

## 4

### Desigualdade jurisdicional criminal

Como visto, os aspectos substancialmente desigualitários adotados pelos órgãos estatais em relação aos indivíduos, detectados desde a política de elaboração do material normativo criminalizante (criminalização primária), terminam sendo sensivelmente potencializados pelo aparato ostensivo de repressão, em especial, os mecanismos seletivos de atuação das polícias (agências de criminalização secundária).

Assim, no mais das vezes, os casos concretos que aportam no aparelho pós-policial de contenção criminal (em especial, o Ministério Público e o Poder Judiciário) revelam basicamente o material garimpado e lapidado na instância policial – e isso a partir de um instrumental normativo iníquo –, o qual se aparta das volumosas cifras negras (convenientes e fundamentais ao sistema).

Portanto, comparado ao mecanismo de controle social como um todo, o campo de atuação do Estado-Judicial revela-se sobremodo limitado, proporcional à pré-selecionada matéria-prima que o alimenta.

Porém, ainda assim, hodiernamente, o setor judicante dispõe de ferramentas hábeis ao redimensionamento dessas bitolas de pré-seleção, cuja utilização pode tender tanto para a correção quanto para o aprofundamento das desigualdades.

De fato, sendo o incremento da criatividade ou ativismo jurisdicional um fenômeno típico do mundo contemporâneo,<sup>185</sup> pode ser usado – especialmente num país desigual como o Brasil – para remediar ou intensificar o tratamento penal desigualitário, como antídoto ou veneno, minimizando ou maximizando as distorções trazidas pelas instâncias preliminares de criminalização.

Contudo, o grau de desconfiança dos jurisdicionados e o alcance desigual da jurisdição criminal (que pode ser constatado a partir do perfil carcerário nacional) são sintomas que sugerem que, lamentavelmente, a atuação judicial definitivamente não tem sido eficiente – ao menos por enquanto – como vetor de correção da desigualdade observada no sistema penal brasileiro.

---

<sup>185</sup> Cf. CAPPELLETTI, Mauro. *Juízes legisladores?* Trad. Carlos Alberto Alvaro de Oliveira. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1999. p. 31.

## 4.1

### Alcance desigual e (des)confiança na jurisdição

O crescimento do Estado Penal e do “penitenciário” experimentado pelo Brasil é facilmente identificável a partir da análise dos dados disponíveis no Departamento Penitenciário (DEPEN) do Ministério da Justiça.

Entre os anos de 2000 e 2009, ou seja, em menos de uma década, a população carcerária nacional *mais que dobrou*, saltando de 232.755 para 473.626 presos (entre provisórios ou condenados), o que representa um aumento de 103,5%.<sup>186</sup>

Com base nos dados do DEPEN, entre os presos que compunham a massa carcerária em dezembro de 2009, cerca de 65,4% podiam ser classificados como analfabetos funcionais, ou seja, indivíduos com menos de quatro anos de escolaridade (em números absolutos, 269.627 presos).<sup>187</sup> Segundo o relatório da Pesquisa Nacional de Amostra de Domicílios (PNAD) realizada em 2003 pelo Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE), a população brasileira maior de 15 anos, na ocasião, contava com 24,8% de analfabetos funcionais.<sup>188</sup> São dados que evidenciam, sem margem de dúvida, que a maior parte da clientela do sistema carcerário foi retirada dos estratos mais carentes da população, confirmando os estereótipos de exclusão apontados pela Criminologia Crítica, na esteira do *labeling approach*.

Esses números atestam que os comandos judiciais prisionais, definitivos ou cautelares, sequentes às pré-seleções social, normativa e policial, apresentam um alcance desigual e distorcido em relação à população nacional, incidindo, preponderantemente, em suas camadas mais pobres. Traduzem o clímax de todo um ciclo de desigualdades inerente ao processo de criminalização e de controle

<sup>186</sup> Disponível em: <<http://portal.mj.gov.br/data/Pages/MJD574E9CEITEMIDC37B2AE94C6840068B1624D28407509CPTBRIE.htm/>>. Acesso em: 05.07.2010. Para se ter uma ideia, no mesmo período (2000-2009), segundo os dados e estimativas do Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE), a população brasileira cresceu apenas 11,8%, passando de 171.279.882 para 191.480.630 pessoas (Cf. Projeção da População 1980 - 2050 - Revisão 2008. Disponível em: <[http://www.ibge.gov.br/home/estatistica/populacao/projecao\\_da\\_populacao/2008/default.shtm](http://www.ibge.gov.br/home/estatistica/populacao/projecao_da_populacao/2008/default.shtm)>. Acesso em: 05.07.2010).

<sup>187</sup> Em torno de 27,0% (111.485) concluíram apenas o Ensino Fundamental e menos de 7,6% (31.017) tinham escolaridade média completa.

<sup>188</sup> O IBGE informa que na PNAD-2003 foram pesquisadas 384.834 pessoas. Disponível em: <<http://www.ibge.gov.br/home/estatistica/populacao/condicaoodevida/indicadoresminimos/sinteseindicadores2004/default.shtm>>. Acesso em: 05.07.2010.

social, inclusive anterior à atuação do aparato oficial repressor. O fenômeno carcerário brasileiro, como se vê, em nada refoge ao diagnóstico de Baratta:

O cárcere representa, em suma, a ponta do *iceberg* que é o sistema penal burguês, o momento culminante de um processo de seleção que começa ainda antes da intervenção do sistema penal, com a discriminação social e escolar, com a intervenção dos institutos de controle do desvio de menores, da assistência social etc.<sup>189</sup>

Não por acaso, o sistema judicial brasileiro está longe de contar com a confiança dos jurisdicionados, sobretudo nas camadas mais carentes da população.

A Fundação Getúlio Vargas lançou em setembro de 2009 o *ICJ-Brasil – Índice de Confiança na Justiça*, projeto que prevê a avaliação trimestral da imagem do Judiciário (por critérios de eficiência, imparcialidade e honestidade) e da percepção da população sobre a capacidade da Justiça de solucionar problemas. Em seu quarto relatório,<sup>190</sup> relativo ao segundo trimestre de 2010, completando um ano do projeto ICJ-Brasil, a pesquisa apresenta os seguintes índices: i) *quanto à morosidade*, 88% dos entrevistados avaliaram que o Judiciário resolve os conflitos de forma lenta ou muito lentamente; ii) *quanto à onerosidade*, 80% disseram que os custos para acessar o Judiciário são altos ou muito altos; iii) *quanto ao acesso*, 72% acreditam ser difícil ou muito difícil o acesso ao Judiciário; iv) *quanto à honestidade*, 61% consideram o Judiciário nada ou pouco honesto; v) *quanto à imparcialidade*, 60% acreditam que o Judiciário é nada ou pouco independente; e vi) *quanto à efetividade*, 54% da população classificam o Judiciário como nada ou pouco competente.

