (MARTINS JÚNIOR, 2020, p. 57):

Tem-se, assim, sob a perspectiva deste estudo, a inserção de um Discurso Político, e mais, aparentemente “politicamente correto”, na esfera da normatividade jurídica constitucional para a solução de um problema específico, sem coesão lógica e fundamentos suficientes para resistirem a contraposição lógica, revelando o alto grau de atividade política e ideológica presente nas Cortes

Constitucionais, tornando crível a possibilidade de se criar teorias, princípios ou subprincípios justificadores de quaisquer das intenções dos julgadores constitucionais e aos a eles ligados, variando apenas o grau de utilidade real para a sociedade, pois, ao final, apenas há uma opção pelo que seria o mais “Justo e Moral” em cada caso, estes elementos ou cernes estruturantes da grande maioria de princípios ou das técnicas de interpretação e aplicação do Direito Constitucional atual.

Indubitavelmente a atuação do Supremo Tribunal Federal nesses moldes, estimula, até pelo nosso sistema híbrido de controle de constitucionalidade, que outros Tribunais e julgadores se apropriem de Discursos Políticos e imprimam a sua leitura acerca da constitucionalidade e o acerto da legislação que é positivada.

Como se viu, ao menos em duas oportunidades, uma delas citada *an passant* a título de exemplo, no caso, a aplicação do Direito à Felicidade para justificar a autorização da Multiplicidade Filial e, agora, pela interpretação do novel implemento legislativo – *que pode ser repudiado pela Corte Magna a qualquer tempo* – de um suposto Sistema Acusatório Puro ínsito na Constituição Cidadã, que se apresentou, aos olhos deste ensaio, com uma aparência sistêmica alquebrada, faz inferir que essa prática exegética do Poder Judiciário, e em especial da Corte Magna, de buscar o sentido dos comandos positivos valendo-se das mais variadas fontes, explícitas, implícitas e etc., no Texto Maior, produz situações inadequadas para a pacificação das relações coletivas na sociedade, gerando riscos de distorções sem que exista um pacto efetivamente consciente da população que delegue essa atividade de natureza, ao final, legislativa, ao Tribunal Constitucional que deveria, apenas, julgar, transpondo este limite à mínima.

7 CONCLUSÃO

Ao teor de tudo o que foi neste ensaio exposto, conclui-se que novamente o Discurso Político, que se alia à necessidade atual de pessoas e instituições se posicionarem de maneira que soe politicamente correta buscando imunizar a sua imagem pública de críticas, fez com que os Tribunais Superiores sufragassem uma interpretação que pode não ter se atentado de uma forma mais acurada com o consequencialismo da decisão, um dos efeitos a serem estudados previamente ao seu nascedouro,

especialmente quando ela apresenta contornos de inovação no ordenamento jurídico com eflúvios imanentes da área legislativa.

O esmiuçar da interpretação abraçada na decisão do Superior Tribunal de Justiça e aplicada aos casos práticos cotidianos expostos aqui demonstraram não se constatar nada indene de dúvidas de que seja benéfico, sequer a título de uma prognose, para o resultado empírico nas relações processuais penais. Apenas pareceu abrir flancos para que eclodam novos hiatos legais e por conseguinte posteriores interpretações colmatadoras a título de possíveis remendos jurídico-legislativos que, ao final, como defende a essência desse trabalho, redundam como o resultado de uma atividade política na interpretação judicial, o que não agrega nada de insofismavelmente positivo para a sociedade, uma vez que faz florescer uma sensação ao agente do fato, ao operador do direito e a comunidade, de que o sistema de justiça opera como que relegado a uma álea, dependendo, ou da interpretação da acusação, seja se aplicando o dito sistema acusatório puro, ou do Magistrado pela via tradicional, expondo o quão bizantina é a alteração acolhida uma vez que não influencia em nada no mérito do processo e não evita a possibilidade das comezinhos disparidades de entendimento quando da *decisão* no incidente versando sobre a prisão preventiva, sendo ainda extremamente perigosa – *eventualmente sediciosa* -, ao tentar avançar sobre o mérito, ou seja, a culpa ou não do agente, com a tentativa de supressão da validade, ou constitucionalidade, do artigo 385 do Código de Processo Penal. Dimana parecer apenas uma busca refratária e inócua de retirar o tradicional meio de questionamento integral da situação processual de qualquer acusado do âmbito do Judiciário pela crença, talvez ingênua, de que a mudança do julgador, do Juiz para o Promotor de Justiça, produziria alterações substanciais, quando em verdade as correntes doutrinárias e jurisprudenciais caminham sólidas, em que pese controversas, entre os membros das duas carreiras.

