



Universidade do Estado do Rio de Janeiro

Centro de Ciências Sociais

Faculdade de Direito

Daniel Cardoso dos Reis

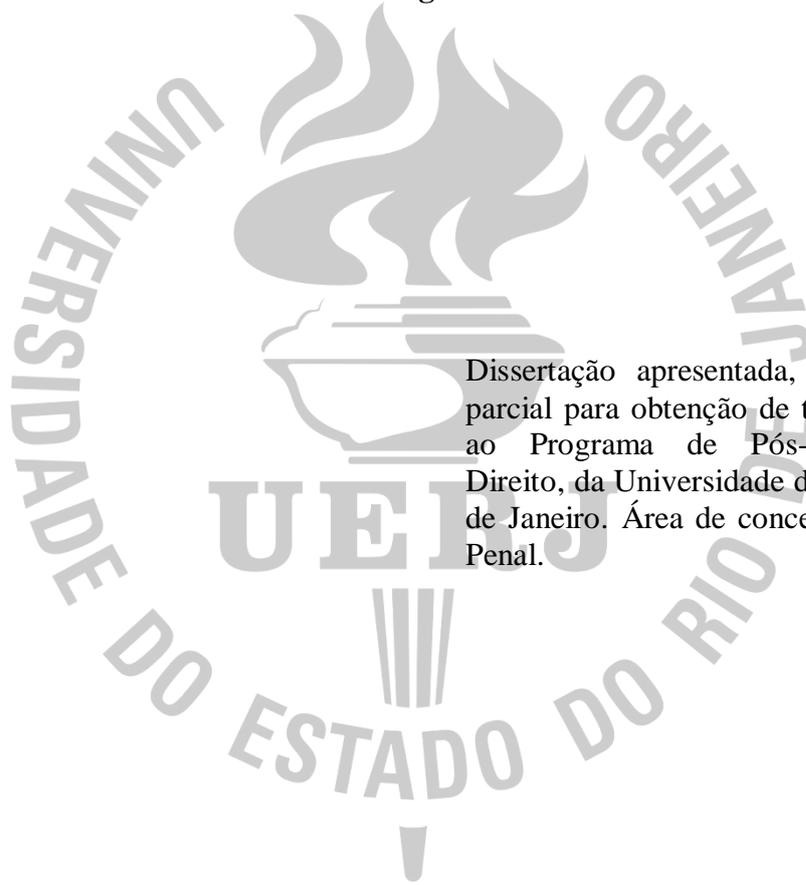
**Padronização do Direito em tempos de grande encarceramento: os influxos
da nova ordem global**

Rio de Janeiro

2014

Daniel Cardoso dos Reis

**Padronização do Direito em tempos de grande encarceramento: os influxos da nova
ordem global**



Dissertação apresentada, como requisito parcial para obtenção de título de Mestre, ao Programa de Pós-Graduação em Direito, da Universidade do Estado do Rio de Janeiro. Área de concentração: Direito Penal.

Orientador: Prof. Dr. Nilo Batista

Rio de Janeiro

2014

CATALOGAÇÃO NA FONTE
UERJ/REDE SIRIUS/BIBLIOTECA CCS/C

R375 Reis, Daniel Cardoso dos.

Padronização do Direito em tempos de grande encarceramento : os influxos da nova ordem global / Daniel Cardoso dos Reis. – 2014. 123 f.

Orientador: Prof. Dr. Nilo Batista.
Dissertação (mestrado). Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Faculdade de Direito.

1. Direito penal - Teses. 2. Processo penal – Teses. 3. Direito processual – Teses. I. Batista, Nilo. II. Universidade do Estado do Rio de Janeiro. Faculdade de Direito. III. Título.

CDU 343

Autorizo, apenas para fins acadêmicos e científicos, a reprodução total ou parcial desta dissertação, desde que citada a fonte.

Assinatura

Data

Daniel Cardoso dos Reis

Padronização do Direito em tempos de grande encarceramento: os influxos da nova ordem global

Dissertação apresentada, como requisito parcial para obtenção de título de Mestre, ao Programa de Pós-Graduação em Direito, da Universidade do Estado do Rio de Janeiro. Área de concentração: Direito Penal.

Aprovada em: 25 de agosto de 2014.

Banca Examinadora:

Prof. Dr. Nilo Batista (Orientador)

Faculdade de Direito– UERJ

Prof. Dr. Alexandre Fabiano Mendes

Faculdade de Direito – UERJ

Prof. Dr. Tiago Joffily

Membro externo (sem afiliação)

Rio de Janeiro

2014

DEDICATÓRIA

A meus pais, ombros largos que foram, são e sempre serão.

AGRADECIMENTOS

Esse trabalho não seria possível não fosse pela compreensão do Prof. Nilo Batista. Agradeço-o pelo tempo despendido em diversas sessões de orientação, pelos conselhos, e, acima de tudo, pelo iluminado espírito crítico. Sua atuação como professor foi determinante para fomentar a vontade de estudos mais profundos sobre o saber penal, bem como para a minha opção pela Defensoria Pública.

Ao Tiago Joffily, essencial para a opção pela academia.

A todos os professores do Programa de Pós-Graduação em Direito da UERJ que se dispuseram a ser verdadeiros mestres. Aos amigos da turma de mestrado, companheiros de agonia e terapia jurídica. Agradeço especialmente ao Renato Gomes, à Livia Macedo e ao Rafael Fagundes pelo apoio.

À minha família pelo suporte que tornou possível todas as minhas pequenas conquistas.

À Defensoria Pública do Estado do Espírito Santo, representada pela figura de Marcello Mello, que tornou possível conciliar o final do curso com o ingresso na carreira.

Ao NEPE (Núcleo de Execução Penal), composto por Rochester, Cláudio, David, Mariah, Roberta e Ana Lu (além do “finado” Dudu), sem cujo apoio esse trabalho seria irrealizável. Por me ensinarem, cada um a sua maneira, o que é ser defensor público e por tornarem o exercício diário de contenção do poder punitivo uma atividade descontraída e prazerosa.

Aos amigos de Caxias, agora mais distantes, mas nunca menos relevantes, por participarem da minha formação como ser humano.

À Deborah, por ser a grande companheira que é nessa bela jornada.

No meio do processo tinha uma vida
tinha uma vida no meio do processo
tinha uma vida
no meio do processo tinha uma vida.

Nunca me esquecerei desse acontecimento
na vida de minhas retinas tão fatigadas.
Nunca me esquecerei que no meio do processo
tinha uma vida
tinha uma vida no meio do processo
no meio do processo tinha uma vida.

Corruptela do poema de Carlos Drummond de Andrade

RESUMO

REIS, Daniel Cardoso dos. **Padronização do Direito em tempos posteriores ao grande encarceramento**: os influxos da nova ordem global. 2014. 123 f. Dissertação (Mestrado em Direito Penal) – Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2014.

O presente trabalho pretende analisar alguns reflexos da incorporação dos influxos da nova ordem globalizada e do neoliberalismo na ordem jurídica nacional. Será demonstrado que os valores sugeridos – ainda que essa sugestão tenha caráter quase cogente – pelo Banco Mundial, por meio de sua atividade paranormativa, são incorporados pela ordem legal brasileira através de reformas processuais que priorizam a justiça quantitativa. Essas reformas, somadas a outros fatores tais como o aumento das demandas levadas ao Poder Judiciário, a influência da economia na análise do Direito, a utilização equivocada, irrefletida e mecânica de discursos de fundamentação prévia, a pobreza do ensino jurídico e a submissão dos juízes ao que ditam os tribunais, resultam em um patamar de jurisdição padronizada. Paralelamente a esse processo, a população carcerária brasileira cresce em acelerado ritmo, o que pode ser relacionado com o avanço dos valores neoliberais e da retração do estado do bem estar social. Diante desse quadro, é proposto, como forma de aproximação da teoria jurídica com a prática forense e de maneira a proporcionar abertura do direito penal ao mundo dos fatos, a dogmática funcional redutora, de modo que o Direito Penal atue como dique de contenção do estado de polícia que subjaz a cada estado de direito. Ademais, propõe-se que essa adoção se dê nas salas de aula dos cursos de direito, utilizando-se, tanto quanto possível, de diversos recursos didáticos para tornar mais palpáveis e inteligíveis os conceitos e ideias propostos.

Palavras-chave: Direito Penal. Direito Processual Penal. Crise de justiça. Padronização do Direito. Padronização da prestação jurisdicional. Papel da doutrina. Dogmática funcional redutora do direito penal.

ABSTRACT

REIS, Daniel Cardoso dos. **Law standardization in large incarceration times: the inflows of the new global order.** 2014. 123 f. Dissertação (Mestrado em Direito Penal em Direito) – Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2014.

This study aims to analyze some consequences of the new global order and the neoliberalism influence in Brazilian legal system. It will be demonstrated that the values suggested – even though this suggestion is, in fact, an obligation – by the World Bank, through his paranormative activity, are incorporated by the Brazilian legal system through changes in procedure law, which focus only in quantitative justice. These reforms, added to others factors, such as the growth in the number of cases led to the judiciary, the economy influence in law analysis, the equivocate, unreflective and mechanic comprehension and use of the previously set foundation of judicial decisions, the poor quality law education and the judges submission to the Courts, result in a standardized jurisdiction. Simultaneously, the incarcerated population has grown swiftly, phenomenon that can be related to neoliberalism values widespread and to the weakening of the welfare state. Considering this scenario, as a way to approximate theory and practice of the law and to allow the opening of penal law to exterior facts, it is proposed reductive functional penal law dogmatic, so that penal law can act like a dike that holds the police state that hibernate within every constitutional state. Moreover, it is proposed the use of this theory initiates in law courses, using, as much as possible, several didactics resources to make easier to understand these concepts and ideas.

Keywords: Penal Law. Procedural Penal Law. Justice crisis. Law standardization. Jurisdiction standardization. Role of the doctrine. Reductive functional penal law dogmatic.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	10
1 CRISE DO PODER JUDICIÁRIO E AS REFORMAS IMPLEMENTADAS: CENÁRIO GEOPOLÍTICO	13
1.1 Ordem Mundial	13
1.2 Nova demanda por ordem	17
1.3 Auspícios para as alterações do ordenamento jurídico	21
1.4 A análise econômica do Direito	24
1.5 Outros fatores que impulsionam as alterações no ordenamento jurídico	29
1.6 Alterações implementadas	33
1.6.1 <u>A Emenda Constitucional nº 45</u>	34
1.6.2 <u>O julgamento por amostragem dos recursos especiais repetitivos</u>	39
1.6.3 <u>A súmula impeditiva de recurso e outras práticas que se adequam aos valores propostos pelo Banco Mundial</u>	40
2A PADRONIZAÇÃO DO DIREITO	43
2.1 O aumento de demanda ao Poder Judiciário	44
2.2 Influxos da economia no Direito	46
2.3 Reformas normativas	48
2.3.1 <u>Emenda Constitucional nº 45/2004</u>	48
2.3.2 <u>Julgamento por amostragem de repercussão geral e de recursos especiais repetitivos e as súmulas impeditivas de recurso</u>	51
2.3.3 <u>A tendência de concentração de poder na cúpula do Poder Judiciário</u>	53
2.4 A discutível utilização dos enunciados de súmula	54
2.5 A aplicação dos precedentes	59
2.5.1 <u>O viés confirmatório (confirmation bias)</u>	60
2.5.2 <u>A invocação dos julgados de forma descontextualizada</u>	61
2.5.3 <u>A deficiência na fundamentação das decisões judiciais</u>	65
2.6 O Juiz, a submissão ao Tribunal e a comodidade das repetições	67
2.7 O ensino jurídico e os concursos públicos	70
3O PAPEL DA DOUTRINA PENAL	78
3.1 A padronização e a automatização da prestação jurisdicional	79
3.2 O distanciamento entre a teoria e a prática judicial	83
3.3 A necessidade de abertura do saber penal aos fatos	86

3.3.1 <u>Feridas narcísicas do direito penal</u>	87
3.3.1.1 A tutela dos bens jurídicos.....	88
3.3.1.2 O controle do crime	91
3.3.2 <u>A necessária modéstia</u>	94
3.4 A dogmática teleológica do direito penal limitador como freio à padronização da prestação jurisdicional e à tendência de encarceramento pela aplicação automatizada do direito	96
3.4.1 <u>Pressupostos da dogmática funcional redutora</u>	98
3.4.2 <u>Linhas gerais da dogmática teleológica do direito penal limitador</u>	103
3.4.3 <u>O ensino do Direito Penal</u>	105
CONCLUSÃO	109
REFERÊNCIAS	115

INTRODUÇÃO

O presente estudo tem por escopo analisar a tendência de padronização do direito, suas possíveis motivações e consequências. Percebe-se que atualmente o Poder Judiciário, de maneira geral, parece privilegiar a eficácia quantitativa do que a qualitativa. Pretende-se debater quais as razões para que se tenha chegado a esse quadro, as consequências desse fenômeno para o jurisdicionado e para os atores jurídicos, propondo uma possível saída para a análise detida do fato concreto levado ao juízo, evitando-se o exame meramente superficial e a utilização irrefletida de um discurso de fundamentação prévia.

No capítulo que se segue – denominado crise do poder judiciário e as reformas implantadas: o cenário geopolítico – se demonstrará o quadro político-econômico que antecedeu as reformas legislativas adotadas como resposta à crise do Poder Judiciário. Assim, será explanado o papel das instituições financeiras internacionais para a consolidação do neoliberalismo, objetivando-se aclarar a relação entre os valores sugeridos pelo Banco Mundial – acesso à justiça, credibilidade, proteção à propriedade privada, eficiência e previsibilidade – e a maneira como foram efetivadas as reformas da legislação processual penal. Além disso, será demonstrado como o avanço do neoliberalismo implicou na alteração da demanda por ordem e teve participação no crescimento elevado do número de encarcerados. Com a redução de empregos, causada pelos avanços tecnológicos, e a redução do estado caritativo, gerou-se uma fragilização social, sendo o sistema penal acionado para controlar os inúteis da nova economia, criminalizando suas estratégias de sobrevivência.

Mais a frente se demonstrará como as instituições financeiras internacionais, por meio de seus documentos técnicos, guiaram as reformas processuais, as quais privilegiaram a justiça quantitativa em detrimento da qualitativa. Ademais, será analisado como os influxos do neoliberalismo fizeram com que o Direito passasse a ser encarado como apenas mais um fator na economia e a ser analisado com base na pragmática relação custo-benefício das suas decisões.

Por fim, serão apontados outros motivos das alterações processuais, tais como a pecha de lentidão da justiça, o aumento da demanda levada ao Poder Judiciário e a assunção, por parte desse poder, da posição de realizador das tarefas constitucionais não cumpridas, seguindo-se a uma breve passagem acerca de cada alteração processual realizada.

Já no terceiro capítulo será demonstrada a tendência de crescimento da padronização do direito e da automatização da atividade jurisdicional. Nesse tópico serão analisadas as possíveis causas para que, cada vez mais, passe-se a aplicar discursos de fundamentação prévia de maneira automatizada e acrítica, simplesmente reproduzindo-se o que os Tribunais Superiores decidem. O aumento de demanda levada ao Poder Judiciário, os influxos da economia no Direito e as reformas legislativas – que criaram diversos mecanismos de vinculação normativa aos julgados dos Tribunais Superiores – fazem com que os juízes adotem a solução mais rápida e que exija menos esforço cognitivo, o que muitas vezes significa a adoção de discursos de fundamentação prévia sem a devida apreciação dos fatos.

Também contribuem para a padronização do direito a maneira como os enunciados de súmula são utilizados. A súmula foi pensada inicialmente como um método de trabalho para auxiliar o processo de decisão de questões que o STF houvesse julgado reiteradamente e firmado posição em determinado sentido. Atualmente, entretanto, a aplicação do texto da súmula é tão imediata, sem a consideração dos fatos concretos que são submetidos à apreciação judicial, que se acaba dando-lhe tratamento próximo à lei, constatando-se pouca resistência doutrinária a tal proceder. A forma como os precedentes – se é que se pode falar em precedente no Direito brasileiro – são aplicados também demonstra a tendência de padronização da prestação jurisdicional, uma vez que os julgados invocados são analisados fora do contexto fático que os gerou. Além disso, são utilizados, muitas vezes, sob a ótica do viés confirmatório, ou seja, decide-se como irá julgar e posteriormente busca-se um julgado no sentido que se posicionou. Deve-se acrescentar, ainda, o ensino jurídico e a seleção dos servidores públicos de carreiras jurídicas, fatores que também contribuem de forma determinante para se chegar ao quadro de padronização atual, pois essas pessoas são adestradas a conhecer e repetir acriticamente as decisões dos Tribunais Superiores.

No quarto capítulo, por sua vez, se discutirá o papel da doutrina frente a esse quadro de padronização do direito e da padronização da prestação jurisdicional. Primeiramente, vale-se de uma crítica à maneira como a prestação jurisdicional se dá nos dias de hoje. Com a padronização imperante o papel do juiz resume-se ao de mero gestor de unidade de produção de decisões judiciais, em razão das pressões por produtividade e da aceitação da aplicação padronizada do direito.

Será demonstrado, ainda, o distanciamento entre a teoria dos saberes penais e a prática, bem como as consequências de tal afastamento. Além disso, será debatida a relevância da doutrina penal tradicional de abrir aos fatos da realidade ao invés de produzir conhecimento em seus isolados castelos. Assim, será sustentada a necessidade de criação de

uma cultura jurídica de crítica às decisões dos Tribunais Superiores, devendo servir a doutrina como constrangimento epistemológico às decisões que não encontrem fundamentação aceitável.

Será sugerida, ainda, a adoção da dogmática teleológica do direito penal limitador como uma possível saída do ciclo retroalimentador dos discursos de fundamentação prévia, o qual gera a padronização do direito, e para que se combata, ou ao menos se controle o crescimento da população carcerária por meio da contenção do poder punitivo.

1 CRISE DO PODER JUDICIÁRIO E AS REFORMAS IMPLEMENTADAS: CENÁRIO GEOPOLÍTICO

1.1 Ordem Mundial

Desde meados do século XX, mais precisamente nas últimas três décadas, dá-se um desenvolvimento acelerado da tecnologia, alcançando patamares inimagináveis em tão curto espaço de tempo. O ritmo desse avanço pode ser simbolizado pela lei de Moore, que estabelece que a quantidade de transistores em um circuito integrado dobraria a cada 18 meses, mantendo-se o seu custo de produção (GONÇALVES E SILVA, 2013. p. 23 e ss). Embora a mencionada lei sujeite-se a críticas e revisões, seu raciocínio induz a conclusão de que o processamento de informações prosseguiria em progressão geométrica.

Esse quadro, que se convencionou chamar de revolução técnico-científico-informacional, ou terceira revolução industrial, proporcionou, por meio do desenvolvimento da tecnologia da informação, da robótica e do transporte, condições técnicas para o atual estágio da globalização¹, onde se observa um intenso fluxo de pessoas e, sobretudo, de capital, em especial decapital financeiro. Nesse contexto, a elite da mobilidade vive a experiência da não territorialidade do poder, apontando Bauman (1999, p. 26) que

as elites viajam no tempo e no espaço mais rápido do que nunca – mas a difusão e a densidade da rede de poder que elas tecem não dependem dessa viagem. Graças à nova “incorporiedade” do poder na sua forma sobretudo financeira, os detentores do poder tornam-se realmente extraterritoriais, ainda que corporeamente estejam “no lugar”. Seu poder está, real e integralmente, não “fora deste mundo” – não do mundo físico no qual constroem suas casas e escritórios supervigiados, eles próprios extraterritoriais, livres da intromissão de vizinhos importunos, isolados do que quer que possa chamar de comunidade local, inacessíveis a quem quer que esteja (ao contrário deles) a ela confinado.

¹ Cabe pontuar que “como todo conceito imperfeitamente definido, Globalização significa coisas distintas para diferentes pessoas. Pode-se, no entanto perceber quatro linhas básicas de interpretação do fenômeno: (i)- globalização como uma época histórica; (ii)- globalização como um fenômeno sociológico de compressão do espaço e tempo; (iii) globalização como hegemonia dos valores liberais; (iv) globalização como fenômeno socioeconômico.” (PRADO, M. E., on-line).