Além disso, segundo o mesmo Relatório ICJ-Brasil, “na declaração espontânea sobre o quanto confiam no Poder Judiciário, apenas 33% dos

<sup>189</sup> BARATTA, Alessandro. *Criminologia crítica e crítica do direito penal: introdução à sociologia do direito penal*. Trad. Juarez Cirino dos Santos. 3. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2002. p.167.

<sup>190</sup> CUNHA, Luciana Gross (Coord.). *Relatório ICJ-Brasil, 2º Trimestre/2010. 1ª Onda*. São Paulo: Escola de Direito de São Paulo. Fundação Getúlio Vargas, 2010. ano 2. Disponível em: <<http://virtualbib.fgv.br/dspace/bitstream/handle/10438/6878/RelICJBRASIL2TRI2010.pdf?sequence=1>> . Acesso em: 31.07.2010. Outra sondagem de opinião pública integrada ao mesmo Projeto, realizada entre os dias 9 e 11 de fevereiro de 2009 pelo Ipespe, revela, segundo a análise de Joaquim Falcão, que, sob a ótica do jurisdicionado, o Judiciário pode ser assim caracterizado: é lento (88%), caro (78%), beneficia alguns setores (69%) e se deixa influenciar pela mídia, empresários ou políticos (63%). Somente uma minoria o considera honesto (39%), independente (28%) e neutro (22%) (FALCÃO, Joaquim. O Judiciário segundo os brasileiros. In.: GUERRA, Sérgio (Org.). *Transformações do Estado e do direito*. Rio de Janeiro: FGV, 2009. p. 19-20).

entrevistados responderam que ele é confiável ou muito confiável”, sendo tanto maior o grau de confiança quanto maior a escolaridade do entrevistado.<sup>191</sup> Comparado a outras instituições, o Judiciário só é mais confiável que o Congresso Nacional (28%) e os Partidos Políticos (21%), perdendo, em termos de confiabilidade, para todos os demais: Forças Armadas (63%), Grandes Empresas (54%), Governo Federal (43%), Emissoras de Televisão (42%), Imprensa Escrita (41%), Polícia (38%) e Igreja Católica (34%).<sup>192</sup>

Esse quadro bem representa a encruzilhada em que se encontra o sistema judicial brasileiro.

Para enfrentar tal situação, segundo a receita de Boaventura de Sousa Santos, o Judiciário precisa assumir sua parcela de responsabilidade na resolução dos problemas relacionados à cidadania, especialmente aqueles causados pelas desigualdades socioeconômicas, sendo fundamental, para tanto, aproximar-se do jurisdicionado e articular-se com outras organizações e instituições. Do contrário, inexoravelmente, “deixará de ter aliados na sociedade e se isolará cada vez mais”.<sup>193</sup>

## 4.2

### Fontes das desigualdades jurisdicionais

A detecção de possíveis causas geratrizes das desigualdades jurisdicionais revela esforço de evidente utilidade tanto teórica como prática. Sua identificação constitui, com efeito, precedente lógico ao desenvolvimento de barreiras e antídotos para contenção das tendências e cacoetes desigualitários que não encontram amparo no ideal constitucional.

---

<sup>191</sup> CUNHA, Luciana Gross (Coord.). *Relatório ICJ-Brasil, 2º Trimestre/2010. 1ª Onda*. São Paulo: Escola de Direito de São Paulo. Fundação Getúlio Vargas, 2010. ano 2. Disponível em: <<http://virtualbib.fgv.br/dspace/bitstream/handle/10438/6878/RelICJBRASIL2TRI2010.pdf?sequence=1>>. Acesso em: 31.07.2010.

<sup>192</sup> *Ibidem*.

<sup>193</sup> SANTOS. Boaventura de Sousa. *Para uma revolução democrática da justiça*. São Paulo: Cortez, 2007. p. 34.

### 4.2.1

#### Subjetivismo. Riscos e tendências conservacionistas

A fonte primária do *subjetivismo* – pontua Enrico Altavilla – é a opinião excessivamente favorável que o indivíduo tem de si próprio.

Segundo a aceção adotada pelo professor napolitano, *subjetivismo* revela “uma exageração egocêntrica” que se projeta sobre os próprios juízos e valores, em face da insuperabilidade do nexos causal que liga a personalidade do indivíduo à sua opinião.

Assim, para Altavilla:

O julgamento não é o produto do momento, mas é a expressão final da nossa personalidade, e para ser sereno, tem de lutar contra as nossas disposições orgânicas inatas e adquiridas, radicadas em nós pelo hábito, a imposição ou sugestão, ou até por outros juízos, que nós havíamos considerado, até então, como indiscutíveis.<sup>194</sup>

O subjetivismo – seguindo com Altavilla – é alimentado pela *instrospecção*, que seria o mecanismo por meio do qual o agente decisor, ao fazer um julgamento, mesmo sem se aperceber, estabelece uma comparação entre seu pensamento (a partir de situações passadas análogas) e o pensamento que supõe tenha direcionado a conduta do outro. Essa operação, embora humanize o ato de julgar, traz riscos e imperfeições, já que a evocação de estados de consciência *pretéritos* se contamina com interferências trazidas pela consciência *presente*, além de jamais retomar de modo pleno os estados emotivos contemporâneos àqueles pensamentos evocados.

Porém, não é só. Em relação ao *julgamento penal* “[...] há uma segunda razão que torna a instrospecção um critério imperfeito para formular um julgamento: com ela pretende estabelecer-se uma comparação entre elementos absolutamente heterogêneos”,<sup>195</sup> isto é, de um lado, o julgador, quase sempre em situação de equilíbrio e estabilidade (ao menos profissionalmente e em relação ao caso sob apreciação); de outro, o acusado, não raro em situação de instabilidade,

---

<sup>194</sup> ALTAVILLA, Enrico. *Psicologia judiciária*. Trad. Fernando de Miranda. São Paulo: Livraria Acadêmica Saraiva & Cia. Editores, 1946, Vol. IV. p. 137/138.

<sup>195</sup> *Ibidem*, p. 140.

de carência ou premido por circunstâncias “cuja eficácia para determinar uma acção não é facilmente imaginável”.<sup>196</sup>

Lídia Reis de Almeida Prado, na mesma linha, destaca que a *subjetividade* e os *valores* do agente de jurisdição – ser humano que é – necessariamente se projetam no ato de julgar e interferem na interpretação, o que faz “cair por terra o ideal de neutralidade do julgador”.<sup>197</sup> No mesmo sentido, aponta Luís Roberto Barroso quando afirma ser impossível atingir-se plenamente a pretensão de neutralidade na função jurisdicional, já que o julgador “estará sempre promovendo as suas crenças, a sua visão do mundo, o seu senso de justiça” e, ainda que fosse possível livrá-lo de suas injunções ideológicas, “não seria possível libertá-lo do seu próprio inconsciente, de sua memória e de seus desejos”.<sup>198</sup>

