

**PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA
DO RIO DE JANEIRO**



THAÍS DE CASTRO ERVILHA

**DIREITO VERSUS JUÍZOS MORAIS:
a necessidade de freio à ânsia punitivista**

**INSTITUTO DE DIREITO
PÓS-GRADUAÇÃO EM CIÊNCIAS PENAIS**

**Rio de Janeiro
Dezembro de 2022**



Thaís de Castro Ervilha

**DIREITO VERSUS JUÍZOS MORAIS:
a necessidade de freio à ânsia punitivista**

Monografia apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direito da PUC-RIO como requisito parcial à obtenção do título de Especialista em Ciências Penais.

Orientadora: Adriana Vidal de Oliveira

**Rio de Janeiro
Dezembro de 2022**

Dedico este trabalho à minha família, em especial minha mãe, por ser meu alicerce, e minha tia Fátima, que sempre esteve e estará em meu coração.

AGRADECIMENTO

Primeiramente, agradeço a Deus e ao meu anjo da guarda, por estarem sempre presentes em minha vida, iluminando e abençoando meu caminho.

Agradeço aos meus pais, exemplos de compaixão e fortaleza, por me apoiarem em cada decisão e passo que dou. Assim como ao meu irmão, por ter iniciado comigo uma jornada inesquecível em Juiz de Fora e pela infância emocionante que dividimos. Obrigada por serem a minha base, sem vocês eu nada seria.

À minha tia Fátima, por cada noite mal dormida comigo, pelos subornos em troca de notas boas e principalmente pelo melhor presente que ela poderia me deixar, minha tia Bianca e minha afilhada Mel.

Aos meus familiares, salientando minha prima Maria Eduarda, amigos e namorado, por todos os conselhos divididos e por deixarem a minha jornada mais leve e colorida. A todos os meus companheiros de turma durante esse ciclo, por todos os ensinamentos e sabedorias compartilhadas.

Por fim, agradeço à PUC-RIO pela disponibilização do curso de pós-graduação em ciências penais e aos mestres que se dedicaram para a realização do mesmo. Em especial à professora Mariana Imbelloni Braga Albuquerque, que foi de grande ajuda para a construção e organização deste trabalho ao lecionar sobre metodologia da pesquisa.

RESUMO

Esta monografia visa demonstrar a importância da defesa da legalidade em meio aos dilemas morais crescentes em procedimentos penais, tendo como principal objetivo enfatizar a necessidade de freio ao punitivismo exacerbado dos dias atuais. Para isso, é discutido o limite das arbitrariedades com base em juristas e filósofos que dedicaram, através dos anos, suas pesquisas para intervir em favor do direito. Também são abordadas as garantias processuais como pilar fundamental para um Estado Democrático de Direito. Buscando a melhor compreensão do tema, são expostos casos brasileiros importantes que marcaram a influência dos juízos morais em suas decisões. Além disso, é discutido sobre as correções morais, o conceito de justiça e a espetacularização do processo penal que agrava ainda mais a ânsia punitivista e o clamor público. Neste ínterim, os tipos de pesquisas utilizados foram bibliográficos e documentais, ao amparo de leis, doutrinas e artigos de autores, os quais dispõem sobre os supramencionados assuntos. Ademais, a pesquisa e a dissertação dos casos criminais utilizados neste trabalho demonstram a tendência de utilizar intuições pessoais em decisões de delitos considerados atípicos pela forma que causam indignação na população em geral, confirmando a importância e a atualidade do tema.

PALAVRAS-CHAVES: INCLINAÇÕES MORAIS. LEGALIDADE. JUSTIÇA. ATIVISMO JUDICIAL. PUNITIVISMO.

ABSTRACT

This monograph aims to demonstrate the importance of the defense of legality in the midst of growing moral dilemmas in criminal procedures, with the main objective of emphasizing the need to curb the exacerbated punitivism of today. To this end, the limits of arbitrariness are discussed based on jurists and philosophers who have, over the years, dedicated their research to intervene on behalf of the law. Procedural guarantees are also discussed as a fundamental pillar for a Democratic State of Law. Seeking a better understanding of the theme, important Brazilian cases that marked the influence of moral judgments in their decisions are exposed. Moreover, it is discussed about moral corrections, the concept of justice and the spectacularization of the criminal process that aggravates even more the punitivist anxiety and public clamor. In the meantime, the types of research used were bibliographic and documental, under the support of laws, doctrines and articles by authors, who dispose of the above-mentioned subjects. Furthermore, the research and dissertation of the criminal cases used in this work demonstrate the tendency to use personal intuition in decisions about crimes considered atypical because of the way they cause indignation in the general population, confirming the importance and timeliness of the theme.

KEY WORDS: MORAL INCLINATIONS. LEGALITY. JUSTICE. JUDICIAL ACTIVISM. PUNITIVISM.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	1
1. LIMITE DAS ARBITRARIEDADES	3
1.1 O direito e a defesa da legalidade	3
1.2 Democracia como corolário das garantias.....	5
1.3 A pena como o fim da vingança	8
1.4 Ativismo judicial versus segurança jurídica	11
2. CASOS FAMOSOS E A INFLUÊNCIA DOS JUÍZOS MORAIS	14
2.1 A Boate Kiss e o sentimentalismo presente na sentença	14
2.1.1 Resumo do caso.....	14
2.1.2 A decisão	15
2.1.3 Análise do caso	17
2.2 A opinião particular em uma decisão judicial sobre aborto legal.....	19
2.2.1 Resumo do caso.....	19
2.2.2 Decisão	19
2.2.3 Análise do caso	21
2.3 O julgamento da imprensa em conjunto com a opinião pública.....	22
2.3.1 Resumo do caso.....	22
2.3.2 Decisão	23
2.3.3 Análise do caso	24
2.4 A falta de confiança na função ressocializadora da pena	25
2.4.1 Resumo dos casos.....	25
2.4.2 Decisões	26
2.4.3 Análise dos casos	27
3. CORREÇÕES MORAIS	30
3.1 Juízos morais e sociedade.....	30
3.2 Acepções de justiça.....	33
3.3 Espetacularização do processo penal e o clamor público.....	36
3.4 Ânsia punitivista	39
CONCLUSÃO	43
BIBLIOGRAFIA	45

INTRODUÇÃO

A ideia de legalidade e os embates para os juízos morais utilizados em procedimentos penais vêm sendo analisados e minuciosamente discutidos por diversos pensadores e até hoje não se chegou a um consenso ou solução. De tal forma, dá-se abertura para os seguintes questionamentos: quais os limites da interpretação jurídica? Deve o direito ser fragilizado por argumentação moral? A pena pode ser aumentada ou substituída se for para o bem-estar social?

Decerto, a regra não pode utilizar, como único critério, que a comunidade aceita tal ato como moralmente obrigatório, pois dessa forma, não se diferenciaria regras jurídicas de regras morais. Ademais, nem todos os padrões de conduta seguidos como regras por uma sociedade são de fato sancionados pelo direito. (DWORKIN, 2002).

É notável a progressiva preocupação dos juristas acerca da importância que as inclinações morais estão tendo atualmente. O incômodo ampliou-se com a disseminação midiática de casos criminais que, por causar grande indignação na sociedade, acabaram por ser classificados como mais graves do que o Código Penal por si só determinaria.

O presente tema traz a defesa da legalidade em meio aos dilemas morais crescentes em procedimentos penais. O direito deve servir como freio ao punitivismo exacerbado que estamos vivenciando.

Em razão disso, este trabalho será composto por três capítulos. O primeiro versará principalmente sobre o limite das arbitrariedades, dissertando acerca da importância do princípio da legalidade e a sua defesa. Tendo em vista a amplitude, o conceito de direito exposto neste capítulo receberá aportes advindos dos filósofos e não somente dos juristas. Será explicitado também o papel das leis como forma de instrumento de controle social em uma democracia e o Direito Penal como o poder de punir do Estado. Ademais, abordará o ativismo judicial e a segurança jurídica.

O segundo, por sua vez, exemplificará o tema proposto. Serão analisados e discutidos casos que demonstram a importância deste trabalho, trazendo à tona a imposição que a população e até mesmo o próprio judiciário faz para que ocorra uma punição aquém da que a lei atribui. São casos reais, brasileiros, em que o clamor público procurou adaptar a lei para se adequar às suas predileções.

Por último, o terceiro capítulo discorrerá acerca da moral e dos juízos morais, de como são criados e como são influenciados pela sociedade a qual pertencemos. Também trará a importância da justiça para o direito e a espetacularização do processo penal e o clamor público. Além disso, versará sobre a ânsia punitivista atual.

Neste diapasão, a fim de constituir a melhor análise do tema, o presente estudo utiliza o método de pesquisa exploratória, partindo de uma revisão bibliográfica composta pelos principais filósofos e autores que dissertam sobre a influência da moral pública no direito. Para obter algumas respostas referentes à problematização do trabalho, será utilizado o método dedutivo, a partir do qual se inferirá, com base em pesquisas doutrinárias expostas, análises sobre alguns casos brasileiros que causaram repulsa à população.

Assim, a metodologia deste trabalho é a qualitativa. Serão utilizados conceitos e ideias de outros autores em conjunto com a análise dos casos supramencionados, de forma a esclarecer a fragilidade do direito atual e a importância da defesa da legalidade, independente dos nossos juízos morais.

1. LIMITE DAS ARBITRARIEDADES

O direito brasileiro está cada dia mais vulnerável, principalmente por causa dos juízos morais realizados pelos magistrados e pela população em geral. O país vive tempos de instabilidade e faz-se necessário, mais do que nunca, defender a legalidade.

1.1 O direito e a defesa da legalidade

Preliminarmente, devemos nos ater ao fato de que, apesar dos esforços dos juristas e filósofos ao longo dos séculos, a definição de Direito com todos os sentidos do vocábulo ainda é motivo de divergência. Seria um erro então afirmar que apenas uma acepção sobre o tema lograria abranger todo o seu significado.

Decerto, o escopo geral do direito mais aceito ao redor do mundo decorre da existência da proibição e obrigatoriedade de certas condutas humanas, deixando-as assim de serem facultativas. (HART, 2001)

Porém, o direito não se restringe apenas a dizer o que os cidadãos devem ou não fazer. Também não serve de mero conselheiro aos juízes e suas decisões. O direito determina que eles têm o dever de agir e decidir da forma que a legislação vigente exige, reconhecendo e fazendo vigorar certos padrões. (DWORKIN, 2002)

Paulo Nader, 2019, p. 76, examinando o vocábulo de forma objetiva, considera: "Direito é um conjunto de normas de conduta social, imposto coercitivamente pelo Estado, para a realização da segurança, segundo os critérios de justiça".

Toda sociedade tem seus paradigmas de direito. Vivemos na lei e de acordo com o direito. Ele nos torna quem somos: cidadãos, "É espada, escudo e ameaça". (DWORKIN, 1999, prefácio)

Partindo do princípio de que a existência do direito torna viável a vida em sociedade, Paulo Nader, 2019, p. 18, infere:

Por definição, o Direito deve ser uma expressão da vontade social e, assim, a legislação deve apenas assimilar os valores positivos que a sociedade estima e vive. O Direito não é, portanto, uma fórmula mágica capaz de transformar a natureza humana. Se o homem em sociedade não está propenso a acatar os valores fundamentais do bem comum, de vivê-los em suas ações, o Direito será inócuo, impotente para realizar a sua missão.

A ordem social é composta pela reciprocidade da ação humana, onde os indivíduos se abstêm de certas condutas que são nocivas a uma convivência harmoniosa e ao mesmo tempo, realizam atos para o bom funcionamento da comunidade. Neste íterim, Kelsen, 2000, p. 21 afirma: “o Direito não é, ou não é apenas a regra segundo a qual os tribunais decidem ou têm de decidir as disputas; o Direito é a regra segundo a qual os homens efetivamente se conduzem”.

Atualmente, o direito é um objeto crucial para o avanço social. Através dele conseguimos chegar a um ambiente de ordem, em que as forças sociais conseguem atuar. O sistema de legalidade garante a base da sociedade. (NADER, 2019)

No direito penal, o princípio da legalidade nasce para limitar as arbitrariedades cometidas, tornando-se imprescindível para qualquer sistema penal que se pretenda racional e justo. Antes da criação deste princípio, a população não tinha nenhuma garantia frente à violência desmedida e ilimitada do poder de punir do Estado. (FLORÊNCIO FILHO, 2014)

Logo, a força coletiva só deve ocorrer quando previamente legalizada por alguma decisão do passado. Inclusive, todos devem estar de acordo e obedecer tal decisão, principalmente os juízes, independente de suas opiniões morais e políticas. (DWORKIN, 1999)

Neste diapasão, Marco Aurélio Florêncio Filho, 2014, p.3-4 conclui:

[...] assim, o princípio da legalidade, além de garantir a possibilidade do prévio conhecimento dos crimes e das respectivas penas pelos cidadãos, garante o indivíduo frente o poder estatal, pois não será submetido à coerção penal distinta daquela estabelecida pela lei penal.

Importante ressaltar que Kelsen (2000) afirma que a justiça só participa da ciência do Direito quando detém o sentido de legalidade. Para ele, a declaração de ilicitude de certa conduta deve ser verificada de modo objetivo, não dependendo das vontades ou dos sentimentos do julgador.

Todavia, o direito brasileiro está, a cada dia mais, fragilizado pela moral. O direito penal vem sendo “corroído” pelos desejos de punitivismo e aversão às garantias constitucionais do processo. (STRECK, 2019)

Hart, 2001, p. 18, levanta três questões recorrentes, das quais duas são imprescindíveis para o manejo deste trabalho: “como difere o direito de ordens

baseadas em ameaças e como se relaciona com estas? Como difere a obrigação jurídica da obrigação moral e como está relacionada com esta?||

O ceticismo deve imperar quanto ao assunto direito e moral, a comunidade deve ter em mente os limites impostos pela lei, principalmente a definição de interpretação e até que ponto esta se estende na hora do julgamento. (DWORKIN, 2000)

Lênio Streck, 2019, leciona que, mesmo em dias tormentosos, os fins não justificam os atropelos da lei. Devemos salvar e preservar o Direito. Dessa forma, conclui, p. 12:

Em síntese – e foi exatamente isso que eu disse na Comissão do Novo Código de Processo Penal - eis aí a questão que desde sempre preocupou a Teoria do Direito (portanto, de todos os ramos do Direito): se remetermos a validade de uma norma e a apreciação de provas às opiniões desde um ponto de vista moral, estaremos deixando o Direito refém justamente da divergência entre opiniões morais, com que o Direito – enfim, o que é certo ou errado – dependerá do gosto de cada um. E ao que consta, ainda não inventaram, até hoje, uma TGP. Não, não falo de uma Teoria Geral do Processo. Refiro-me à outra TGP: a Teoria do Gosto Pessoal.