Sob esse cenário, impõe-se airoso, afirmar que a corrente garantista penal é, antes de tudo, válida e legítima em um espaço dialético e democrático como o que temos em nosso país, especialmente para conter extremismos com eflúvios ditatoriais ou fascistas. Não obstante, em algumas oportunidades essa corrente parece se esforçar em argumentos que soam como parciais e desconexos quando postos sob a perspectiva da intenção de um benefício *verdadeiramente* coletivo e difuso, e não só de um nicho específico da sociedade, o que conflita com o interesse público soberano. Com isso, permite-se também entrever existir uma clara renitência em se admitir no seio dos operadores do direito dotados da

independência funcional, que esta deveria ser exercida em prol da sociedade *quando os interesses desta são legítimos sob a luz dos Direitos Fundamentais da pessoa*, pois, antes de serem membros de Poder dotados da responsabilidade na condução do Estado, são servidores públicos. É óbvio que o interesse legítimo da sociedade não permite, jamais, *olvidar das garantias pétreas do cidadão*, nas quais não se consegue ver como inseridas um deslocamento casuístico e inócuo de uma decisão interlocutória na persecução penal.

Ressalta-se, reforçando o que se expressou acima, que não há aqui qualquer pretensão sórdida de se repudiar a plena validade de quaisquer dos Direitos Humanos e das Garantias do cidadão. Todavia, é bom destacar que a voragem da corrente garantista penal, episodicamente, passa uma impressão pública de estar agregada ao incentivo da criminalidade e da impunidade em razão de seu vetusto extremismo – *limitada, frise-se, a uma parte de seus defensores* -, talvez pela ausência de uma leitura dos comandos legais com o necessário olhar permeado pelo adágio do *cum grano salis*, dado que os fatos negativos alhures citados continuam a assolar o país, como dito, mesmo transpostas mais de três décadas de uma nova Carta Magna e, aqueles, que se encontram conglobados de forma mais robusta na vida revestida ininterruptamente sob a insegurança pública, são explorados massivamente para os fins político-eleitorais com um viés populista que, desprovida da imperiosa temperança, leva ao extremismo e a odiosa polarização violenta. Esse vilipêndio à prudência pelos utentes dos discursos opostos, demonstra que o desequilíbrio em nossas batalhas e condutas não levam a resultados positivos, seja pela verve imprimida na conduta dos agentes julgadores despida de um pálio mais límpido aos olhos de todos, ou por outras condutas humanas que surgem de forma transversal ou subjacente a esses julgamentos e que se mostram contrárias ao ambicionado pelo bem comum.

Este ensaio também não se presta a sorrateiramente disseminar qualquer intenção de desqualificar o Poder Judiciário ou outras instituições e tampouco aniquilá-las. A leitura atenta da tese de doutorado que culminou com o ulterior livro “*A Inadequação do Supremo Tribunal Federal vigente para o Constitucionalismo no Estado brasileiro e a necessidade de um Tribunal Constitucional especializado e legitimado*”, descortina a proposta de se reconhecer que o Tribunal Constitucional brasileiro se tornou, em verdade, um grande Conselho Deliberativo com funções de Governo e com uma natureza Político-Jurídica e tem se

mostrado na atualidade, pela sua suprema atividade constitucional consolidada, acima dos Poderes Executivo e Legislativo. Na linha do que prescreveu André Ramos Tavares ao citar Balzac, não há que se extinguir o Supremo Tribunal Federal e muito menos expulsar ou banir os seus Ministros como se fossem párias. Pensa-se que o ideal seria readequá-lo, limitá-lo aos temas constitucionais, situando-o formalmente fora do Poder Judiciário e acima dos demais Poderes, como um Poder Moderador e o verdadeiro personificador e guardião da Constituição, modificando o procedimento instrumental na atividade da Corte, bem como o de escolha e de manutenção de seus membros no exercício dessa missão nacional suprema que não apresenta limites claros para a sua atuação.