Alessandro Nepomoceno vai além: a neutralidade é “uma grande falácia [...], o juiz não vai conseguir ser neutro a todo o momento, [...] pois ele pode conduzir a busca da verdade material de acordo com a convicção pessoal”.<sup>199</sup>

Afinal, tal como assevera o professor e magistrado gaúcho Eugênio Facchini Neto:

[...] ninguém consegue sair de si próprio e afastar os condicionamentos existenciais. O juiz julga com todo o seu *eu*, utilizando processos racionais e sofrendo influências de processos irracionais. Razão e preconceitos caminham juntos. O máximo que o juiz pode fazer é dar-se conta disso e procurar afastar alguns preconceitos e impulsos irracionais.<sup>200</sup>

A seu turno, Fernando de Jesus, Ph.D em Psicologia e perito criminal da Polícia Federal, após referir-se a estudos que identificam nas decisões dos órgãos de jurisdição a influência de fatores como opiniões pessoais, ideologia, implicações emocionais, tipo de treinamento, classe e clima social, aponta que as atitudes subjetivas e idiossincráticas servem de “[...] base na qual serão

<sup>196</sup> Ibidem, p. 140.

<sup>197</sup> PRADO, Lídia Reis de Almeida. *O juiz e a emoção: aspectos da lógica judicial*. São Paulo: Millennium, 2008. p. 106.

<sup>198</sup> BARROSO, Luís Roberto. *Interpretação e aplicação da constituição*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 1999. p. 289.

<sup>199</sup> NEPOMOCENO, Alessandro. *Além da lei: a face obscura da sentença penal*. Rio de Janeiro: Revan, 2004. p. 60.

<sup>200</sup> FACCHINI NETO, Eugênio. O juiz não é só o direito (ou A função jurisdicional e a subjetividade). In.: ZIMERMAN, David; COLTRO, Antônio Carlos Mathias (Orgs.). *Aspectos psicológicos da prática jurídica*. Campinas: Millennium, 2002. p. 411.

organizadas as informações chamadas de objetivas, o que leva a uma disparidade de decisões judiciais”.<sup>201</sup>

Howard Becker identifica, ademais, nos órgãos responsáveis pela imposição das regras penais (em análise que se aplica aos agentes judiciais), a tendência a desenvolver uma visão pessimista quanto à natureza humana e cética quanto à “recuperação” dos infratores. Segundo o cientista social norte-americano:

A visão cética e pessimista do impositor de regras é reforçada, claro, por sua experiência diária. Ele vê, à medida que realiza seu trabalho, a evidência de que o problema continua presente. Vê as pessoas que repetem continuamente as transgressões identificando-se claramente a seus olhos como *outsiders*. [...] [Pode-se] supor que uma das razões subjacentes para o pessimismo [...] é o fato de que, fosse a natureza humana perfeita, e pudessem as pessoas ser reformadas de modo permanente, seu trabalho deixaria de existir.<sup>202</sup>

Noutro aspecto, observando o contexto brasileiro atual, não é difícil constatar que os agentes envolvidos com as funções judicantes – pertencentes às chamadas *carreiras de estado*, ou seja, categorias funcionais de destacado relevo no serviço público – são integrantes (e geralmente oriundos) da própria elite social do País.<sup>203</sup> Esses profissionais, embora sejam presumidamente dotados de preparo científico especializado, além de detentores de diferenciado conhecimento empírico sobre a criminalidade real (se comparados ao leigo ou cidadão comum), como pessoas inseridas no convívio em sociedade, apresentam-se susceptíveis aos mesmos medos coletivos e modismos sociais que afetam aos demais, sujeitando-se, inclusive, como todos, à influência dos *mass media* e à cultura do medo.<sup>204</sup>

Segundo Oscar Vilhena Vieira:

Um dos principais problemas que afeta o estado de direito numa sociedade com grandes disparidades na distribuição de recursos, como a brasileira, é que aqueles

<sup>201</sup> JESUS, Fernando de. *Psicologia aplicada à justiça*. Goiânia: AB Editora, 2001. p. 51.

<sup>202</sup> BECKER, Howard S. *Outsiders*. Trad. Maria Luiza X. de A. Borges. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Ed., 2008. p. 162.

<sup>203</sup> Para ilustrar, segundo o Diagnóstico Ministério Público dos Estados, elaborado em 2006 pela Secretaria da Reforma do Judiciário (do Ministério da Justiça), os promotores de Justiça brasileiros (cujo perfil assemelha-se ao dos magistrados) são, em sua maioria, brancos (83,6%); egressos de escolas privadas no ensino médio (60,4%); filhos de pais com nível de escolaridade superior (47,5%) ou médio (18,5%); casados com pessoas de formação universitária (85,7%). Disponível em: <[http://www.conamp.org.br/Estudos/DIAGNÓSTICO\\_MINISTÉRIO\\_PÚBLICO.pdf](http://www.conamp.org.br/Estudos/DIAGNÓSTICO_MINISTÉRIO_PÚBLICO.pdf)>. Acesso em: 10.11.2009.

<sup>204</sup> Não é difícil ver alguns desses profissionais participarem dos debates públicos visivelmente imersos na cultura do medo, não raro a defender, em discursos emocionais e carentes de base científica, teses de hipercriminalização e da normatização penal de emergência, partindo da etiquetagem de *bandidos*, passando pela vigilância aos *perigosos* e chegando à segregação dos *inimigos*.

em pior situação econômica passam a ser vistos como uma ameaça àqueles que detêm a maioria dos recursos, inclusive pelos agentes responsáveis pela aplicação da lei e manutenção da ordem.<sup>205</sup>

Também Altavilla, ao discorrer sobre a psicologia judiciária, aponta a dificuldade de se julgar realidades desconhecidas do julgador-padrão, agente selecionado para exercer a atividade jurisdicional de modo amplo, mas que, em regra, “viveu sempre num pequeno círculo de relações”, “não conhece o mundo em seus múltiplos aspectos” e, portanto, nas palavras do autor:

[...] não pode imaginar sentimentos e paixões diversos dos seus, e quando os aflora com o pensamento, reage como contra uma anomalia, que é necessário, com a violência da pena, repelir para a acinzentada uniformidade do mundo que ele conhece.<sup>206</sup>

Sem contar que se encontra arraigada na cultura judicial dominante o que Boaventura de Sousa Santos chama de *privilégio do poder*. O sociólogo conimbricense esclarece:

[a cultura judicial] não consegue ver os agentes de poder em geral, como cidadãos com iguais direitos e deveres. É uma cultura autoritária que faz com que o poder político tenha, necessária e ‘compreensivelmente’, alguns privilégios junto da justiça. Isso significa medo de julgar os poderosos, medo de tratar e de investigar os poderosos como cidadãos comuns. Trata-se de uma cultura muito difusa nos agentes judiciais e que se manifesta de diversas formas.<sup>207</sup>

O agente de jurisdição, por isso, termina por interpretar e aplicar o arcabouço normativo a partir de sua própria bagagem cultural, emocional e ideológica, inevitavelmente influenciado por *estereótipos* e pelo *senso comum*.<sup>208</sup>

Os *estereótipos* – define Alessandro Nepomoceno – são as “construções mentais, parcialmente inconscientes que, nas representações coletivas ou

<sup>205</sup> VIEIRA, Oscar Vilhena. Estado de Direito e seus limites. In: ZIMERMAN, David; COLTRO, Antônio Carlos Mathias (Orgs.). *Aspectos psicológicos da prática jurídica*. Campinas: Millennium, 2002. p. 392.