Diante do exposto, torna-se imprescindível a defesa da legalidade. Vivemos em uma democracia e esta é fundada pelas leis que devem ser respeitadas por todos, principalmente por seus aplicadores. Se permitirmos que os juízos morais tome a vez do direito, toda a sociedade sairá ferida. Não teremos limites jurídicos e assim voltaremos à época das arbitrariedades.

1.2 Democracia como corolário das garantias

É incontestável que o cidadão brasileiro tem o direito de não ser condenado por ato criminoso do qual é inocente. Sendo este, inclusive, inocente até que se prove o contrário (vide art. 5º, LVII CF). Logo, todos que precisarem, são aptos a ter um processo judicial o mais exato possível para garantir sua inocência e liberdade.

O direito nasce no seio dos grupos sociais e, ao aceitarmos viver em determinada comunidade, os casos criminais não são decididos por azar ou sorte, mas sim por todo um procedimento pré-determinado em lei. Acerca disso, Dworkin, 2000, p. 31, leciona:

Assim que o conteúdo do direito é determinado, a comunidade deve fornecer aos acusados de um crime, pelo menos, o nível mínimo de proteção contra o risco de injustiça exigido por esse conteúdo, ainda que o

bem-estar geral, agora concebido sem nenhuma referência ao dano moral, mas apenas tal como constituído por ganhos e perdas simples, sofra consequências.

De fato, os processos criminais são os mais fascinantes e temidos para a população. Dworkin, 1999, p. 5-6, afirma que "os processos judiciais sempre suscitam, pelo menos em princípio, três diferentes tipos de questões: questões de fato, questões de direito e as questões interligadas de moralidade política e fidelidade".

O código de processo penal brasileiro impõe normas visando proteger os acusados contra as arbitrariedades do sistema punitivo. A verdade e justiça a ser buscada por tal crime, independente de qual for, deve ser realizada dentro dos limites impostos pelo ordenamento jurídico. (MOREIRA, 2004).

O processo penal, utilizando o direito material, acaba determinando o delito de fato e impondo a pena correspondente. Sobre esse assunto, Aury Lopes Jr., 2000, discorre:

Dentro dessa íntima relação entre o Direito Penal e o processo penal, deve-se apontar que ao atual modelo de Direito Penal mínimo, corresponde um processo penal garantista. Só um processo penal que, em garantia dos direitos do imputado, minimize os espaços impróprios da discricionariedade judicial, pode oferecer um sólido fundamento para a independência da magistratura e ao seu papel de controle da legalidade do poder.

Para Romulo de Andrade Moreira, 2004, é condição determinante para um Estado Democrático de Direito, a satisfação dos direitos humanos fundamentais e a garantia contra o arbítrio do Estado, além claro da efetivação do Direito Penal pelo funcionamento do Processo Penal.

Ademais, ninguém pode ser punido senão pelo ato judicial advindo do processo, independente do consentimento do acusado. Aury Lopes Jr., 2000, infere:

Com isso, concluímos que a instrumentalidade do processo penal é o fundamento de sua existência, mas com uma especial característica: é um instrumento de proteção dos direitos e garantias individuais. É uma especial conotação do caráter instrumental e que só se manifesta no processo penal, pois trata-se de instrumentalidade relacionada ao Direito Penal, à pena, às garantias constitucionais e aos fins políticos e sociais do processo. É o que denominamos instrumentalidade garantista.

É imprescindível defender as garantias, independente da classe social ou do crime cometido pelo acusado. Defendê-las é afirmar a Constituição sob a qual vivemos. Lênio Streck, 2019, p. 152, destaca que “muitos preferem idealizar uma justiça que prende pessoas importantes, ou do alto escalão da sociedade, como uma Justiça igualitária e eficiente. Na verdade, ela apenas revela que ninguém está a salvo. Nem a própria lei”.

Dworkin, 2000, p. 6-7, afirma que existem duas concepções de Estado de Direito. Uma apelidada de “centrada no texto legal”, em que o poder do Estado só pode ser exercido contra os cidadãos individuais quando em conformidade com regras explicitamente especificadas num conjunto de normas públicas à disposição de todos. Já a outra, “centrada nos direitos”, pressupõe que os cidadãos têm direitos e deveres morais entre si e direitos políticos perante o Estado como um todo.

Em um Estado Democrático de Direito o que se busca no sistema judiciário é alcançar uma resposta a partir do direito. Aqui não importa quem é a favor do réu, tampouco o que o juiz da causa pensa sobre determinado fenômeno. Neste diapasão, Lênio Streck, 2018, p. 230 conclui:

Assim, no Estado Democrático de Direito, a Moral não pode ser utilizada pelo intérprete para corrigir o Direito quando de sua aplicação. As considerações que saltam aos olhos dizem respeito às perspectivas moralistas (forte ou fraca), diretamente vinculadas à insegurança causada diante dos padrões morais, o que, diretamente, proporciona o desenvolvimento de profunda arbitrariedade pelo sujeito-intérprete do Direito democraticamente produzido. Outro ponto diz respeito à redução da complexidade a partir da similitude entre direitos e valores, a qual produz um “mascaramento teleológico de direitos”.

É fundamental para a composição do Estado de Direito a proteção efetiva dos direitos humanos. Devendo a igualdade prevalecer através das garantias propostas pelo nosso ordenamento jurídico, além da dignidade da pessoa humana.

O caráter compromissório de uma constituição é a proteção da democracia, não permitindo que o Direito seja aplicado de acordo com os objetivos de certos grupos. É necessário obter equilíbrio entre o direito e a política para impedir que a disputa pelo poder interfira na engenharia institucional estabelecida pelo pacto constitucional. (STRECK, 2019)

A caracterização essencial do Estado de Direito é a proteção dos direitos humanos. O objetivo primordial da tutela é o respeito a dignidade da pessoa do acusado, da sua liberdade processual. Aury Lopes Jr., 2000, explica:

A democracia é um sistema político-cultural que valoriza o indivíduo frente ao Estado e que se manifesta em todas as esferas da relação Estado-indivíduo. Inegavelmente, leva a uma democratização do processo penal, refletindo essa valorização do indivíduo no fortalecimento do sujeito passivo do processo penal. Pode-se afirmar, com toda segurança, que o princípio que primeiro impera no processo penal é o da proteção dos inocentes, ou seja, o processo penal como direito protetor dos inocentes. Esse status (inocência) adquire carácter constitucional e deve ser mantido até que exista uma sentença penal condenatória transitada em julgado.

A aplicação do conteúdo do processo penal deve sempre prevenir o sofrimento injusto que pode causar a um acusado que no final se prove inocente. Por isso, todas as garantias devem ser utilizadas para amenizar o sofrimento tanto de quem está sendo julgado quanto de quem está aguardando uma resposta do judiciário. Não podemos viver em uma verdadeira democracia sem um processo garantidor.

1.3 A pena como o fim da vingança

O direito de punir advém da proibição do exercício da vingança por parte dos indivíduos. Sobre o tema, Priscila Akemi Beltrame, 2015, p.198, afirma que este direito é baseado no pressuposto pacto social, que consiste no dever de cada indivíduo cumprir as normas em troca do dever da comunidade internacional prover segurança para seus cidadãos por meio do exercício do poder punitivo.

O direito penal, antes de consagrar o Estado como o titular do poder punitivo, passou por algumas etapas. Sobre elas, Paulo Nader, 2019 p. 355, leciona:

1.3.1 vingança privada; b) composição voluntária; c) composição legal; d) repressão do Estado. Primitivamente, a vítima ou seus familiares reagem à lesão do direito, pela própria força (v. item 193). Na fase da composição voluntária a vítima entrava em acordo com o criminoso e trocava o seu perdão por uma compensação econômica. Posteriormente, esse critério de composição, instituído naturalmente pelas partes, foi adotado pelas legislações, que impunham ao infrator um pagamento à vítima. Finalmente, no período de humanização do direito, para o qual César Beccaria (1738-1794) contribuiu decisivamente, com a sua obra *Dei Delitti e delle Pene*, o Estado detém o monopólio do direito de punir e o faz mediante critérios científicos que objetivam, de um lado, a intimidação e, de outro, a readaptação social do criminoso.

A expressão "poder punitivo" é adequada para englobar as punições concretas de pessoas concretas, devido às praticas de condutas criminosas ou

afins. O poder de punir que o Estado possui, advém da soberania que lhe é outorgada pelos cidadãos (FRAGOSO, 2015).

O supracitado poder é exercido através da coerção. Conforme Zaffaroni, 2007, P. 172, expõe, "a função do direito penal de todo Estado de direito (da doutrina penal como programadora de um exercício racional do poder jurídico) deve ser a redução e a contenção do poder punitivo dentro dos limites menos irracionais possíveis".

A sociedade, por enfrentar condutas desviantes, não pode depender apenas de um acordo eventual ou disposições benévolas dos indivíduos. Por isso, a coercitividade não apoia somente o direito, mas todo o plexo axiológico social. (ADEODATO, 2002)

A coerção seria então a força aplicada pelo Estado para prevenir o uso da força pela população, de forma a pacificar a comunidade, uma vez que o direito faz do uso da força um monopólio da comunidade. Sobre coerção, Kelsen, 2000, p. 26, leciona:

Quando a sanção é organizada socialmente, o mal aplicado ao violador da ordem consiste numa privação de posses – vida, saúde, liberdade ou propriedade. Como as posses lhe são tomadas contra a sua vontade, essa sanção tem o caráter de uma medida de coerção. Isso não significa que a força física deva ser aplicada na execução da sanção. Onde a autoridade que aplica a sanção possui poder adequado, esse caso é apenas excepcional.

O processo penal é o meio que o Estado utiliza para legitimar o uso da coerção contra o acusado de certo delito. O direito penal, última "razão", impõe a reprovação à conduta do indivíduo, devendo se justificar enquanto tal quando preserva os direitos dos integrantes da comunidade, com regras claras que possam ser entendidas e respeitadas. (STRECK, 2019)

Dessa forma, a pena toma o lugar da vingança na sociedade e a imposição e definição da mesma é decretada por um juiz após o cumprimento devido do processo penal. Com todas as garantias estabelecidas para o acusado, a pena proporcional deve ser aplicada. Sobre o assunto, Aury Lopes Jr., 2000,

A aplicação da pena, como manifestação da justiça, exige o instrumento "processo" para que possa se concretizar, e a necessidade do processo penal é uma conquista fundamental da humanidade, como efetivo instrumento para a proteção dos indivíduos contra os abusos do poder punitivo estatal.

Em regra, encontramos duas principais finalidades da pena: justiça e utilidade. A justiça aparece através do castigo aplicado ao infrator, sendo essa pena retributiva proporcional ao mal causado à sociedade. Já sobre a utilidade, Marco Aurélio Florêncio Filho, 2014, p. 191 leciona:

Já o critério de utilidade, vinculado ao fim de prevenção da pena, pode ser dividido em prevenção geral (sociedade) e prevenção especial (indivíduo desviante). A prevenção geral, por sua vez, pode ser dividida em positiva ou negativa, bem como a prevenção especial. Fala-se em prevenção geral negativa quando a mensagem da pena visa intimidar os possíveis delinquentes (esta teoria também é chamada da coação psicológica), enquanto que a prevenção geral positiva busca através da pena fortalecer a consciência da sociedade de que o Direito precisa ser respeitado. Já a teoria da prevenção especial negativa busca inocuizar o delinquente, que preso não voltará a delinquir. A teoria da prevenção especial positiva, por sua vez, almeja a correção moral ou reeducação, reinserção social, ressocialização ou reintegração na sociedade, fazendo com que o criminoso egresso seja capaz de viver sem ter que voltar a delinquir. (BUENO ARÚS, Francisco. *La ciencia del derecho penal: un modelo de inseguridad jurídica*. Madrid: Civitas, 2005, p. 111-121).

Para Aury Lopes Jr., 2000, existe o Direito Penal mínimo e o máximo. O primeiro é uma técnica de direitos fundamentais que consiste em proteger o débil contra o mais forte, seja ofendido ou ameaçado pelo delito ou pela vingança. A proteção deste indivíduo ocorre pelo processo judicial seguido pela correta aplicação da pena, após uma série de instrumentos e limites que visam evitar as arbitrariedades por parte do Estado.

Em contrapartida, o Direito Penal máximo, Aury Lopes Jr., 2000, afirma que caracteriza-se pela excessiva severidade, pela incerteza, a imprevisibilidade das condenações e das penas e por configurar um sistema não controlável racionalmente pela ausência de parâmetros certos e racionais. Aqui o processo teria mais proximidade com o modelo inquisitivo. Sem garantias como a imparcialidade do juiz, a decisão seria predominada de opiniões e até mesmo prejulgamentos. Não teria como escapar das arbitrariedades dos julgadores já que a condenação e a pena aplicada dependeriam unicamente da sabedoria dos juízes.

Destarte, a eficácia do direito penal depende da pena enquanto esta precisa de um processo penal justo que determine o melhor ordenamento jurídico a ser aplicado a cada caso. Diariamente pessoas são mandadas para a prisão após infringir a lei, elas têm o direito de saber a razão e o procedimento que causou isso.

1.4 Ativismo judicial versus segurança jurídica

É sabido que toda norma jurídica deve ser interpretada. O juiz deve analisar o caso concreto, selecionar os fatos mais relevantes, entender sua singularidade e aplicar o disposto em lei de forma adequada.

Acontece que, juízes pertencentes a tradições políticas diferentes interpretarão de forma antagônica, devido às suas ideologias. Um juiz pode não achar tal argumento tão plausível enquanto outro poderia se dar por convencido. (DWORKIN, 1999)

Acerca da interpretação das normas e das decisões, Dworkin, 2002, p. 195 afirma:

a teoria do direito clássica pressupõe que os juízes decidam os casos em duas etapas: encontrem o limite daquilo que o direito explícito exige e, em seguida, exerça um poder discricionário independente para legislar sobre problemas que o direito não alcance.

Os positivistas alegam que o poder discricionário do juiz deve ocorrer quando não houver uma regra clara para o caso concreto, sendo necessário decidir mediante a criação de um novo item na lei. Dworkin, 2002, p. 50, indica que o poder discricionário só deveria acontecer “quando alguém é em geral encarregado de tomar decisões de acordo com padrões estabelecidos por uma determinada autoridade”.