Para isso, e também para um mais rigoroso controle da constitucionalidade com o uso do neoconstitucionalismo, que é uma atividade espreada por toda a estrutura judiciária, imagina-se que careceria o Tribunal Constitucional de lhe serem conferidas maiores densidade e legitimidade democráticas para o exercício claro e assente de guiar os três Poderes em uma direção mais profícua para o país, sem que isso implique em imaginarmos que seria o Tribunal que acabaria com o dissenso, pois este, o dissenso, tem como elementar a sua ubiquidade, como se viu nos exemplos práticos expostos com o deslocamento do poder de julgar a necessidade da prisão preventiva. Entrementes, seria uma Corte Constitucional com essa moldura imaginada um *legítimo e inquestionável* espaço democrático, jurídico e deliberativo, para dirimir os dissensos de ordem constitucional, quando provocado, estabelecendo balizas a serem obedecidas, mesmo que se valendo de toda a amplitude que as teses substancialistas e o pós-constitucionalismo permitem, mas, assim, inequivocamente representando a mais próxima vontade *legítima* do povo.

REFERÊNCIAS

ALEXANDRE, Robert. Teoria da argumentação jurídica: a teoria do discurso racional como teoria da fundamentação jurídica. Trad. Zilda Hutchinson Schild Silva. 3 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2013.

BARROSO, Luis Roberto. Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática. Disponível em : <www.direitofranca.br/direitonovo/FKCEimagens/file/ArtigoBarroso_para_Selecao.pdf>. Acesso em: 31 out. 2011.

_____. Neoconstitucionalismo e constitucionalização do direito: O triunfo tardio do direito constitucional no Brasil. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/7547/neoconstitucionalismo-e-constitucionalizacao-do-direito>>. Acesso em: 1 jun. 2015.

_____. O novo direito constitucional brasileiro: contribuições para a construção teórica e prática da jurisdição constitucional no Brasil. 2 ed. Belo Horizonte: Fórum, 2013.

BASTOS, Celso Ribeiro. Hermenêutica e interpretação constitucional – Pressupostos hermenêutico-constitucionais. 3 ed. São Paulo: Celso Bastos, 2002.

BAUMAN, Zygmunt. Aprendendo a pensar com a sociologia. Trad. Alexandre Werneck. Rio de Janeiro: Zahar, 2010.

_____. Legisladores e intérpretes: sobre modernidade, pós-modernidade e intelectuais. Trad. Renato Aguiar. Rio de Janeiro: Zahar, 2010.

BECCARIA, Cesare. Dos delitos e das penas. Trad. Torrieri Guimarães. 7 ed. São Paulo: Martin Claret, 2014.

BOBBIO, Norberto. A era dos direitos. Trad. Carlos Nelson Coutinho. Apr. Celso Lafer. Rio de Janeiro : Elsevier, 2004.

BONAVIDES, Paulo. Curso de direito constitucional. - 31. ed., atual. - São Paulo : Malheiros, 2016.

COMPARATO, Fábio Konder. Ética: direito, moral e religião no mundo moderno / Fábio konder Comparato – São Paulo : Companhia das Letras, 2006.

DESCARTES, René, 1596-1650. Meditações metafísicas. Trad. Maria Ermantina de Almeida Prado Galvão. São Paulo : Folha de São Paulo, 2015 – (Coleção Folha. Grandes nomes do pensamento : v. 5).

DIAS, Reinaldo. Sociologia do direito: a abordagem do fenômeno jurídico como fato social. - 2. ed. - São Paulo: Atlas, 2014.

DIMOULIS, Dimitri; **MARTINS**, Leonardo. Teoria geral dos direitos fundamentais. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

_____. Neoconstitucionalismo e moralismo jurídico. Disponível em: <http://www.academia.edu/1615334/Neoconstitucionalismo_e_moralismo_juic3%Addic>. Acesso em: 1 jun. 2015.

DWORKIN, Ronald. A justiça de toga; tradução Jefferson Luiz Camargo ; revisão da tradução Fernando Santos ; revisão técnica Alonso Reis Freire. - São Paulo : Editora WMF Martins Fontes, 2010. - (Biblioteca Jurídica WMF).

FERREIRA, Delson. Manual de sociologia: dos clássicos à sociedade da informação. - 2. ed. - 9. reimpr. - São Paulo : Atlas, 2012.

GRAU, Eros Roberto. Por que tenho medo dos juízes (a interpretação do direito e os princípios) 6. ed. - São Paulo : Malheiros : MÉTODO. 2013.

GUERRA FILHO, Willis Santiago; **CARNIO**, Henrique Garbellini. Introdução à sociologia do direito. - São Paulo : Editora Revista dos Tribunais, 2016.

_____. Teoria política do direito : a expansão política do direito. 2. ed. rev., atual. E ampl. - São Paulo : Editora Revista dos Tribunais, 2013. 34, 2009.