Portanto, com a globalização e em razão da comunicação na era digital, o mundo se torna fluido², gerando uma ruptura da identidade entre o território e a comunidade, além de tornar as fronteiras mais porosas e abalar o conceito de soberania estatal (NUNES, on-line).

Observando-se o plano geopolítico, constata-se uma tendência, no período posterior à Segunda Guerra Mundial, de guinada ao keynesianismo. Essa tendência é concretizada pela Conferência de Bretton Woods, a qual estabeleceu as regras para as relações comerciais e financeiras entre os países centrais e a periferia do capitalismo.

Com a participação da Organização das Nações Unidas e sob a gerência dos Estados Unidos, nessa ocasião foram criados o Fundo Monetário Internacional (FMI) – cujo fim declarado era o de garantir a estabilidade da moeda, por meio da utilização do dólar como moeda referência e da adoção do padrão dólar-ouro – e o Banco Internacional para Reconstrução e Desenvolvimento (BIRD), cuja atuação primária seria a de prover fundos para a reconstrução dos danos da guerra (HUBERMAN, 2010. p. 250 e ss).

Como bem aponta Klein, a atribuição desses organismos seria a de prevenir futuros choques e quebras econômicas. O FMI atuaria como “amortecedor global de impactos e promovendo políticas econômicas destinadas a reduzir a especulação financeira e a volatilidade dos mercados”. Já o BIRD, como investidor de longo prazo em países em desenvolvimento para retirá-los da situação de pobreza (KLEIN, 2008, p. 196). A relevância dessas instituições era tamanha que chegaram a ser consideradas como os “pilares da paz” (FERREIRA, 2005, p. 31). Não se pode deixar de ressaltar que essa opção pelo pensamento keynesiano se dá num contexto em que o mundo comunista encontrava-se fortalecido e era encarado pelos EUA como verdadeira ameaça a seus interesses.

Em 1944, opondo-se ao Estado do bem-estar social, Hayek, considerado o pai do neoliberalismo, publica o livro “A estrada da servidão”. Defendia o autor que o Estado não deveria interferir na economia como agente produtivo, mas sim na manutenção do equilíbrio dos preços através de uma *estabilização* financeira, por meio de políticas anti-inflacionárias e cambiais. Nesse sentido, as intervenções estatais que extrapolassem tal limite seriam encaradas como violadoras da liberdade individual e poriam em risco a sociedade. Alegava o autor que a expansão do Estado poderia gerar regimes totalitários como aqueles que participaram da 2ª Guerra Mundial, conflito contemporâneo ao livro.

² Obviamente, essa fluidez, essa mobilidade somente se aplicam a uma parcela ínfima da população mundial, que desfruta das condições materiais necessárias a esse movimento.

A teoria de Hayek, entretanto, não obteve grande difusão quando de sua publicação. Ela concentrou-se destacadamente na sociedade de Mont-Pèlerin, a qual foi criada pelo autor com a finalidade de debater teses neoliberais e se opor ao keynesianismo.

Desse modo, as teorias do autor permaneceram em hibernação até a década de 1970, quando a crise do petróleo gerou um quadro oportuno ao ativismo contrário ao Estado do bem-estar social. Nesse período, o quadro econômico era, de fato, crítico, notando-se baixas taxas de crescimento econômico e inflação elevada.

Como as ideias neoliberais previam a ocorrência de uma crise, acabaram por ganhar força e credibilidade com a vindoura crise do petróleo. Diante desse cenário, a política neoliberal ganhou espaço e passou a ser defendida na ordem econômica internacional (FERREIRA, 2005, p. 30-35).

Assim, se no período posterior à Segunda Guerra o keynesianismo guiou a atuação do capitalismo, em 1989 o Consenso de Washington explicitou a adoção da política neoliberal.

Esse documento resultou da reunião do governo dos Estados Unidos com economistas liberais e instituições financeiras internacionais, tais como o Fundo Monetário Internacional e o Banco Mundial (o qual tem sua origem no BIRD). Ressalte-se que, nesse período histórico, as instituições citadas não mais desempenhavam as funções para as quais foram inicialmente criadas, pois o surgimento desses órgãos se deu sob a ótica keynesiana, quando do Consenso de Washington eles já haviam sido colonizados pela Escola de Chicago, a qual andava pelos passos neoliberais trilhados por Milton Friedman³ (KLEIN, 2008, p. 197).

No Consenso de Washington foi estabelecido um conjunto de princípios orientados para a liberalização do mercado e do sistema financeiro e para a estabilidade econômica. O alvo principal desses princípios era a América Latina, sendo notável o destacado papel desempenhado pelos Estados Unidos nesse sistema, mantendo sua posição de "supervisores gerais da nova ordem internacional" (HUBERMAN 2010, p. 250).

³Milton Friedman, junto com Hayek, participou da criação da Sociedade de Mont-Pèlerin. "Ao longo de sua extensa vida acadêmica, cuja reputação foi conquistada à frente do Departamento de Economia da Universidade de Chicago, EUA, Milton Friedman publicou inúmeras obras sobre política e história econômica. Em 1976 ganhou o prêmio Nobel de Economia, dois anos após Hayek. Outros colegas seus da Universidade de Chicago também fariam jus ao prêmio, entre os quais se destacam George Stigler (também fundador da Sociedade de Mont-Pèlerin) e Gary Becker. Os estudos de econometria levaram Milton Friedman a fundar a chamada 'escola monetarista' que, em síntese, estabelece uma forte correlação entre a oferta de moeda e o nível de atividade econômica. Ao longo das décadas de 60 e 70 Friedman foi uma das poucas vozes a defender a disciplina monetária (e fiscal) como única saída para o surto de inflação que os governos em quase todos os quadrantes do mundo estavam provocando". (FERREIRA, 2005, p. 34.)

É de se destacar, entretanto, a relevância decisiva – e crescente – dos conglomerados empresariais no Consenso de Washington, os quais, talvez sem exagero, poderiam ser referidos como o "governo mundial de fato" (CHOMSKY, 2004, p. 22).

Dessa forma, de maneira paralela ao processo de globalização, desenvolve-se o neoliberalismo no plano político-econômico. Embora esse conceito seja utilizado em vários campos do saber com definição confusa e pouco assentada – sendo, por vezes, referido como sinônimo de globalização – há certo consenso no sentido de tratar-se de uma noção eminentemente econômica.

Wacquant, com o olhar sociológico, caracteriza o neoliberalismo como um projeto político transnacional de redesenhada relação entre mercado, Estado e cidadania, efetivado a partir das elites político-econômicas (2010, p. 150). Essas elites, diga-se, seriam compostas de executivos das empresas transnacionais, políticos, especialistas técnicos – advogados, economistas, profissionais da área de comunicação social – e organizações multinacionais como o Fundo Monetário Internacional, o Banco Mundial e a União Europeia.

Desse modo, com a expansão do discurso neoliberal, dá-se a reverberação de princípios como a abertura de mercados, a redução de protecionismo e de barreiras mercantis e a não intervenção do Estado na economia. E embora a América Latina tenha sido utilizada como laboratório para a implementação de práticas neoliberais sob o coturno de regimes ditatoriais⁴, a eleição de Margaret Thatcher, no Reino Unido e de Ronald Reagan, nos Estados Unidos, é simbólica nesse processo de transição à nova fase do capitalismo, referido como capitalismo transnacional financeiro-eletrônico (BATISTA, N. 1996, p. 75).

Analisando com mais detalhes a tendência neoliberal, quatro lógicas institucionais desse sistema podem ser apontadas (WACQUANT, 2010, p. 151): (i) a desregulamentação econômica, não somente de maneira a orientar estratégias empresariais e transações econômicas, mas também como guia para provisão de bens públicos, afetando a noção de justiça distributiva e a igualdade material; (ii) retração do Estado de bem-estar social, impondo a regulação da população submetida aos programas governamentais; (iii) a expansão da ideia de responsabilidade individual, promovendo a ampliação da competição e o esvaziamento da responsabilidade Estatal; e a (iv) expansão do aparato penal como método de controle da desordem gerada pelo aumento da desigualdade e da insegurança social.

⁴ Para uma análise da violência inerente ao neoliberalismo, tanto em sua implementação quanto em sua manutenção: KLEIN (2008). Há, na obra, uma detalhada pesquisa acerca da influência de Milton Friedman na implementação, muitas vezes violenta, dessa nova fase do capitalismo que foi denominada pela autora de "capitalismo de desastre".

A prevalência do individualismo fica evidente no discurso de Thatcher, a Dama de Ferro, o qual também é previdente quanto ao desmonte do Estado do bem-estar social:

"I think we've been through a period where too many people have been given to understand that if they have a problem, it's the government job to cope with it. 'I have a problem, I'll get a grant. I'm homeless, the government must house me.' They're casting their problem on society. And, you know, there is no such thing as society. There are individual men and women, and there are families. And no government can do anything except through people, and people must look to themselves first. It's our duty to look after ourselves and then, also to look after our neighbour. People have got the entitlements too much in mind, without the obligations. There no such thing as entitlement, unless someone has first met an obligation" (ABRAMOVAY, 2010, p. 20)

Com a Queda do Muro de Berlim e o fim da União Soviética, eventos que ocorreram no final da década de 1980 e início dos anos 1990, o comunismo deixa de representar uma ameaça aos interesses capitalistas. Logo, o Estado do Bem-estar deixa de ser útil como estratégia de contenção do avanço do mundo comunista.

Desse modo, sem a resistência de algum modelo que conceda maior resguardo a direitos sociais e sem a manifestação prática de qualquer modelo teórico de contraponto ao neoliberalismo, esse sistema de ideias passa a ditar o passo da economia global.

1.2 Nova demanda por ordem

Como bem aponta Bauman, "todo tipo de ordem social produz determinadas fantasias dos perigos que lhe ameaçam a identidade. Cada sociedade, porém, gera fantasias elaboradas segundo sua *própria medida* – segundo a medida do tipo de ordem social que se esforça em ser" (1998, p. 52). Seguindo tal raciocínio de uma maneira mais materialista, pode-se afirmar, com Pavarini, que para se compreender o objeto da questão criminal, deve-se entender a demanda por ordem daquela formação socioeconômica específica (apud BATISTA, V. M., 2010, p. 29).

A utilização das inovações trazidas pelo avanço técnico-científico-informacional gerou, além da desindustrialização, a facilitação do deslocamento de unidades produtivas pelo mundo. Essa transferência dos polos de produção se dá em busca de locais com políticas menos protecionistas quanto aos trabalhadores e que, por conseguinte, permitam o pagamento de salários inferiores. Além disso, com o avanço no sistema de transporte e a redução das unidades produtivas, torna-se possível o fracionamento do processo de produção, sendo

factível a elaboração de cada etapa dele em um continente. Nesse contexto, dá-se a redução dos salários e, mais ainda, do peso da massa salarial na composição dos gastos do processo produtivo (HUBERMAN, 2010, p. 284 e ss). Ademais, nota-se que a supremacia do capital financeiro especulativo em detrimento do capital produtivo na economia globalizada gera o arrefecimento econômico e a diminuição do parque industrial. Há, assim, a diminuição de oferta de empregos estáveis, nos quais os direitos trabalhistas são observados (SERRA, 2009, p. 226).

Esse quadro de grande desemprego, combinado com o declínio do Estado caritativo, gera uma imensa fragilização social. De maneira a conter esse fluxo crescente de inúteis da nova economia, o sistema penal, verdadeiro instrumento para "gerir diferencialmente as ilegalidades, não para suprimi-las todas"(FOUCAULT, 2008, p. 75), é hipertrofiado para a contenção da massa excluída da sociedade de consumo⁵. Afinal, "todo sistema de produção tende a descobrir formas punitivas que correspondem às suas relações de produção" (RUSCHE; KIRCHHEIMER, 2004, p. 20). Vale destacar, ainda, que com o fim da GuerraFria, a indústria do controle do crime se apresenta como uma opção para equilibrar o déficit da indústria bélica (CHRISTIE, 1998).

Portanto, esse suposto Estado mínimo⁶pregado pelo neoliberalismo no registro econômico é o mesmo que se apresenta hipertrofiado no sistema penal e que dará origem ao grande encarceramento (WACQUANT, 2007).O Estado neoliberal é, em verdade, antes de mínimo, embusteiro e caro, devido aos custos do hiperinflacionado sistema penal. É imperioso ressaltar que esse quadro não é um desvio do neoliberalismo, mas sim *um de seus ingredientes constitutivos*. Assim, a tarefa a ser desempenhada pelo Estado, na realidade, seria a de propiciar as condições necessárias para o lucro do capital, tanto de origem doméstica quanto internacional.

Captando a aparente contradição do Estado neoliberal, Wacquant utiliza-se de uma metáfora bem ilustrativa para caracterizá-lo: o Estado neoliberal seria um Estado centauro, de cabeça liberal e corpo animal, musculoso, autoritário, ou ainda o Leviatã com rosto de Jano, pois apresentaria uma faceta gentil e generosa para com as classes superior e média e outra carrancuda e repressora direcionada à classe baixa (2010, p. 152-155).

⁵ Para uma detida análise do desmonte do Estado do Bem-estar social norte-americano e do arrocho e ressignificação do sistema previdenciário, ver WAQUANT, 2007, em especial os três primeiros capítulos.

⁶ Diz-se suposto porque apesar de pregar a abstenção do Estado, não é incomum no liberalismo a atuação do Estado em benefício de grandes conglomerados empresariais. Nesse sentido, Noam Chomsky aponta que "os conglomerados transnacionais se apoiam pesadamente nos subsídios públicos e nos mercados internos" (2004, p. 45). Essa mão visível do Estado interferiu diretamente no suposto autorregulatório mercado durante a crise dos sub-primers, na qual não era incomum o socorro de grandes empresas com o uso de verbas públicas.

Particularmente na América Latina, região que, junto com a África Subsaariana, é a região mais desigual do mundo, a adoção desses ideais resultou num quadro ainda mais drástico. Isso porque nessa região as instituições penais tendem a ser mais punitivas, seletivas e excludentes do que em países mais igualitários, os quais aplicam mais recursos públicos em áreas essenciais como saúde, educação e segurança social (ITURRALDE, 2012, p. 177-179).

Demonstrando as particularidades da América Latina, Chomsky a compara com o Leste Asiático, o qual, ao contrário dos latino-americanos, não se submeteu ao Consenso de Washington. Enquanto a América Latina destaca-se pela desigualdade, o Leste Asiático está dentre as regiões com melhores índices no campo social. Além disso, os setores de saúde, educação e seguridade social também obtêm bons resultados, enquanto na América Latina são sofríveis. Ademais, as importações na Ásia Oriental se dão para o investimento produtivo, sendo que a fuga de capitais, até recentemente, era fortemente controlada. Na América Latina, por sua vez, as importações se voltam para o consumo dos mais ricos – os quais estão ou isentos ou são proporcionalmente pouco onerados com encargos sociais – e a remessa de capital compõe boa parte da dívida externa. Conclui o autor, pois, que o problema da América Latina seria não o populismo, mas sim a submissão do Estado aos ricos (2004, p. 37).

Não se pode deixar de lembrar que o estado penal também serviu para legitimar os sistemas políticos latino-americanos. Os governos locais, frágeis diante das forças do mercado globalizado, optaram por demonstrar-se fortes e enfrentar os medos e as ansiedades de sociedades entregues à pobreza, ao desemprego e à insegurança (não só física como também social). Esse enfrentamento se dá por meio de duras políticas penais repressivas (ITURRALDE, 2012, p. 185).

Napertinente síntese de Wacquant, pode-se afirmar que

as sociedades da América Latina, que haviam se envolvido na experimentação precoce de uma desregulamentação econômica radical (isto é, rerregulação em favor de empresas multinacionais) e depois caído sob a tutela de organizações financeiras internacionais que impunham dogmas monetaristas, constituíam um terreno mais propício para a adoção de versões severas do populismo penal e a importação de estratégias americanas de combate ao crime. Em síntese, as elites dominantes das nações seduzidas – e depois transformadas – pelos “Chicago Boys” de Milton Friedman nos anos 1970 estavam fadadas a se apaixonar pelos “New York Boys” de Rudy Giuliani nos anos 1990, quando chegou a hora de lidar com a proliferação das consequências da reestruturação neoliberal e enfrentar a instabilidade social endêmica e as perigosas desordens urbanas geradas pela reforma do mercado na base da estrutura de classes dualizante. Não foi por acaso que o Chile, o primeiro na América Latina a abraçar as políticas ditas pelos “doutores do dinheiro” da Universidade de Chicago, logo se tornou o campeão continental de encarceramento e viu sua taxa de encarceramento saltar de 155 por 100 mil em 1992 para 240 em 100 mil em 2004, enquanto a taxa do Brasil saltou de 74 para 183 e da Argentina de 63 para 140 (com a do Uruguai, preso entre eles, subindo de 97 para 220) (2011, p. 169).

Especificamente no Brasil, o processo de implementação do neoliberalismo teve impactos bastante notáveis, como se percebe pelo vertiginoso crescimento da taxa de encarceramento acima descrita. Ressaltando a particularidade do país no processo de construção de cidadania, Milton Santos aponta que

em nenhum outro país foram assim contemporâneos e concomitantes processos como a desruralização, as migrações brutais desenraizadoras, a urbanização galopante econcentradora, a expansão do consumo em massa, o crescimento econômico delirante, a concentração da mídia escrita, falada e televisionada, a degradação das escolas, a instalação de um regime repressivo com a supressão dos direitos elementares dos indivíduos, a substituição rápida e brutal, o triunfo, ainda que superficial, de uma filosofia de vida que privilegia meios materiais e se despreocupa com os aspectos finalistas da existência e entroniza o egoísmo como lei superior, porque é o instrumento da buscada ascensão social. Em lugar do cidadão, formou-se um consumidor, que aceita ser chamado de usuário(2007, p. 25).

Com percuciência, Eric Hobsbauma aponta que o problema da sociedade do final do século XX não era, de maneira alguma, a produção de riqueza, mas sim a sua *distribuição dentre os habitantes*. Pode-se ilustrar tal raciocínio com o caso da Colômbia, onde as dez maiores empresas do país absorvem 75% do mercado de capitais (ITURRALDE, 2012, p. 177 e ss).

E, mais uma vez, o Brasil é apontado como exemplo negativo na distribuição de riqueza: em 1939 possuía um PIB duas vezes maior que o de Sri Lanka, enquanto no final da década de 1980 essa diferença pulou para mais de seis vezes; o Sri Lanka, que subsidiou alimentos básicos, assistência médica e educação até 1970, proporcionou a seus habitantes taxa de mortalidade infantil de metade da aferida no Brasil em 1969 e um terço em 1989, além de maior expectativa de vida e metade da taxa de analfabetismo (HOBSBAUM, 2008, p. 553 e ss).

Não é por acaso que, nesse contexto de controle penal da massa empobrecida, o estado de São Paulo se destaque no aumento do número da população carcerária. Isso porque a região era o local do Brasil onde o parque industrial é e foi tradicionalmente o maior e mais desenvolvido (SERRA, 2009, p. 236), tendo sido grandemente afetado pelo enxugamento das fábricas e da precarização das relações de trabalho.

É nesse contexto de globalização⁷ e de ascensão do neoliberalismo que se enquadra a crise do Poder Judiciário e a sua reforma, trazida pela Emenda Constitucional nº 45, em 2004,

⁷ Quanto ao termo “globalização”, vale lembrara, ainda, a ácida colocação do economista americano John Kenneth Galbraith, em uma entrevista: “Globalização é um termo que eu não uso. Não é um conceito sério. Nós, os americanos, o inventamos para dissimular nossa política de entrada econômica nos outros países. E para tornar respeitáveis os movimentos especulativos de capital, que sempre são causa de graves problemas”. Disponível em <<http://www1.folha.uol.com.br/fsp/1997/11/02/dinheiro/23.html>>. Acesso em 22.jun.2014.

e por leis posteriores. Trata-se, portanto, de uma resposta do sistema jurídico à introdução de uma nova demanda por ordem.