O juiz atualmente deve assumir a função de garantidor, protegendo os direitos fundamentais dos cidadãos a partir da correta aplicação da legislação vigente. Neste diapasão, conclui Aury Lopes Jr., 2000,

A efetividade da proteção está em grande parte pendente da atividade jurisdicional, principal responsável por dar ou negar a tutela dos direitos fundamentais. Como consequência, o fundamento da legitimidade da jurisdição e da independência do Poder Judiciário está no reconhecimento da sua função de garantidor dos direitos fundamentais inseridos ou resultantes da Constituição. Nesse contexto, a função do juiz é atuar como garantidor dos direitos do acusado no processo penal.

A questão fulcral é que as dúvidas jurídicas devem ser resolvidas dentro dos limites do Direito. Lênio Streck, 2018, p. 27-28, informa: “Quanto mais se busca ir além deles, o que é peculiar ao ativismo judicial, mais problemas tendem a surgir dentro de um ambiente cada vez mais fragmentado”.

Se o juiz decide com base em suas inclinações pessoais, além de injusto, é contrário à democracia e ofensivo ao princípio geral de direito. Este juiz se baseia num ponto de vista político particular. Porém, como o ser humano é falível, a opinião de qualquer juiz sobre os direitos nos casos difíceis pode estar equivocada. (DWORKIN, 2002)

O Ativismo judicial ocorre quando o Judiciário não se limita a interpretar o direito, indo além e substituindo o Legislador ao inovar uma ordem jurídica. É uma prática extremamente nociva não só para a segurança jurídica, mas para a democracia como um todo. Os juízes devem ser leais ao ordenamento jurídico vigente. (NADER, 2019)

De forma brilhante, Lênio Streck, 2019, p. 17, afirma que “há uma pergunta fundamental que deve ser feita e que pode dar um indicador se a decisão é ativista: a decisão, nos moldes em que foi proferida, pode ser repetida em situações similares?” Corremos perigo quando a resposta é um “não”.

A segurança jurídica é um valor que desperta o interesse e a preocupação da sociedade e do Estado como um todo. Paulo Nader, 2019, p.122, infere: “o que traduz um imperativo de segurança é a impossibilidade de um mesmo poder açambarcar as funções próprias de um outro poder [...] Esta prática institucionalizaria a incerteza do Direito vigente”.

O fato é que o ativismo e a insegurança jurídica são prejudiciais à nossa Democracia. Ao derivar de inclinações pessoais, não temos como garantir a certeza das decisões nem mesmo em casos simples, pois às vezes o juiz pode até nos agradar, mas também pode ir contra os nossos próprios princípios.

Através de um direito definido, a segurança jurídica é obtida. Ela possui um duplo aspecto: objetivo, correspondendo às qualidades necessárias à ordem jurídica e já definidas, e subjetivo, que consiste na ausência de dúvida ou de temor no espírito dos indivíduos quanto à proteção jurídica. (NADER, 2019)

Muitas vezes lidamos com juiz decidindo a partir do que é “o justo” e até mesmo a população apoiando justificando com o que é o “certo”. Porém, quem declara o que é justo? Se seguirmos assim, teremos que adivinhar as decisões do juiz, torcer para que a opinião e juízos morais dele sobre tal delito pareçam com os nossos. (STRECK, 2019)

Todavia, o conflito entre a segurança jurídica e a justiça é motivo de preocupação atualmente. Quando este ocorre, devemos fazer prevalecer a

segurança, caso contrário, nos tornaríamos prisioneiros do ideal de justiça de cada julgador. (NADER, 2019)

O juiz deve decidir os casos, independente do nível da dificuldade, de acordo com a lei. Deve segui-la e não tentar modifica-la. A efetividade do Direito e da Democracia também dependem da interpretação dada pelo aplicador das normas. O Direito precisa manter sua autoridade e autonomia e os órgãos julgadores devem garantir isso.

2. CASOS FAMOSOS E A INFLUÊNCIA DOS JUÍZOS MORAIS

O clamor por uma justiça idealizada e a aversão aos procedimentos penais com todas as garantias constitucionais são instituições crescentes atualmente, principalmente nos delitos que causam grande repercussão e chocam negativamente a população. Neste diapasão, o capítulo a seguir exemplifica, a partir de casos brasileiros famosos, a ânsia punitivista.

2.1 A Boate Kiss e o sentimentalismo presente na sentença

2.1.1 Resumo do caso

O caso ocorreu em 27 de janeiro de 2013, na Boate Kiss, localizada em Santa Maria, Rio Grande do Sul. Durante uma festa universitária denominada "Aglomerados", a Banda Gurizada Fandangueira se apresentava no palco quando um dos integrantes disparou um artefato pirotécnico. (TJRS, 2021)

O incêndio teve início com o contato do artefato com o isolamento acústico da boate. Além de estar lotado, o espaço não possuía boa ventilação nem saídas de emergências suficientes, tendo o fogo se alastrado rapidamente. Ao todo foram 242 mortes e mais de 600 feridos. (TJRS, 2021)

Com o julgamento mais longo da história do Poder Judiciário do Rio Grande do Sul, o júri presidido pelo juiz Orlando Faccini Neto teve início no dia 01/12/2021 e término no dia 10/12/2021. (TJRS, 2021)

A condenação dos réus se deu da seguinte forma: Elissandro Callegaro Spohr e Mauro Londero Hoffmann, que eram sócios da casa noturna, tiveram as penas fixadas, respectivamente, em 22 anos e 6 meses e 19 anos e 6 meses de reclusão. Enquanto Marcelo de Jesus dos Santos, que era o vocalista da banda, e Luciano Bonilha Leão, o auxiliar do grupo musical, fixou-se em 18 anos de reclusão para ambos. (TJRS, 2021)

Em 03/08/22, a 1ª Câmara Criminal do TJRS anulou o júri após a apelação das partes. A nulidade mais destacada nos votos refere-se à formação do Conselho de Sentença. (TJRS, 2022)

Este caso torna-se emblemático por diversos motivos. Além da tragédia por si só que nunca será esquecida e sempre estará marcada na história do nosso país,

também dá abertura para a discussão o dolo eventual presente no andamento do processo e a própria nulidade do júri.

Porém, para a melhor compreensão deste trabalho, a parte analisada versa sobre a sentença proferida eivada de sentimentalismo e moralismo por parte do juiz que presidiu o julgamento no júri popular.

2.1.2 A decisão

O juiz prolator Orlando Faccini Neto, leu a sentença após a conclusão dos jurados pela condenação dos réus. Os quatro réus foram condenados por homicídio simples e homicídios tentados com dolo eventual pelo Conselho de Sentença do Tribunal do Júri com as penas supracitadas.

A sentença do processo nº: 001/2.20.0047171-0 (CNJ:.0047498-35.2020.8.21.0001) encontra-se no site do TJRS e possui 43 páginas, logo, destaco a seguir os pontos que serão analisados:

P. 17-18

Nos casos de perda de entes, como no caso presente, a pena criminal há de comunicar aos familiares, pais e mães enlutados, o grau de respeito que lhes devota o Estado, de maneira que **arriscar o esquecimento destes dramas pessoais gerados pela prática de um crime implicaria justamente no oposto, ou seja, numa demonstração de que a ordem jurídica não está a compreender a vítima, o sujeito violado, com o devido respeito e consideração.**

O sempre presente interesse dos familiares, que constituíram até mesmo uma Associação, e a constante demonstração de seu sofrimento, **não podem ser olvidados neste momento.** Um magistrado que atua no Tribunal do Júri acaba se deparando inúmeras vezes com pais ou mães que comparecem em audiências ou plenários chorando a morte de seus filhos. Isto, entretanto, nunca pode ser naturalizado e, mais que isso, parece **potencializado quando a experiência da morte deixa de ser algo individual, para constituir-se numa dimensão coletiva.** Foram mais de duzentos e quarenta mortos, e a expressividade do número de vítimas não divide ou arrefece as dores ou tragédias pessoais; **multiplica-as**

(v) E aqui surge uma questão relevante. Normalmente, após a análise de cada uma das diretrizes do artigo 59 do Código Penal, chega-se num número, à guisa de pena-base. Este cálculo nunca há de ser matemático, e quanto mais a jurisprudência inclina-se por sua força aritmética, mais se distancia da dimensão axiológica que é fundamento do Direito Penal. De todo modo, haverei de proceder na indicação precisa dos elementos do artigo 59 do Código Penal, que nortearão a fixação da pena-base; contudo, antes, para um dado muito significativo almejo chamar a atenção. Como reagiria cada pai ou mãe enlutado, cada familiar que perdeu seus filhos ou filhas, se lhes fosse dito que, como corolário dessa perda suprimir-se-á um mês da liberdade dos réus? Pois notem: são mais de duzentos e quarenta famílias que, por anos, esperam uma resposta do Estado e a concretização daquele valor abstrato que designamos por JUSTIÇA, e, numa modelagem legislativa em que é cediça a presença do concurso formal, numa modelagem típica que alude ao homicídio sem qualificadoras, mesmo um

estudante de Direito será capaz de especular que para cada vida perdida não será extirpado muito mais do que um mês da liberdade de cada um dos acusados.

E isto sem considerar que com o cumprimento de pequena fração da pena já poderão progredir de regime, tudo a viabilizar se cogite de uma retomada relativamente rápida de suas vidas, com a possibilidade de conviverem com os seus, de viajarem, de estudarem, de trabalharem, de conhecerem pessoas, de terem as experiências que são tão maravilhosas no curso de nossas vidas, e que, todavia, nenhuma delas as terão as vítimas, as mais de duzentos e quarenta vítimas. Vejam que o percentual da progressão de regime, na espécie, variará - e o refiro à guisa de obter dictum, pois o tema alude à execução penal -, entre 16 ou 25%, se se considerar que o elemento violência, a distinguir o patamar de que se trate, não é necessariamente inerente ao homicídio - bastaria lembrar da hipótese de um homicídio por omissão -, tudo a demonstrar que o alcance de benefícios da execução penal não se fará tarde.

Este norte, retomemos, este guia, de comunicar às vítimas, a seus familiares, de que há compadecimento com a sua situação, igualmente direcionará a análise que se inicia, acerca do artigo 59 do Código Penal. Por meio da punição adequada dos réus conota o Estado, aos parentes dos que pereceram, bem como aos lesados sobreviventes, o ideal da consideração e do respeito.

P. 23

Cumpra avaliar as circunstâncias peculiares do evento, no que repercutem para a fixação da pena. Neste âmbito, impõe-se atenção específica à maneira como vieram a perecer as vítimas fatais. Os dados do processo indicam, sem qualquer margem para dúvida, a presença de intenso sofrimento, decorrente das razões pelas quais morreram as vítimas. Quem, num exercício altruísta, por um minuto apenas buscar colocar-se no ambiente dos fatos haverá de imaginar o desespero, a dor e o padecimento das pessoas que, na luta por sua sobrevivência, recebiam, todavia, a falta e a ausência de ar, os gritos e a escuridão, em termos tão singulares que não seria demasiado qualificar-se tudo o que ali foi experimentado ao modo como assentado pela literatura⁴⁶, "o horror, o horror".

P. 25-26

Aponta-se que "o tempo de morte estimado dentro da Kiss foi de três a cinco minutos depois de o incêndio ter começado" ⁴⁸, e mostra-se inexprimível em palavras o tipo de sensação a que foram submetidas as vítimas na antessala de suas próprias mortes, misto de desespero com sufocamento, misto de desalento e dor. Outra circunstância a ser considerada concerne à idade dos mortos e mortas; na sua grande maioria, pessoas na faixa de seus vinte e poucos anos, cheios de expectativas, de anseios e sonhos, tolhidos e interrompidos à conta dos fatos, suprimidos de tudo aquilo que a experiência humana pelo mundo pode proporcionar. Importante este aspecto, máxime se cotejado com aquilo que dos acusados será retirado em decorrência de suas condutas. Todos os réus, seguramente, terão ainda tempo para cultivar as suas famílias, desenvolver as suas amizades, viajar, conhecer pessoas, participar de festas, eventos, amores e desamores, nessa trajetória cheia de mistérios e maravilhas que é a vida. Nada disso caberá às vítimas. Sequer é possível um cálculo instrumental sobre a idade de cada qual, e a expectativa de vida que teriam, para chegarmos ao quanto de tempo lhes foi subtraído. Basta dizer que é muito, e este muito, cumpre enfatizar isso, não lhes foi retirado por obra do acaso, por um raio, um terremoto, um tufão ou furacão: tratou-se de obra humana, a exigir do Estado o chamamento à conseqüente responsabilidade. ARBEX, no ponto, indica tratar-se de "mais de 9 mil anos potenciais de vida perdidos, considerando-se a expectativa de vida do brasileiro em torno de 75 anos" ⁴⁹. Do mesmo modo são gravíssimas as conseqüências. Primeiro, para a própria comunidade de Santa Maria, que, é fato público e notório, resultou deveras abalada em sua estrutura social a

partir dos fatos narrados na denúncia. Há um luto perene, dificilmente reversível, e que se expressa no olhar triste de pais e mães que, em busca de respostas, massivamente compareceram na sessão de julgamento. Muito, a este respeito, poderia ser abordado com o que revelado nos autos. Os depoimentos estão aí e transcrevê-los agora parece despidendo – fica a referência de que estão sendo considerados. Estar-se-ia a refugir dos padrões de uma decisão judicial se a poesia fosse chamada? Suponho que não, e, neste ponto das consequências, trago a música de Chico Buarque, citada em plenário durante os debates, Pedaco de Mim: “Oh, pedaco de mim. Oh, metade arrancada de mim. Leva o vulto teu. Que a saudade é o revés de um parto. A saudade é arrumar o quarto. Do filho que já morreu||. p. 42-43

Presume-se a constitucionalidade das leis. Há de se prestar reverência às vítimas e aos familiares dos que pereceram, conferindo mínima efetividade a um julgamento que acontece muitos anos após os fatos. Até quando esperar, se refutado este ponto de vista? A trilha recursal das múltiplas instâncias brasileiras já foi percorrida após a conclusão da primeira fase do procedimento e sêlo-á novamente, parece indvidoso, mormente se o manejo de recursos for a garantia de que durante a sua tramitação os acusados não sofrerão quaisquer consequências. Isto tudo não se pode aceitar.

Cumprir a lei, presumi-la constitucional, seguir precedente do Supremo Tribunal, estar de acordo com votos de Ministros, tratar vítimas, familiares e sobreviventes, com consideração e respeito, reputando justa a sua reivindicação por algum grau de punição, tudo isso não se pode afigurar desarrazoado. O processo penal não pode servir exclusivamente àqueles que claudicam, que delinquem, que violam as leis.