<sup>206</sup> ALTAVILLA, Enrico. *Psicologia judiciária*. Trad. Fernando de Miranda. São Paulo: Livraria Acadêmica Saraiva & Cia. Editores, 1946, Vol. IV. p. 142. Boaventura de Sousa Santos segue na mesma trilha: “[o juiz] conhece bem o direito e a sua relação com os autos, mas não conhece a relação dos autos com a realidade. Não sabe espremer os processos até que eles destilem a sociedade, violações de direitos humanos, pessoas a sofrer, vidas injustiçadas. Como interpreta mal a realidade, o magistrado é presa fácil de idéias dominantes. [...] São as idéias dominantes que, nas nossas sociedades, tendem a ser as ideais de uma classe política muito pequena e de formadores de opinião, também muito pequena” (SANTOS. Boaventura de Sousa. *Para uma revolução democrática da justiça*. São Paulo: Cortez, 2007. p. 70).

<sup>207</sup> SANTOS. Boaventura de Sousa. *Para uma revolução democrática da justiça*. São Paulo: Cortez, 2007. p. 69-70.

<sup>208</sup> Cf. NEPOMOCENO, Alessandro. *Além da lei: a face obscura da sentença penal*. Rio de Janeiro: Revan, 2004. p. 63.

individuais, ligam determinados fenômenos entre si e orientam as pessoas na sua atividade cotidiana”;<sup>209</sup> e o *sensu comum*, no que tange à criminalidade – seguindo com o professor catarinense – nada mais é do que a reprodução da ideologia da defesa social, “separando a sociedade em honestos e desonestos, maus e bons, entre outras dicotomias que a mente humana pode construir com o intuito de justificar a desigualdade social”.<sup>210</sup>

Assim é que, não bastasse a legislação penal apresentar-se pragmaticamente tolerante para com os chamados *delitos de rico* (crimes do colarinho branco, sonegação fiscal, evasão de divisas, corrupção ativa, etc.) e a atuação do aparato policial de repressão dar-se de modo seletivo, a posição do agente da jurisdição brasileiro – sua formação e classe social – tende a apartá-lo da realidade do autor de um *crime de pobre*, seu desigual. Com isso, fertiliza-se o terreno para a introjeção da ideia de se dispensar àquele rotulado como “delinquente” um tratamento distante e desumanizado. O “cliente” da jurisdição penal, um típico *outsider*, corre o risco de não significar muito mais do que um mero número de processo ou uma simples estatística, embora eventualmente, em meio ao caldo processual, sujeite-se ao tempero de um sentimento de repulsa, já que tido como uma ameaça – mais um *inimigo da ordem*,<sup>211</sup> que merece ser afastado do convívio e dos olhos das “pessoas de bem”.<sup>212</sup>

Como se não fosse pouco, essa certa “tendência natural” a pré-julgamentos fundados em estereótipos, vem a ser reforçada na *psique* do agente jurisdicional pela sensação de aumento e aproximação da violência, por seus próprios temores e

<sup>209</sup> Ibidem, p. 63.

<sup>210</sup> NEPOMOCENO, Alessandro. *Além da lei: a face obscura da sentença penal*. Rio de Janeiro: Revan, 2004. p. 64.

<sup>211</sup> Natalia Oliveira de Carvalho, no mesmo sentido, apoiando-se em Zygmunt Bauman, assevera: “[...] vê-se, claramente, que a persecução penal dirige-se a um inimigo, via de regra caracterizado pelos excluídos do processo econômico planetário, que ‘constituem um alvo fácil para a descarga das ansiedades provocadas pelos temores generalizados de redundância social’” (CARVALHO, Natalia Oliveira de. *A delação premiada no Brasil*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009. p. 71).

<sup>212</sup> E a crítica baumaniana vai além: “Não admira, portanto, que a idéia da sentença de prisão ser ao mesmo tempo o método mais eficiente de tirar o poder a pessoas potencialmente perigosas e uma doloridíssima retribuição por malefícios ‘faça evidentemente sentido’ e ‘seja absolutamente racional’. A imobilização é o destino que as pessoas perseguidas pelo medo da própria imobilização desejam naturalmente e exigem para aqueles que elas temem e consideram merecedores de uma dura e cruel punição [...]. A prisão, porém, significa não apenas a imobilização, mas também expulsão. O que aumenta a sua popularidade como meio favorito de ‘arrancar o mal pela raiz’. A prisão significa uma prolongada e talvez permanente exclusão [...]. O lema é ‘tornar as ruas de novo seguras’ [...]. A insegurança ambiente concentra-se no medo pela segurança pessoal; que por sua vez aguça ainda mais a figura ambígua e imprevisível do estranho. Estranho na rua, gatuno perto da casa...” (BAUMAN, Zygmunt. *Globalização: as conseqüências humanas*. Trad. Marcos Penchel. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editor, 1999. p. 128/129).

angústias, pela necessidade de sentir-se (e aos seus) em segurança, alimentando, assim, um círculo vicioso de preconceito, marginalização, exclusão, reação e violência.

Na outra margem, tem-se que a natural cumplicidade entre os integrantes de uma mesma classe – algo como uma *affectio societatis* estamentária – traduz o instinto primitivo de autopreservação de qualquer corpo social: os iguais tendem a se aconchegar numa mesma trincheira contra as ameaças e os inimigos externos.

E o subjetivismo do órgão de jurisdição, aliado à projeção de seu modo de vida e à afinidade com seus mais próximos (em geral integrantes das classes privilegiadas) – um quê de *esprit de corps* – dentro da ideia da seletividade do sistema penal, pode influenciar, sob a ótica da igualdade, ainda outros aspectos de distorção na atividade judicante criminal.

A tendência de solidariedade estamentária manifesta-se, quase sem ressalvas, especialmente no *plano defensivo*, onde o órgão decisor se identifica com as vítimas, cujo estilo de vida e plexo de bens jurídicos se parecem com os seus próprios.

Contudo, tendo em consideração a autoria de atos tidos por ilícitos – ou seja, o *plano ativo* –, podem ser detectadas por parte dos organismos de jurisdição posturas contrapostas quanto ao grau de rigidez e (in)tolerância. Trata-se de paradoxo apenas aparente, já que o tipo de crime, o apelo midiático e a necessidade de legitimar o sistema podem bem explicar essas diferenciações.