1.3 Auspícios para as alterações do ordenamento jurídico

A adoção do modelo de Estado neoliberal, por certo, não deixaria de afetar o ordenamento jurídico e a organização do Poder Judiciário. Não parece exagero afirmar que algumas das transformações mais significativas no ordenamento jurídico pátrio ocorreram, direta ou indiretamente, sob a batuta de referenciais teóricos neoliberais.

Nesse processo de transformação, as instituições financeiras internacionais desempenham um papel muito relevante através de sua atividade paranormativa. Pode-se entender essa atividade como a tentativa de uniformização de referências, nomenclaturas, linhas diretoras e legislações sugeridas por essas instituições. Essa atividade ocorre por meio da produção de publicações, pesquisas, encontros e outras ações que, como o próprio nome sugere, não são vinculantes, mas sim sugestivas (CANDEAS, 2004, p. 21).

Ocorre que os valores estabelecidos nessas atividades são frequentemente impostos como condição para a realização de investimentos e para o auxílio prestado pelas próprias instituições financeiras. Desse modo, a pretensão de inserção dos países-alvos no *modus operandi* do neoliberalismo acaba por impor-lhes a submissão aos valores “sugeridos” (FERREIRA, 2005).

Assim sendo, por meio da atividade paranormativa das agências internacionais acaba-se por alcançar a concretização de reformas políticas e econômicas. Além da mera atividade paranormativa, diga-se, não é incomum que essas agências ofereçam a consulta de pessoal especializado para que seja alcançado o princípio proposto (FREITAS, 2005).

Enquadra-se nessa pretensão de uniformização, também, a tentativa de estabelecer um padrão de conduta para o Poder Judiciário brasileiro, uma espécie de “harmonização de comportamento”, de “entendimento rotineiro” (CANDEAS, 2004, p. 22). Nesse sentido, dentre as atividades paranormativas incluem-se publicações emitidas pelo Banco Mundial voltadas diretamente ao Poder Judiciário, dentre as quais se destacam três relatórios: o documento técnico nº 319, de 1996; o de nº 19, datado de 1997; e o de nº 24, emitido em 2002.

O relatório nº 19, de 1997, denominado “Estado num mundo em transformação”, destina-se a debater, destacadamente, o papel a ser assumido pelo Estado diante do fim das economias planejadas comunistas e da crise do Estado do bem-estar social. Já o relatório emitido em 2002, de nº 24 e denominado “Instituições para o mercado” serviu-se a debater a criação de instituições para a promoção de mercados integrados, com a função declarada de melhorar a renda e reduzir a pobreza (CANDEAS, *ibidem*). Por sua vez, o documento técnico 319, de 1996, cujo título é “El Sector judicial en América Latina y el Caribe: Elementos de Reforma” propõe diretrizes para a reforma do Poder Judiciário nos países latino-americanos.

Esse último documento tem como função declarada a de aprimorar a qualidade e a *eficiência* da prestação da jurisdição, adotando medidas que buscam a transparência e a *previsibilidade* de decisões, viabilizando um ambiente mais propício à realização de investimentos. Resta claro, no documento técnico 319, que a reforma do Judiciário faz parte de um processo de redefinição do papel do Estado, que serviria para reforçar o desenvolvimento econômico, buscando-se com fervor os valores de *eficiência, previsibilidade, acesso à justiça, credibilidade, transparência, independência, proteção à propriedade privada e respeito aos contratos* (LEAL; FARIA; MESQUITA, 2013, p. 183 e ss).

O valor de acesso à justiça, sob a ótica do Banco Mundial, implica na adoção de meios alternativos de resolução de disputas (MARD) como fator de estímulo à produtividade do Poder Judiciário por meio da criação de “concorrentes” na solução de conflitos intersubjetivos.

A credibilidade, por sua vez, estaria ligada à percepção de estabilidade política, à idoneidade do sistema judiciário (ausência de corrupção) e à proteção quanto a crimes contra pessoa e a propriedade. Outros valores, como a previsibilidade e a transparência, manteriam uma estreita relação com a credibilidade.

Já o valor da transparência conecta-se com a responsabilidade dos juízes e a necessidade de aumento de *accountability* (responsividade) dos magistrados perante a sociedade. A ideia de prestação de contas, que aos poucos ganha espaço na tradição republicana brasileira, potencializa a transparência.

O valor declarado de independência, por seu turno, abrangeria a prerrogativa dos magistrados de independência funcional, permitindo-lhe decidir conforme o ordenamento jurídico e sem pressões, sejam internas ou externas. No entanto, entende-se que tal valor, se compreendido em sua plenitude, e não como mera declaração vazia, é frontalmente colidente com a ótica apresentada pelo Banco Mundial sobre os valores de eficiência e previsibilidade.

Quanto à proteção à propriedade privada e o respeito aos contratos, constata-se que seria um valor cujo intuito seria o de promover um ambiente propício aos negócios e à expansão do mercado.

Os valores de *eficiência e previsibilidade*, por sua vez, são os mais caros ao presente estudo. Sob a ótica da eficiência, o Estado necessitaria, no entendimento do Banco Mundial, acelerar a sua capacidade de resolver as demandas, com o menor custo possível, provendo o acesso à justiça com decisões que propiciem a equidade. Já a previsibilidade, por fim, implicaria na necessidade da adoção de medidas para que as decisões dos juízes fossem determináveis, propiciando a segurança jurídica tão almejada e valorizada pelos investidores.

Pode-se valer, nesse particular, da análise que Bauman realiza do mundo globalizado, contrapondo os conceitos de perto e longe, certeza e incerteza:

Próximo, acessível é, primariamente, o que é usual, familiar, e conhecido até a obviedade, algo ou alguém que se encontra, com quem se lida ou interage diariamente, entrelaçado à rotina e atividades cotidianas. “Próximo” é um espaço dentro do qual a pessoa pode sentir-se *chez soi*, à vontade, um espaço no qual raramente, se é que alguma vez, a gente se sente perdido, sem saber o que dizer ou fazer. “Longe”, por outro lado, é um espaço que se penetra apenas ocasionalmente ou nunca, no qual *as coisas que acontecem não podem ser previstas* ou compreendidas e diante das quais não se saberia como reagir: um espaço que contém coisas sobre as quais pouco se sabe, das quais pouco se espera e de que não nos sentimos obrigados a cuidar. Encontra-se num espaço “longínquo” é uma experiência enervante; aventurar-se para “longe” significa estar além do próprio alcance, deslocado, fora de seu próprio elemento, atraindo problemas e temendo o perigo (1999, p. 20, grifo nosso).

Os Estados que pretendem incluir-se na lógica globalizada, portanto, têm de fazer-se um espaço “próximo”, onde os investidores possam se sentir a vontade, evitando-se a imprevisibilidade e a incompreensão do espaço “longe”. Nesse sentido, embora não se verifiquem recomendações específicas a esse fim, da leitura do documento resta clara a intenção de se estabelecer certa limitação à independência funcional dos magistrados atuantes nos órgãos de base do Poder Judiciário. Isso porque a ampliação das funções e competências dos Tribunais Superiores e a prevalência da jurisprudência por eles cristalizada nos enunciados de súmula implicariam, sem dúvida, em maior previsibilidade das decisões – embora haja custos severos na adoção de tal sistemática.

Nota-se, assim, que o posicionamento do Banco Mundial reconhece o mercado como motor do desenvolvimento econômico. No entanto, esse órgão demonstra pouca atenção e apreço à democracia, buscando, de maneira clara, a formação de juízes para o mercado.

Nesse diapasão, ganha corpo a ideia de que o direito seria um mecanismo de ordenamento, utilizável para garantir a estabilidade necessária ao desenvolvimento

econômico. Assim, a questão da justiça passa a ser encarada, destacadamente, como uma questão de *gestão*^{8;9}, a ser resolvida não com elaborações teóricas a respeito de temas relevantes ao direito, mas sim com mera técnica administrativa (LEAL; FARIA; MESQUITA, 2013).

Sob essa ótica de técnica administrativa, o conceito de Estado de Direito ganha uma acepção também *instrumentalizada para o desenvolvimento econômico*, exigindo-se para a sua formação alguns elementos (VIEIRA, apud LEAL et al): (a) a lei deve ser geral, abstrata e prospectiva, de modo que se impossibilite ao legislador exercer a sua função elegendo uma determinada pessoa como alvo; (b) a lei deve ser conhecida e certa, para que se permita o planejamento; (c) a aplicação da lei deve ocorrer igualmente a todos, inclusive aos legisladores e aos poderes públicos; (d) separação entre as funções de legislar, e a de aplicação das leis, de modo a impossibilitar a legislatura com o fim de atingir um caso específico; (e) deve ser possível o questionamento em juízo de decisões da administração, de modo que se possam corrigir erros na aplicação do Direito; (f) deve haver separação entre a função legislativa e a política, sendo a coerção estatal legitimada pela legislação, de maneira a prevenir que a função política se desenvolva com propósitos individuais; por fim, (g) deve haver direitos voltados à proteção da esfera privada.

Nesse contexto, o Estado de Direito passaria a ser considerado um conceito formal, passando a ser avaliado a partir da sua funcionalidade para com o desenvolvimento do mercado, e não se levando em conta a proteção a valores essenciais como o respeito à ordem jurídica, aos direitos fundamentais e à democracia.

1.4 A análise econômica do Direito

Com a construção desse discurso único do capitalismo vencedor, constata-se que o neoliberalismo torna-se o “paradigma englobante hegemônico da sociedade contemporânea”, ao qual os Estados devem se adaptar, sob pena de ineficiência. Alexandre de Moraes da

⁸ Nesse sentido, consultar: REIS (2010).

⁹ “estando no cartório, o magistrado é o gerente e tem que administrar, sendo um líder de equipe; é o administrador de toda a burocracia no cartório. Este é um foco, porque o juiz não é preparado para ser um gestor”. Ministro Luiz Felipe Salomão, em entrevista a respeito da Escola Nacional da Magistratura. Disponível em <http://www.amb.com.br/?secao=ambonline&m=107_2>. Acesso em 01.mar.2014.

Rosachega, inclusive, a tangenciar a estipulação de o novo princípio jurídico do “melhor interesse do mercado”(ROSA; CARVALHO, T. F. 2010, p. 18).

Como consequência do protagonismo dos interesses econômicos neoliberais, o Direito, então, passou a ser encarado como um instrumento da economia. Submete-se, assim, a uma racionalidade diversa, contaminando-se do pragmatismo da relação custo/benefício e afastando-se, cada vez, mais, de demandas democráticas (ROSA; CARVALHO, T. F. 2010, p. 11 e ss). Nesse sentido, já em 1998, Nils Christie constatou que o direito estava se tomando "um instrumento utilitário, afastado das instituições culturais" (1998,p. 295).

Manifestando tal pragmatismo, surge então o campo da Análise Econômica do Direito ou *Law and Economics*. Esse campo foca-se na perspectiva da ação eficiente, cujo índice de avaliação é exatamente a relação custo/benefício, seja em âmbito individual, seja em âmbito coletivo.

A Análise Econômica do Direito é um movimento metodológico não uniforme nascido na Universidade de Chicago¹⁰ nos anos 1960, o qual busca aplicar conceitos e modelos teóricos da Ciência Econômica na análise do direito. Trata-se de um movimento grandemente influenciado por ideais neoliberais, os quais tinham grande relevância nessa universidade entre os anos 1960 e 1970. Esse discurso teórico ganhou fôlego, fundamentalmente, a partir de três fatores: a construção de um estatuto teórico (Coase, Becker, Calabrei e Posner, entre outros); o avanço do discurso neoliberal; e o *imbricamento entre as tradições do civil law e do common law*(ROSA; CARVALHO, 2010, p. 23).

Para a Análise Econômica do Direito, a ciência jurídica se ocupa de um objeto similar ao da ciência econômica, podendo, por isso, ser estudado do ponto de vista da teoria econômica. Procura-se, com isso, adaptar o direito à nova ordem social que se impunha, transformando o direito em uma verdadeira ciência, racional e positiva. Essa transmutação se daria através da investigação do Direito desde a ótica da ciência econômica, podendo-se adotar dois pontos de vista: (i) positivo, analisando-se, sob o critério da “maximização de riqueza” o impacto das normas jurídicas no comportamento dos agentes econômicos; (ii) normativo, verificando-se as vantagens das normas diante do bem-estar social. Como bem resume Alexandre de Moraes Rosa, trata-se de uma análise, realizada sob a ótica da racionalidade individual e da maximização de riqueza, do impacto das normas jurídicas no

¹⁰Cabe lembrar, nesse ponto, que não é mera coincidência o surgimento de tal movimento na Universidade de Chicago. No Departamento de Economia dessa universidade, contemporaneamente ao desenvolvimento do *Law and Economics*, Milton Friedman, prosseguindo o caminho trilhado por Hayek, publicou diversos trabalhos sustentando ideais neoliberais. Além disso, teria sido consultor de Pinochet na implementação do “capitalismo de desastre” no Chile, tendo seus alunos da pós-graduação do curso de Economia ocupado ministérios durante o governo do militar chileno (KLEIN, 2008).

comportamento das pessoas e instituições e de quais seriam as melhores normas jurídicas, avaliadas a partir dos resultados obtidos (ROSA; CARVALHO, T. F. 2010, p. 24).

Segundo leciona o autor (2010, p. 34-35), Posner, filiando-se ao menos parcialmente ao neopragmatismo, justifica a intervenção do Poder Judiciário para a maximização do bem estar social, entendendo-se esta como a potencialização da riqueza. Sob essa ótica, os textos jurídicos seriam uma ferramenta a ser utilizada para escolha, tendo por base o critério econômico, da melhor decisão possível, ou seja, daquela que propicie maior bem-estar social. Não entrariam nessa equação, portanto, critérios hermenêuticos oriundos do Direito e atentos às garantias fundamentais, uma vez que seriam inaptos a oferecer a melhor resposta ao mercado, mas sim a lógica de maximização de riqueza – entendida como o valor agregado aos bens e serviços, econômicos ou não. Para o autor, a riqueza poderia ser considerada eficiente quando aplicada da forma mais rentável, sem dar-se tratamento diferenciado para os direitos fundamentais e os patrimoniais. Infere-se, pois, que com a adoção da matriz filosófica do pragmatismo há a aceitação da deficiência de fundamentação em favor da *finalidade*, gerando a supervalorização do mercado.

O novo consenso neoliberal, portanto, sustenta que a *eficácia* desse modelo depende de um Estado que atue em consonância com o mercado. O Poder Judiciário desempenha papel fundamental nesse desiderato, pois é sua incumbência julgar a aplicabilidade das novas leis de ajuste da economia e dos contratos, afetando diretamente a *estabilidade* e *previsibilidade* que permitem ao mercado calcular o risco de eventuais investimentos no país (FREITAS, 2005).

Ocorre que a orientação tradicional do Poder Judiciário não é a de assegurar a estabilidade e a previsibilidade, mas, sobretudo, a de garantir a Constituição e os direitos fundamentais nela previstos. Exerceria, pois, uma função contramajoritária, resguardando os direitos fundamentais mesmo diante do posicionamento de eventuais maiorias – sejam elas maiorias em termos de detenção de poder econômico ou populacionais. Assim, o Poder Judiciário acaba por ser comumente apontado como um obstáculo ao crescimento econômico, à maximização da riqueza proposta pelo modelo neoliberal, fazendo parte do que convencionou chamar de Custo-Brasil (ROSA; CARVALHO, T. F., 2010, p. 24).

Como resposta a esse obstáculo ao crescimento econômico demandava-se a revisão de normas legais, inclusive das próprias Constituições, uma vez que elas eram, em sua grande maioria, compromissárias e direcionadas à construção do Estado do bem-estar social. Assim, as Cartas Magnas ligavam-se a valores incompatíveis com o ideário neoliberal, tais como a relativização da propriedade privada – por meio da exigência do cumprimento de sua função

social – e da autonomia da vontade nos contratos, estabelecendo-se a garantia do consumidor em razão de sua hipossuficiência. Essa estrutura constitucional era considerada como um entrave ao capital internacional, ou seja, uma barreira à maximização de riquezas.

A adaptação ao sistema econômico dominante implica, dessa maneira, em encarar o mercado como "lugar vazio", destruindo¹¹ os ordenamentos jurídicos internos. Essa destruição se dá por meio de algumas medidas, tais como: a criação de órgãos supranacionais, cujas decisões, é importante ressaltar, não são legitimadas por qualquer processo democrático; a flexibilização do ordenamento jurídico nacional; a atuação de grandes empresas transnacionais e do capital financeiro junto ao Estado; e o crescimento da valorização de normas internacionais em face do Direito Interno (ROSA; CARVALHO, T. F., 2010, p 20).

Desse modo, para o estabelecimento de um mercado sem fronteiras, objetiva-se, também, a uniformização do sistema de justiça. Nessa busca de uniformidade, com a destacada participação das instituições financeiras internacionais, são estabelecidas recomendações universais. Na prática, essas sugestões são encaradas como regras, pois o não atendimento redundará na aplicação de sanções que dificultam a inserção do estado na ordem econômica mundial. E como se tratam de normas universais, elas acabam por mitigar a soberania e o conceito de Estado-Nação. É de se observar, ainda, que essa pretensão de uniformização, sem que haja a observância das particularidades de cada Estado, contribui para o processo de sobreposição entre as famílias da *common law* e da *civil law*.

Nesse contexto de adoção do critério de eficiência – entendida como obtenção do máximo de bem-estar (riqueza) com o menor custo possível –, a avaliação das instituições, dentre elas o sistema judiciário, se dá com base nos resultados atingidos. Essa análise ocorre no âmbito macro – em termos de organização e administração da Justiça, focando-se no plano legislativo – e na perspectiva micro – levando-se em conta a decisão judicial individualmente considerada.

Dessa avaliação, com base nos critérios apresentado pela análise econômica do direito, resulta a indicação da alteração do paradigma da teoria da decisão judicial, adotando-se o paradigma da maximização da riqueza (bem-estar), aferível por meio da eficiência do provimento. Além disso, são apontados ajustes estruturais no Poder judiciário, os quais incluem a adoção de meios alternativos de resolução de controvérsias. Haveria, assim, uma

¹¹ O uso da palavra destruição, nesse ponto, dá-se em consonância com a visão de Naomi Klein do neoliberalismo como capitalismo de desastre, cujo implemento muitas vezes se dá por meio do choque, da destruição (2008).

rearticulação interna do direito a partir da intervenção externa da economia, dando-se a “economização do direito” (ROSA; CARVALHO, T. F. 2010. p. 26-30).

Como bem lembra Alexandre Morais da Rosa (2010, p. 34), Feyerabend sustenta que as metodologias são ferramentas utilizáveis conforme a necessidade de quem as empunha, sendo incapazes de orientar adequadamente atividades científicas. O que restaria, assim, é “o gume da linguagem e suas artimanhas retóricas, pelas quais apenas se pode cercar, sem nunca prender, a plethora de significantes”.

Diante do exposto, constata-se a penetração do discurso econômico no direito por meio da análise econômica. Não por acaso, percebe-se que os critérios utilizados pela análise econômica do direito estão intimamente ligados aos valores “recomendados” pelo Banco Mundial no documento técnico nº 319.

Assim, nota-se que a adoção do pragmatismo da relação custo-benefício para a avaliação da eficiência, o estudo do impacto das normas jurídicas com base no critério da maximização da riqueza e a avaliação institucional conforme os resultados obtidos relacionam-se com o valor da eficiência indicado pelo Banco Mundial. Já a pregação da necessidade de atuação do Estado em conjunto com o mercado para garantir a previsibilidade e a estabilidade necessárias aos investimentos, liga-se aos valores de proteção à propriedade privada, credibilidade e previsibilidade. A busca pela uniformização do sistema de justiça, por sua vez, encontra conexão com os valores de eficiência e previsibilidade. E, por fim, o fomento aos meios alternativos de solução de controvérsia relaciona-se com o valor de acesso à justiça.