2.1.3 Análise do caso

Imprescindível salientar inicialmente que quanto maior a gravidade do crime e a sua repercussão, maior deve ser a observância das garantias processuais dos acusados para assegurarmos não só os direitos de todos, como também a nossa democracia. Assim leciona Coutinho et al., 2021,

Neste ponto, no que se refere ao caso em apreço, faz-se importante um esclarecimento: não se trata de insensibilidade quanto à dor das vítimas e seus familiares (muito pelo contrário), mas sim de reivindicar respeito, que deveria ser pacífico, às regras sem as quais um Estado Democrático de Direito perde seus contornos. As surpresas processuais promovidas pelos que atropelam o devido processo e a presunção de inocência (que é operativa até que o último recurso seja julgado), longe de contribuírem ao alcance de um desfecho justo e legítimo, servem ao *justiçamento*.

No caso em comento, o juiz refere-se à condenação como uma forma de mostrar que a população pode confiar no judiciário para trazer certo alívio à dor sentida pela tragédia. A compensação buscada através de uma sentença repleta de sentimentalismo ultrapassa os limites do direito, prevalecendo o punitivismo exacerbado.

Em tempos de ativismo judicial, deve-se lembrar dos limites hermenêuticos para que a interpretação e aplicação do ordenamento jurídico em um caso concreto seja embasada na própria norma e não em inclinações pessoais. O magistrado não está autorizado a ir além do Direito quando a população assim exija. Neste diapasão, Lênio Streck, 2018, p. 116-117,

Antes de tudo, é preciso realizar uma espécie de filtro acadêmico e perceber que algumas das divergências se dão, principalmente, em razão da visão de mundo de cada um. Isso significa que, em alguns posicionamentos, misturam-se, inclusive, as concepções pessoais com a análise jurídica. Nesse sentido, é preciso fazer um alerta: estes tipos de manifestações traduzem-se, na verdade, em meras opiniões, que, em um contexto de tomada de decisão individual, possuem relevância talvez política, mas não jurídica. Ainda que seja impossível àquele que pretende dizer algo sobre o Direito estabelecer um grau zero compreensivo, não podemos confundir a inexorável afetação de nossas pré-compreensões com a subjetividade arbitrária do intérprete. Como já defendido em outras oportunidades, não podemos decidir conforme a nossa consciência. Juiz não escolhe. Juiz decide.

Na busca cega por justiça juntamente com a necessidade de tentar cessar o sofrimento impingido, os réus foram condenados a penas as quais não faziam jus e tornaram-se vítimas também, só que agora do sistema judiciário. As consequências advindas da postura delitiva devem respeitar a proporção dos atos praticados, não estabelecendo penas mais severas como meio de reestabelecer um equilíbrio na sociedade. (CARDOSO, 2021)

A lei deve ser rigorosamente respeitada. Confundir o papel do judiciário com o clamor público representa um retrocesso civilizatório e condena a segurança jurídica. A sociedade tem todo direito de viver seu luto, ainda mais em uma tragédia como essa, sendo legítimo até mesmo o sentimento de vingança por todas as vidas perdidas. E é exatamente por isso que cabe às instituições e não aos particulares fazer-se cumprir a lei. (COUTINHO et al., 2021)

A mídia atual se aproveita de crimes que causam ânsia à população para promover uma espetacularização do processo penal. Já é sabido que o direito penal é o ramo jurídico com maior apelo social, até mesmo pela busca de uma justiça efetiva perante o ente estatal. Dessa forma, a imprensa acaba por acalorar o sentimento de revolta dos indivíduos, trazendo também à tona um heroísmo por parte do judiciário, gerando uma interferência negativa na persecução penal. (SAHIONE, 2021).

2.2 A opinião particular em uma decisão judicial sobre aborto legal

2.2.1 Resumo do caso

Este ano, uma menina de 10 anos, vítima de estupro, procurou o Hospital Universitário de Florianópolis para tentar interromper a gestação, porém teve o procedimento negado sob a justificativa de que as normas do hospital só permitiam a realização do aborto até 20 semanas e a menina estava com 22 semanas e 2 dias. (BATISTELA, BORGES e MAYER, 2022)

O caso então chegou às mãos da juíza Joana Ribeiro Zimmer, a qual inicialmente encaminhou a jovem ao abrigo com o objetivo de proteção à criança contra seu agressor. Depois, a intenção de mantê-la no abrigo foi para evitar que realizasse o aborto. (FARIA, 2022)

O processo é sigiloso, porém segundo vídeo publicado no portal Intercept (2022) tanto a juíza quanto a promotora Mirela Dutra Alberton, aparecem pedindo para que a menina mantenha a gestação para aumentar a chance de sobrevivência do feto.

Posteriormente, a Justiça do Estado determinou que a vítima voltasse a morar com a mãe. A juíza, autora da decisão que negou a interrupção da gravidez, foi promovida para outra comarca e deixou o caso. A Corregedoria Nacional está apurando se houve prática de infração por parte da mesma. (BORGES, MARTINS e MAYER, 2022)

A criança conseguiu realizar a interrupção da gravidez.

2.2.2 Decisão

O caso em comento corre em segredo de justiça, pois envolve menor de idade, circunstância que impede a discussão da decisão por inteira. Entretanto, em vídeo publicado no portal Intercept (2022), podemos ver algumas partes da audiência. Destaco os trechos importantes para a compreensão deste trabalho.

A juíza realiza as seguintes perguntas para a menina:

Quanto tempo que você aceitaria ficar com o bebê na tua barriga para gente acabar de formar ele, dar os medicamentos para o pulmãozinho dele ficar maduro para a gente poder fazer essa retirada antecipada do bebê para outra pessoa cuidar se você quiser?

Você vai ao médico e a gente vai fazer essa pergunta para um médico, mas você, se tivesse tudo bem, suportaria ficar mais um pouquinho?

Na medida em que a audiência avança, a tentativa de ^oconvencer a criança a manter a gestação e entregar o bebê à adoção continua. A juíza Ribeiro e a criança travam o seguinte diálogo:

– Qual é a expectativa que você tem em relação ao bebê? Você quer ver ele nascer? - pergunta a juíza.

– Não - responde a criança.

– Você gosta de estudar?

- Gosto.

– Você acha que a tua condição atrapalha o teu estudo?

– Sim.

Faltavam alguns dias para o aniversário de 11 anos da vítima. A juíza, então, pergunta:

– Você tem algum pedido especial de aniversário? Se tiver, é só pedir. Quer escolher o nome do bebê?

– Não - é a resposta, mais uma vez.

Após alguns segundos, a juíza continua:

– Você acha que o pai do bebê concordaria pra entrega para adoção? – pergunta, se referindo ao estuprador.

– Não sei - diz a menina, em voz baixa.

Também podemos destacar aqui a fala da promotora para a criança:

O bebê já tá completo, ele já é um ser humano, consegue entender isso? Ele já está com quase seis meses. Têm bebês que nascem até antes e ainda sobrevivem. O que a gente queria ver se tu concordarias era de que a gente mantinha mais uma ou duas semanas apenas na tua barriga. Porque, para ele ter chance de sobreviver mais ele precisa tomar os medicamentos para o pulmão se formar completamente. Em vez de deixar ele morrer, porque ele já é um bebê, já é uma criança, em vez de a gente tirar ele da tua barriga e ele morrer agonizando, porque é isso que acontece, porque o Brasil não concorda com a eutanásia, o Brasil não vai dar medicamento pra ele. Ele vai nascer chorando [inaudível]. A gente tira ele, dá todos os suportes médicos para que ele sobreviva e a gente daria para um casal para adoção.

A audiência com a mãe da vítima segue no mesmo tom com perguntas realizadas pela juíza:

Quanto ao bebezinho, você entendeu que se fizer uma interrupção, o bebê nasce e a gente tem que esperar esse bebê morrer? A senhora conseguiu entender isso? Que é uma crueldade? O neném nasce e fica chorando até morrer.

E a gente tem 30 mil casais que querem o bebê, que aceitam o bebê. Então, essa tristeza de hoje para a senhora e para a sua filha é a felicidade

de um casal. A gente pode transformar essa tragédia. A mãe da criança então diz: "é uma felicidade porque não estão passando pelo que eu estou passando".

A mãe suplica após ser questionada pela juíza sobre qual seria a melhor solução:

[...]independente do que a senhora vai decidir, eu só queria fazer um último pedido. Deixa a minha filha dentro de casa comigo. Se ela tiver que passar um, dois meses, três meses [grávida], não sei quanto tempo com a criança... Mas deixa eu cuidar dela? Ela não tem noção do que ela está passando, vocês fazem esse monte de pergunta, mas ela nem sabe o que responder.

Segundo Caroline Borges e Clarissa Batistela, 2022, a juíza ainda afirmou que o aborto só seria possível com menos de 22 semanas de gestação ou 500 gramas do feto e comparou a prática a um homicídio. "Diferente de proteger a filha, iria submetê-la a um homicídio". Ademais, Joana Ribeiro diz na decisão:

Logo, não se impediu o aborto da menina porque, passado o prazo legal e também o tamanho adequado do bebê, o que foi impedido por esse juízo foi o cumprimento de uma ordem que já não era mais de aborto e só não foi cumprida porque a menina estava institucionalizada [internada em um abrigo] pois, se estivesse com a mãe, teria sido realizado o procedimento sem a salvaguarda da vida do bebê.

2.2.3 Análise do caso

Este caso traz nitidamente as inclinações pessoais da juíza e da promotora quando o assunto deveria ter apenas embasamento legal. O aborto derivado de estupro é permitido pelo código penal e em momento algum é decretado um prazo gestacional para tal.

Ademais, por se tratar de uma criança de 10 anos, não há o que se falar em consentimento, sendo um caso de estupro de vulnerável.

É notável a violação da dignidade de uma criança já violentada, que passa a ser vítima também de uma moralidade sob o pretexto de defender a vida. Freitas et al., 2022, afirma sobre o tema:

O discurso jurídico, quando afasta o Direito de seus princípios e fundamentos, se converte em retórica vazia. Nessa circunstância, não há certo ou errado: tudo passa a ser defensável, desde que revestido de

palavreado jurídico convincente. Porém, a assunção de valores democráticos implica, necessariamente, a tomada de compromissos públicos, de respeito a princípios tais como dignidade, reconhecimento, proteção aos mais vulneráveis, dentre outros. A argumentação, aí, não pode servir ao convencimento irresponsável, mas, sim, à construção de um conhecimento pautado pela ética, pela ciência, pela seriedade e, como já dito, pelo compromisso democrático.

É imprescindível salientar que, se a juíza optasse pela aplicação do texto legal, o caso seria resolvido rapidamente e não teria sido motivo de tanta repercussão. Porém, tornou-se um espetáculo que abriu portas para discussão sobre um direito que já é estabelecido legalmente.

Zimmer aventurou-se numa empreitada moral quando seu papel era apenas o exercício da jurisdição. O ativismo aqui desprezou a lei, aplicou-se um direito completamente influenciado pelo valores da juíza. Exige-se a prática da constitucionalidade e da legalidade autônomos da moral para a democracia e ao Estado de Direito. (ABBOUD et al., 2022)

Destarte, tanto Zimmer quanto a promotora, se esqueceram que o seu dever não é o de defender interesses, crenças ou valores morais pessoais. Neste ínterim, conclui Abboud et al., 2022,

O direito, então, perde a batalha para a moral. O espólio da guerra — um feto forçadamente introduzido e mantido num útero infantil, que rasgará, física e emocionalmente, o corpo hospedeiro, impondo-lhe dano incalculável e irreversível, antes mesmo de que possa tragar o primeiro sopro de ar, para então, *talvez* gozar de vida extrauterina. Protege-se, *contra legem*, a vida possível, e a vida *certa* (a que *já existe*), à qual o direito *in abstracto* tutela, *in concreto*, que se dane!

2.3 O julgamento da imprensa em conjunto com a opinião pública

2.3.1 Resumo do caso

No ano de 1994, em março, em São Paulo, os donos da Escola de Educação Infantil Base, o motorista do transporte escolar e um casal de pais de um aluno, foram acusados por duas mães de abusarem sexualmente de crianças de 4 anos. (CRUZ, 2017)

Desde a acusação feita em registro de ocorrência, os suspeitos já sentiam todo o peso do crime, mesmo não tendo materialidade comprovada.

Apesar de não ter maiores provas, as supostas vítimas em conjunto com o delegado da Polícia Civil e a imprensa seguiram com a história, ganhando esta grande repercussão.

A notícia viralizou quando o delegado que conduzia as investigações deu entrevista à Rede Globo de Televisão afirmando que de fato ocorrera violência sexual contra os estudantes da escola. Os demais jornais também divulgaram os fatos afirmando que a materialidade do crime estava comprovada, faltando apurar apenas a autoria. (CRUZ, 2017)

A mídia, no geral, sensacionalizava o fato, explorando o sofrimento das mães e deixando de lado a ética jornalística. Mesmo não tendo nem prestado depoimento à polícia ainda, a credibilidade dos suspeitos já era nula e o ódio da população era incentivado a cada notícia relacionada.

Ademais, buscava-se tanto uma solução para o caso que circulava pela mídia de todo o país, que um americano que não possuía qualquer envolvimento foi preso e solto 9 dias depois. (SILVA, 2022)

O caso tornou-se referência obrigatória nas discussões em cursos de Direito e Jornalismo. O jornalista Alex Ribeiro escreveu sobre no livro "Caso Escola Base: Os abusos da imprensa", lançado em 2003. (CRUZ, 2017)

2.3.2 Decisão

Em junho do mesmo ano, o delegado Gérson de Carvalho acabou por inocentar os acusados envolvidos, uma vez que nada restou comprovado. O inquérito policial foi arquivado. (CRUZ, 2017)

Neste ponto, os danos já haviam tomado proporções gigantescas e os acusados tiveram suas vidas modificadas drasticamente. Embora tenham ocorrido retratações e indenização, não teve o mesmo impacto e o clamor público que a acusação sem provas teve.

2.3.3 Análise do caso

Os donos da escola foram acusados de pedofilia sem qualquer chance de defesa pela imprensa ou população. Apesar de, na esfera jurídica, as acusações

terem sido consideradas inverídicas e infundadas, a escola já havia sido depredada pela população revoltada.

Acontece que, todos os meios de informação em março de 1994, basearam-se nos boatos de que seis pessoas estariam envolvidas no abuso sexual de crianças, alunas da Escola Base, sem nem ao menos investigarem de fato o caso.

A opinião pública e a imprensa acusaram, julgaram e condenaram. Depredaram a escola, faliram os donos que tiveram que mantê-la fechada e, fora todos os danos morais sofridos pelos funcionários e até mesmo alunos da escola, os donos ainda recebiam telefonemas anônimos de ameaças.