Numa banda, e de um modo mais geral, casos envolvendo integrantes das classes hegemônicas – não identificados aprioristicamente com o estereótipo de “bandido” ou “marginal” – que se veem “inadvertidamente” colhidos pela rede da agência pré-judicial de criminalização suspeitos de praticar um típico “crime de pobre”, a prevalecer a “cumplicidade de classe”, podem vir a merecer tratamento mais benevolente por parte do aparelho jurisdicional em relação à clientela menos favorecida. A tendência seria no sentido de excluir da malha do sistema penal alguns “estranhos no ninho”, pessoas detentoras de algum poder político, econômico, social ou científico – enfim, cidadãos “incluídos” no sistema, mas excepcionalmente colhidos pela seleção efetuada na fase policial do controle

social.<sup>213</sup> Tais *desvios* ficariam reservados ao carimbo da excepcionalidade e seus autores merecedores de comiseração e tratamento médico (e não de sanções penais), jamais um tratamento de *bandido*. Nesse grupo estariam, por exemplo, os fatos envolvendo o comércio e o consumo de entorpecentes entre jovens de famílias abastadas.

Mas noutra banda, num universo quantitativo mais restrito – *um varejo de “legitimação”* –, pode-se dar justamente o contrário: uma especial repulsa – geralmente ao embalo da exposição na mídia – àqueles que, embora pertencentes às classes de elite, sejam descobertos praticando golpes contra a coletividade, crimes sexuais ou maus-tratos contra vulneráveis. A criminalização “exemplar” dessas pessoas, consoante Rafael Braude Canterji:

[...] serve também para encobrir ideologicamente a seletividade do sistema, que através de tais casos pode apresentar-se como igualitário. Essas circunstâncias, que tiveram muito crescimento nas últimas décadas, geraram aquilo que foi denominado ‘inversão de seletividade’, já que os selecionados – até para demonstrar que esses também são alvos da ação estatal – pertencem a outro grupo social.<sup>214</sup>

#### 4.2.2

#### **Sofismação motivacional: os códigos tecnológico e ideológico**

É difundida no meio forense a máxima segundo a qual os juízes *primeiro decidem, depois fundamentam*.<sup>215</sup>

Como lembram Fabio Túlio Correia Ribeiro e Henrique Costa Cavalcante, esse pensamento, a rigor, é assumido e teorizado pelos seguidores da escola do

<sup>213</sup> Cf. FELETTI, Vanessa Maria. A exclusão dos incluídos: a teoria do *labeling approach* revelando métodos para não etiquetar determinada classe social pelo sistema penal. Disponível em: <[http://www.conpedi.org.br/manuel/arquivos/anais/brasil/15\\_32.pdf](http://www.conpedi.org.br/manuel/arquivos/anais/brasil/15_32.pdf)>. Acesso em: 08.04.2010.

<sup>214</sup> CANTERJI, Rafael Braude. *Política criminal e direitos humanos*. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2008. p. 101.

<sup>215</sup> Os juízes trabalhistas Fabio Túlio Correia Ribeiro e Henrique Costa Cavalcante testemunham: “É curioso observar que, embora não seja uma corrente de pensamento que se possa dizer atual, é muito comum, nos dias de hoje, encontrar pessoas que – talvez sem o saber – proclamam como verdades algumas das teses do realismo jurídico. Isso é bastante freqüente no foro, onde a maneias advogados, procuradores, estudantes etc., sustentam que a sentença adveio de uma clara eleição prévia do julgador, que, após fazê-la, foi buscar o seu fundamento no ordenamento. Nós mesmos assistimos ao atual Vice-Presidente do Supremo Tribunal Federal, Dr. Marco Aurélio Melo – que sabe o que diz – em entrevista a uma rede de televisão, há poucos meses, declarar que o juiz primeiro decide no seu íntimo e só depois vai buscar os fundamentos de sua decisão”. (RIBEIRO, Fabio Túlio Correia; CAVALCANTE, Henrique Costa. O realismo jurídico. Disponível em: <[http://www.amatra19.org.br/artigos/\\_henrique\\_cavalcante/007.pdf](http://www.amatra19.org.br/artigos/_henrique_cavalcante/007.pdf)>, p. 4. Acesso em: 31.07.2010.

realismo jurídico, para quem, o Direito “*é o que se decide*, não o preceito para que se decida de determinada forma; *é o como decidido*, não o como se deve decidir; *é*, não o que deve ser”.<sup>216</sup>

Do ponto de vista formal, cabe ao Judiciário o papel de último elo da corrente de criminalização, competindo-lhe, afinal, determinar ou não a aplicação de alguma sanção à pessoa colhida pela seleção policial (mas é o aparelho policial que, no fim das contas, de fato, vai providenciar ou não a aplicação da sanção porventura imposta judicialmente).

A decisão judicial exterioriza-se formalmente lastreada em argumentos justificantes extraídos de um *código tecnológico* (fruto da legislação e doutrina); porém, em verdade, substancialmente, como regra geral, processara-se antes, através de uma deliberação apriorística, calcada num *código ideológico*.<sup>217</sup>

Segundo Alessandro Nepomoceno:

O código ideológico, assim, orientará a decisão de acordo com a expectativa do operador jurídico sobre o fenômeno criminal e quem dele é regular cliente. Todas informações e deformações trazidas do âmbito externo ao sistema penal, como aquelas oriundas da formação moral, religiosa, política, ética, entre outras [...]. Assim, o julgador partirá dessas convicções pessoais para o caso concreto, manipulando, conscientemente ou não, o material normativo e dogmático para então concretizar o que em sua mente é justo para a sociedade, para sua família ou, então, para si mesmo. É por isso que não é difícil afirmar que o julgamento é mero exercício de querer condenar ou absolver segundo a convicção pessoal. Se o magistrado, no dia da sentença, está com o espírito benevolente, tanto melhor para o réu; se está de mau humor, pior para o réu, principalmente se este faz parte da clientela esperada para transitar no sistema penal.<sup>218</sup>

### 4.2.3

#### Posturas interpretativas: “casos fáceis” e discricionariedade judicial

A discricionariedade que informa a atuação do agente da jurisdição, a toda evidência, está umbilicalmente vinculada à questão da subjetividade. De fato,

<sup>216</sup> Ibidem, p. 7.

<sup>217</sup> Os termos são difundidos por Alessandro Nepomoceno: “[...] o código tecnológico é composto pela legislação e pela dogmática jurídica penal e processual penal. Através da legislação o julgador buscará fazer a subsunção do fato concreto à norma [...]. Assim fazendo, a decisão prévia de cunho pessoal vai ser revestida com roupagem técnica, o que garantirá a legitimidade científica da absolvição ou condenação” (NEPOMOCENO, Alessandro. *Além da lei: a face obscura da sentença penal*. Rio de Janeiro: Revan, 2004. p. 62.).

<sup>218</sup> NEPOMOCENO, Alessandro. *Além da lei: a face obscura da sentença penal*. Rio de Janeiro: Revan, 2004. p. 63.

sendo a discricionariedade caracterizada pela liberdade de escolha dentro dos limites possibilitados por determinada norma, seu exercício estará fundamentalmente ligado à subjetividade e aos valores ideológicos do agente decisor.