Desse modo, ainda que se possam considerar os argumentos trazidos pela análise econômica do direito, não se pode, em nome do paradigma da eficiência e do pragmatismo, desconsiderar os limites de sentido nos textos normativos, devendo-se, sempre, atentar para o respeito à Constituição. Nesse sentido, adotando a Filosofia da Linguagem, Rosa afirma que na análise econômica do direito

os significantes são manipulados para se postarem de maneira diversa, mas vinculados ao significante um: a eficiência, a qual, de seu turno, modifica-se conforme as necessidades do caso. É uma forma de interpretar que parte de escolhas ideológicas pré-dadas, indiscutidas e encantadoras. A Justiça equivale ao significante eficiência e, portanto, pretende evitar que se aponte a fragilidade da teoria. Mas não consegue. Definitivamente. (ROSA; CARVALHO, T. F. 2010, p. 36)

Verifica-se, assim, que o direito é utilizado pelo neoliberalismo de forma instrumental, sendo verdadeiramente apoderado por esse sistema econômico (ROSA; CARVALHO, T. F. 2010. p. 29), o que é extremamente danoso na seara penal. Para exemplificar esse risco traz-se

à baila a análise que os adeptos do *lawandeconomics* fazem do instituto do *pleabargaining*, considerando-o não como uma busca de um consenso de valores, como alguns autores alemães fazem, mas sim como simples troca de duas prestações, com a conseqüente tentativa de cada parte de elevar ao máximo o preço de sua parcela. A prestação do acusado consistiria em tornar dispensável o trabalhoso e dispendioso procedimento perante o júri, enquanto a prestação o Ministério Público seria a de diminuir a pena que poderia ser hipoteticamente aplicada ao apenado, concedendo-lhe tempo de vida em liberdade. Diante dessa sistemática Posner (apud SCHÜNEMANN, 2013, p. 320) entende que o problema na análise econômica do *pleabargaining* reside não na possível condenação de inocentes em razão da ameaça de pena severa ou na renúncia de direitos fundamentais, mas sim no saldo de eficácia intimidativa do sistema penal, que não seria negativamente afetado pelo *pleabargaining*(SCHÜNEMANN, 2013, p. 319-320). Constatase, desse modo, como é questionável a análise econômica do Direito no âmbito do Direito Penal e Processual Penal.

1.5 Outros fatores que impulsionam as alterações no ordenamento jurídico

Outro fator que propulsionou as reformas no Poder Judiciário, também ligado ao ideal de eficiência indicado pelo Banco Mundial no documento técnico nº 319, é a percepção de que a prestação jurisdicional seria lenta. Tal preocupação não passa aolargo da questão econômica. Tanto assim o é que uma publicação da Escola Nacional de Formação e Aperfeiçoamento de Magistrados deixa claro que “o retardo temporal na prestação jurisdicional tem (...) setransformado no denominado ‘custo Brasil’, influenciando a economia” (GRANGELA, p. 12).

Podem ser apontados diversos fatores que contribuem para que a prestação jurisdicional demore mais do que o desejado. É patente, no entanto, que nas duas últimas décadas houve um significativo aumento da demanda da qual o Poder Judiciário se incumbem, sendo esse um elemento determinante para a duração excessiva dos processos.

Na esfera penal o próprio processo do grande encarceramento, já descrito anteriormente, se encarrega de abarrotar o Poder Judiciário. Essa sobrecarga é ainda mais visível quando se analisam os juízos competentes para a execução penal, os quais existem em número muito inferior em relação aos juízos competentes para o processo de conhecimento.

Desse modo, os juízos de execução penal são marcados pela sobrecarga de demanda¹² e pela mora na concessão dos direitos públicos subjetivos dos condenados.

Compõe o quadro de aumento da demanda ao Poder Judiciário, ainda, a judicialização de demandas visando à concretização de direitos sociais. Embora não se possa afirmar que o Brasil passou por um verdadeiro Estado do bem-estar social, é patente que a Constituição de 1988, compromissária que é, garantiu uma série de direitos sociais. Ocorre que o Estado brasileiro falha diuturnamente na concretização desses direitos constitucionais.

Segundo o quadro institucional trazido pela Constituição, a atribuição de garantir os direitos sociais básicos nela previstos seria do Poder Executivo, geralmente por meio de sua atuação positiva. Nesse sentido prevê a organização constitucional dos poderes estabelecida no Título IV da Constituição, o qual delimita a atuação de cada parcela da divisão funcional do poder estatal.

Conforme a estrutura de Estado criada pela Carta Magna, a independência dos poderes é um princípio fundamental da República. Entretanto, diante da omissão do Poder Executivo em implementar direitos sociais, e do Legislativo em regulamentar direitos garantidos pela Carta Magna, nos países de modernidade tardia, como o Brasil, é comum que o Poder Judiciário acabe agindo como garantidor da efetividade dos direitos constitucionais. Como lembra Cappelletti, os juízes, nessa realidade, atuarão “controlando e exigindo o cumprimento do dever do estado de intervir ativamente na esfera social, um dever que, por ser prescrito legislativamente, cabe exatamente aos juízes fazer respeitar” (1993, p. 42).

Consequentemente, o Poder Judiciário passou a exercer um papel muito relevante para a concretização de direitos – destacadamente os sociais –, ocupando o espaço constitucional e tradicionalmente atribuído ao Poder Executivo. Essa assunção de competência certamente contribuiu para o crescimento vertiginoso de demandas judiciais, com destacada participação da demanda judicial do direito à saúde¹³.

¹² Nesse sentido, ver o Relatório Geral do Mutirão Carcerário do Estado de São Paulo, elaborado pelo CNJ, disponível em <<http://s.conjur.com.br/dl/relatorio-mutirao-carcerario-sp-2012.pdf>>. Acesso em 02.abr.2014.

¹³ “No que concerne à interferência do Poder Judiciário na política de fornecimento de medicamentos a cargo do Ministério da Saúde, ficou patente um intenso ativismo judicial no período 2005-2009, com impacto orçamentário cujos números saltaram de R\$ 2,5 milhões, em 2005, para R\$ 83,2 milhões, em 2009. Como ficou demonstrado, o crescimento de ações judiciais no mesmo período coincide com a estagnação do número de medicamentos incorporados ao Componente Especializado, com a introdução de apenas 5 novos fármacos. Neste caso, a inércia governamental frente ao acelerado desenvolvimento científico e tecnológico na produção de medicamentos parece ser o fato motivador da busca por novas formas de tratamento de saúde pela via judicial. Por conseguinte, a questão que se coloca é se essa inércia decorre da complexidade da política de incorporação de medicamentos ou de deliberada escolha do poder público”. PEREIRA, Delvechio de Souza. **O orçamento público e o processo de judicialização da saúde**. 2010. Disponível em <<http://portal2.tcu.gov.br/portal/pls/portal/docs/2055752.PDF>>. Acesso em 01.maio.2014.

Tal aumento na demanda direcionada ao Poder Judiciário relaciona-se também, indubitavelmente, com o crescimento institucional da Defensoria Pública. E, a depender do quadro que se deseja hoje, o crescimento da demanda tende a se tornar ainda mais expressivo.

Há menos de uma década, poucos Estados contavam com a instituição essencial à função jurisdicional do Estado, destinada à orientação jurídica e à defesos hipossuficientes, conforme prevê a Constituição de 1988. Nesse período, entretanto, foram realizados os primeiros concursos públicos para ingresso na carreira em alguns estados brasileiros. Além disso, foram fortalecidas as Defensorias Públicas já existentes, muitas das quais galgaram paridade de tratamento em relação a outras carreiras jurídicas. Dessa maneira, verificou-se nesse período um grande crescimento institucional. Além disso, em 2009, com a Lei Complementar 132, e em 2014, com a Emenda Constitucional 80, consolidou-se o papel da Defensoria Pública como instituição destinada a zelar pela primazia da dignidade da pessoa humana, difusão, conscientização e efetividade dos direitos humanos, da cidadania e do ordenamento jurídico, e à redução das desigualdades sociais. Assim, tendo em conta que a grande maioria da população brasileira é composta por pessoas hipossuficientes e que a citada emenda determinou o dever do Estado de estabelecer defensores públicos em cada unidade jurisdicional no prazo de oito anos, presume-se que o acesso ao Poder Judiciário aumentará consideravelmente.

Outro fator determinante da demora na prestação jurisdicional, frequentemente apontado como o mais relevante, é a atuação da Fazenda Pública em juízo. A União, o Distrito Federal, os Estados e os Municípios, bem como suas autarquias, fundações públicas, empresas públicas e sociedades de economia mista figuram com destaque entre as partes mais presentes nas demandas e, frise-se, habitualmente na condição de réus. Assim, a morosidade da justiça pode ser atribuída, em boa parte, ao próprio Estado, quem mais frequenta os tribunais, "abarrota os escaninhos das serventias judiciárias, usando e abusando de recursos, (...) desrespeita o pacificamente decidido pelo STF, afogando seus ministros em uma infinidade de

"A pesquisadora observou que ao longo dos sete anos investigados houve uma explosão no número de ações deferidas obrigando a Secretaria do Estado da Saúde de Santa Catarina a fornecer medicamentos e, conseqüentemente, houve acréscimo também no total de medicamentos solicitados. Se no ano 2000 houve apenas uma ação deferida, em 2006 o número chegou a 1.661; e de apenas sete medicamentos solicitados em 2000, o total saltou para 3.542 em 2006. Cabe destacar o último biênio investigado. Em 2005, o número de ações e medicamentos já era bastante elevado, mas triplicou no ano seguinte (BOING, 2008).

Ampliando um pouco mais o período, avaliando-se o último quadriênio, houve aumento de 1.878% no total de ações deferidas e 2.156% no total de medicamentos solicitados entre 2003 e 2006. MAYR, Patrícia Raquel. **A judicialização da saúde no município de Rio do Sul em Santa Catarina**. Monografia. Curso de Especialização em Planejamento e Gestão da Informação. Escola de saúde pública de Santa Catarina Professor Mestre Osvaldo de Oliveira Maciel. 2010. p. 54.

recursos" (TEBET, 2010, p. 114). Há de se considerar, ainda, que a Fazenda Pública desfruta de prerrogativas em juízo, tais como o prazo mais dilatado e casos de reexame necessário, as quais embora defensáveis, podem contribuir para a lentidão do Poder Judiciário.

Na justiça penal, como o Ministério Público é o titular da ação penal de iniciativa pública e sendo tal modalidade a regra no sistema processual penal, conseqüentemente é o Estado – aqui utilizado em sua acepção ainda mais ampla, abrangendo o Ministério Público – que figurará com destaque nas ações penais.

Desse modo, constata-se que a impotência do Poder Executivo em concretizar os direitos garantidos pela constituição reflete-se na posição do Poder Público como o “maior demandista em juízo – ontem, hoje e sempre – posição da qual não dá mostra de pretender afastar-se, [de maneira que] continuará a ser o primeiro colocado no ranking de maior 'entulhador' da justiça” (ALVIM, 1998, p. 17). Não se apresentando alternativa ao cidadão para que goze de seus direitos, recorrerá ao Poder Judiciário para vê-los efetivados. E como já explanado, quanto mais progredir-se na conscientização de direitos e na ramificação da Defensoria Pública, mais tal quadro tende a se agravar.

Existem, ainda, questões administrativas do próprio Poder Judiciário que são apontados como favorecedores da lentidão na prestação jurisdicional, tais como a deficiência de funcionários, a desatualização ou inexistência de equipamento técnico, a ausência de treinamento aos servidores, entre outros. Nesse sentido, vem se criando mestrados profissionalizantes em Poder Judiciário e em Gestão Judiciária¹⁴. Cabe aqui um adendo: é curioso notar como essa preocupação com questões administrativas tem resultado na utilização de significantes incomuns ao discurso jurídico, tais como liderança, motivação, gestão, cliente, produtividade, metas, entre outros; esses significantes, muito mais ligados ao âmbito do Mercado, do empreendedorismo, agora são incorporados no mundo jurídico. Tal inserção do “mercado” no “jurídico” é absolutamente representativa do fenômeno da sobreposição da economia sobre o direito.

Devido a esse aumento de demanda e da incapacidade do Poder Judiciário de lidar com tantas ações, o Conselho Nacional de Justiça demonstrou que, mesmo tendo ocorrido um aumento de produtividade dos magistrados, a tendência do número de casos pendentes de julgamento é crescente a cada ano. Conforme aponta um relatório do ano de 2013 do CNJ, “a taxa de congestionamento total do Poder Judiciário no ano de 2012 foi de aproximadamente

¹⁴ Ver, por exemplos, os cursos de MBS oferecidos pela Fundação Getúlio Vargas. Disponível em <<http://diretorio.fgv.br/cjus/cursos>>. Acesso em 01.jun.2014.

70%, ou seja, de 100 processos que tramitaram no ano, cerca de 30 foram baixados no período”¹⁵.

Destarte, constata-se que o Poder Judiciário acabou por assumir o papel de materializador dos direitos constitucionalmente garantidos, restando igualmente cristalina a sua incapacidade de lidar com o aumento da demanda decorrente do avanço da cidadania, após o advento da Constituição de 1988. Com isso, o sistema de justiça acaba por retroalimentar a sua própria crise, gerando, além disso, o afastamento dos magistrados da análise dos fatos por meio da padronização do direito¹⁶ (SAUSEN, 2013).

Apresentado o pano de fundo que compõe o cenário geopolítico no qual se enquadra a da reforma do Poder Judiciário no Brasil, passa-se à análise das alterações implementadas como tentativa de superação da crise do Poder Judiciário. Devido à proposta do presente trabalho não serão analisadas todas as alterações, mas sim aquelas que interessam ao tema proposto.

1.6 Alterações implementadas

Como já explanado, serão analisadas na presente seção algumas das alterações que se vislumbra terem sido influenciadas pelo quadro geopolítico descrito e que contribuem para a prestação jurisdicional prioritariamente quantitativa. Nesse ensejo, vale questionar a figura mitificada do Estado. Nilo Batista, citando Engels, ensina que o Estado

foi um produto de sociedades que, em certo grau de desenvolvimento, se enredaram em contradições, advindas de antagonismos inconciliáveis, e para que as classes com interesses econômicos colidentes não se entre devorassem, estabeleceu-se, dentro do espectro político no qual concretamente podiam resolver-se tais contradições, um poder aparentemente acima da sociedade – mas dela originado – que é o estado, o qual adquiriu logo “uma configuração autônoma de interesse geral”, embora, na sociedade de classes, isso não passe de uma “ilusória comunidade de interesses”. Por isso, através da deformação ideológica, como lembra Guastini, o

¹⁵ Relatório Justiça em Números, do CNJ, emitido em 2013, relativo ao ano-base 2012. Disponível em <http://www.cnj.jus.br/images/pesquisas-judiciarias/Publicacoes/sumario_exec_jn2013.pdf>. Acesso em 05.jun.2014.

¹⁶ Marco Alexandre de Souza Serra, em reunião de orientação na aprazível Santa Teresa, sugeriu o termo “*precedentalização*” do Direito. Após algumas alterações no objeto da pesquisa optou-se por analisar o tema de maneira mais ampla, aproximando-se da abordagem de Danton Sausen (2013). Esse autor, aparentemente utilizando-se de Warat, utiliza o termo *standardização do direito*. Com o intuito de evitar o parônimo “estandarte” e tendo em conta que a palavra *standardização*, segundo o dicionário Houaiss, advém do aportuguesamento do verbo inglês *standardize*, optou-se por valer-se do verbo *padronizar*, o qual exprime exatamente a ideia que se quer transmitir. Assim, adota-se, no presente trabalho, o termo *padronizado direito*.

estado pode aparecer “como encarnação do interesse universal-abstrato, distinto e superior aos interesses particulares-concretos antagônicos, que se agitam na sociedade civil”. O direito e o estado – ensina Muñoz Conde – “não são expressões de um consenso geral de vontades, e sim reflexões de um modo de produção, formas de proteção de interesses de classe, da classe dominante no grupo social ao qual esse direito e esse estado pertencem”. Ou, nas palavras de Lyra Filho, “na sociedade de classes, o estado, como sistema de órgãos que regem a sociedade politicamente organizada, fica sob o controle daqueles que comandam o processo econômico, na qualidade de proprietários dos meios de produção” (BATISTA, N. 2005, p. 55-56).

Deste modo, observa-se que

é o Estado que se coloca à disposição do interesse privado da empresa, da economia, do lucro. A dificuldade na separação entre o campo do público e do privado denota a visão de que ao mesmo tempo que a empresa é privada e assim o Estado deve se abster de regulamentar os interesse a ela concernentes, apenas garantindo a propriedade privada e a liberdade econômica, a empresa é pública e coletiva, para garantir a verificação do bem de toda a coletividade de trabalhadores, o Estado se responsabilizará por políticas que assegurem a viabilidade da constituição de empresas, com empréstimos, incentivos ou qualquer redução de carga tributária. A empresa, setor da esfera privada, tende a ser porta-voz do Estado em termos de aparências, pois a realidade é que o Estado é que é porta-voz desse setor (COUTINHO, 1999, p. 106).

Nota-se, portanto, que considerar o Estado como instituição neutra em relação aos interesses das classes dominantes é, no mínimo, ingenuidade excessiva. O que se pretenderá demonstrar, nesse particular, é a incorporação dos ideais dominantes nas alterações que se deram no ordenamento jurídico pátrio.

1.6.1 A Emenda Constitucional nº 45

Primeiramente há de se analisar a Emenda Constitucional (EC) nº 45, promulgada em 2004, que conduziu a reforma do Poder Judiciário¹⁷. Essa emenda trouxe a polêmica súmula vinculante, bem como constitucionalizou o princípio da razoável duração do processo, insculpindo-o no artigo 5º como um direito fundamental. Além disso, com ela foram criados o Conselho Nacional de Justiça (CNJ) e o Conselho Nacional do Ministério Público (CNMP), além de ter sido estabelecida a Escola Nacional de Formação e Aperfeiçoamento de Magistrados (ENFAM). Foi ainda alterada a redação do critério de promoção dos magistrados

¹⁷ Nesse esforço de adaptação do Poder Judiciário à nova ordem mundial é também simbólica a celebração dos Pactos Republicanos de Estado por um Sistema de Justiça mais acessível, ágil e efetivo, os quais contaram com a participação dos Poderes Executivo, Judiciário de Legislativo.

por merecimento, além de ter sido criado o requisito da repercussão geral para o recurso extraordinário.

Com a previsão da súmula vinculante, regulamentada pela Lei nº 11.417/06, o Supremo Tribunal Federal pode elaborar enunciado sobre matéria constitucional, o qual vinculará os demais órgãos do Poder Judiciário e a administração pública, direta e indireta, na esfera federal, estadual, distrital e municipal. Essa aprovação se dá, de ofício ou por provocação, mediante a concordância de no mínimo oito entre os onze Ministros, supostamente depois de reiteradas decisões. Desse modo, a partir de 2004, pode o STF, por meio de oito Ministros, elaborar um enunciado normativo vinculante, geral e abstrato, aproximando-se tal atividade perigosamente da atividade legiferante, função eminentemente atribuída ao Poder Legislativo. Nota-se que essa vinculação, que submete os outros órgãos do Poder Judiciário e a administração pública, contribui para o alcance dos valores de previsibilidade e eficiência, sugeridos pelo Banco Mundial em sua atividade paranormativa.

A duração razoável do processo, por sua vez, foi encampada pelo ordenamento jurídico brasileiro por meio da Convenção Americana sobre Direitos Humanos (CADH), aprovada em 25 de setembro de 1992 pelo Brasil e promulgada pelo Decreto nº 678, de 06 de novembro 1992. Esta convenção prevê expressamente a garantia da duração razoável do processo¹⁸. Deste modo, pode-se afirmar que desde 1992 a duração razoável do processo é um princípio orientador da atividade jurisdicional, embora haja controvérsia a respeito da hierarquia dos tratados internacionais de direitos humanos¹⁹.