A imprensa fez seu próprio julgamento, não esperando o Poder Judiciário exercer seu papel. A denúncia ruiu e o processo penal do espetáculo teve fim. O estrago, contudo, estava feito e era irremediável, alvos de divulgação de informações inverídicas, os acusados sofreram o poder destrutivo que o excesso de exposição possui na vida de uma pessoa. (PRAZERES E BRASIL, 2017)

A grande mídia tem viés punitivista. As manchetes sensacionalistas amplamente divulgadas incitaram a revolta da população de tal forma que houve saques ao colégio, depredação das instalações e até mesmo ameaças de morte contra os investigados. A vida dos mesmos foi alterada permanentemente. (VIEIRA E COUTINHO, 2022)

O prejuízo causado ao indivíduo reconhecido como culpado pela mídia antes mesmo da persecução penal é irreversível. Quando ele é declarado inocente após os trâmites legais ele já passou pela dificuldade de reinserção no mercado de trabalho e até mesmo no ciclo social durante o período de investigação, além de ter ruptura total de sua intimidade. Até quando o acusado resta comprovado como autor do crime, a espetacularização também promove um julgamento eivado de clamor social, contaminado pela ânsia da justiça. (SAHIONE, 2021)

2.4 A falta de confiança na função ressocializadora da pena

2.4.1 Resumo dos casos

No mesmo ano em que Eliza Samúdio desapareceu, 2010, o goleiro Bruno Fernandes foi preso preventivamente. A condenação veio em 2013 e a sentença

manteve a medida, decretando 22 anos e 3 meses de prisão pelo assassinato e ocultação de cadáver de Eliza e por sequestro e cárcere privado do filho Bruninho. Porém, a prescrição do crime de ocultação do cadáver fez com que a pena reduzisse para 20 anos e 9 meses.(REVISTA CONSULTOR JURÍDICO, 2017)

Ele chegou a conseguir liberdade em fevereiro de 2017, por meio de liminar assinada pelo ministro Marco Aurélio, do Supremo Tribunal Federal. Dois meses depois, entretanto, a 1ª Turma do STF decidiu que o ex-atleta deveria voltar ao regime fechado em respeito à “decisão soberana do tribunal popular”.(REVISTA CONSULTOR JURÍDICO, 2017).

Bruno progrediu em 2019 para o regime semiaberto domiciliar e agora cumpre pena em liberdade. (LIMA, 2022)

Já o caso de Suzy trata-se de uma reportagem que ocorreu no programa “Fantástico” da Rede Globo.

Em 2020 foi televisionada uma matéria sobre preconceitos, abandono e violência vivenciados por mulheres transexuais presas. O Médico Drauzio Varella visitou o presídio e conversou com algumas prisioneiras, dentre elas, Suzy de Oliveira Santos, mulher trans de 30 anos. (MIGALHAS, 2022)

A entrevista de Suzy ganhou grande comoção por parte do público após declarar que não recebia visitas há alguns anos e receber um abraço do médico. Com o gesto solidário, a apenada chegou a receber mais de 234 cartas e alguns presentes de pessoas de todo o Brasil com mensagens de apoio e tentativa de fazê-la sentir-se acolhida. (CARVALHO, 2022)

O problema iniciou-se quando foi divulgado na internet que Suzy havia sido condenada por estupro de vulnerável, homicídio e ocultação de cadáver. Isso gerou grandes debates sobre a entrevista, arrependimento em ter prestado solidariedade à presa em questão e se ela teria direito a compaixão por parte da sociedade.

2.4.2 Decisões

Não tratarei aqui sobre as sentenças dos delitos cometidos, mas sim sobre a importância da imprensa e do clamor público nesses dois casos. Principalmente

sobre a falta de confiança no nosso ordenamento jurídico e na finalidade ressocializadora da pena.

Como supracitado, a condenação de Bruno ocorreu no ano de 2013 e o crime em 2010. Mesmo após mais de 12 anos, o caso ainda é manchete dos jornais principais do país e motivo de repúdio por parte da população.

No mês de outubro desse ano, foi matéria da Folha Uol a contratação do goleiro Bruno Fernandes pela Sociedade Esportiva Búzios, time da quarta divisão do Campeonato Carioca. Acontece que durou apenas dois dias a passagem do goleiro no time. (LIMA, 2022)

Os habitantes de Armação de Búzios, Região dos Lagos do Rio de Janeiro, não aceitaram a sua contratação e devido ao apelo popular, o clube anunciou a dispensa de Bruno em suas redes sociais. Mesmo com o afastamento do jogador, moradores marcaram uma manifestação em frente à sede do clube para rechaçar a contratação. (LIMA, 2022)

Importante lembrar que não foi a primeira vez que Bruno conseguiu um emprego e rapidamente perdeu. Em 2019 foi contratado pelo Poços de Caldas Futebol Clube (MG) e seu contrato foi rescindido vinte e três dias depois. Em julho deste ano também foi anunciado pelo Atlético Carioca, onde ficou menos de um mês. (LIMA, 2022)

Por outro lado, no caso de Suzy, o que se discute é a rapidez com que ela foi adorada e recebeu cartas de todo o país e depois, ao descobrirem o motivo de estar presa, ocorreram até ameaças contra o médico e entrevistador Drauzio Varella por ter tido compaixão por ela.

Inclusive, depois da grande repercussão da matéria, o pai da vítima do delito cometido pela presidiária entrevistada ajuizou pedido de indenização por danos morais contra o médico que apresentou a reportagem e a emissora, alegando ter sofrido abalo psicológico ao reviver os fatos após a veiculação em rede nacional. O juízo de primeiro grau havia condenado a emissora e Drauzio Varella a pagar R\$ 150 mil ao pai após a exibição da entrevista. Porém a sentença foi reformada e o pedido foi negado sob o argumento de que a matéria tinha por objetivo historiar as péssimas condições de carceragem das detentas trans e não o fato criminoso cometido por elas. (MIGALHAS, 2022)

Lourenço Flores, no Site Metropoles, 2020, disponibiliza uma carta escrita a mão pela detenta que fora divulgada por sua advogada:

“Eu Suzi Oliveira, ‘Rafael Tadeu’, venho dizer que nas entrevistas ao jornal Fantástico não me foi perguntado nada referente ao B.O. (Boletim de Ocorrência). Eu sei que eu errei e muito. Em nenhum momento tentei passar como inocente e desde aquele dia me arrependi verdadeiramente e hoje estou aqui pagando por tudo que eu cometi...Errei sim e estou pagando cada dia – cada hora e cada minuto aqui neste lugar ... Antes não tive essa oportunidade, agora eu estou tendo apenas que pedir perdão pelo meu erro no passado...”

Ademais, após os ataques virtuais sofridos, Dráuzio Varella, (CATRACA LIVRE, 2020), se posicionou,

“Há mais de 30 anos, frequento presídios, onde trato da saúde de detentos e detentas. Em todos os lugares em que pratico a Medicina, seja no meu consultório ou nas penitenciárias, não pergunto sobre o que meus pacientes possam ter feito de errado. Sigo essa conduta para que meu julgamento pessoal não me impeça de cumprir o juramento que fiz ao me tornar médico. No meu trabalho na televisão, sigo os mesmos princípios. No caso da reportagem veiculada pelo Fantástico na semana passada (1/3/2020), não perguntei nada a respeito dos delitos cometidos pelas entrevistadas. Sou médico, não juiz.”

2.4.3 Análise dos casos

A questão a ser dissertada em ambos é a não aceitação da função de reintegração social da pena. Tanto Bruno quanto Suzy foram julgados e estão cumprindo suas devidas penas e mesmo assim os “juízes” da internet criticam a facilidade com que Bruno consegue emprego ou decidem se a presa em especial merece receber de fato visita e compaixão.

Um dos objetivos da pena, como visto anteriormente, é a reintegração do preso na sociedade, é conduzi-lo para uma vida pós-penitenciária em que consiga conviver em sociedade, trabalhar, conquistar meios que o impeça de cometer novos delitos.

Sobre o assunto, Thalyta Carvalho, 2022, destaca:

Atualmente, nenhum especialista entende que as instituições de custódia estejam desenvolvendo as atividades de reabilitação e correção que a sociedade lhes atribui. É certo que todos aqueles que cometem um fato típico, ilícito e culpável devem ser responsabilizados nos ditames da lei pelos fatos que foram realizados, mas é preciso considerar também até que ponto a sociedade contribui para melhora daquele indivíduo, eles serão

colocados novamente em sociedade e o convívio dele no seio social é também uma questão que deve ser compreendida, posto que esse ambiente como ensina Bitencourt (2004, p. 157) tende a condicionar toda sorte de vícios e degradações.

Os casos tiveram uma repercussão gigantesca tanto pelos meios de comunicação disponíveis como pelas massas indignadas com a crueldade de ambos os crimes.

O que traz à tona a indignação popular é a facilidade com que Bruno ganha propostas de times para trabalhar, mesmo alguns clubes tendo desistido depois da repercussão negativa acerca da contratação. E sobre Suzy, a empatia que a matéria provocou nas pessoas, que ruiu uma semana depois quando as mesmas decidiram que ela não merecia afeto ou qualquer tipo de atenção.

Decerto a maioria da população acredita que, após cumprir a pena aplicada, o detento tem o direito de ressocialização, de um trabalho, uma vida digna. Porém, quando trata-se de crime que choca a moral popular, muitas pessoas esquecem o direito ou acham que este ente não está sendo "justo" por não corresponder a punição que sua inclinação acha adequada.

Assim como no caso do goleiro Bruno, se confiarmos na capacidade do nosso sistema carcerário como um ente de função ressocializadora, não importa nossos sentimentos morais. Suzy foi julgada e já está cumprindo sua pena, não cabendo aos "juízes" da internet decidir se ela merece compaixão ou não.

Destarte, a população precisa recordar que os presos também são humanos e continuam sendo independente do motivo que os colocou ali. Corroborando com tal, está Thalyta Carvalho, 2022,

Susy ter sido escolhida como representante dessa necessária bandeira, sim, pode ter sido o estopim de um grande prejuízo para mensagem que Dr. Dráuzio Varella tentou passar. Todavia, como dito, ele é um médico e nessa sociedade muitas vezes as pessoas se acham juízes, e, por hora tudo bem, só que as concepções pessoais não podem ofuscar outras questões de ordem pública, como a violência e o abandono dentro dos presídios brasileiros. As mazelas que acometem mulheres, sejam elas trans ou não, vão além da história contada, ela reverbera em cada cela brasileira, em que os apenadas não têm condições minimamente humanas e os ditos "privilégios" são apenas falácias do senso comum, inexistentes na prática.

3. CORREÇÕES MORAIS

É sabido que os juristas acabam fazendo correções morais quando deparados com casos atípicos. O fato é que o direito democrático não pode depender das convicções íntimas do juiz, até porque, mesmo o mais garantista dos juristas pode mudar o que defende quando se encontra diante de algo que ofende seus próprios juízos morais (STRECK, 2019).

3.1 Juízos morais e sociedade

A estabilidade de uma concepção moral é um marco significativo para a construção de uma sociedade equânime. Primeiramente, deve-se reconhecer a existência de diferentes pontos de vista e perspectivas. Cada indivíduo é guiado pelos seus objetivos e aspirações próprias.

Dessa forma, como cada um tem suas crenças e interesses, como esperar uma posição concreta e justa de alguém que inevitavelmente manifestará sua inclinação pessoal?

A moral revela-se mais acentuada no ramo do direito penal, sendo até mesmo considerado por alguns como o código moral de um povo. Paulo Nader, 2019, p. 355, explica a razão: “[ao definir as infrações, a Dogmática Penal lida com o mínimo ético, ou seja, com os princípios morais mais relevantes e essenciais ao bem-estar da coletividade].

Os sentimentos morais admitem um assenso de determinados princípios e a capacidade de julgar de acordo com eles. Apesar de serem sentimentos mais complexos, a inclinação para eles parece derivar dos sentimentos naturais assim como a tendência a sentir-se alegre, ou triste. (RAWLS, 2000)

A conduta “[interna] que a moral requer deve ser realizada contra o interesse egoístico inerente a cada indivíduo. Neste diapasão, Kelsen, 2014, p. 74, discorre:

[...]O que é comum a todos os sistemas morais possíveis é a sua forma, o dever-ser, o caráter de norma. É moralmente bom o que corresponde a uma norma social que estatui uma determinada conduta humana; é moralmente mau o que contraria uma tal norma. O valor moral relativo é constituído por uma norma social que estabelece um determinado comportamento humano como devido (devendo-ser).

Acerca do significado do vocábulo "moral", Hart, 2001, p. 221-222, indaga importantes questões:

[...]Quererá a palavra moral, com a qual o direito se deve conformar, para ser bom, significar a moral aceite pelo grupo de cujo direito se trata, ainda que tal moral possa basear-se na superstição ou possa negar os seus benefícios e proteção aos escravos ou às classes subjugadas? Ou moral quererá significar padrões esclarecidos, no sentido de que se baseiam em crenças racionais o tocante a questões de facto, e aceitam que todos os seres humanos tenham direito a igual consideração e respeito?

Alguns teorizadores do direito usam a palavra "moral" para intitular todas as regras não jurídicas, como as regras de trato sociais. O perigo decorre de que a moral de uma sociedade pode abranger apenas os seus próprios membros, ou até mesmo apenas certa classe, permitindo, por exemplo, que escravos fiquem à mercê dos seus senhores. (HART, 2001)

Para Paulo Nader, 2019, a moral é a noção de bem, que constitui o seu valor. Dessa forma, conceitua "bem", p 36:

Consideramos bem tudo aquilo que promove a pessoa de uma forma integral e integrada. Integral significa a plena realização da pessoa, e integrada, o condicionamento a idêntico interesse do próximo. Dentro desta concepção tanto a resignação quanto o prazer podem constituir-se em um bem, desde que não comprometam o desenvolvimento integral da pessoa e nem afetem igual interesse dos membros da sociedade. A fonte de conhecimento do bem há de ser a ordem natural das coisas, aquilo que a natureza revela e ensina às pessoas e a via cognoscitiva deve ser a experiência combinada com a razão.

Uma sociedade composta por uma cultura e experiências únicas terá uma teoria diferente do que vem a ser intuição moral. A população desta comunidade pode, por exemplo, achar que é mais injusto o Estado executar seus próprios cidadãos do que matar inocentes em países estrangeiros devido às guerras. (DWORKIN, 2002)

É de suma importância pensarmos na origem da ordem moral do indivíduo. Seria ela inerente ao nosso ser? Ou forma-se por dependência da religião que cada um opta por seguir? Ou ainda, seria fruto do meio, da vida em determinada sociedade?