É impensável eliminar-se totalmente a subjetividade e a margem de discricionariedade do órgão julgador ante o caso concreto, até porque não é possível supor-se um ordenamento livre de lacunas, obscuridades, vagezas ou ambiguidades. Por mais burilados e minudentes que sejam os textos normativos produzidos, jamais deixarão de ser, em alguma medida, de modo presente ou potencial, sobreinclusivos ou subinclusivos,<sup>219</sup> exigindo sempre algum esforço de inteligência e exercício de interpretação por parte do destinatário da norma.

Ao reconhecer “ineliminável a carga de subjetividade presente na função jurisdicional”, Facchini Neto refuta existir relevante valia, do ponto de vista prático, em se eternizar a discussão a que se dedicam tão vigorosamente as principais correntes justeóricas acerca da natureza do papel, no mundo jurídico – declarativo ou criativo – exercido pelo intérprete da norma. Por isso, a proposta desse autor é no sentido de que se mantenha a discussão centrada no objetivo de *controle*, tanto quanto possível, dos efeitos nefastos da subjetividade.<sup>220</sup>

Aliás, não tendo as diversas correntes de discussão sequer homogeneidade quanto às bases conceituais mais remotas, a decorrência lógica é que o debate envolvendo suas derivações conceituais seja sobremodo tormentoso. Por outra: inexistindo alicerce comum no entendimento sobre o que venha a ser o próprio “Direito”, redobra-se a dificuldade dos debatedores teóricos em estabelecer se a atividade jurisdicional poderia *criar* ou apenas *descobrir* o “Direito”. Afinal, o nível de identificabilidade entre as premissas conceituais adotadas pelos

---

<sup>219</sup> O fenômeno da sobreinclusão ou subinclusão (que pode ser atual ou potencial e intencional ou não) decorre do “fato de as regras prescritivas incorporarem mais casos do que deveriam, ou deixarem de incorporar casos que deveriam incorporar para concretizar as suas justificações subjacentes, que torna o direito, ou melhor, a prática jurídica, um terreno de opções ou escolha” STRUCHINER, Noel. O Direito como um Campo de Escolhas. In: RODRIGUEZ, José Rodrigo; COSTA, Carlos Eduardo Batalha da Silva e BARBOSA, Samuel Rodrigues (org.). *Nas fronteiras do formalismo*. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 8). A propósito, porventura tentassem os legisladores refinar e minuciar todas as regras do sistema jurídico, “[...] o resultado [...] seria uma total incapacidade de comunicação. As regras seriam tão meticulosas e detalhadas e os códigos seriam tão extensos que ninguém seria capaz de saber o que o direito determina” (Ibidem, p. 8).

<sup>220</sup> FACCHINI NETO, Eugênio. O juiz não é só o direito (ou A função jurisdicional e a subjetividade). In: ZIMERMAN, David; COLTRO, Antônio Carlos Mathias (Orgs.). *Aspectos psicológicos da prática jurídica*. Campinas: Millennium, 2002. p. 411.

participantes de determinado debate revela fator diretamente proporcional ao seu grau de produtividade. A assertiva é assim ilustrada por Ronald Dworkin:

Eu e você só poderemos discutir sensatamente quantos livros tenho em minha estante, por exemplo, se ambos estivermos de acordo, pelo menos em linhas gerais, quanto ao que é um livro. Podemos divergir sobre os casos limítrofes: posso chamar de livrinho aquilo que para você seria um panfleto. Mas não podemos divergir sobre aquilo que chamei de casos centrais. Se para você meu exemplar de *Moby Dick* não é um livro, pois em sua opinião romances não são livros, qualquer divergência será absurda.

Com pretensão analítica, Cappelletti, a seu turno, atento à realidade jurisdicional hodierna, assevera: “Embora a interpretação judiciária seja e tenha sido sempre e inevitavelmente em alguma medida criativa do direito, é um dado de fato que a maior intensificação da criatividade da função jurisdicional constitui típico fenômeno de nosso século”.<sup>221</sup> Hoje, diferentemente de outrora, quando o formalismo atingia seu ápice, na expressão do jurista italiano, não é mais tão “escandaloso” admitir que os juízes, em alguma medida, criam o direito, e não apenas o declaram.<sup>222</sup>

Importa reconhecer, noutro giro, que grande parte do debate jurídico hodierno vem gravitando em torno da discussão sobre os chamados “casos difíceis”,<sup>223</sup> sendo, em relação a estes, riquíssimo o universo teórico acerca das possibilidades, métodos, ferramentas e nuances interpretativas que se apresentam ao aplicador do Direito.

Em seu propósito de produzir “um ataque geral contra o positivismo”,<sup>224</sup> Ronald Dworkin, valendo-se das noções de *principiologia*, *integridade do direito*<sup>225</sup> e *(única) resposta correta*,<sup>226</sup> busca uma maior parametrização ao

<sup>221</sup> CAPPELLETTI, Mauro. *Juízes legisladores?* Trad. Carlos Alberto Alvaro de Oliveira. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1999, p. 31.

<sup>222</sup> *Ibidem*, p. 31.

<sup>223</sup> Embora não haja plena uniformidade conceitual sobre o que seriam os “casos difíceis”, aqui nos serve uma definição simples oferecida por Dworkin: um caso difícil seria aquele em que “uma ação judicial específica não pode ser submetida a uma regra de direito clara, estabelecida de antemão por alguma instituição” (DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*. Trad. Nelson Boeira. 2 ed. São Paulo: Martins Fontes, 2007. p. 127).

<sup>224</sup> DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*. Trad. Nelson Boeira. 2 ed. São Paulo: Martins Fontes, 2007. p. 35.

<sup>225</sup> Ou, na expressão dworkiniana, “direito como integridade”, em que o ordenamento jurídico incorpora princípios políticos como a equidade, a justiça e o devido processo legal, deles extraindo seu vigor e legitimidade.

<sup>226</sup> Resposta que resulta da atividade racional e construtiva do juiz no ato de decidir a causa a partir do direito existente. A tese de haver apenas uma resposta correta para os casos difíceis é defendida com vigor na primeira fase da doutrina dworkiniana e abrandada em sua etapa mais madura. Trata-

campo de atuação discricionária do juiz em relação ao apregoadado pela escola positivista de Herbert L. A. Hart, tanto em relação à noção hartiana de “textura aberta do direito” (impossibilidade de se prever em lei todas os detalhes relacionadas aos fatos e às condutas humanas<sup>227</sup>), quanto em face da ideia mais específica de incompletude ou erraticidade da linguagem (“textura aberta da linguagem”), a gerar a *zona de penumbra* em que estariam situados os casos difíceis.<sup>228</sup>

O embate sobre o papel do intérprete quando defrontado com um caso difícil pode, *grosso modo*, ser devolvido à arena daquele confronto que Facchini Neto propõe tangenciar e para o qual Cappelletti assegura não existir margem a nenhuma dúvida: de um lado, a possibilidade da “criação do direito” pelo intérprete em face da zona de penumbra (Hart); de outro, a tarefa de “descobrir o direito” que preexiste, chegando-se – com a ajuda dos princípios e do encaixe harmônico à cadeia jurisprudencial – à resposta correta para o caso (Dworkin).