Com o advento da emenda constitucional nº 45 de 2004, todavia, o princípio da duração razoável do processo passou a ter previsão expressa na Constituição como um direito fundamental, conforme prevê o inciso LXXVIII do artigo 5º. É indiscutível, portanto, sua hierarquia constitucional.

¹⁸Art. 8.1: Toda pessoa tem direito a ser ouvida, com as devidas garantias e dentro de um prazo razoável, por um juiz ou tribunal competente, independente e imparcial, estabelecido anteriormente por lei, na apuração de qualquer acusação penal formulada contra ela, ou para que se determinem seus direitos ou obrigações de natureza civil, trabalhista, fiscal ou de qualquer outra natureza.”

Especificamente quanto ao processo penal, dispõe o art. 7.5 da mesma Convenção: "Toda pessoa detida ou retida deve ser conduzida, sem demora, à presença de um juiz ou outra autoridade autorizada pela lei a exercer funções judiciais e tem direito a ser julgada dentro de um prazo razoável ou a ser posta em liberdade, sem prejuízo de que prossiga o processo. Sua liberdade pode ser condicionada a garantias que assegurem o seu comparecimento em juízo."

¹⁹ Piovesan e José Carlos Francisco entendem que os tratados de direitos humanos, mesmo não tendo sido aprovados por quórum idêntico ao de Emenda Constitucional (art. 5º, §3º da CR), teriam caráter de norma constitucional. A doutrina majoritária, bem como o STF, entende que se eles forem incorporados na forma do §3º do art. 5º da CR, terão hierarquia constitucional, pois serão equivalentes às manifestações do poder constituinte derivado reformador. Entretanto, se os tratados de direitos humanos não forem incorporados seguindo o quórum deliberativo idêntico ao de emenda constitucional, terão hierarquia supralegal, porém infraconstitucional. É exatamente esse o caso da CADH, e, pois, do princípio da duração razoável do processo. Tal quadro se altera com a constitucionalização do mencionado princípio.

É mais adequado entender-se que esse princípio impõe ao Estado a tramitação do processo no prazo suficiente para que sejam respeitadas as garantias fundamentais do jurisdicionado, sobretudo quando se lida com a jurisdição penal²⁰. No entanto, não é incomum deparar-se com a defesa, sob a ótica da eficiência, de que a duração razoável do processo atine à busca pela celeridade do curso processual. Muito embora possa se conceder um conteúdo de garantia a essa alteração, a motivação da sua inserção no texto constitucional encontra-se intimamente ligada ao valor de eficiência previsto no documento técnico nº 319.

A EC nº 45 criou também o CNJ e o CNMP, órgãos de controle da atuação administrativa, financeira e disciplinar do Poder Judiciário, e de fiscalização do cumprimento dos deveres funcionais dos integrantes do Poder Judiciário e do Ministério Público, respectivamente. A preocupação desses órgãos com questões de produtividade quantitativa, estatísticas e relatórios deixa transparecer a introjeção do ideal pragmático de eficiência pregado pelo neoliberalismo. Nesse sentido, é simbólico o programa de metas anuais do Poder Judiciário adotado pelo CNJ desde 2009 e atualizado anualmente, o qual tem o foco na produtividade numérica dos Tribunais²¹.

Portanto, trata-se de mudança ligada aos valores de transparência, credibilidade e, em especial, eficiência, apontados na atividade paranormativa do Banco Mundial. Apesar de sua vocação constitucional, o foco da atuação do CNJ e do CNMP parece ser o de análise de estatísticas de produtividade e congestionamento.

Em consonância com o posicionamento demonstrado pelo CNJ, a EC nº 45 alterou a redação do critério utilizado para a promoção dos magistrados por merecimento. Se antes a alínea "c" do inciso II do artigo 93 da CRFB contentava-se com a presteza no exercício da jurisdição, o poder constituinte derivado reformador optou por acrescentar aos requisitos já existentes a aferição do merecimento por meio de critérios objetivos de produtividade. Trata-se de mais um indicativo do império da justiça de números, o que pode levar a sérios equívocos. Considerando-se uma comparação hipotética entre dois juízos com competência para a execução penal, se um juiz fabrica 100 decisões exclusivamente concedendo poucos dias de remição, relegando pedidos de indulto, comutação, progressão de regime e livramento condicional, enquanto outro produz 80 decisões, concedendo direitos públicos subjetivos mais caros aos apenados do que poucos dias remidos, pergunta-se: aos olhos cegos da justiça de

²⁰ Como bem sustentam Aury Lopes Jr. e Badaró, “para efeito de incidência do direito ao prazo razoável devemos considerar três fases da persecução penal: a das investigações preliminares (inquérito policial no sistema brasileiro), a fase do juízo em primeiro grau de jurisdição; e a fase recursal” (LOPES JÚNIOR; BADARÓ, 2009, p. 82).

²¹ Para maiores detalhes acerca do programa de metas nacionais do CNJ, consultar o site <<http://www.cnj.jus.br/gestao-e-planejamento/metlas>>. Acesso em 05.jun.2014.

números qual o juízo mais produtivo? Certamente se chegaria a uma resposta diferente se o critério a ser utilizado fosse buscar o juízo mais atento aos direitos subjetivos dos apenados. Essa alteração, a qual busca a produtividade, encontra-se intimamente ligada com o valor de eficiência, apontado pelo Banco Mundial no documento técnico nº 319.

A ENFAM, que funciona junto ao Superior Tribunal de Justiça, também foi criada em 2004 pela EC nº 45. Essa escola é responsável por regulamentar, autorizar e fiscalizar os cursos oficiais para ingresso, vitaliciamento e promoção na carreira da magistratura. Em rápida pesquisa no sítio da instituição é possível verificar que uma das maiores preocupações que assolam os magistrados ligam-se às questões relacionadas à eficiência e previsibilidade, ideais promovidos pelo Banco Mundial em sua atuação paranormativa. Nesse sentido, predomina o entendimento de que o Poder Judiciário passa por uma "crise de gestão"²², a qual estaria sendo contornada, pois "o magistrado brasileiro abraçou a causa e, hoje, planejamento estratégico, gestão por resultados, qualidade total, são palavras de ordem na luta contra a lentidão dos processos" (GRANGEIA, p. 37). Fica clara, também, a preocupação com o impacto das decisões judiciais na economia²³, na linha de Posner, já demonstrada anteriormente.

Por fim, a EC nº 45 alterou o art. 102, §3º da Constituição, estabelecendo a sistemática da repercussão geral como requisito de admissibilidade do recurso extraordinário. Na sistemática atual, para que se atenda esse requisito há de se apontar questões relevantes do ponto de vista econômico, político, social ou jurídico, que ultrapassem os interesses das partes, conforme prevê o parágrafo primeiro o artigo 543-A do CPC.

A criação desse mecanismo teve por fim reforçar o desenho institucional do STF como corte Constitucional, afastando-o do papel de instância recursal. Assim, mesmo se tratando de controle difuso de constitucionalidade, seriam julgadas apenas questões que repercutam na ordem constitucional, ultrapassando os interesses subjetivos das partes. Além disso, buscou-se dinamizar a atuação do Tribunal, possibilitando que ele se pronunciasse apenas uma vez sobre determinada matéria, deixando de se manifestar em inúmeros processos com matéria idêntica.

Essa alteração constitucional foi regulamentada infraconstitucionalmente pela Lei nº 11.418/06, que alterou o art. 543 do CPC. E, embora seja amplamente dominante o entendimento de que a repercussão geral também é aplicada em recursos extraordinários em matéria penal, não se pode deixar de notar que foi conservada

²² Ver, nesse sentido, GRANGEIA (2011).

²³ Ver, nesse sentido, LEAL, R. G. (2011).

a infeliz tradição de manter o recurso extraordinário (e também o especial) dialogando apenas com o processo civil, obrigando o processo penal - tal qual a fábula da “ Cenerentola” (...) – a ter de utilizar as roupas (sempre de tamanho inadequado) velhas da irmã(LOPES JÚNIOR, 2011b, p. 594).

Não obstante o estabelecimento de uma espécie de presunção de repercussão geral – uma vez que ela somente não será reconhecida pela manifestação de dois terços dos Ministros –, na prática esse requisito funciona como um eficiente filtro, reduzindo a demanda que chega ao STF. Há de se mencionar, ainda, a sistemática de sobrestamento no juízo *a quo* dos demais recursos que versem sobre matérias idênticas, possibilitando o julgamento por amostragem, mediante a escolha de um ou mais recursos representativos da controvérsia para a análise, conforme dispõe o artigo 543-B do CPC. Caso não seja reconhecida a repercussão geral, o recurso extraordinário não será admitido, aplicando-se a decisão para todos os recursos com matéria idêntica (LOPES JÚNIOR, 2011b, p. 598-599).

O incidente de apuração de repercussão geral por amostragem é um procedimento de interesse público e caráter objetivo, semelhante ao procedimento adotado em ADIN, ADCe ADPF, resultando na criação de uma norma jurídica de caráter geral pelo STF. Nele será decidido se determinada matéria tem ou não repercussão geral, produzindo tal decisão efeitos *erga omnes*. Portanto, trata-se de mais uma manifestação do processo de objetivação do controle difuso de constitucionalidade realizado por meio do recurso extraordinário (DIDIER JÚNIOR; CUNHA, 2009, p. 340), o que, gera a dinamização da prestação jurisdicional²⁴ e certa uniformização de entendimentos, coadunando-se com a orientação do Banco Mundial de valorização da eficiência e da previsibilidade.

²⁴ Importante destacar como esse processo de alteração legislativa implicou na redução de demandas perante o STF. Em 2006 foram distribuídos 116.216 processos perante o STF, sendo que 54.575 eram Recursos Extraordinários. Em 2007, 112.938 processos chegaram ao Tribunal e 49.708 veiculavam Recursos Extraordinários. Em 2008, dos 66.873 processos distribuídos, 21.531 eram REs. Em 2009, por sua vez, dos 42.729 processos distribuídos, 8.348 veiculavam REs. De 2010 a 2012, o número de processos distribuídos ficou em torno de 40 mil e os RE em torno de 6 mil, observando-se, entretanto, a tendência de crescimento de Recursos Extraordinários com agravo. Dados disponíveis em <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verTexto.asp?servico=estatistica&pagina=REAIProcessoDistribuidoAnosAnteriores>>. Acesso em 01.06.2014.

1.6.2O julgamento por amostragem dos recursos especiais repetitivos

Após o advento da EC nº 45/2004, algumas leis implementaram pontuais reformas processuais buscando diminuir o nível de congestionamento do Poder Judiciário²⁵. Dentre essas reformas, a Lei nº 11.672/08 criou o *julgamento por amostragem* dos recursos especiais repetitivos, introduzindo-se o artigo 543-C no CPC. Essa sistemática segue a lógica do julgamento da repercussão geral nos recursos extraordinários, previsto no artigo 543-B do CPC, havendo, porém, algumas diferenças pontuais.

No âmbito do STJ, caso o tribunal de origem não selecione os recursos especiais mais representativos da controvérsia que vem sendo submetida ao seu escrutínio repetidas vezes, há a autorização legal para que o Ministro relator, quando entender que já existe jurisprudência dominante sobre a matéria ou caso ela já esteja afeta ao colegiado, *determine* aos tribunais de segunda instância, de ofício, a suspensão dos recursos nos quais a controvérsia restar estabelecida. É o que prevê o parágrafo 2º do artigo 543-C do CPC.

Além disso, após a publicação do recurso especial afetado cessa a suspensão dos recursos sobrestados. O Ministro que determinou a suspensão dos recursos que veiculam controvérsia idêntica, então, poderá julgar os recursos já distribuídos no STJ nos termos do art. 557 CPC, ou seja, caso sejam considerados manifestamente inadmissíveis, improcedentes, prejudicados ou estejam em confronto com súmula ou com jurisprudência dominante, pode o relator negar-lhes provimento. Já os recursos especiais que tratam da mesma questão e que ainda não haviam sido distribuídos deverão ser julgados monocraticamente pelo presidente do STJ, como dispõe a Resolução nº 03/2008 do STJ. Cabe destacar que, apesar do Código de Processo Penal não contar com tal sistemática, ela também é aplicada quando se trata de matéria penal, utilizando-se como porta de entrada o artigo 3º do CPP, que admite a aplicação analógica da lei processual civil ao processo penal.

Os recursos especiais sobrestados no juízo *a quo*, por sua vez, voltam a tramitar após a publicação do acórdão paradigma e, caso o acórdão recorrido adote posição coincidente com a orientação estabelecida pelo STJ, terão o seu seguimento negado (DIDIER JÚNIOR; CUNHA, 2009, p. 319-323). Entretanto, na hipótese do acórdão sobrestado divergir da orientação do STJ, o tribunal de origem, por meio do órgão competente para julgamento do acórdão recorrido, examinará novamente a questão, podendo modificar sua decisão anterior,

²⁵ Dalton SAUSEN aponta como parte dessa reforma as Leis nº, 11.187/05, 11.232/05, 11.276/06, 11.277/06, 11.280/06, 11.382/06, 11.417/06, 11.418/07 e 11.672/08 (2013, p. 56). Como se pode notar, essas alterações se deram logo após a promulgação da EC nº 45.

adaptando-se à jurisprudência do STJ. Contudo, se mantiver sua posição, deverá analisar a admissibilidade recursal e, sendo positivo o resultado, remeterá o recurso ao STJ.

Trata-se, portanto, de um mecanismo que permite, no caso de controvérsias fundadas em idêntica questão jurídica, que o julgamento de apenas uma delas repercute sobre diversas outras. Gera-se, assim, certo desengano de trabalho ao STJ, o qual se desincumbirá de julgar questões idênticas inúmeras vezes, fixando seu entendimento quanto à matéria. Consta-se que essa alteração legal vai ao encontro dos valores de eficiência e previsibilidade pregados na atividade paranormativa do Banco Mundial.

1.6.3A súmula impeditiva de recurso e outras práticas que se adequam aos valores propostos pelo Banco Mundial

A alteração trazida pela Lei nº 12.276/06, instituiu o que a doutrina denominou de súmula impeditiva de recurso. A partir dessa lei, que alterou a redação do artigo 518²⁶ do CPC, estabeleceu-se que o juiz não receberá o recurso de apelação quando a sentença estiver em conformidade com súmula do Superior Tribunal de Justiça ou do Supremo Tribunal Federal. Novamente, apesar de a alteração ter se dado do âmbito do processo civil, o Superior Tribunal de Justiça vem acolhendo a sua aplicação em sede de processo penal²⁷, aparentemente sem muito questionamento acerca de tal aplicação.

A bem da verdade, efeito semelhante ao que se obtém com a nova redação conferida ao artigo 557 e ao parágrafo primeiro do artigo 518, ambos do CPC, já vigorava no procedimento dos recursos junto aos tribunais superiores, por meio da previsão do artigo 38

²⁶ Art. 518 do CPC. Interposta a apelação, o juiz, declarando os efeitos em que a recebe, mandará dar vista ao apelado para responder.

§ 1º O juiz não receberá o recurso de apelação quando a sentença estiver em conformidade com súmula do Superior Tribunal de Justiça ou do Supremo Tribunal Federal. (...).

²⁷ Nesse sentido são os seguintes julgados: Habeas Corpus nº 254.034/ SP, Habeas Corpus nº 251.326/SP, no qual a Ministra Relatora, Laurita Vaz, no voto condutor, consignou que “(...) o Legislador Pátrio, atento à necessidade de ser racionalizar o sistema jurídico Pátrio, conferiu às súmulas editadas pelo Pretório Excelso e por esta Corte Superior de Justiça natureza dispositiva, que impedem inclusive o recebimento de recurso, se observada a Jurisprudência desses Tribunais Superiores. Depreende-se, assim, que tais súmulas não têm mero papel indicativo, devendo ser observadas pelos diversos Órgãos jurisdicionais do País”.

No agravo regimental no recurso especial nº 1.286.524/SP, apesar de mencionar-se a súmula impeditiva, o julgamento deu-se na forma do artigo 557 do CPC, e não na forma do parágrafo primeiro do artigo 518 do CPC.

da Lei nº 8.038/90²⁸. Esse dispositivo confere, de maneira indireta, efeito vinculante às súmulas do STF e do STJ, uma vez que confere ao relator a possibilidade de negar seguimento ao recurso excepcional que, dentre outras hipóteses, contrariar os enunciados da súmula das Cortes mencionadas.

Nota-se que esse instituto tem o condão de dificultar o acesso aos Tribunais Superiores quando se debate questão que, em tese, encontra um posicionamento consolidado desses órgãos. Com isso, esses os casos seriam resolvidos em menor tempo, ou sequer teriam seguimento. Nota-se, assim, que mais uma vez se lida com uma previsão legal que se encontra na linha dos valores recomendados pelo Banco Mundial.

Cabe destacar, ainda, a prática pouco debatida do julgamento por lista ou julgamento em bloco. Esse método consiste em somente afetar às sessões colegiadas os casos mais controvertidos ou casos pouco usuais. As demandas repetitivas ou para as quais se entende haver o entendimento consolidado do tribunal, por sua vez, seriam julgadas por meio da homologação de uma lista informal distribuída entre os desembargadores que compõem o órgão colegiado. Assim, esses casos sequer seriam apresentados publicamente. Não é possível obter informações relevantes sobre essa prática, uma vez que se baseia na informalidade. No entanto, não parece ser uma conduta isolada²⁹, havendo relatos de que a prática encontra-se institucionalizada no STJ e no STF (LEAL, S., 2014).

Outro sintoma da inclinação para os valores sugeridos pelo Banco Mundial são os mutirões. Com o congestionamento de demandas no poder judiciário e diante do programa de metas do CNJ – especificamente a meta dois, que orienta para o julgamento de um percentual das demandas distribuídas até o final do ano corrente – não é incomum que os juízos recorram aos mutirões judiciários como meio para julgar ou encaminhar para o julgamento o maior número de demandas possível. Tais mutirões podem ocorrer inclusive em sábados, domingos ou feriados, sendo o de maior destaque o mutirão carcerário³⁰, realizado desde 2008 em vários estados do país sob os auspícios do Conselho Nacional de Justiça.

Todas essas alterações buscam a redução do tempo de tramitação do processo, efetivando a supressão de etapas dos procedimentos. Pode-se questionar o caráter democrático

²⁸ Art. 38 da Lei nº 8.038/90: O Relator, no Supremo Tribunal Federal ou no Superior Tribunal de Justiça, decidirá o pedido ou o recurso que haja perdido seu objeto, bem como negará seguimento a pedido ou recurso manifestamente intempestivo, incabível ou, improcedente ou ainda, que contrariar, nas questões predominantemente de direito, Súmula do respectivo Tribunal.

²⁹ Aparentemente o Regimento Interno do Tribunal e Justiça de Minas Gerais prevê o julgamento em bloco, conforme notícia divulgada no site Consultor Jurídico. Disponível em <<http://www.conjur.com.br/2012-out-03/tj-minas-gerais-faz-primeiro-julgamento-recursos-bloco>>. Acesso em 02.jun.2014.

³⁰ Para detalhes acerca da realização dos mutirões carcerários, acessar <<http://www.cnj.jus.br/programas-de-a-a-z/sistema-carcerario-e-execucao-penal/pj-mutirao-carcerario>>. Acesso em 02.jul.2014.

dessas mudanças, uma vez que implicam em priorizar, de maneira mais ou menos clara, o aspecto quantitativo da justiça. O reflexo dessas alterações é ainda mais danoso no processo penal, onde a forma constitui garantia ao indivíduo e a supressão de etapas procedimentais resulta em maior vulnerabilidade do cidadão ao poder punitivo estatal.

Por fim, sobretudo no contexto brasileiro, em que se adota o pandemônio legislativo (CASTRO, 2009) como solução de todos os problemas, é de grande valia lembrar que reformas judiciais e processuais não são aptas a substituir as reformas políticas e sociais (CAPPELLETTI, 1988, p. 161).