Partindo do pressuposto de que a aprendizagem moral ocorre cedo na vida, antes mesmo do indivíduo ter um entendimento racional ou seus próprios padrões

de crítica, este tende a aceitar as injunções de pessoas que ocupam posições de autoridade. (JOHN RAWLS, 2000)

Para John Rawls, 2000, p. 513, “a sucessão de gerações e a necessidade de ensinar às crianças atitudes morais (por mais simples que sejam) é uma das condições da vida humana”. Decorrentes disso, nossas primeiras atitudes morais acabam sendo irracionais e injustificadas, uma vez que temos como parâmetro somente os nossos pais e estes tendem a agir de modo egoísta na utilização do elogio e da culpa, assim como aplicam sistemas de recompensas e punições muitas vezes de forma equivocada.

Por outro lado, quando a aprendizagem moral deriva do pensamento racionalista, consiste na tendência natural do ser humano para desenvolver sua capacidade intelectual e emocional. A predisposição do indivíduo em viver em sociedade acaba por ministrar uma base para os sentimentos morais, uma vez que não gostamos de nos relacionar com pessoas com sentimentos que divergem dos nossos. Nesta linha, segue John Rawls, 2000, p. 518 :

[...] o conteúdo da moralidade de grupo é ditado pelos padrões morais adequados ao papel do indivíduo nas várias associações às quais pertence. Esses padrões incluem as regras da moralidade ditadas pelo senso comum, juntamente com os ajustes necessários para adequá-las à posição particular de um indivíduo; e são impressos nele pela aprovação ou pela desaprovação daqueles que detêm a autoridade, ou pelos outros membros do grupo.

Todo sistema de valores é um fenômeno social, variando de acordo com a sociedade em que se encontra. Dessa forma, o que é moralmente bom ou mau está em constante divergência e mutação, sendo um critério relativo dependente do meio. O que era aceito em tal sociedade pode ser condenado por outra, ou até pela mesma sociedade com o passar do tempo e mudança dos padrões presentes nela.

Diferentes tipos de crenças podem derivar de fatores morais independentes e objetivos, ou serem apenas preferências subjetivas relativas a gostos comuns. De qualquer forma, utilizamos essas crenças, que denominamos de intuições ou convicções, para argumentar sobre o que achamos justo ou certo. Sobre a aplicação das denominadas posições morais, Dworkin, 2002, p. 383-384:

Podemos começar com o fato de que, em nossa moral convencional, expressões como “posição moral” e “convicção moral” funcionam como termos de justificação e de crítica, bem como de descrição. É verdade que

às vezes falamos de "moral", "moralidade", "crenças morais", "posições morais" ou "convicções morais" de um grupo, em um sentido que se poderia chamar de antropológico, querendo com isso nos referir a quaisquer atitudes que o grupo manifeste sobre a propriedade da conduta, das qualidades ou dos objetivos humanos. Nesse sentido, nós dizemos que a moral da Alemanha nazista baseava-se no preconceito ou que era irracional. Mas também usamos algumas dessas expressões, particularmente "posição moral" e "convicção moral", com um sentido discriminatório, para contrastar as posições que elas descrevem com preconceitos, racionalizações, questões de aversão ou gosto pessoal, posturas e opiniões arbitrárias, etc. um dos usos – talvez o mais característico – desse sentido discriminatório consiste em oferecer um tipo de justificação limitada, mas importante, de um ato, quando as questões morais que o cercam são controvertidas ou pouco claras.

O progresso da moral de cada um consiste na correção e no reconhecimento sólido dos princípios que consideramos justos ao longo da vida. Ademais, não faz-se necessário que tudo que a pessoa considera como um sentimento moral seja comprovadamente verdadeiro, bastando que ela aceite sua própria explicação. (RAWLS, 2000)

3.2 Acepções de justiça

Não podemos falar em um conceito único e simples da palavra "justiça", sendo este muito além de fazer o certo e evitar o errado. A humanidade divide-se em diferentes religiões, culturas, preferências, o que acarreta em diversas acepções da palavra. Corroborando, segue Kelsen, 2000, p. 12:

Não obstante, cada um tende a apresentar seu próprio conceito de justiça como sendo o único correto, o único absolutamente válido. A necessidade de justificação racional de nossos atos emocionais é tão grande que buscamos satisfazê-la mesmo correndo o risco de auto-ilusão. E a justificação racional de um postulado baseado num julgamento subjetivo de valor, ou seja, num desejo como, por exemplo, o de que todos os homens devem ser livres, ou o de que todos os homens devem ser tratados igualmente, é uma auto-ilusão ou - o que equivale a dizer a mesma coisa - uma ideologia. Ideologias típicas dessa espécie são as asserções de que algum tipo de fim último e, portanto, de algum tipo de ordenamento definitivo da conduta humana, provém da "natureza", ou seja, da natureza das coisas ou da natureza do homem, da razão humana ou da vontade de Deus. Em tal pressuposição reside a essência da doutrina do chamado Direito natural. Essa doutrina sustenta que há um ordenamento das relações humanas diferente do Direito positivo, mais elevado e absolutamente válido e justo, pois emana da natureza, da razão humana ou da vontade de Deus.

Para Adeodato, 2002, p. 142, o indivíduo, enquanto animal, possui um egoísmo biológico para a sua sobrevivência e é a justiça como uma virtude moral

que combate este sentimento. O caráter mais evidente para a possibilidade de uma vida em comum é a igualdade de direitos e deveres.

A igualdade básica ideal entre os homens estaria em nenhum deles ter poder sobre os demais. Porém, vivemos em uma sociedade em que os indivíduos possuem aptidões e defeitos desiguais, acarretando na soberania de alguns, podendo ser econômica ou mesmo intelectual. (FERREIRA FILHO, 1995)

Para a garantia da justiça em um esquema social, devem ser observados os direitos e deveres de cada um, assim como as condições econômicas e sociais presentes nos diversos setores da sociedade. A justiça não permite a perda de um para o lucro de bem maior partilhado por outros. Neste diapasão, discorre John Rawls, 2000, p. 4:

Cada pessoa possui uma inviolabilidade fundada na justiça que nem mesmo o bem-estar da sociedade como um todo pode ignorar. Por essa razão, a justiça nega que a perda da liberdade de alguns se justifique por um bem maior compartilhado por outros. Não permite que os sacrifícios impostos a uns poucos tenham menos valor que o total maior das vantagens desfrutadas por muitos. Portanto numa sociedade justa as liberdades da cidadania igual são consideradas invioláveis; os direitos assegurados pela justiça não estão sujeitos à negociação política ou ao cálculo de interesses sociais. A única coisa que nos permite aceitar uma teoria errônea é a falta de uma teoria melhor; de forma análoga, uma injustiça é tolerável somente quando é necessária para evitar uma injustiça ainda maior. Sendo virtudes primeiras das atividades humanas, a verdade e a justiça são indisponíveis.

As inclinações pessoais sobre justiça fazem com que um indivíduo vigie o outro. John Rawls, 2000, p. 5, informa que “entre indivíduos com objetivos e propósitos díspares uma concepção partilhada de justiça estabelece os vínculos da convivência cívica; o desejo geral de justiça limita a pessoa a persecução de outros fins”. Porém, geralmente, não se chega a um acordo incontestável sobre o que é justo ou injusto dentro de uma sociedade.

Para Kelsen, 1998, p. 3, “a justiça pertence ao domínio da moral, uma vez que ao dizermos que um legislador ou um juiz é justo, estaríamos versando sobre uma virtude dos indivíduos”. Dessa forma, a virtude da justiça seria uma qualidade moral.

John Rawls, 2000, p. 552, afirma que de forma a assegurar a estabilidade de uma organização justa, o homem deveria ter empatia ou um senso de justiça com aquele que seria prejudicado. Tornando-se esses sentimentos fortes o bastante para

ultrapassar a tentação de violar as regras, cada pessoa consideraria que cumprir com os deveres e obrigações é a resposta certa para conviver em sociedade.

Para Paulo Nader, 2019, mesmo sendo hierarquicamente superior, para a justiça produzir seus efeitos na vida em sociedade, ela depende da segurança jurídica. O aparato legal é o meio para o bem-estar social. Ademais, conclui, p 77:

A justiça é a causa final do Direito, a sua razão de ser. A fórmula de alcançá-la juridicamente é através de normas. Para realizar-se plenamente na sociedade, a justiça pressupõe organização, ordem jurídica bem definida e a garantia de respeito ao patrimônio jurídico dos cidadãos; em síntese, pressupõe a segurança jurídica. Assim sendo, para se chegar à justiça é necessário cultivar-se o valor segurança jurídica. No afã de se aperfeiçoarem os fatores de segurança jurídica, não se deve descurar da ideia de que a justiça é a meta, o alvo, o objetivo maior na vida do Direito.

Uma legislação que se fundamenta pelas preferências da maioria sobre a dignidade ou tipo de vida que seus concidadãos devem levar, nega a igualdade. O fato é que, no fim, a maioria tem o poder de decidir o que é do interesse comum, não respeitando a voz das minorias. (DWORKIN, 2000)

Hart, 2001, p. 173, discorre que "o princípio geral latente nestas diversas aplicações da ideia de justiça é o de que os indivíduos têm direito, uns em relação aos outros, a uma certa posição relativa de igualdade ou desigualdade".

A vida, a liberdade e a igualdade aparecem onde se respeita e pratica justiça. Paulo Nader, 2019, p. 106, induz que a justiça "não é uma ideia inata, mas se manifesta já na infância, quando o ser humano passa a reconhecer o que é seu. A semente do justo se acha presente na consciência dos homens".

Ao considerarmos justiça como uma instituição que interpretamos, admitimos que cada um conclui uma ideia do que seria seu conceito. Inclusive, alguns de nós podem até rever essa interpretação de vez em quando. Neste íterim, Dworkin, 1999, p. 211, explica:

Cada um de nós defende um ponto de vista pessoal, ambições e compromissos próprios que temos liberdade de perseguir, livres das reivindicações dos outros por igual atenção, interesse e recurso. Insistimos em uma esfera de soberania moral individual dentro da qual cada um pode preferir os interesses da família e dos amigos, dedicando-se a projetos egoístas, ainda que grandiosos. Qualquer concepção de justiça no comportamento pessoal, qualquer teoria sobre o modo como a pessoa justa se comporta com relação aos outros, limitará essa esfera de soberania pessoal, mas nenhuma concepção aceitável à maioria de nós será capaz de eliminá-la por inteiro.

Ademais, partindo do princípio de que a justiça é o valor supremo do Direito e corresponde também à maior virtude do homem, Paulo Nader, 2019, p. 105, leciona:

A justiça é o magno tema do Direito e, ao mesmo tempo, permanente desafio aos filósofos do Direito, que pretendem conceituá-la, e ao próprio legislador que, movido por interesse de ordem prática, pretende consagrá-la nos textos legislativos. A sua definição clássica foi uma elaboração da cultura greco-romana. Com base nas concepções de Platão e de Aristóteles, o jurista Ulpiano assim a formulou: *Justitia est constans et perpetua voluntas jus suum cuique tribuendi* (Justiça é a constante e firme vontade de dar a cada um o que é seu). Inserida no *Corpus Juris Civilis*, a presente definição, além de retratar a justiça como virtude humana, apresenta a ideia nuclear desse valor: Dar a cada um o que é seu. Esta colocação, que enganadamente alguns consideram ultrapassada em face da justiça social, é verdadeira e definitiva; válida para todas as épocas e lugares, por ser uma definição apenas de natureza formal, que não define o conteúdo do seu de cada pessoa. O que sofre variação, de acordo com a evolução cultural e sistemas políticos, é o que deve ser atribuído a cada um. O capitalismo e o socialismo, por exemplo, não estão de acordo quanto às medidas de repartição dos bens materiais na sociedade.

3.3 Espetacularização do processo penal e o clamor público

Conforme já mencionado, o direito penal é o ramo que possui a maior atenção da população. Presenciamos diariamente a mídia e suas manchetes marcantes e até desconcertantes sobre delitos que causam um certo alvoroço na sociedade. Além dos juízes de redes sociais quando crimes bárbaros são relatados e todos buscam “justiça” com uma resposta estatal que gere para o acusado a mesma repulsa sentida pela sociedade.

A livre circulação de informação é benéfica à sociedade em diversos aspectos, se for informada adequadamente. Dworkin, 2000, afirma que o argumento a favor desta é um argumento político. Dessa forma, leciona, p. XIV: “se isso é correto, então o conflito entre um julgamento justo e a liberdade de imprensa não é, nesse caso, um conflito de princípio, mas antes uma disputa entre um princípio e a política”.

É inegável a impossibilidade de alguém ser condenado sem o devido processo legal, porém, estamos vivendo uma época em que pessoas são julgadas socialmente precipitadamente pelas exposições que sofrem pelo meio midiático. É criado um espetáculo em torno de casos que chocam a população, corroborando para a burla das garantias fundamentais do indivíduo. Nesse ínterim, discorre Aline Farage Sahione, 2021,

Embora sentimentalmente seja difícil compreender a aplicação dos direitos humanos ao autor de uma infração extremamente reprovável, é preciso vislumbrar essa perspectiva à luz de outro princípio norteador do direito penal: o princípio da isonomia. Sob essa narrativa, temos que o tratamento dos acusados deve se dar de forma equânime, uniforme, porque é essa garantia que possibilita a redução de erros judiciais – afinal, ninguém concorda que um inocente passe a vida condenado por força de um julgamento equivocado. Diante desse pressuposto principiológico, é preciso compreender que o Brasil, assim como boa parte dos países ao redor do mundo, adotou determinadas diretrizes – como a proibição da prisão perpétua e da pena de morte –, o que é uma opção estabelecida, sendo de todo insustentável o apelo social em torno da relativização dessas premissas.

Os casos de grande repercussão que geram o clamor público, quando são noticiados acabam por transformar um acusado em condenado. A população e sua busca rápida por justiça atropela todo o procedimento penal e julga culpado o indivíduo que a mídia expõe como possível suspeito.

Corroborando com o exposto acima, Aury Lopes Jr., 2000, afirma:

O mais grave é que a pena pública e infamante do Direito Penal pré-moderno foi ressuscitada e adaptada à modernidade, mediante a exibição pública do mero suspeito nas primeiras páginas dos jornais ou nos telejornais. Essa execração ocorre não como consequência da condenação, mas da simples acusação (inclusive quando esta ainda não foi formalizada pela denúncia), quando todavia o indivíduo ainda deveria estar sob o manto protetor da presunção de inocência.

O perigo se torna presente quando ocorre uma desaprovação pública apaixonada. As decisões realmente impopulares serão corroídas porque a adesão pública será relutante. A intolerância, a indignação e a repulsa da população pelo caso ameaça a existência da sociedade ao ser colocada além do limiar das preocupações do direito. (DWORKIN, 2002)

Conforme expõe Gasset (2002, p. 164), às vezes não existe uma opinião pública homogênea, é como se em um dia predominasse tal sistema de opiniões e na data seguinte outras preferências e aspirações. Neste sentido, afirma que “uma sociedade dividida em grupos discrepantes, cuja força de opinião fica reciprocamente anulada, não possibilita a constituição de um mando”. E, o espaço que resta vazio pela ausência de opinião pública acaba sendo preenchido pela força bruta.