Talvez porque a atenção dos estudiosos contemporâneos tenha se voltado tão concentradamente para o apaixonante confronto<sup>229</sup> Ronald Dworkin *versus* Herbert L. A. Hart, com o protagonismo todo especial para a análise dos “casos difíceis”, tenha-se relegado a um papel coadjuvante o que parece ser fundamental para uma abordagem mais realística da prática jurisdicional: o modo como o ordenamento jurídico opera e é interpretado em face dos casos fáceis ou triviais.<sup>230</sup>

---

se de abordagem realmente complexa e controversa, quando menos em desdobramento da própria noção de “correto”, já que atribuir “correção” a algo pressupõe um julgamento. Por isso, trabalhar a ideia de um “julgamento correto” pode, por si só, levar a um *looping* conceitual.

<sup>227</sup> “[...] os legisladores humanos não podem ter tal conhecimento de todas as possíveis combinações de circunstâncias que o futuro pode trazer. Esta incapacidade de antecipar acarreta consigo uma relativa indeterminação de finalidade” (HART. Herbert L. A. *O conceito de direito*. 2. ed., Trad. A. Ribeiro Mendes. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 1986. p. 141).

<sup>228</sup> Em situação oposta estariam os *casos simples*: “[...] em que os termos gerais parecem não necessitar de interpretação e em que o reconhecimento dos casos de aplicação parece não ser problemático ou ser ‘automático’, [ou seja] os casos familiares que estão constantemente a surgir em contextos similares, em que há acordo geral nas decisões quanto à aplicabilidade dos termos classificatórios” (HART. Herbert L. A. *O conceito de direito*. 2. ed., Trad. A. Ribeiro Mendes. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 1986. p.139).

<sup>229</sup> Iniciado por Dworkin, que já no início da coletânea *Taking Rights Seriously*, publicada em 1977, deixa explicitado seu propósito de centrar sua arquitetura crítica naquela que seria a mais aprimorada, poderosa, clara, elegante, enfim, “a mais influente versão contemporânea do positivismo”, em referência expressa à doutrina Hart, seu ex-professor na Universidade de Oxford, em cuja cátedra sucedeu (DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*. Trad. Nelson Boeira. 2 ed. São Paulo: Martins Fontes, 2007. p. 27).

<sup>230</sup> Struchiner lembra que os casos mais interessantes para o estudo de direito são “também os mais difíceis, insólitos e raros”, afinal, “os casos espinhosos chamam muito mais a atenção e saltam mais aos olhos do que os maçantes casos rotineiros” (cf. Indeterminação e Objetividade. Quando o Direito Diz o que Não Queremos Ouvir. Artigo a ser publicado no livro *Direito e Indeterminação*:

De fato, a maior parte da rotina dos fóruns e tribunais judiciais é retratada, do ponto de vista exclusivamente jurídico, por uma avalanche de *casos fáceis* (ou triviais), qualquer que seja o ramo do Direito sob análise. Especificamente em relação à jurisdição criminal, até mesmo em razão do sistema de tipologia delitual e sancionatória imposto pelo princípio da reserva legal, são especialmente raros os casos realmente *difíceis*.<sup>231</sup>

E talvez seja justamente na análise dos chamados casos fáceis que se deva dispensar especial atenção quanto ao estudo das posturas interpretativas (e limites à discricionariedade), em especial dos organismos estatais de coerção. Não apenas por revelarem o grosso e a rotina do que é regulado pelo Direito, mas porque, justamente por serem triviais, em nome da confiabilidade, segurança, equidade e estabilidade do sistema jurídico, deveriam receber, tanto quanto possível, tratamento coerente, uniforme e harmônico.

Mesmo porque àqueles que alimentam expectativas de tratamento igualitário são mais palatáveis e toleráveis as variações interpretativas que podem defluir de um caso difícil do que o tratamento distinto dispensado a uma mesma questão de direito (ou à diferente valoração de um mesmo tipo de prova) em casos triviais assemelhados.<sup>232</sup>

Ou seja, a *trivialidade* que qualifica o maior volume da jurisdição penal agudiza a sensação de iniquidade defluente de tratamentos díspares para casos análogos. Quão mais triviais fossem as questões jurídicas submetidas a determinado ramo do Direito, menos “lotérica” deveria ser sua respectiva dicção judicial. Sendo menor e mais nítido o intervalo de discricção do aplicador, a transposição das respectivas balizas evidencia em cores mais vivas o arbítrio ilegítimo. Em um sistema harmônico, igualitário, coerente, fundado em normas

---

*Racionalidades e Instituições*). Além de se alimentar o mito da indeterminação radical do direito, completa Struchiner, pode-se cair na séria tentação de se “querer explicar todo o direito a partir, exclusivamente, daquilo que ocorre nos casos difíceis”.

<sup>231</sup> Não custa lembrar que o que se expressa por “caso difícil” não se confunde com “causa trabalhosa”, em que, por exemplo, a produção e a análise da prova apresentem incomum complexidade. Da mesma forma, o qualificativo “difícil”, na acepção do embate Dworkin-Hart, não se refere à importância ou à gravidade da questão jurídica envolvida.

<sup>232</sup> O fato de dois órgãos de mesma hierarquia decidirem de modo diverso um caso difícil (e mais raro) não gera tanta sensação de insegurança ou repúdio como o fato de casos fáceis (e mais comuns) receberem decisões díspares. Essa última hipótese, muito mais que a primeira, dá azo ao que se denomina pejorativamente de “justiça lotérica”, ambiente em que, sem qualquer previsibilidade, o jurisdicionado depende da sorte ao ter sua causa submetida ao juiz *a*, *b* ou *c*.

legítimas e pré-estabelecidas, ao serem cotejadas as soluções aos casos fáceis não há espaço para o jargão popular “cada cabeça uma sentença”.

Daí por que, para conter a loteria jurisdicional, não se pode desprezar de antemão alguma dose de *formalismo*<sup>233</sup> como postura interpretativa aplicável à jurisdição criminal, resgatando-se o respeito à legislação e aos precedentes verticais e horizontais emanados da própria atividade jurisdicional.