2A PADRONIZAÇÃO DO DIREITO

Diante do cenário acima descrito, verifica-se a ocorrência do processo de padronização do direito. O sistema de Justiça, incluindo-se todos os seus atores, passou a priorizar a efetividade quantitativa da justiça, diante da elevação de demanda, numa espécie de “febre eficaz quantitativa” (STRECK, 2013, p. 10). Nesse contexto, a resolução de casos se dá a partir de discursos de fundamentação prévia – preferencialmente enunciados de súmula – sendo esses aplicados sem consideração quanto aos fatos concretos que estão sendo submetidos a julgamento, gerando, também, um déficit de fundamentação das decisões judiciais. Ademais, recorre-se com frequência à apreciação de casos em massa, ou ainda à vinculação normativa às decisões judiciais. Com isso, tende-se cada vez mais a priorizar a celeridade em detrimento da apreciação do fato concreto deduzido em juízo, verificando-se a fuga dos fatos e chegando ao quadro atual de padronização do direito e de prestação jurisdicional padronizada.

Cabe, nesse ponto, um breve aposto. Dalton SAUSEN (2013), analisando o fenômeno acima descrito e aparentemente utilizando-se de Warat, refere-se a esse processo como a *estandardização do direito*. Com o intuito de evitar o parônimo “estandarte” e tendo em conta que a palavra estandardização, segundo o dicionário Houaiss, advém do aportuguesamento do verbo da língua inglesa *to standardize*, optou-se, no presente trabalho, por valer-se do verbo *padronizar*, o qual exprime exatamente a ideia que se quer transmitir.

Constata-se que, com a concentração de poder nos tribunais superiores, e o lugar de fala autorizada por eles assumidos, o Direito passa a ser aquilo que eles dizem que é. As posições do STF e do STJ são frequentemente seguidas pelos tribunais inferiores, sobretudo quando a questão encontra-se pacificada em um enunciado de súmula, gerando a reprodução do padrão estabelecido na casta superior. Somando-se a isso a ausência de uma cultura jurídica de crítica aos julgados, o discurso produzido pelos tribunais de cúpula acaba sendo repetido passivamente, como se o Direito fosse unívoco. Ademais, os mecanismos de vinculação normativa aos julgados acabam funcionando como um obstáculo ao acesso à justiça.

É importante ressaltar que não se está a negar, no presente trabalho, que o aumento de demandas levadas ao Poder Judiciário gera uma situação complexa. No entanto, tal quadro não pode ser resolvido meramente por mecanismos de padronização do direito que priorizam

a celeridade em detrimento da cautelosa apreciação do fato. Equando se lida com a liberdade, valor tão precioso ao homem, é ainda mais temerário pensar-se na apreciação superficial do caso submetido à jurisdição do Estado. Também não se nega que a convivência de julgamentos de casos idênticos solucionados em sentido diametralmente opostos possa gerar, em tese, um quadro de desarmonia. Todavia, a pretensão de uniformização generalizada também não parece uma boa saída.

Diante do exposto, não soa exagerado afirmar que “no direito pátrio os fatos estão mortos, sobreviveram apenas as teses. A comunidade jurídica vive e sobrevive nas palavras, não mais na realidade, em face do condicionamento discursivo” (SAUSEN, 2013, p. 21). Passa-se assim, à análise dos fatores que contribuem para a padronização do Direito.

2.1O aumento de demanda ao Poder Judiciário

Conforme já demonstrado, aponta-se como um dos fatores que contribuíram para a crise do Poder Judiciário a ineficácia do Executivo na promoção de direitos sociais. Sabe-se que o Brasil não experimentou um verdadeiro Estado do bem-estar social, muito embora a Constituição de 1988 preveja direitos de segunda geração de maneira prolífica.

Cappelletti (1993, segunda parte), escrevendo sob a ótica de um europeu em meados da década de 1980³¹, afirma que o Estado do bem-estar social foi basicamente resultado da atividade legislativa, tendo se convertido posteriormente em um estado administrativo ou burocrático. O autor ressalta que diante da legislação social o papel do Estado não poderia se limitar ao de um “*gendarme*” ou “*nightwatchman*”, devendo assumir um papel promocional, intervindo ativa e permanentemente na promoção dos direitos sociais. Caberia aos juízes, portanto, o controle do cumprimento do dever do estado, previsto legalmente – no caso brasileiro, muitas vezes constitucionalmente –, de atuação na esfera social. Nessa atuação, Cappelletti defende atividade criativa dos juízes, a qual justifica o título da obra.

³¹ Faz-se esse esclarecimento para que não sejam importadas as ideias propostas pelo autor acriticamente. Primeiramente porque o autor escreve refletindo a realidade europeia, pois como ele mesmo afirma com honestidade intelectual, “nenhuma tentativa foi realizada, pelo contrário, para estender a análise ao ‘terceiro mundo’ dos países em desenvolvimento, nos quais os problemas que estão à base deste estudo colocam-se de maneira muito diversa”. Ademais, o livro foi produzido em meados da década de 80, logo, há cerca de 30 anos, quando o quadro do sistema de freios e contrapesos se encontrava muito diferente do atual, sendo compreensível a defesa do aumento do peso do Poder Judiciário nessa balança. Portanto, conhecer a produção do autor é relevante, embora não se repute adequada a mera reprodução de suas ideias.

No Brasil, o Poder Executivo não obteve êxito na concretização dos direitos sociais previstos na constituição. Esse papel, aos poucos, foi sendo deixado para o Judiciário, uma vez que a população, não obtendo os seus direitos pela via administrativa, passou a recorrer sistematicamente ao Poder Judiciário. Assim, esse poder acabou por assumir o papel de garantidor da efetividade dos direitos constitucionais (SAUSEN, 2013, p. 24).

Diante da assunção desse papel, o Poder Judiciário viu-se incumbido de um número crescente de demandas. Os juízes passaram a ter importância destacada na concretização de direitos sociais que, com o emprego de esforços dos governos brasileiros dos anos 90 para a adequação à nova ordem mundial, foram se esvaindo.

Ocorre que o Judiciário não estava preparado para absorver esse brutal aumento da demanda³². Exemplificando essa elevação, pode-se valer dos dados apresentados por Maria Teresa AinaSadek (2004), que apontam que de 1990 a 2002, a população brasileira cresceu 20,74%, enquanto o número de casos novos levados ao poder judiciário cresceu 169,96%. Os dados apresentados pela autora indicam, ainda, que a entrada de casos novos manteve-se relativamente estável entre os anos de 1990 e 1994, notando-se um crescimento destacado a partir de 1996.

Avaliando-se os dados fornecidos pelo CNJ, verifica-se que em 2009, ano em que o órgão unificou os indicadores dos diversos ramos da jurisdição, o total de novas demandas levadas ao sistema de justiça foi de 24.580.166, enquanto em 2012 esse quantitativo foi de 28.215.812, o que representa um aumento de 14,8%. Nesse mesmo período, entretanto, considerando-se os dados estimados pelo IBGE, a população brasileira cresceu apenas 2,9%³³. Resta claro, desse modo, que a litigiosidade mantém-se numa tendência crescente.

Assim, sem que se adentre a discussão acerca de eventual violência ao princípio da independência e harmonia entre os poderes, constata-se que o Poder Judiciário, ao tomar para si o papel de garantidor da efetividade dos direitos constitucionais e encontrando-se inapto a absorver a demanda gerada por tal ação, acaba por retroalimentar a crise do Poder Judiciário. Como paliativo desse quadro de excesso de causas, acaba-se por adotar medidas que possibilitam o julgamento massivo de demandas, privilegiando a justiça quantitativa³⁴.

³²Sausen (2013, p. 24-25) aponta também como responsável pelo aumento de demanda a própria alteridade da vida em sociedade, num contexto em que o direito propõe-se a dar uma resposta normativa a qualquer conflito, levando à percepção de que toda reivindicação é legítima e tem de ser satisfeita.

³³Fontes utilizadas: BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. Justiça em Números. 2013 (ano-base 2012). Disponível em <http://www.cnj.jus.br/images/pesquisas-judiciarias/Publicacoes/sumario_exec_jn2013.pdf>. Acesso em 05.jun.2014. e dados do IBGE, disponíveis em http://downloads.ibge.gov.br/downloads_estatisticas.htm.

³⁴ Em entrevista concedida quando da assunção da presidência do Superior Tribunal de Justiça, o Ministro Francisco Falcão demonstrou grande preocupação com o número de processos pendentes nos gabinetes,

É também um fator que contribui para o aumento na demanda direcionada ao Poder Judiciário o crescimento institucional da Defensoria Pública. Consoante já exposto, num período de menos de uma década foram criadas Defensorias Públicas em alguns estados, outras realizaram o seu primeiro concurso para ingresso na carreira e, em estados que já contavam com a Defensoria Pública estabelecida, houve a consolidação da carreira com a paridade de tratamento em relação a outras carreiras jurídicas. Com esse crescimento institucional, possibilitou-se maior acesso à justiça para as pessoas hipossuficientes, as quais são a imensa maioria da população brasileira. Desse modo, o Poder Judiciário passou a receber mais demandas advindas dessa parcela da população.

Há de se considerar, ainda, que a Emenda Constitucional nº 80/2014 impôs o dever do Estado de estabelecer defensores públicos em cada unidade jurisdicional no prazo de oito anos. Com essa expansão da Defensoria Pública, presume-se que haverá a ampliação ainda mais considerável do acesso da população menos abastada, o que geraria o incremento de causas levadas ao Poder Judiciário.

Ademais, com a Lei Complementar 132/2009, e com a Emenda Constitucional 80/2014, a Defensoria Pública consolidou-se como uma instituição destinada a zelar pela difusão, conscientização e efetividade dos direitos humanos, da cidadania e do ordenamento jurídico. Assim, cumprindo sua missão constitucional, a Defensoria Pública contribuirá para a difusão democrática de valores de cidadania e para a orientação quanto ao ordenamento jurídico. E muito embora essa instituição tenha como função a promoção prioritária da solução extrajudicial dos litígios, visando à composição entre as pessoas em conflito de interesses, presume-se que com a conscientização dos direitos os cidadãos passem a recorrer mais ao Poder Judiciário para vê-los concretizados, sobretudo quando se tem em conta a ineficiente atuação do Executivo nesse sentido.

2.2 Influxos da economia no Direito

Além da influência exercida no âmbito legislativo, certamente os influxos da economia globalizada e dos ideais neoliberais podem ser notados nas decisões judiciais,

sugerindo a realização de mutirões para reduzir o número de demandas pela metade. Disponível em <<http://oglobo.globo.com/brasil/e-impossivel-uma-pessoa-julgar-20-mil-processos-diz-novo-presidente-do-stj-12678804>>. Acesso em 15.jun.2014.

sobretudo naquelas proferidas pelos tribunais superiores. Cabe esclarecer que não se advoga o isolamento do direito quanto ao plano político-econômico, pretensão que é absolutamente incabível. No entanto, faz-se necessário debater os limites dessa relação.

Como bem aponta Dworking (2001, *apud* SAUSEN, 2013, p. 27),

a prática jurídica é um exercício de interpretação não apenas quando os juristas interpretam documentos ou leis específicas, mas de modo geral. *O Direito, assim concebido, é profunda e inteiramente político*. Juristas e juízes não podem evitar a política no sentido amplo da teoria política. Mas o direito não é uma questão de política pessoal ou partidária, e uma crítica do Direito que não compreenda essa diferença fornecerá uma compreensão pobre e uma orientação mais pobre ainda (grifo nosso).

Nesse sentido, é de extrema relevância o papel do Poder Judiciário como força contra majoritária, impedindo o avanço por sobre os direitos fundamentais, mesmo diante da formação de eventuais maiorias, seja essa supremacia formada em função do número de pessoas, seja em função do poder político.

Ocorre que, nessa relação de troca recíproca entre direito e economia, o primeiro acaba sendo utilizado de forma instrumental pelo segundo, havendo a encampação do direito pelo sistema econômico. Nessa toada, o direito atua em função do princípio do melhor interesse do mercado (ROSA; CARVALHO, T. F. 2010, p. 18 e 29), em verdadeiro processo de mercantilização da justiça e dos valores jurídicos (SAUSEN, 2013, p. 29).

Observa-se concretização dessa tendência de prevalência do domínio econômico nas decisões dos tribunais superiores, os quais, não raro, diante do conflito entre os interesses sociais e os interesses econômicos do Estado, optam por dar guarida a esses. Consequentemente, deixa-se de contemplar os direitos fundamentais previstos na Constituição, os quais restam pendentes de concretização.

Ademais, o discurso do modelo econômico vigente a respeito do Poder Judiciário é o de atribuir-lhe a pecha de moroso e burocratizado. O sistema de justiça, sob essa visão, é encarado como um obstáculo à atividade ágil e fluida do capital, sendo compreendido pelo mercado como mais um custo a ser acrescido para a realização de negócios.

Desse modo, examinando-se o Poder Judiciário como um fator de incremento de risco ao investimento, deseja-se que seja um sistema previsível, estável e apto a produzir provimentos judiciais rapidamente, de modo a não gerar indefinições aos investidores.

Como já demonstrado, essas expectativas conduzem a reforma da legislação – *lato sensu* –, a qual busca o aumento da produtividade dos tribunais, contribuindo, sem dúvida, para o processo de padronização do direito e para a produção de um sistema de justiça focado

em quantidade (SAUSEN, 2013, p. 28-29). Todo esse cenário gera um Poder Judiciário obcecado por estatísticas.

O quadro descrito favorece a justiça quantitativa em detrimento da qualitativa, privilegiando-se o funcionamento do poder judiciário como verdadeira máquina de produção em série de decisões “tamanho único”. E, como qualquer outro produto e tamanho único, apesar de servir a todos os consumidores, adequa-se somente a alguns poucos. Tende-se, assim, a ignorar as especificidades do caso concreto, inculcando-se o abandono da facticidade nas decisões.

Não se pode admitir, portanto, que a influência da economia no direito resulte na colonização do jurídico pelo econômico, passando a mensurar todo o direito com base em critérios utilitários de efetividade, resultado, produtividade e utilizando-o como mero instrumento de gestão econômica.

2.3 Reformas normativas

2.3.1 Emenda Constitucional nº 45/2004

A inovação trazida pela Emenda Constitucional nº 45 e pelas reformas processuais, traz instrumentos normativos que buscam, de maneira mais ou menos direta, a redução do tempo de duração do processo. Conforme se verá, essa alteração se configura como um fator impulsionador da padronização do direito.

A referida emenda criou a súmula vinculante, a qual, editada por oito Ministros do STF, obriga todos os demais órgãos do Poder Judiciário e a própria administração pública, direta e indireta, nas esferas federal, estadual, distrital e municipal. Trata-se, pois, de ato de natureza normativa (STRECK, ABOUD, 2013, p. 109), pois se propõe a prescrever um critério compulsório de aplicação futura, geral e abstrata, sob a justificativa de tratamento igualitário e de atenção à segurança jurídica.

A súmula vinculante é tão incoerente que chega a ter, na prática, mais força normativa que a própria legislação democraticamente construída. Isso porque caso um juiz viole uma lei em sua decisão, caberá o combate a esse ato por um recurso ou ação autônoma de

impugnação, o qual será analisado, em regra, por um tribunal de segunda instância. No entanto, caso um juiz decida contrariamente à súmula vinculante, pode a parte valer-se de reclamação constitucional direcionada diretamente ao STF. Nesse sentido, pode-se afirmar que a “lei não vincula; a súmula [vinculante], sim, mesmo que ela seja contrária à lei e à Constituição” (STRECK, ABOUD, 2013, p. 108).

Diversas outras questões – a fragilização do devido processo legal, do contraditório, da ampla defesa, inafastabilidade da jurisdição – além da preservação da independência e harmonia entre os Poderes tornam a súmula vinculante um instituto de aplicabilidade questionável. Em matéria penal, entretanto, não parece ser admissível a sua aplicação senão quando foi utilizada como dique de contenção ao poder punitivo, como bem aponta Diogo Tebet (2010).

De qualquer modo, trata-se de mecanismo que gera a perda de poder das instâncias inferiores do Poder Judiciário, vinculando sua cognição ao entendimento esposado nos verbetes da súmula vinculante do Supremo. Quando a matéria a ser julgada encontra-se regulada por uma súmula com efeito vinculante, certamente a prestação jurisdicional se dará em menor tempo, mas não sem o custo de afastamento da análise das particularidades do caso concreto e da prestação padronizada de jurisdição.

A Emenda Constitucional nº 45 também constitucionalizou o princípio da razoável duração do processo. É digno de nota o esforço doutrinário para que se entenda esse princípio como a imposição de que a tramitação do processo se dê em respeito ao tempo necessário às garantias constitucionais e processuais. Nesse sentido, Aury Lopes Júnior (2011a, capítulo V, ponto 1.4) esclarece que a razoável duração do processo deve ser entendida como o direito do jurisdicionado de ser julgado em prazo razoável, sem dilações indevidas, considerando-se as garantias constitucionais. Esse entendimento tem reflexos no controle do tempo de prisão cautelar, bem como embasa a defesa da necessidade de se estabelecer soluções compensatórias à demora excessiva do trâmite processual, uma vez que o próprio processo penal constitui, em si, uma pena (*pena de banquillo*).

No entanto, como já demonstrado, os influxos que geraram essa alteração da Constituição se dão em busca da efetividade e da previsibilidade. E não por acaso tende-se a compreender essa garantia como mera busca de celeridade na prestação jurisdicional, o que gera resultados gravíssimos em tempos de grande encarceramento e de fragilização do princípio da presunção de inocência. O Poder Legislativo, por sua vez, nessa jornada pela celeridade processual, tende a promover a supressão de etapas de procedimentos judiciais, fragilizando ainda mais as garantias individuais.

Essa procura pela celeridade fomenta a utilização de meios que possibilitem o julgamento mais rápido das demandas. Fortalecem-se, assim, as práticas de mutirões, julgamentos por lista, entre outros, de maneira que cada vez menos se observam os fatos e se robustece a padronização do direito.

A Emenda Constitucional nº 45 criou, ademais, o Conselho Nacional de Justiça, e o Conselho Nacional do Ministério Público. Conforme já apontado, muito embora o CNJ e o CNMP sejam órgãos de atuação administrativa, financeira e disciplinar, ao que parece a diretriz de operação deles ocupa-se grandemente de estatísticas. Estabelecem-se metas de produtividade e é exigidos magistrados e dos membros do Ministério Público a elaboração de estatísticas de sua atuação.

É positivo que se estabeleça um mecanismo de controle do Poder Judiciário e do Ministério Público, o que ocorre, por exemplo, por meio das ouvidorias desses Conselhos. No entanto, essa fiscalização meramente quantitativa tende a orientar os atores do sistema jurídicos também, de maneira consciente ou inconsciente, na busca pelos números, numa adaptação ao que é exigido ou avaliado por esses órgãos. Assim, passa-se a depreender mais esforços para o alcance de avaliações positivas de produtividade. Esse esforço implica na redução da dedicação às minúcias dos casos concretos, uma vez que tal procedimento implicaria em maior gasto de tempo para a produção de um mesmo resultado quantitativo, embora qualitativamente melhor.

Também com a EC nº 45 foi criada a Escola Nacional de Formação e Aperfeiçoamento de Magistrados. Essa escola é responsável por regulamentar, autorizar e fiscalizar os cursos oficiais para ingresso, vitaliciamento e promoção na carreira da magistratura. É de se ressaltar que a mesma Emendafoi a responsável por alterar o critério de promoção por merecimento na carreira da magistratura. Muito embora antes da alteração já houvesse a previsão da avaliação do merecimento por meio da presteza da prestação jurisdicional, optou-se por inserir o critério expresso de produtividade, a ser aferida por parâmetros objetivos, como requisito para a promoção por merecimento.

Novamente, percebe-se que há uma preocupação predominante com o aspecto quantitativo da prestação jurisdicional, o que implica na aproximação de uma prestação jurisdicional padronizada, sem a consideração do caso concreto.