Pela expectativa do resultado final pretendido pela população, as formas processuais perdem espaço para a ação dos “mocinhos” contra os “bandidos”.

Nesse sentido, infere Alexandre Morais da Rosa, Daniel Kessler de Oliveira e Aury Lopes Jr. ,2019,

Uma *espetacularização do processo penal*, leva a sociedade a clamar por condenações, vulgar e equivocadamente, associada com justiça. As garantias são os entraves para este “*desfecho justo*”, que impede a reflexão e o questionamento acerca do conteúdo daquele acordo.

Atualmente, no país, muitos insinuem que garantias processuais geram impunidade, ou até mesmo que defender acusados seria igual a idolatrar o criminoso. Ademais, consideram o Direito e todo o processo penal um caminho longo e demorado. Porém é importante sempre lembrar que, em uma democracia, o delito também se combate com o cumprimento do ordenamento jurídico em conjunto com todas as suas garantias. (STRECK, 2019)

Destarte, quanto mais reprovável a conduta, maior a expectativa social para a concretização das consequências penais, infere Aline Farage Sahione, 2021,

Existe por parte da sociedade um clamor por justiça e, por outro lado, institucionalmente, há a dificuldade de promoção da duração razoável do processo. Esses dois pontos, quando em conjunto, reforçam a sensação de impunidade. Há uma falha em demonstrar um início, meio e fim da persecução penal, enquanto o que as pessoas buscam é justamente a condenação imediata. Então, toda essa discussão gira em torno da necessidade de equalizar a prestação midiática, a duração da persecução criminal e o contentamento social.

Ainda há quem acredite que um poder punitivo exercido de forma arbitrária serve para promover o bem da população. Inclusive alguns juízes entendem que pode exercer o papel do acusador para atender ao clamor social. Neste contexto, Salah Hassan Khaled Junior, 2016, explica:

Processo penal do espetáculo é o nome dado ao ritual de persecução penal que despreza a forma em nome do brilho dos refletores midiáticos. Nele o juiz é o centro de todas as atenções e a cognição é argila manipulável conforme os fetiches político-criminais do momento. Surge assim um processo dedicado à confirmação de expectativas punitivas que nele jamais deveriam prosperar. Um processo penal *bigbrotherizado*: a pena é objeto de barganha em um balcão de negócios no qual os acusados *pedem para sair* e oferecem algo em troca.

O fato é que o Estado de direito só prevalece quando alguém poderoso e famoso é punido no decurso do devido processo legal, diferente disso, estamos diante do fetiche pelo espetáculo. O juiz deve optar pelo direito mesmo sendo impopular sua decisão. O desprezo pela forma para atender ao clamor social não

salva a democracia, pelo contrário, faz com que um pedaço dela seja comprometido a cada dia enquanto a grande mídia noticia.

Ocorre que, no tocante à mídia, esta busca sempre uma manchete impactante, que mexa com os sentimentos e prenda a atenção do leitor. Levando em conta superficialidade e a urgência com que a imprensa trabalha, a checagem efetiva dos fatos não acontece. Informando muitos fatos de forma errônea e precipitada, o que é atualmente agravado pela rapidez em que as informações se propagam também pelas redes sociais. (SAHIONE, 2021)

Neste diapasão, de forma brilhante, Aline Farage Sahione, 2021, conclui:

Os institutos policiais, judiciários e midiáticos não devem antecipar decisões, para que as pessoas tenham para si seu desejo de "justiça" satisfeito. A persecução penal deve se pautar na análise e julgamento dos fatos, mas sempre com fulcro exclusivo na lei e no ordenamento jurídico como um todo.

3.4 Ânsia punitivista

Infelizmente, presenciamos atualmente violações ao Direito praticadas em nome de um discurso punitivista. Lênio Streck, 2018, p. 334 discorre:

Talvez a impunidade tenha sido a justificativa que mais tenha aparecido com pretensão de fundamento jurídico, algo na linha de dar efetividade ao Direito Penal. O grande ponto é perceber que a ideia de efetividade não pode estar apenas associada a um critério punitivista ou temporal (agilidade processual); ela deve ser pensada no limite das garantias processuais penais. Se não se reconhecer isso, dá-se vida à efetividade penal e morte à Constituição.

Partindo do pressuposto de que condenar um inocente em particular contribuiria efetivamente para a coibição de certo delito, admitiríamos incriminá-lo falsa e deliberadamente? A maioria de nós teme a injustiça, considerando pior ser punido por um crime que não cometemos, mas que a comunidade afirma que praticamos. Dessa forma, rejeitamos de imediato qualquer concepção que exija ou permita a punição de um inocente. (DWORKIN, 2000)

Todos temos o direito de não ser condenado se inocente, porém o Estado pode cometer um erro e a violação deste direito incorre em um tipo especial de dano mesmo quando accidental. Sobre esse assunto, Dworkin, 2000, p. 117:

Devemos distinguir entre o que podemos chamar de dano simples que uma pessoa sofre por meio da punição, seja essa punição justa ou injusta – por exemplo, sofrimento, frustração, dor ou insatisfação de desejos que ela sofre só por perder sua liberdade, ser espancada ou morta –, e os danos adicionais que se pode dizer que ela sofre sempre que a punição é injusta, pelo simples fato dessa injustiça. Chamarei estes últimos de “fator de injustiça” em sua punição, ou seu dano “moral”. O dano que alguém sofre pela punição pode incluir ressentimento, escândalo ou alguma emoção similar, e é mais provável que inclua alguma emoção desse tipo quando a pessoa punida acredita que a punição é injusta, quer seja ou não. Qualquer emoção desse tipo é parte do dano simples, não o fator de injustiça. Esta é uma noção objetiva que pressupõe que alguém sofre um dano especial quando tratado injustamente, quer tenha conhecimento disso ou se importe com isso quer não, mas que não sofre esse dano quando não é tratado injustamente, mesmo acreditando que está sendo e realmente se importe com isso.

John Rawls, 2000, p. 529, afirma que “sentimentos de culpa e indignação são gerados pelos danos e privações injustificadamente causados aos outros por nós mesmos ou por terceiros, e nosso senso de justiça fica ofendido da mesma maneira”.

Corroborando com o supracitado, Dworkin, 1999, p. 3-4:

Se esse julgamento for injusto, então a comunidade terá infringido um dano moral a um de seus membros por tê-lo estigmatizado, em certo grau e medida, como fora-da-lei. O dano é mais grave quando se condena um inocente por um crime, mas já é bastante considerável quando um queixoso com uma alegação bem fundamentada não é ouvido pelo tribunal, ou quando um réu dele sai com um estigma imerecido.

Como Lênio Streck, 2019, lindamente indaga “os julgamentos criminais devem ser consequencialistas ou por princípio? Alguém pode ser condenado porque “isso trará paz social” ou “fará bem à alma da sociedade”? É imprescindível sempre ter em mente que vivemos em democracia e em uma democracia o julgamento deve ser por princípio. Neste diapasão, p. 123:

Ninguém quer impunidade. Mas a punição nunca pode ser a qualquer preço. A nossa democracia enfraquece, mesmo que pouco, quando procedemos de forma consequencialista. No cotidiano, cada qual pode ser consequencialista. Minhas atitudes cotidianas estão baseadas na minha moral. No entanto, no âmbito público, essas minhas convicções não devem importar quando se tratar da aplicação de algo que nós convenciamos colocar na Constituição a partir de uma linguagem pública. E nossos argumentos morais não poderão corrigir isso que já está convencionalizado. O Direito é um remédio para combater o crime. Mas é um remédio para que

esse combate se dê dentro de regras. Caso contrário, não precisaríamos do direito. Simples assim.

A que nível de exatidão os acusados têm direito nos julgamentos? Acontece que o que uma maioria imagina como justo pode ir de encontro à opinião de uma minoria, quando esta tiver maior chance de ser acusada pelos crimes que acarretam punições relativamente sérias. (DWORKIN, 2000)

O problema decorre da desigualdade do nosso País. Algumas garantias do direito só ganharam visibilidade após a elite experimentar sua violação. Tudo torna-se válido quando a ilegalidade atinge somente adversários políticos ou setores marginalizados da nossa sociedade. Defender isso é unicamente uma questão de conveniência, desconsiderando o Estado de Direito. (LÊNIO STRECK, 2019)

O punitivismo anda tão exacerbado e na moda que um pedido de concessão de *Habeas Corpus* em um caso de furto de chocolate avaliado em dezesseis reais foi motivo de divergência no STF. Torna-se cada dia mais difícil fazer Direito no Brasil. (STRECK, 2019)

É defeso a majoração e extrapolação de uma pena pela justificativa de que o crime em julgamento é bárbaro, não se pode decidir para além do direito. O direito representa limites, é antidemocrático ignorá-los para satisfazer preceitos internos. Neste ínterim, Lênio Streck, 2019, p. 31:

Meu ponto é que a legitimidade para determinar a punição adequada a determinado ato pertence ao Direito, não à moral pessoal de cada um. E nem à moral da voz das ruas e das redes, as Eríneas contemporâneas. Parcela de juristas - e digo isso com toda a lhanza e respeito - sempre tão contrários às repressões antidemocráticas, recorrendo a um punitivismo-degênero quando o ato em questão ofende concepções morais. Ao fim e ao cabo, a comunidade jurídica está sendo novamente colocada em teste e está novamente dando razão - mesmo que sem querer - ao Grande Inquisidor.

À medida em que os crimes são noticiados e a forma com que eles causam ânsia às nossas inclinações mais fundamentais, torna-se mais difícil resistir à tentação de corrigir o direito pelos nossos juízos morais. É essencial nos atermos ao fato de que não podemos exigir que punições sejam feitas à revelia do nosso ordenamento jurídico. O direito deve valer igualmente contra tudo e contra todos, independente do caso e da comoção que ele gerou ou da pessoa do autor e a maneira como realizou o delito.

CONCLUSÃO

O presente trabalho não se atém aos juízos morais de cada indivíduo dentro de suas visões pessoais no tocante aos crimes bárbaros, mas sim à consequência negativa que a ânsia punitivista em conjunto com uma busca ilusória de “justiça” causa na política criminal do nosso país.

Decerto, cada pessoa ocupa uma posição dentro da sociedade e a natureza dessa posição afeta sua perspectiva de vida. Todos buscam proteger seus próprios interesses, ninguém tem razão para aceitar uma perda duradoura para si mesmo com o intuito de um bem maior social (RAWLS, 2000).

O país está passando por um período de instabilidade do direito. A população e alguns juristas tentam “corrigir” a lei por suas inclinações morais. Neste diapasão, Lênio Streck indaga: “Brasil afora se discute a relação realidade social versus realidade normativa. Alegam muitos que a voz das ruas deve ser ouvida. A voz do povo seria a voz de deus? Mas estamos falando de religião ou direito?” (2019, P.55)

Devemos ter presente quando apreciamos “moralmente” uma ordem jurídica positiva ou quando a valoramos como boa ou má, justa ou injusta, que o critério é um critério relativo, que não fica excluída uma diferente valoração com base num outro sistema de moral. Ou seja, quando uma ordem jurídica é considerada injusta com base no critério fornecido por um sistema moral, ela pode ser havida como justa se apreciada pela medida ou critério fornecido por outro sistema moral (KELSEN, 2014).

Independente do delito ou a forma como foi cometido, não pode ser punido com sanções à revelia do direito penal. Os juízos morais existentes na sociedade ou no próprio julgador não podem fazer com que a punição extrapole o ordenamento jurídico vigente.

Não é garantido que a política do ativismo judicial seja superior a um programa de deferência, inclusive, há risco de tirania em suas decisões. Ao mesmo tempo que pode ocorrer uma injustiça quando a maioria julga em causa própria, por razões de equidade. (DWORKIN, 2002)

O fato é que, em um Estado de direito não pode haver outro direito penal senão o de garantias. Neste ínterim, Zaffaroni (2007, p.173) conclui:

O direito penal de garantias é inerente ao Estado de direito porque as garantias processuais penais e as garantias penais não são mais do que o resultado da experiência de contenção acumulada secularmente e constituem a essência da cápsula que encerra o estado de polícia, ou seja, são o próprio Estado de Direito. O direito penal de um Estado de direito, por conseguinte, não pode deixar de esforçar-se em manter e aperfeiçoar as garantias dos cidadãos como limites redutores das pulsões do Estado de polícia, sob pena de perder sua essência e seu conteúdo. Agindo de outro modo, passaria a liberar poder punitivo irresponsavelmente e contribuiria para aniquilar o Estado de direito, isto é, se erigiria em ramificação cancerosa do direito do Estado de direito.

Ademais, conforme preceitua Lênio Streck: “na Democracia não é a moral que deve filtrar o direito e sim o direito que deve filtrar os juízos morais” (2019, p.11).

Dessa forma, a questão que de fato busquei dirimir foi a necessidade de frearmos a onda punitivista. O direito deve valer igualmente para todos, independente se o réu é um familiar, um inimigo, ou um desconhecido acusado de um crime bárbaro. A lei deve ser igualmente aplicada contra tudo e contra todos.

BIBLIOGRAFIA

ABBOUD, G.; VALENTIM, A.; SCAVUZZI, M. **Juíza ignora a lei para aplicar questão moral numa vítima de 10 anos.** Disponível em: < <https://www.conjur.com.br/2022-jun-22/abboud-valentime-scavuzzi-quando-vitima-nao-vez>> . Acesso em 18 de outubro de 2022.

ADEODATO, João Maurício. **Ética e Retórica: para uma Teoria da Dogmática Jurídica.** São Paulo, Editora Saraiva, 2002.

ALEXY, Robert. **Teoria da Argumentação Jurídica.** A Teoria do Discurso Racional como Teoria da Justificação Jurídica. 2ª. Edição, São Paulo, Landy Livraria Editora e Distribuidora Ltda., 2001.

APPIO, Eduardo. **Discricionariedade Política do Poder Judiciário.** Curitiba: Juruá Editora, 2008.

ARISTÓTELES - **Ética a Nicômaco.** São Paulo, Editora Nova Cultural Ltda., 1991.

BATISTELA, C.; BORGES, C. **Juíza de SC impede menina de 11 anos estuprada de fazer aborto e compara procedimento a homicídio.** 2022. Disponível em: <<https://g1.globo.com/sc/santa-catarina/noticia/2022/06/20/juiza-sc-aborto-crianca-11-anos-estuprada.ghtml>>. Acesso em 18 de outubro de 2022.