HERANI, Renato Gugliano. Controle de constitucionalidade das leis pré-constitucionais. Rio de Janeiro; São Paulo: Forense; Método, 2010.

HESSE, Konrad. A força normativa da constituição (Die normative Kraft der Verfassung). Trad. Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre : Sergio Antonio Fabris Editor, 1991.

JELLINEK, Georg. A declaração dos direitos do homem e do cidadão : contribuição para a história do direito constitucional moderno; organização, estudo introdutório e tradução de Emerson Garcia – São Paulo : Atlas, 2015. (Coleção clássicos do direito; v. 2.)

KANT, Immanuel. Crítica da razão pura. Trad. J. Rodrigues de Meringe. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 2014.

KELSEN, Hans, 1881-1973. Teoria pura do direito; [tradução João Baptista Machado]. 6. ed. - São Paulo : Martins Fontes, 1998. - (Ensino Superior).

LASSALLE, Ferdinand. A essência da constituição. 5. ed. Rio de Janeiro : Lúmen Júris, 2000.

LOPES JR., Aury. Direito processual penal, 17ª edição, São Paulo : Saraiva Educação, 2020.

MACHADO NETO, Antônio Luis, 1930-1977. Sociologia jurídica. - 6. ed. - São Paulo : Saraiva, 1987.

MACHIAVELLI, Niccoló, 1469-1527. O príncipe : com notas de Napoleão Bonaparte; tradução de J. Cretella Jr. e Agnes Cretella. - 4. ed. rev. da tradução – São Paulo : Editora Revista dos Tribunais, 2006.

MARMEISTEIN, George. O Estado de Coisas Inconstitucional – ECI: apenas uma nova onda do verão constitucional? Artigo publicado em: <http://direitosfundamentais.net/2015/10/02/o-estado-de-coisasinconstitucional-eci- apenas-uma-nova-onda-do-verao-constitucional/>. Consultado em 03.01.2017.

MARTINS JÚNIOR, Lázaro Alves. A crise na hermenêutica constitucional e o novo Código de Processo Civil. Revista do Direito Público, Londrina, v. 11, n. 2, p.196-229, ago. 2016. DOI: 10.5433/1980-511X.2016v11n2p196. ISSN: 1980-511X. Disponível em <http://www.uel.br/revistas/uel/index.php/direitopub/article/view/24164/19693>. Consultado em 22 fev. 2017.

_____. A impossibilidade do consenso e o direito. 2016. http://www.lexmagister.com.br/doutrina_27185905_A_IMPOSSIBILIDADE_DO_CONSENSO_E_O_DIREITO.aspx. Consultado em 07.03.2021.

_____. A inadequação do Supremo Tribunal Federal vigente para o constitucionalismo no Estado brasileiro e a necessidade de um Tribunal Constitucional especializado e legitimado - Goiânia: / Kelps, 2018

_____. Crítica à múltipla filiação registral e os seus efeitos nas linhas sucessórias a luz da interpretação constitucional com fulcro na teoria dos valores substantivos – substantive values – e do direito fundamental à felicidade. *Quaestio Iuris*. vol. 12, nº. 04, Rio de Janeiro, 2019. Pp.266-305DOI:10.12957/rqi.2020.39696. Consultado em 07.03.2021.

_____. Manual pragmático de direito processual civil. Com as perspectivas de inovação do novo processo civil, orientações para elaboração de peças e fluxogramas. Goiânia : Kelps, 2015.

_____. O tribunal magno no estado constitucional brasileiro e o princípio constitucional da harmonia financeiro-estrutural do estado como um instrumento para a garantia de eficácia material dos direitos humanos fundamentais no brasil. Goiânia : Kelps, 2020.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. Eficácia das normas constitucionais e direitos sociais. 1. ed. 4. tir. - São Paulo : Malheiros Editores, 2015.

MIRANDA, Jorge. Teoria do estado e da constituição. - 4. ed. - Rio de Janeiro : Forense, 2015.

MULLER, Friedrich, 1938 - . O novo paradigma do direito : introdução à teoria e metódica estruturantes. - 3. ed. rev. atual. e ampl. - São Paulo : Editora Revista dos Tribunais, 2013.

_____. Tesis acerca de la estructura de las normas jurídicas. *Revista española de derecho constitucional*. Madrid, n. 27, p. 111-126, 1989. Disponível em <<http://dialnet.unirioja.es/servlet/autor?codigo=77386>>. Acesso em: 1 jun. 2015.