Por fim, a Emenda Constitucional nº 45 previu a repercussão geral como requisito de admissibilidade para o recurso extraordinário. Tal mudança será analisada conjuntamente com as abaixo elencadas.

2.3.2 Julgamento por amostragem de repercussão geral e de recursos especiais repetitivos e as súmulas impeditivas de recurso

Com o acréscimo da repercussão geral como requisito de admissibilidade do recurso extraordinário, passou-se a exigir que a questão levada ao STF, por meio do controle difuso de constitucionalidade, repercutisse na ordem constitucional, ultrapassando os interesses subjetivos das partes. A regulamentação infraconstitucional dessa alteração deu-se pela Lei nº 11.418/06, a qual permitiu a instauração de incidente para a apuração de repercussão geral por amostragem. Esse procedimento detém interesse público e caráter objetivo, semelhante ao procedimento adotado em ADIN, ADC e ADPF, e resulta na criação de norma jurídica de caráter geral pelo STF.

Permite-se, por meio dessa sistemática, que o STF se pronuncie tão somente uma vez se determinado tema possui ou não repercussão geral, já que essa decisão produzirá efeitos *erga omnes*.

Procedimento semelhante foi estabelecido perante o STJ para o julgamento por amostragem dos recursos especiais repetitivos (DIDIER JÚNIOR; CUNHA, 2009, p. 319-323). Caso o Tribunal de origem, no exame de admissibilidade do recurso especial, verifique a existência de recursos especiais que tratam de matéria idêntica, pode selecionar os recursos especiais mais representativos de controvérsia e remetê-los ao STJ, sobrestando o andamento dos demais que versam matérias semelhantes até o pronunciamento do STJ.

Pode ainda o Ministro relator do recurso especial, caso o tribunal de origem não realize o procedimento descrito, determinar, de ofício, aos tribunais de segunda instância a suspensão dos recursos especiais que tratem de matéria sobre a qual entenda já existir jurisprudência dominante do STJ. Há ainda a permissão legal para que proceda da mesma maneira caso a matéria já esteja afeta ao colegiado.

Julgando-se o recurso especial afetado sob o rito dos recursos repetitivos, cessa a suspensão dos recursos sobrestados. Assim, com a publicação do acórdão paradigma, os recursos especiais suspensos no juízo *a quo* voltam a tramitar e, caso o acórdão recorrido adote posição coincidente com a orientação estabelecida pelo STJ, o recurso especial terá o seu seguimento negado. Entretanto, na hipótese do acórdão combatido divergir da orientação

do STJ, será novamente analisado pelo Tribunal de origem, cabendo-lhe reconsiderar a decisão para ajustá-la à orientação do STJ.

No âmbito do STJ os recursos especiais que tratam da mesma questão e que ainda não haviam sido distribuídos, serão julgados monocraticamente pelo presidente do STJ. Já os que estavam suspensos por determinação do STJ e que já haviam sido distribuídos, serão julgados pelo Ministro que ordenou a suspensão e terão o seu provimento negado caso sejam considerados manifestamente inadmissíveis, improcedentes, prejudicados ou estejam em confronto com súmula ou com jurisprudência dominante, na forma prevista no artigo 557 do CPC.

Assim, pode-se afirmar de maneira geral que, caso o STF repute que determinada questão constitucional possui repercussão geral, no caso do recurso extraordinário, ou se é reconhecido pelo STJ que determinado recurso especial veicula idêntica questão de direito, dessa ocasião em diante, qualquer demanda em que se observe suposta similitude com esses precedentes será resolvida da mesma maneira, “só que, desta feita, por simples dedução/subsunção” (SAUSEN, 2013, p. 50).

Portanto, considerando que tanto o STF, quanto o STJ supostamente apreciam tão somente as teses jurídicas levadas a eles³⁵, os fatos acabam sendo desconsiderados nessas decisões. Se o entendimento é de que há identidade entre os casos, a questão será decidida de maneira meramente dedutiva. Decide-se que o caso modelo deve ser resolvido de uma determinada maneira e então, a partir dessa decisão geral, verificando-se a semelhança com um caso específico, será aplicado o entendimento por meio de mera subsunção, deixando de se observar as especificidades do segundo caso. Embora se agilize o procedimento de jurisdição, esse método implica, necessariamente, na resolução padronizada de casos.

Cabe, ainda, mencionar outro mecanismo que contribui para o processo de prestação jurisdicional padronizada, qual seja, a súmula impeditiva de recurso. A Lei nº 12.276/06 alterou o artigo 518 do CPC, o qual passou a prever o não recebimento do recurso de apelação caso a sentença esteja em conformidade com súmula do Superior Tribunal de Justiça ou do Supremo Tribunal Federal. Trata-se, assim, de maneira indireta de concessão de efeitos vinculantes às súmulas do STF e do STJ.

Vale esclarecer, entretanto, que não se trata de conceder o mesmo efeito que as súmulas vinculantes. O descumprimento dessas pelo juiz pode ensejar reclamação constitucional diretamente ao STF, enquanto que no caso da súmula impeditiva de recurso não

³⁵ Conforme a previsão dos enunciados de nº 7 da Súmula do STJ e número 279 da Súmula do STF.

há vedação para que o juiz decida contrariamente à matéria consolidada. Determina-se, tão somente, que o combate à sentença que esteja em conformidade com a posição consolidada nos enunciados de súmula dos tribunais superiores será infrutífero, uma vez que a lei prevê que a apelação não seja recebida nesses casos.

Tratam-se, pois, de mecanismos que, além de resultarem na concentração de poder nos tribunais superiores, permitem, no caso do julgamento por amostragem da repercussão geral e dos recursos especiais repetitivos, que tão somente uma decisão em que se utilizam casos paradigmas sirva para balizar o julgamento de inúmeros outros recursos. Por essa sistemática, torna-se pouco o apreço pelas especificidades do caso concreto, privilegiando-se o julgamento do maior número de casos possível.

Por sua vez, a súmula impeditiva de recurso implica, ainda que de forma indireta, em um incentivo para que o juiz da primeira instância decida conforme os Tribunais Superiores. Isso porque ao se alinhar com os posicionamentos do STF e do STJ em casos em que há matéria sumulada, o magistrado terá a garantia de que suas decisões não serão reformadas, uma vez que ele poderá negar o seguimento ao recurso.

2.3.3A tendência de concentração de poder na cúpula do Poder Judiciário

Com as reformas legislativas acima descritas, foram criados mecanismos que implicam na concentração de poder nos Tribunais Superiores. Além disso, esses mecanismos limitam a liberdade dos magistrados, em especial daqueles que se encontram no primeiro grau de jurisdição. Como resultado, os juízes são desestimulados a decidir em desacordo com os julgados mais recentes dos Tribunais Superiores ou, o que não se difere muito, incentivados a julgar de acordo com estes.

Essa tendência de concentração de poder na cúpula do Poder Judiciário³⁶, já apontada por Maria Lúcia Karam (2002, p. 151) anteriormente à promulgação da Emenda Constitucional nº 45, retrai a criatividade dos magistrados. Gera-se uma limitação à atuação da atividade jurisdicional, que, mesmo de maneira indireta, acaba por corroer a garantia constitucional de independência funcional. Quando há um enunciado apontando, *a priori*, uma solução, desencoraja-se que o juiz avalie as particularidades do caso concreto cuja análise lhe

³⁶ Especificamente referindo-se ao Supremo Tribunal Federal, há autores que falam na ocorrência de uma “Supremocracia” (VIEIRA, 2008).

é submetida. Consequentemente, deixam de haver a maturação e o debate necessários a uma boa decisão, passando-se a uma “aplicação apressada, acrítica e uniforme do direito”.

Karam(2002, p. 151) aponta que esse processo de concentração de poder se dá sob o pretexto de conceder maior operacionalidade ao exercício da jurisdição. A autora cogita que essa centralização seria, também, uma resposta à demanda por previsibilidade, a qual é referida como a “menos perturbadora das dominantes posturas neoliberais”.

Nesse processo de centralização de poder, não se deve ignorar a herança cultural brasileira de dominação e submissão. A sociedade brasileira, talvez como legado de quase quatrocentos anos de regime escravista, sempre se apresentou como um espaço social estruturado hierarquicamente. Nessa relação verticalizada, as relações sociais se caracterizam por um superior que manda e um inferior que obedece (TEBET, 2010, p. 197).

Por óbvio, as práticas jurídicas não se isolariam dessa verticalização. Os jesuítas, os quais influenciaram grandemente a formação jurídica brasileira, pregavam uma sociedade rigidamente hierarquizada. Essa defesagrou a permanência histórica de controle e submissão. Diogo Tebet (2010, p. 198) sustenta que as súmulas vinculantes em matéria criminal podem ser inseridas nesse contexto, pois possuem “natureza autoritária/disciplinadora”, e geram a submissão intelectual e política aos poderes instituídos (NEDER, apud TEBET, 2010, p. 198).

Muito embora o autor refira-se ao instituto da súmula vinculante, entende-se que a posição sustentada pode ser expandida, ainda que em menor escala, para outras formas de vinculação. Isso porque todas elas demonstram, de alguma forma, que a concentração de poder nas camadas superiores do Poder Judiciário reflete a permanência cultural de domínio/submissão.

2.4 A discutível utilização dos enunciados de súmula

A súmula é uma jabuticaba jurídica. Trata-se de uma invenção brasileira atribuída ao então Ministro do STF Victor Nunes Leal (SILVA, 2009), criada para definir e elucidar os entendimentos do Supremo por meio de proposições simples. Exercia também a função de orientar a justiça de todo o país em um tempo absolutamente diverso do atual, em que o acesso aos julgados se dava por meio de impressos e, portanto, era bem mais restrito. Victor Nunes Leal aponta que a motivação inicial para a criação das súmulas foi a de facilitar a

localização dos precedentes. O autor menciona sua dificuldade, quando do ingresso na Corte Suprema, em conhecer e relembrar os julgados anteriores, motivo pelo qual ele menciona ser a súmula um subproduto da sua falta de memória. Como não havia recursos técnicos mais avançados para a sistematização dos entendimentos já consolidados e sobre os quais não era conveniente voltar a discutir, Victor Nunes elaborou a mecânica das súmulas (LEAL, 1981, p.23-25).

É importante atentar que à época a Suprema Corte desempenhava, além do papel de corte constitucional, um papel próximo ao que é desempenhado pelo STJ atualmente. Diante da submissão de um grande número de casos semelhantes perante aquela corte, pensou-se numa ferramenta capaz de agilizar o processo jurisdicional quando da análise dessas demandas repetidas. Chegou-se, assim, à elaboração dos enunciados de súmula, os quais foram produzidos para possibilitar uma decisão mais ágil de casos em que já houvesse entendimento consolidado, após inúmeras provocações. A súmula foi pensada, portanto, tão somente como um *método de trabalho* (LEAL, 1981).

No entanto, com o tempo essa ferramenta teve sua relevância incrementada. Segundo o idealizador da súmula, os efeitos processuais que foram sendo atribuídos ao instituto após a sua criação fizeram com que ele contribuísse para o melhor funcionamento da justiça, sendo esse o seu aspecto de maior eficácia. Nesse sentido, o surgimento da súmula foi considerado como o ovo de Colombo para descongestionar o Supremo Tribunal (SILVA, 2009, p. 385), permitindo que os Ministros passassem a dedicar mais tempo a questões mais relevantes, ao invés de insistirem na repetição da mesma decisão indefinidamente.

Victor Nunes Leal esforça-se em esclarecer que a súmula não equivale ao mecanismo vinculante dos assentos da Casa de Suplicação. Esse instituto era regulado pelas ordenações filipinas e tinha o fim de fixar um entendimento judicial vinculante, quando da divergência de interpretação de determinada lei. Possuía, assim, efeitos gerais e perpétuos, e estabelecia a *interpretação autorizadæ inarredável* da lei antes do julgamento do caso concreto. Desse modo, os assentos da Casa de Suplicação aproximavam-se dos efeitos práticos obtidos pela lei. A súmula, em contraposição, seria passível de modificação e perda de eficácia, servindo basicamente como instrumento de estabilização jurisprudencial. Além disso, a súmula, ao menos em sua concepção inicial, não teria o condão de vincular as instâncias inferiores por meio de uma interpretação autorizada.

Cogita-se que a inspiração para a invenção de Victor Nunes Leal teria advindo dos precedentes americanos (SILVA, 2009). O próprio Victor Nunes menciona que a súmula foi uma resposta à dificuldade de se sistematizar os precedentes, tornando-os mais acessíveis

(LEAL, 1981, p. 24). Deve-se ressaltar, a rigor, a súmula não pode ser confundida com a sistemática dos precedentes do direito anglo-saxão.

A regra do *staredecisis* – resultado do desenvolvimento da doutrina dos precedentes – e a prevalência da jurisprudência são os dois fatores mais relevantes para a diferenciação do *commonlaw* quando da comparação com o *civil law* (STRECK; ABBOUD, 2013, p. 30). O precedente pode ser explicado através do adágio *staredecisiset non quieta movere*, ou seja, manter as coisas decididas e não mover as coisas quietas. Trata-se de um instituto costumeiro, não contando com previsão legal.

Há uma diferença fundamental entre os precedentes e as súmulas. O precedente é uma decisão judicial a que se chega após a adoção de um raciocínio sobre uma questão de direito, exposta em um caso concreto e que, posteriormente, adquire autoridade perante o mesmo tribunal ou tribunais de hierarquia inferior quando da análise de uma questão semelhante (RAMIRES, 2010, p. 67-68). Portanto, o precedente é um julgado que, inicialmente, é elaborado apenas para a solução de um caso concreto, considerando todas as suas particularidades. Esse julgado adquirirá o caráter de precedente tão somente se for invocada a sua fundamentação para a solução de casos futuros que com ele se assemelhem. Não se trata, portanto, de uma regra abstrata, mas sim de uma regra estabelecida em função de fatos específicos, os quais devem ser devidamente apreciados para que se compreenda o precedente.

Ademais, no sistema da *common law* o sentido do precedente não se limita à interpretação que o julgador lhe conferiu. Admite-se – ou espera-se – que outros magistrados concedam novos sentidos ao mesmo texto, a partir das particularidades no novo caso a ser julgado, podendo-se distinguir (*to distinguish*), ampliar (*to widen*) ou restringir (*to narrow*) o alcance do precedente. É de suma importância acrescentar que, sob a ótica do *common law*, o ônus de fundamentação da decisão vai muito além da mera citação do texto do precedente (RAMIRES, 2010, p. 73).

Já as súmulas, por sua vez, são elaboradas no contexto brasileiro do *civil law*, onde a jurisprudência, em tese, apresenta-se mais autolimitada em relação à legislação, tendo força normativa menor se comparada a essa. Não obstante esse cenário, verifica-se que a súmula é uma criação jurisprudencial que estabelece enunciados gerais e abstratos, voltados especificamente para a solução de casos futuros, o que muito a aproxima do caráter de lei. Nesse sentido, Streck e Abboud afirmam que o senso comum teórico parece adotar a “ideologia-do-conceito-com-pretensões-de-aprisionar-os-fatos-de-antemão” (2013, p. 31). Isso porque a súmula pretende ser uma resposta antecipada, alcançando previamente à análise

casuística, todas as possíveis hipóteses de aplicação, configurando-se como uma espécie de “tutela antecipatória das palavras” ou “atribuição de sentido *inaudita altera partes*” (sic) (STRECK, 2013, p. 75).

Em suma, pode-se afirmar que súmula não é precedente (STRECK; ABBOUD, 2013, p. 52-54). A uma porque texto é diferente de norma. E a súmula nada mais é que a criação de um texto. Embora o próprio Victor Nunes Leal defenda que não é recomendada a interpretação de súmula, afirmando que ela já é resultado da interpretação jurisprudencial (LEAL, 1981, capítulo IV), há de esclarecer que a utilização de um enunciado de súmula para orientar a solução de casos futuros dará origem, necessariamente, a novas normas.

A norma é o resultado da interpretação de um texto e, quando da análise do caso concreto, será consolidada no dispositivo da sentença como norma do caso concreto. No entanto, quando da utilização desse dispositivo para casos futuros, ele deixará de possuir o caráter de norma para ser mero texto. A interpretação que se dará a esse texto quando da sua aplicação em casos futuros gerará, desse modo, novas normas de outros casos específicos.

Assim, “não apenas a súmula não traz a norma com ela, como ela, ao se constituir em uma prescrição literal, passará a poder ser interpretada e dar origem a novas normas, afinal ‘o texto não é nada em sua textitude. O texto nada é sem o sentido (que será a norma a ele atribuída)’” (STRECK; ABBOUD, 2013, p. 54).

A duas porque, como aponta de maneira clara e didática, “o ‘precedente’ não cabe na súmula” (STRECK, ABBOUD, p. 78). Para a aplicação do precedente há de se analisar os fatos em todas as suas particularidades, pois aquela norma jurídica do caso concreto foi o resultado de uma interpretação que levou em conta todas as particularidades levadas ao juízo. Trata-se, pois, de uma questão jurídica, a qual é *inseparável do caso que lhe deu origem* (RAMIRES, 2010, p. 68), sendo imprescindível para a compreensão do precedente a análise detida dos fatos que ensejaram a decisão. O verbete de súmula, ao revés, esconde o caso (STRECK; ABBOUD, p. 12), autonomizando-se do fato que lhe deu origem.

Dessa maneira, conclui-se que no Brasil “não existem precedentes no sentido de que fala a *commomlaw*” (STRECK; ABBOUD, p. 117), pois as decisões não adquirem caráter vinculativo a partir de sua fundamentação. Em verdade, essa subordinação ocorre por mecanismos processuais de vinculação, conforme já demonstrado, de modo que não se pode simplesmente importar o conceito de precedente e encaixá-lo no cenário jurídico pátrio.

Cabe ressaltar, nesse “ecletismo improvisado entre os sistemas de *civil e common law*” (RAMIRES, 2010, capítulo 2) imperante no Brasil, que a utilização de súmulas não aproxima

o direito brasileiro da *common law*, uma vez que é parte vital desse sistema “que os tribunais não possam exarar regras gerais em abstrato, mas apenas em função dos fatos da disputa que são trazidos a exame” (RAMIRES, 2010, p. 62). No caso das súmulas, os tribunais acabam por formular textos gerais, gerando um quadro em que o seu criador confunde-se com a figura do próprio intérprete.

Em todo caso, é patente que a utilização das súmulas fortalece a padronização do direito. Como bem aponta José Barcelos de Souza, a súmula, encontrando-se certa ou errada, tende a reinar absoluta, pois

o estagiário, assessor ou juiz, qualquer deles que despachar ou sentenciar de fato ou de direito, mesmo duvidoso diante de um seguro e bem fundamentado trabalho de advogado, é por vezes levado, pelo simples argumento de autoridade, ou por ser mais cômodo ou mais fácil apoiar-se em ombros largos, a optar pela súmula invocando-a e decidindo com ela (...) (2004, p. 163).

Essa tendência também é apontada por Lênio Streck, ao constatar a institucionalização da fundamentação de decisões judiciais em que os enunciados se bastam, atingindo-se algo como “decido conforme a súmula X” ou decido como decidi anteriormente (STRECK, 2013, p. 116). Essa autossuficiência de fundamentação tão somente pela indicação de uma súmula pode ser confirmada em qualquer foro brasileiro. Desafia-se o leitor a encontrar sentenças penais condenatórias em que o magistrado, ao entender que a pena base não pode ser reduzida abaixo do mínimo legal pela presença de uma atenuante, aponte quaisquer fundamentos que extrapolem a mera indicação do enunciado de número 231 do STJ. É imperioso ressaltar que esse entendimento é absolutamente colidente com o texto do artigo 65 do Código Penal, o qual não foi declarado inconstitucional ou algo que o valha. Assim, os juízes que adotam esse entendimento – e eles são a esmagadora maioria – optam por abraçar o entendimento sumulado do STJ em detrimento do Código Penal, lei federal válida e plenamente vigente. Patente, pois, que a utilização da súmula tende a fomentar a padronização do direito, além de demonstrar um quadro de subserviência aos Tribunais Superiores.