BATISTELA, C.; BORGES, C.; MAYER, S. **'Suportaria ficar mais um pouquinho?', 'queres escolher um nome?' e 'você acha que o pai concordaria?': As frases da juíza Joana Ribeiro Zimmer para menina de 11 anos estuprada.** 2022. Disponível em: < <https://g1.globo.com/sc/santa-catarina/noticia/2022/06/21/suportaria-ficar-mais-um-pouquinho-queres-escolher-um-nome-para-o-bebe-as-frases-da-juiza-joana-ribeiro-zimmer-para-menina-de-11-anos-estuprada.ghtml>>. Acesso em 18 de outubro de 2022.

BELTRAME, Priscila Akemi. **Tutela penal dos direitos humanos e o expansionismo punitivo.** Biblioteca digital de teses e dissertações da USP. 2015. Disponível em: <https://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2136/tde-11082015-143100/publico/priscilaakemibeltrame.pdf>>. Acesso em 10 de agosto de 2021.

BÔAS FILHO, Orlando Villas. **Teoria dos Sistemas e o Direito Brasileiro.** São Paulo: Editora Saraiva, 2009.

BORGES, C.; MARTINS, C.; MAYER, S. **Quem é Joana Ribeiro, juíza que impediu o aborto de uma menina de 11 anos que foi estuprada.** 2022. Disponível em: < <https://g1.globo.com/sc/santa-catarina/noticia/2022/06/22/quem-e-joana-ribeiro-zimmer-juiza-que-impediu-o-aborto-de-uma-menina-de-11-anos-que-foi-estuprada.ghtml>> . Acesso em 18 de outubro de 2022.

BOUCAULT, Carlos E. de Abreu et al. (Orgs.). **Hermenêutica Plural.** São Paulo: Livraria Martins Fontes Editora Ltda., 2002.

BRASIL. **Código de Ética e Disciplina da OAB** (2015). Disponível em: <<https://www.oab.org.br/arquivos/pdf/LegislacaoOab/codigodeetica.pdf>> Acesso em 22 de agosto de 2021.

BRASIL. **CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL** (1988). Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em junho de 2021.

BRASIL, H. R.; PRAZERES, D. W. **A morte do reitor e o que não aprendemos com o caso Escola Base**. 2017. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2017-out-13/opiniao-morte-reitor-nao-aprendemos-escola-base>>. Acesso em 16 de outubro de 2022.

CALAMANDREI, Piero. **Eles os Juizes**, vistos por um Advogado. São Paulo: Livraria Martins Fontes Editora Ltda., 2000.

CARDOSO, C. S. **O julgamento do caso da Boate Kiss na visão sistêmica**. 2021. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2021-dez-18/cardoso-julgamento-boate-kiss-visao-sistematica>>. Acesso em 13 de março de 2022.

CARVALHO, Thalyta Martins. **A realidade por tras de Suzy**. 2022. Disponível em: <<https://canalcienciascriminais.com.br/a-realidade-por-tras-de-susy/>> Acesso em 21 de outubro de 2022.

COMPARATO, Fábio Konder. **A Afirmação Histórica dos Direitos Humanos**. 3ª Edição, São Paulo: Editora Saraiva, 2003.

CONSULTOR JURÍDICO. **O julgamento da Boate Kiss na visão sistêmica**. Disponível em <<https://www.conjur.com.br/2021-dez-18/cardoso-julgamento-boate-kiss-visao-sistematica>>. Acesso em 23 de dezembro de 2021.

COUTINHO, J. N. M. et al. **O júri da boate Kiss: que nos sirva de alerta**. 2021. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2021-dez-24/artx-limite-penal-juri-boate-kiss-sirva-alerta>>. Acesso em 13 de março de 2022.

COUTINHO, J. N. de M.; VIEIRA, L. G. **Publicidade opressiva e o criminoso desequilíbrio processual**. 2022. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2022-out-14/limite-penal-publicidade-opressiva-criminoso-desequilibrio-processual>> Acesso em 23 de outubro de 2022.

CRUZ, Maria Teresa. **Livro-reportagem esmiúça o „Caso Escola Base“, um dos maiores erros da imprensa no Brasil**. 2017. Disponível em: <<https://ponte.org/livro-reportagem-esmiuca-o-caso-escola-base-um-dos-maiores-erros-da-imprensa-no-brasil/>>. Acesso em 16 de outubro de 2022.

DALLARI, Dalmo de Abreu. **O Poder dos Juizes**. 2ª. Edição, São Paulo: Editora Saraiva, 2002.

DIAS, T.; LARA, B.; GUIMARÃES, P. **'Suportaria ficar mais um pouquinho?'**. 2022. Disponível em: <<https://theintercept.com/2022/06/20/video-juiza-sc-menina-11-anos-estupro-aborto/>>. Acesso em 18 de outubro de 2022.

DWORKIN, Ronald. **Levando os Direitos a sério**. São Paulo: Martins Fontes Ltda., 2002.

DWORKIN, Ronald. **O Império do Direito**. São Paulo: Livraria Martins Fontes Editora Ltda., 1999.

DWORKIN, Ronald. **Uma questão de Princípios**. São Paulo: Livraria Martins Fontes Editora Ltda., 2000.

ERVILHA, T. de C.; RODRIGUES, L. A. B. **A linha tênue entre direito e moral**: uma perspectiva jurídica e filosófica. *Jornal Eletrônico Faculdades Integradas Vianna Júnior, [S. l.]*, v. 13, n. Especial, p. 25, 2021. Disponível em: <<https://www.jornaleletronicofivj.com.br/jefvj/article/view/827>>. Acesso em 12 de agosto de 2021.

FARIA, Glauco. **Juíza e promotora que atuaram contra aborto legal devem ser afastadas, diz jurista**. 2022. Disponível em: <<https://www.brasildefato.com.br/2022/06/21/juiza-e-promotora-que-atuaram-contra-aborto-legal-devem-ser-afastadas-diz-jurista>> Acesso em 18 de outubro de 2022.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Do Processo Legislativo**. 3ª edição, São Paulo, Editora Saraiva, 1995.

FLORÊNCIO FILHO, Marco Aurélio. **A culpabilidade no direito penal**: estruturação dogmática das teorias da culpabilidade e os limites ao poder de punir do Estado. *Revista Acadêmica Faculdade de Direito do Recife*, v. 86, n.1 (2014). Disponível em: < <https://periodicos.ufpe.br/revistas/ACADEMICA/article/view/681/513>>. Acesso em 10 de outubro de 2021.

FLORES, Lourenço. **Suzy afirma que não quis “passar por inocente” e pede perdão**. 2020. Disponível em: <<https://www.metropoles.com/brasil/suzy-afirma-que-nao-quis-passar-por-inocente-e-pede-perdao>>. Acesso em 10 de outubro de 2022.
FRAGOSO, Christiano Falk. **Autoritarismo e Sistema Penal**. Rio de Janeiro, Editora Lumen Juris, 2015.

FREITAS, J. O. F et al. **A juíza de Santa Catarina entre a cruz e a espada: um falso dilema**. 2022. Disponível em: < <https://www.conjur.com.br/2022-jul-14/opiniao-juiza-entre-cruz-espada-falso-dilema>>. Acesso em 18 de outubro de 2022.

GASSET, José Ortega. **A Rebelião das Massas**. 2ª Edição, São Paulo, Livraria Martins Fontes Editora Ltda., 2002.

GUERRA FILHO, Willis Santiago. **Teoria da ciência jurídica**. São Paulo, Editora Saraiva, 2001.

HABERMAS, Jürgen. **Direito e Democracia**: Entre facticidade e validade. Volume I, Rio de Janeiro, Tempo Brasileiro, Biblioteca Tempo Universitário 101, 1997.

HART, Herbert L.A. **O Conceito de Direito**. 3ª Edição, Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2001.

KELSEN, Hans. **O Problema da Justiça**. 3ª Edição, São Paulo: Livraria Martins Fontes Editora Ltda., 1998.

KELSEN, Hans. **Teoria Geral do Direito e do Estado**. 3ª Edição, São Paulo: Livraria Martins Fontes Editora Ltda., 2000.

KELSEN, Hans. **Teoria Pura do Direito**. 8ª Edição, São Paulo: Editora WMF Martins Fontes Ltda., 2014.

KHALED JR., S. H. **Os inquisidores espetaculares e a bigbrotherização do processo penal**. 2016. Disponível em: < <http://genjuridico.com.br/2016/03/04/os-inquisidores-espetaculares-e-a-bigbrotherizacao-do-processo-penal/>> . Acesso em 10 de junho de 2022.

LIMA, Ana Cora. **Dois dias depois chega ao fim a passagem do goleiro Bruno por clube de Búzios**. 2022. Disponível em: < <https://f5.folha.uol.com.br/celebridades/2022/10/dois-dias-depois-chega-ao-fim-a-passagem-do-goleiro-bruno-por-clube-de-buzios.shtml> > Acesso em 20 de outubro de 2022.

LOPES JR., Aury. **O fundamento da existência do processo penal: instrumentalidade garantista**. 2000. Disponível em: < <https://ambitojuridico.com.br/cadernos/direito-processual-penal/o-fundamento-da-existencia-do-processo-penal-instrumentalidade-garantista/#:~:text=O%20Direito%20Penal%20n%C3%A3o%20pode,dos%20direitos%20e%20garantias%20individuais>> . Acesso em 11 de março de 2022.

LOPES JR., A.; OLIVEIRA, D. K.; ROSA, A. M. **O roteiro delatado e o processo penal do espetáculo**. 2019. Disponível em: < <https://www.conjur.com.br/2019-ago-30/roteiro-delatado-processo-penal-espetaculo>> . Acesso em 11 de março de 2022.

MELO, Regis. **STF aceita pedido, revoga liminar, e goleiro Bruno voltará à prisão**. 2017. Disponível em: < <http://globoesporte.globo.com/mg/sul-de-minas/futebol/noticia/2017/04/stf-aceita-pedido-revoga-liminar-e-goleiro-bruno-pode-voltar-prisao.html>> . Acesso em 20 de outubro de 2021.

MENDONÇA, Paulo Roberto Soares. **A Argumentação nas decisões judiciais**. 2ª Edição, Rio de Janeiro, Editora Renovar, 2000.

MIRANDA, Maria Dulce. **“Criança não é mãe”: caso da juíza que negou aborto a menina causa revolta**. 2022. Disponível em: < https://www.em.com.br/app/noticia/nacional/2022/06/21/interna_nacional,1374806/crianca-nao-e-mae-caso-da-juiza-que-negou-aborto-a-menina-causa-revolta.shtml> . Acesso em 18 de outubro de 2022.

MOREIRA, Rômulo de Andrade. **O processo penal como instrumento da democracia**. 2004. Disponível em: < <https://www.migalhas.com.br/depeso/6301/o->

processo-penal-como-instrumento-de-democracia> . Acesso em 11 de março de 2022.

NADER, Paulo. **Introdução ao Estudo do Direito**. 41ª Edição, Rio de Janeiro: Editora Forense, 2019.

RAWLS, John. **Uma Teoria da Justiça**. São Paulo, Livraria Martins Fontes Editora Ltda., 2000.

REDAÇÃO, Catraca Livre. **Drauzio Varella publica nota sobre polêmica de reportagem com Suzy**. 2020. Disponível em: <<https://catracalivre.com.br/cidadania/drauzio-varella-publica-nota-sobre-polemica-de-reportagem-com-suzy/>> . Acesso em 10 de outubro de 2022.

REDAÇÃO, Migalhas. **Caso Suzy: TJ/SP derruba indenização de Globo e Drauzio Varella a pai**. 2022. Disponível em: <<https://www.migalhas.com.br/quentes/365499/caso-suzy-tj-sp-derruba-indenizacao-de-globo-e-drauzio-varella-a-pai>>. Acesso em 21 de outubro de 2022.

REDAÇÃO PRAGMATISMO. **Caso Escola Base: Rede Globo é condenada a pagar R\$ 1,35 milhão**. 2012. Disponível em: <<https://www.pragmatismopolitico.com.br/2012/12/caso-escola-base-rede-globo-e-condenada-pagar-r-135-milhao.html>>. Acesso em 19 de outubro de 2021.

REVISTA, Consultor Jurídico. **TJ-MG reduz pena do goleiro Bruno e reconhece certidão de óbito de Eliza**. 2017. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2017-set-27/tj-mg-reduce-pena-goleiro-bruno-valida-certidao-obito-eliza>>. Acesso em 20 de outubro de 2022.

REVISTA FÓRUM. **Dráuzio Varella se pronuncia sobre abraço em transexual presa: "Sou médico, não juiz"**. 2020. Disponível em: <<https://revistaforum.com.br/midia/drauzio-varella-se-pronuncia-sobre-abraco-em-transexual-presa-sou-medico-nao-juiz/>> . Acesso em 19 de outubro de 2021.

SAHIONE, Aline Farage. **A espetacularização do processo penal**. 2021. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2021-mai-24/aline-sahione-espetacularizacao-processo-penal>>. Acesso em 11 de março de 2022.

SILVA, Gabriela de Barros. **Como o caso Escola Base enterrou socialmente os envolvidos**. 2022. Disponível em: <<https://canalcienciascriminais.com.br/caso-escola-base/>> . Acesso em 16 de outubro de 2022.

STRECK, Lenio Luiz. **30 Anos da CF em Julgamentos: uma radiografia do STF**. Rio de Janeiro, Editora Forense Ltda., 2018.

STRECK, Lenio Luiz. **Hermenêutica Jurídica e(m) Crise: uma exploração hermenêutica da construção do Direito**. 2ª Edição, Porto Alegre, Livraria do Advogado Ltda., 2000.

STRECK, Lenio Luiz. **Precisamos falar sobre Direito e Moral: Os problemas de interpretação e da decisão judicial.** Florianópolis (SC), Tirant to Blanch, 2019.

TJRS. **Caso Boate Kiss.** 2022. Disponível em: < <https://www.tjrs.jus.br/novo/caso-kiss/>>. Acesso em 03 de outubro de 2022.

TJRS. **Caso Kiss: Anulado júri que condenou os réus.** 2022. Disponível em: < <https://www.tjrs.jus.br/novo/caso-kiss/noticias/?idNoticia=91354>>. Acesso em 03 de outubro de 2022.

TJRS. **Julgamento do Caso Boate Kiss.** 2021. Disponível em: < <https://www.tjrs.jus.br/novo/caso-kiss/julgamento/>>. Acesso em 03 de outubro de 2022.

TJRS. **Sentença Boate Kiss.** 2021. Disponível em: < <https://www.tjrs.jus.br/static/2021/12/Sentenca-1012.pdf>> . Acesso em 03 de outubro de 2022.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl. **O Inimigo no Direito Penal.** Rio de Janeiro, Editora Revan, 2007.