NIETZSCHE, Friedrich Wilhelm, 1844-1900. Além do bem e do mal : prelúdio a uma filosofia do futuro; tradução, notas e posfácio de Paulo César de Souza – 1. ed. - São Paulo ; Companhia das Letras, 2005.

_____. Assim falava Zarathustra : livro para toda gente e para ninguém; apêndices Elisabeth Foster Nietzsche ; tradução José Mendes de Souza ; prefácio Geir Campos. - [Ed. especial]. - Rio de Janeiro : Nova Fronteira, 2012. (Saraiva de Bolso)

_____. Crepúsculo dos ídolos, ou, como se filosofa com o martelo; tradução, apresentação e notas de Renato Zwick. - Porto Alegre, RS : L&PM, 2015.

_____. Genealogia da moral : uma polêmica; tradução, notas e posfácio de Paulo César de Souza. – São Paulo : Companhia das Letras, 2009.

OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. Curso de Processo Penal. 10. ed. atual. De acordo com a reforma processual penal de 2008. Rio de Janeiro : Lúmen Júris, 2008.

PONDÉ, Luiz Felipe. Guia politicamente incorreto da filosofia. - São Paulo : Leya, 2012.

SCHOPENHAUER, Arthur, 1788-1860. 38 estratégias para vencer qualquer debate : a arte de ter razão; tradução Camila Werner; com introdução de Karl Otto Erdman . - São Paulo : Faro Editorial, 2014.

_____. Aforismo sobre a sabedoria de vida; tradução : Jair Barboza. - São Paulo : Folha de São Paulo, 2015 – (Coleção Folha. Grandes nomes do pensamento : v. 2).

_____. As dores do mundo : o amor – a morte – a arte – a moral – a religião – a política – o homem e a sociedade; tradução de José Souza de Oliveira. - São Paulo : EDIPRO, 2014. - (Clássicos EDIPRO)

SCURO NETO, Pedro. Sociologia geral e jurídica: Introdução ao estudo do direito, instituições jurídicas, evolução e controle social. 7 ed. São Paulo: Saraiva; Zahar, 2010.

SILVA, José Afonso da. Aplicabilidade das normas constitucionais. 8ª ed. São Paulo : Malheiros Editores, 2012.

_____. Curso de direito constitucional positivo. São Paulo : Malheiros, 2003.

SOUSA, Pedro Ivo de Sousa; **MACHADO**, William Clinton. A produção comparada da prova no sistema penal acusatório: uma análise crítica do *cross examination* nos sistemas processuais penais italiano e brasileiro - Revista do Ministério Público do Estado de Goiás (versão eletrônica) - N. 36 – JUL-DEZ/2018. Consultado em 07.03.2021.

TAVARES, André Ramos. A constituição é um documento valorativo? Revista Brasileira de Direito Constitucional – RBDC n. 09 – jan./jun. 2007 p.337/348. Disponível em http://www.esdc.com.br/RBDC/RBDC-09/RBDC-09-337-Andre_Ramos_Tavares.pdf. Consultado em 07.02.2018.

_____. Justiça constitucional e suas fundamentais funções. Revista de Informação Legislativa. Brasília. a. 43 n. 171. jul./set. 2006. Disponível em <http://www2.senado.leg.br/bdsf/item/id/95317>. Consultado em 07.02.2018.

_____. Paradigmas do judicialismo constitucional. - São Paulo: Malheiros : Saraiva, 2012.

THAMAY, Rennan Faria krüger. A coisa julgada no controle de constitucionalidade abstrato: de acordo com o novo código de processo civil. -São Paulo : Atlas, 2015.

_____. A estabilidade das decisões no controle de constitucionalidade abstrato. - São Paulo : Almedina, 2016.

_____. A relativização da coisa julgada pelo Supremo Tribunal Federal: o caso das ações declaratórias de (in) constitucionalidade e arguição de descumprimento de preceito fundamental. - Porto Alegre : Livraria do Advogado, 2013.

_____. **HERANI**, Renato Gugliano. Jurisdição constitucional concentrada. Curitiba : Juruá, 2016. (Coleção Inovações da Jurisdição Constitucional).

TONINI, Paolo. *A prova no processo penal italiano*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

VOLTAIRE, 1694-1778. Tratado sobre a tolerância. Tradução : Paulo Neves. São Paulo : Folha de São Paulo, 2015 – (Coleção Folha. Grandes nomes do pensamento : v. 3).