Observam-se, com efeito, em relação às posturas interpretativas, dois extremos que, em boa medida, correlacionam-se à tensão entre a discricionariedade e a vinculatividade que informam a atuação do órgão decisor. De um lado, no trilho do realismo jurídico, apresenta-se a postura *particularista* franca, que pressupõe que “as regras não passam de guias heurísticos transparentes que apenas auxiliam na busca do melhor resultado”,<sup>234</sup> isto é, são meras sugestões que funcionam como janelas escancaradamente abertas a seus propósitos subjacentes. No outro extremo, tem-se a postura *formalista* radical, que encontra na “linguagem da regra o objeto último de referência dos atos de aplicação normativa”,<sup>235</sup> vedando-se por completo que a cada caso sejam buscadas as justificações ou fontes primárias da regra. No meio do caminho, entre o *particularismo* e o *formalismo* extremados, há espaço para modelos intermediários que, consoante a nomenclatura e as definições adotadas por Noel Struchiner, podem ser classificados como *particularismo sensível às regras*<sup>236</sup> e *positivismo presumido*.<sup>237</sup>

<sup>233</sup> Struchiner, valendo-se do jargão dworkiniano, oferece-nos a seguinte definição: “formalismo é a defesa de uma atitude ou disposição interpretativa segundo a qual o texto de uma formulação normativa, ou melhor, o texto da totalidade de formulações normativas deve ser *levado a sério* pelos responsáveis pela tomada de decisões jurídicas” (STRUCHINER, Noel. Posturas interpretativas e modelagem institucional: a dignidade (contingente) do formalismo jurídico. In: SARMENTO, Daniel (Coord.). *Filosofia e teoria constitucional contemporânea*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009, p. 463-82).

<sup>234</sup> STRUCHINER, Noel. O Direito como um Campo de Escolhas. In: RODRIGUEZ, José Rodrigo; COSTA, Carlos Eduardo Batalha da Silva e BARBOSA, Samuel Rodrigues (org.). *Nas fronteiras do formalismo*. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 13.

<sup>235</sup> STRUCHINER, Noel. O Direito como um Campo de Escolhas. In: RODRIGUEZ, José Rodrigo; COSTA, Carlos Eduardo Batalha da Silva e BARBOSA, Samuel Rodrigues (org.). *Nas fronteiras do formalismo*. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 14.

<sup>236</sup> O *particularismo sensível às regras*, mais sofisticado que o particularismo extremado, revela uma postura em que a tomada de decisões leva em conta não somente as justificações substanciais subjacentes às regras, mas, também, as geradoras da regra (razões formais) em seu viés funcional de certeza, segurança e credibilidade. Grosso modo, pode-se dizer que, num caso concreto em que as justificações substanciais desautorizam a aplicação da regra, a tomada de decisão penderá para um dos pratos da balança: de um lado, o peso da justificação substancial; de outro, a importância da preservação de um maior grau de certeza e previsibilidade fornecido pela regra para os casos futuros. Não há, contudo, qualquer presunção apriorística de aplicação ou não da regra em cada

Não é inviável supor que, sob determinadas condicionantes, uma ou outra tendência postural possa ser adotada de modo mais adequado e meritório. O que não se deve é “satanizar” de antemão, tal como se vê no meio jurídico hodierno, qualquer opção mais formalista, tachando-a, de maneira genérica, de modelo afastado do ideal de Justiça ou adotado apenas por quem se contenta com resultados medíocres na aplicação da norma. É evidente que, num mundo ideal, em que todos os intérpretes contem com os dotes hercúleos da célebre criatura-artifício dworkiniana, o modelo particularista apresenta-se como “o melhor modelo possível, já que permite ao responsável pela decisão ser totalmente sensível ao contexto e encontrar a resposta adequada para o caso em questão”.<sup>238</sup> Nesse “reino de faz-de-contas”, sob o martelo do Juiz Hércules, por óbvio, sempre serão alcançados resultados ótimos (e as normas legisladas, aliás, seriam até dispensáveis). Entretanto, o mundo real não é assim. A vida prática exige a adoção de um modelo de regras, não só em favor da previsibilidade, certeza, eficiência e segurança jurídicas, como também – seguindo com Struchiner – “em função de argumentos relacionados à alocação de poder”.<sup>239</sup>

---

caso (Cf. STRUCHINER, Noel. O Direito como um Campo de Escolhas. In: RODRIGUEZ, José Rodrigo; COSTA, Carlos Eduardo Batalha da Silva e BARBOSA, Samuel Rodrigues (org.). *Nas fronteiras do formalismo*. São Paulo: Saraiva, 2010).

<sup>237</sup> O *positivismo presumido* equivale a um modelo formalista moderado, no qual as regras têm sua força presumida, mas que, em situações extremas ou dramáticas, pode ser superada. Não se trata de balancear em cada caso concreto (como no particularismo sensível) a variação do peso das razões subjacentes em função das razões geradoras das regras; aqui, a autoridade, a vinculatividade das regras é reconhecida de antemão e “no atacado”, mas tem sua força presumida, podendo sua aplicabilidade ceder, excepcionalmente, em casos extremos (Cf. STRUCHINER, Noel. O Direito como um Campo de Escolhas. In: RODRIGUEZ, José Rodrigo; COSTA, Carlos Eduardo Batalha da Silva e BARBOSA, Samuel Rodrigues (org.). *Nas fronteiras do formalismo*. São Paulo: Saraiva, 2010).

<sup>238</sup> Cf. STRUCHINER, Noel. Posturas interpretativas e modelagem institucional: a dignidade (contingente) do formalismo jurídico. In: SARMENTO, Daniel (Coord.). *Filosofia e teoria constitucional contemporânea*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009, p. 463-82.

<sup>239</sup> De fato, deve ser assegurado ao Legislativo, ou ente “responsável pelo desenho institucional”, desde que atendidas as diretrizes constitucionais, em face da maior ou menor possibilidade de desvio do intérprete, ajustar o maior ou menor grau de entrincheiramento das regras que elabora, reclamando acatamento à sua autoridade e às suas diretivas por ocasião de sua aplicação prática (ainda que na teoria possam ser questionadas por aplicadores e *experts*), quando menos em razão da legitimidade original do exercício de seu poder normativo, isto é, em respeito à tradicional noção de separação das funções do Estado. Conforme Struchiner, “*Se os responsáveis pelo desenho institucional acreditam que ao permitir uma decisão caso a caso, sensível ao contexto e aberta para a avaliação de todas as razões consideradas relevantes pelo julgador, mais resultados errados, abusivos e preconceituosos serão produzidos, então eles devem, do ponto de vista moral e racional, exigir que os responsáveis pela decisão acatem sua autoridade, aplicando as regras sem incluir no cálculo decisório as justificações das mesmas*” (STRUCHINER, Noel. Posturas interpretativas e modelagem institucional: a dignidade (contingente) do formalismo jurídico. In: SARMENTO, Daniel (Coord.). *Filosofia e teoria constitucional contemporânea*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009, p. 463-82).

Não se pode esquecer, com efeito, que, no estado democrático, sempre que garantidos a lisura do processo de confecção da norma, a ausculta aos interessados e o respeito aos princípios constitucionais (incluindo-se aí o ideal igualitário), o legislador, ao contrário do órgão incumbido de decidir o caso concreto, goza de investidura popular e age como legítimo representante do povo.