No âmbito do Poder Judiciário, a autossuficiência de fundamentação da súmula faz com que os casos levados a juízo sejam resolvidos com menor esforço cognitivo e maior superficialidade, sem a análise das particularidades do caso. As súmulas, dessa forma, são utilizadas para otimizar o tempo de julgamento, e não como instrumento para a estabilização e continuidade do direito (NOGUEIRA, 2013, p. 248-249)³⁷, como ocorre com o sistema dos precedentes.

³⁷ NOGUEIRA, inclusive, defende a diminuição gradual da importância das súmulas, até a sua total eliminação (2013, p. 248-249).

Ressalte-se que já em sua origem a súmula apresentava um uso questionável. Nesse sentido, é representativo o relato de Evandro Lins e Silva (2009, p. 386), o qual afirma que um Ministro do STF, enquanto trabalhava em um processo muito volumoso, ao avistar o autor perguntou: “Mas o Victor [Nunes Leal] não arrumou uma súmula para isso aqui? Que trabalho infernal!”.

Essa utilização das súmulas, portanto, faz com que seja criado um conformismo e encerramento de debate. Se há uma súmula de tribunal superior regulando a matéria, o direito está posto, pacificado, não se discute mais. E esse conformismo afetando os atores do sistema jurídico como grande parte da doutrina consolidada em manuais, que, em geral, limita-se a lecionar que tal matéria encontra-se pacificada pelo enunciado de nº tal.

A força do precedente se perde quando respeitá-lo passa a ser sinônimo de mencionar o número ou transcrever a ementa (NOGUEIRA, 2013, p. 237). A doutrina, por sua vez, também perde força persuasiva quando apenas menciona ementas de acórdãos (STRECK; ABBOUD, 2013, p. 78), deixando de analisar tanto o caso que deu origem à decisão como a própria qualidade do pronunciamento. Com esse afastamento, relega-se ao Poder Judiciário, exclusivamente, a tarefa de atribuir sentidos às leis.

2.5A aplicação dos precedentes

Nesse processo de fuga dos fatos, é notável que as decisões usualmente se valem de discursos de fundamentação prévia – enunciados de súmula, recursos especiais julgados em sede de recursos repetitivos – por uma via dedutiva/subsuntiva (SAUSEN, 2013, p. 38). Analisa-se superficialmente o fato e, por meio da subsunção, enquadra-o em um discurso de fundamentação prévia – preferencialmente um enunciado de súmula –, mesmo que se tenha de abrir mão das especificidades do caso concreto em prol do enquadramento forçoso em um desses discursos.

Dalton Sausen, nesse sentido, aponta que a maneira como os precedentes são compreendidos e utilizados pela dogmática jurídica traduzem uma das facetas mais perceptíveis da crise hermenêutica jurídica constitucional e processual brasileira (2013, p. 45). Além disso, a baixa compreensão do papel dos precedentes contribui no processo de formação de uma justiça de números, a qual implica, inevitavelmente, na padronização do

direito. Nesse contexto de aplicação equivocada dos julgados, dá-se o afastamento da apreciação dos fatos, que Sausen denomina de “movimento contrafático do direito” (2013, p. 45), no qual se nota que os magistrados levam em consideração quase que exclusivamente as teses jurídicas apresentadas.

Ademais, constata-se que o modo como se aplicam os julgados no direito brasileiro implica na homogeneização do pensamento jurídico. Isso porque os mecanismos processuais apontados, bem como a subserviência dos atores do sistema jurídico fazem com que o direito seja quase exclusivamente o que os Tribunais Superiores dizem que ele é. O detalhe mais crítico é que, nesse processo de má aplicação dos julgados, os fatos que conduzem os tribunais a determinada decisão são absolutamente ignorados, ganhando relevo tão somente as teses jurídicas adotadas.

Nesse sentido, é de grande valia a análise da aplicação dos precedentes no direito brasileiro, realizada por Maurício Ramires (2010). Cabe, nesse ponto, uma breve digressão para o resgate de alguns conceitos. Segundo Streck e Abboud, (STRECK; ABBOUD, 2013, p. 42-45) precedente é a decisão de um tribunal que, após ter sido proferida, passa a ser seguida pelos tribunais inferiores ou pelo tribunal do qual se originou o julgado. A condição de precedente, portanto, somente se concretiza se a decisão for efetivamente observada por outros órgãos jurisdicionais quando da solução de casos assemelhados. Não há, assim, diferença ontológica entre uma decisão e um precedente, distinguindo-se esses conceitos qualitativamente pela aplicação.

Esse conceito não se confunde com o de *ratione decidendi*, que é o critério jurisdicional, ou seja, a regra jurídica utilizada pelo Poder Judiciário para justificar a decisão do caso concreto. Para a análise da *ratione decidendi*, portanto, deve-se cotejá-la com a “questão fático-jurídica” que ela solucionou. *Obiter dictum*, por sua vez, refere-se ao enunciado, interpretação ou argumentação jurídica que, apesar de constar na decisão judicial, é irrelevante para a solução da demanda. Retomados esses conceitos básicos, passa-se à análise da problemática aplicação dos precedentes.

2.5.10 viés confirmatório (*confirmation bias*)

Consoante já exposto, impera na prática judicial brasileira a lógica subsuntiva-dedutiva de aplicação dos precedentes. Enunciados de súmula e julgados são usados como significantes universais, aos quais basta efetivar a vinculação de um particular para que se dê uma fundamentação tida como adequada. E como bem apontam Streck e Abboud,

“inexiste aplicação mecânica ou subsuntiva na solução dos casos mediante a utilização do precedente judicial. Isso porque não existe uma prévia e pronta regra jurídica apta a solucionar por efeito cascata diversos casos futuros. Pelo contrário, a própria regra jurídica (precedente) é fruto de intenso debate e atividade interpretativa e, após ser localizado, passa-se a verificar se na circunstância do caso concreto que ele virá solucionar é possível utilizá-lo sem que ocorram graves distorções, porque se elas ficaram caracterizadas, o precedente deverá ser afastado” (STRECK; ABBOUD, 2013, p. 46).

Atentando-se a tal fato, Ramires aponta que o ponto crítico do arbítrio judicial na aplicação dos precedentes encontra-se na elevação do julgado ao patamar de lei e na existência de precedentes diametralmente opostos, adaptáveis a todas as necessidades (2010, p. 45). Esse cenário acaba por facilitar a ocorrência do *confirmation bias*³⁸, que se manifesta quando o magistrado, diante do conflito entre duas versões que lhe são apresentadas, opta por uma das interpretações e, posteriormente, agarrado a essa definição, busca nos repositórios eletrônicos de jurisprudência decisões que confirmem a tese escolhida, ignorando por completo as decisões em sentido contrário. Adotando essa conduta, o juiz fará uma busca seletiva de julgados, atentando-se apenas para aqueles que confirmem a tese escolhida. Consequentemente, deixará de esclarecer o motivo pelo qual não adotou a tese apresentada pela parte contrária, a qual, da mesma forma, encontra acolhida dentre os julgados localizados na buscainicial.

Esse tipo de conduta, ademais, desonera o julgador do fardo do processo de atribuição de sentido, uma vez que será possível atribuir aos tribunais superiores e ao Poder Legislativo o ônus por todas as falhas do direito. Há, assim, além de um menor ônus argumentativo para o embasamento da decisão – o que contribui para a eficiência e para o alcance de metas de julgamento – o aplacamento da consciência do magistrado, que se desincumbe – parcialmente, ao menos – do peso do seu pronunciamento.

2.5.2A invocação dos julgados de forma descontextualizada

³⁸ A palavra “bias” normalmente é traduzida como viés, de modo que essa expressão poderia ser traduzida como “viés confirmatório”. O viés confirmatório é definido por Taruffo (*apud* RAMIRES, 2010, p. 46) como a distorção do raciocínio por meio da qual, partindo-se de uma versão dos fatos definida *a priori*, tem-se a propensão de considerar tão somente aquilo que a confirma, negligenciando tudo o que a contradiz.

Constata Ramires (2010, p. 46-54) que o ensino e a prática do direito preocupam-se muito mais com a análise da norma do que com o estudo dos fatos. Parece ser mais comum na doutrina estrangeira o uso recorrente de alguns exemplos de casos clássicos, paradigmáticos, como recurso didático, auxiliando o ensino de conceitos básicos do direito. Já no Brasil verifica-se um distanciamento dos fatos aos quais a norma se destina.

A sistemática dos recursos excepcionais contribui destacadamente para esse alheamento dos fatos. Segundo o entendimento vigente, veda-se ao STF e ao STJ a rediscussão fática³⁹, cabendo-lhes apenas a proteção à vigência da Constituição e da lei federal, respectivamente. Como a estrutura recursal atual implica na concentração de poderes nos tribunais superiores, os julgamentos por eles proferidos – os quais, via de regra, limitam-se à discussão de teses jurídicas – são os mais estudados e utilizados para fundamentar as decisões. Assim, acaba-se por gerar uma relação tautológica de fuga dos fatos.

Essa sistemática corrobora o entendimento comum de que é possível a cisão completa entre questão de fato e questão de direito. Trata-se de uma compreensão questionável, pois gera o tratamento de institutos jurídicos como entes absolutamente abstratos. Como consequência dessa abstração, Ramires aponta que ocorre a repristinação involuntária da jurisprudência de conceitos – ou pandectismo⁴⁰ –, a qual defendia que a atividade judicial deveria criar conceitos gerais a partir da eliminação de características particulares de cada caso, de maneira que se pudesse chegar, por abstração, a um conceito universal capaz de abarcar todos os casos que lhe deram origem (2010, p. 47). Cria-se, assim, uma pirâmide de conceitos, na qual cada conceito inferior decorre logicamente do superior, aproximando o direito da lógica das ciências exatas, como a matemática.

A maneira como os precedentes são atualmente aplicados demonstra claramente que, na prática, negligenciam-se os fatos. Isso porque para que se perquiria o entendimento dos tribunais acerca de certa matéria, é comum que sejam feitas análises tão somente dos verbetes ou das ementas de julgados, *sem que se analisem sequer os julgados que deram origem ao verbete ou o inteiro teor dos acórdãos, aos quais se pretende dar tratamento de precedente*. No acórdão, considerado em sua íntegra, existe a imposição legal de se elaborar o relatório, onde há a abertura para a inserção do mundo concreto na decisão, sendo imprescindível a sua

³⁹Esse entendimento é sustentado pela doutrina tendo por base quase que exclusivamente os enunciados de nº 07 e 279, do STJ e STF, respectivamente: Enunciado nº 07 do STJ: A pretensão de simples reexame de prova não enseja recurso especial. Enunciado nº 279 do STF: Para simples reexame de prova não cabe recurso extraordinário.

⁴⁰A jurisprudência dos conceitos teve como precursor Georg Friedrich Puchta, cuja obra chamava-se *Lehrbuch der Pandekten*. Como os seguidores de Puchta utilizavam-se o título de sua obra, essa corrente metodológica passou a ser conhecida como pandectística (RAMIRES, 2010, p. 47).

análise integral para que se compreenda o que foi decidido. A mera análise da ementa, todavia, é insuficiente, uma vez que se trata de construção elaborada da forma mais genérica possível, de modo a facilitar a catalogação.

Cabe ressaltar que, muito embora a ementa sirva como ferramenta de catalogação da decisão, a práxis alarga a sua funcionalidade por meio da sua utilização instrumental. Em sua obra, Ramires aponta a produção de uma monografia constante no site do Centro de Estudos Jurídicos do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul⁴¹ que se destina a auxiliar a elaboração de ementas jurisprudenciais. Nesse trabalho, admite-se que a ementa tem caráter substitutivo quanto ao acórdão, sendo transcrita em peças processuais como forma de representar a decisão completa. Tendo em vista essa prática, o autor da monografia indica que as particularidades do caso concreto não devem constar no corpo da ementa, já que somente interessam àquele caso (RAMIRES, 2013, p. 49-50). Sufraga-se, assim, a elaboração de ementas com a pretensão de utilização como fundamento para casos futuros mediante a sua simples transcrição. Trata-se do reconhecimento da prática desenfreada da utilização de discursos de fundamentação prévia. De fato, “a prática jurídica brasileira é uma oficina de falsas facilidades” (RAMIRES, 2013, p. 147).

É importante observar que a utilização de ementas e de verbetes de maneira abstrata deixa a porta aberta à arbitrariedade interpretativa do Poder Judiciário. Essa vulnerabilidade à discricionariedade resta clara quando se analisa o tratamento concedido à individualização da pena nos tribunais brasileiros. Nesse tema, nota-se que diante da ausência de taxatividade da lei, que não prevê minuciosamente todos os critérios para a aplicação da pena, é maquinaalmente reiterada, inclusive pelos tribunais superiores, a posição de defender a existência *doprudente arbítrio do juiz* para individualizar a reprimenda⁴². Essa circunstânciagera a manutenção de decisões com fundamentações rasas ou genéricas, tornando o controle da individualização judicial da pena uma tarefa hercúlea e de difícil efetivação.

⁴¹ O trabalho de José Augusto Chaves Guimarães, denominado *Elaboração de Ementas Jurisprudenciais: elementosteórico-metodológicos*, foi posteriormente publicado pelo Centro de Estudos Jurídicos da Justiça Federal, e, presumidamente, passou a alcançar ainda mais leitores. Disponível em <<http://daleth.cjf.jus.br/revista/monografia09.pdf>>. Acesso em 13.jul.2014.

⁴² Pesquisando-se os termos “prudente arbítrio do juiz” e “aplicação da pena” no site do STJ, encontram-se 15 julgados, todos realizados a partir de 2011, em que se nega a alteração do *quantum* da pena aplicada em função da existência do prudente arbítrio do juiz na aplicação da pena, contentando-se o Tribunal com o apontamento da motivação pelo magistrado. O entendimento muitas vezes é demonstrado com variações da seguinte fundamentação: “Não havendo ilegalidade patente na análise do art. 59 do Código Penal, o quantum de aumento a ser implementado em decorrência do reconhecimento das circunstâncias judiciais desfavoráveis fica adstrito ao prudente arbítrio do juiz, não havendo como proceder a seu redimensionamento na via angusta do habeas corpus”.

O ensino jurídico também é cúmplice nesse processo de aplicação mecanizada dos enunciados de súmula. Os livros didáticos, sobretudo os manuais e os voltados ao comento da legislação, frequentemente trazem a baila um enunciado ou uma ementa de um julgado com o fim de embasar determinada posição. Ocorre que essa invocação se dá sem qualquer análise do(s) caso(s) concreto(s) que gerou(aram) aquele entendimento, sendo utilizada como mero argumento de autoridade. Assim, em poucos pares de linhas apresenta-se como resolvida uma questão, mesmo que para isso seja necessário o sacrifício da análise aprofundada dos fatos que geraram a decisão. Conseqüentemente, ocorre cada vez mais o afastamento do mundo dos fatos, autonomizando-se o precedente das especificidades do caso que o gerou.

Exemplificando a tendência de abstração dos fatos, Ramires (2013, p. 50-51) faz referência ao tratamento doutrinário⁴³ concedido a julgados que apreciam o instituto da legítima defesa. Na consulta à doutrina, é comum deparar-se com a mera menção a julgados em que se afirma que “não age em legítima defesa o provocador da cena delituosa” ou que “age em legítima defesa o provocador que reage diante de uma agressão iminente do provocado”.

Nota-se que a própria redação dessas ementas já denuncia a pretensão de utilização para a solução de casos futuros, aproximando-as da redação de um dispositivo legal. Além disso, no caso narrado não há qualquer explanação acerca do cenário da provocação da cena delituosa, não havendo o contato do leitor com os fatos que embasaram o julgado. Personagens dos eventos da vida real deixam de ser pessoas individualizáveis, como na casuística norte-americana, onde os julgados são referidos pelos nomes das partes. Os participantes do fato levado ao juízo tornam-se estereótipos, entidades metafísicas, abstrações desprovidas de individualidade – homem médio, mulher honesta, marido traído, etc.

Portanto, a doutrina também é partícipe no processo de distanciamento dos fatos e de padronização do direito, seja em razão do seu silêncio diante da aplicação irrefletida da súmula, seja por valer-se da menção a julgadossem a devida análise pormenorizada das características do caso particular que ensejou a decisão.

⁴³ Ramires faz referência aos julgados trazidos em MIRABETE, Julio Fabbrini. Código Penal Interpretado. 2ª ed. São Paulo: Atlas. No entanto, essa utilização de precedentes pela doutrina é observada de maneira mais ou menos generalizada, em especial em manuais e de maneira crítica em edições voltadas ao preparo para concursos públicos.

2.5.3 A deficiência na fundamentação das decisões judiciais

A despeito de proporcionar a solução mais célere dos casos levados a juízo, esses mecanismos – a súmula vinculante, o princípio da duração razoável do processo, o julgamento por amostragem dos recursos especiais e da repercussão geral nos recursos extraordinários, a súmula impeditiva de recurso – podem também, em função da padronização da prestação jurisdicional, obstar o acesso à justiça. Não se questiona que, perante o desenho institucional atual do Poder Judiciário, é imprescindível que haja filtros recursais. No entanto, a utilização prática dos institutos acima descritos os transfigura em mecanismos instrumentalizadores da justiça quantitativa, deixando de considerar as particularidades de cada fato concreto. Não se pode deixar de apontar, contudo, que o elevado número de recursos também se encontra ligado à deficiência de fundamentação dos pronunciamentos judiciais.

A obrigatoriedade de fundamentação das decisões judiciais constitui garantia constitucional prevista no artigo IX do artigo 93 da Constituição, sem a qual a decisão deve ser considerada nula. Em percuciente observação, Ramires aponta que “a história⁴⁴ da exigência de fundamentação da decisão judicial é a história da contenção do arbítrio do julgador” (2010, p. 35).

A fundamentação constitui garantia contra a discricionariedade, assegurando tratar-se de ato de natureza cognitiva, e não potestativa (FERRAJOLI, 2014, p. 573). Ela possibilita, ademais, o controle das decisões judiciais, uma vez que a explanação da motivação dos atos judiciais permite que se observe o percurso percorrido pelo magistrado até a sua decisão. Sendo adequadamente fundamentada a decisão, permite-se a efetivação da fiscalização do livre convencimento motivado, conferindo aos irrisignados a oportunidade de combater os argumentos apresentados pelo juiz, seja por meio da impugnação da aplicação das normas, seja pelo questionamento do nexo de convencimento e da apreciação das provas.

Desse modo, a fundamentação, juntamente com a publicidade, confere legitimidade democrática aos atos do Poder Judiciário. Vale lembrar que não há interferência *direta* do consentimento popular na composição do poder judiciário, uma vez que tendo sido adotado o modelo técnico-burocrático de seleção para os membros desse poder (KARAM, 2002, p. 144), os membros da magistratura são predominantemente selecionados por meio de concurso público de provas e títulos. A fundamentação das decisões, desse modo, exerce também a

⁴⁴O percurso histórico da fundamentação como contenção do arbítrio judicial é abordado no ponto 1.1 da obra de RAMIRES (2010).

função de comunicação entre a atividade judiciária e a sociedade, conferindo “legitimação de tipo racional e legal” aos pronunciamentos do Poder Judiciário (FERRAJOLI, 2014, p. 501).

Deve-se entender fundamentação como a “argumentação coerente dos motivos que orientam a decisão a partir da demonstração suficiente de dados empíricos que sustentam as hipóteses conclusivas” (CARVALHO, S., 2013, p. 281). Inevitável, pois, para a adequada fundamentação, a apreciação e valoração dos elementos fáticos que compõem a demanda, concretizados por meio das provas produzidas nos autos. Ademais, há de se expor a adequação jurídica da decisão, apontando os fundamentos constitucionais e legais que a amparam.

Outra questão relevante é tornar a decisão minimamente inteligível a todos os jurisdicionados. É um requisito essencial à concessão de maior legitimidade democrática à decisão judicial – *rectius*, de todos os atos jurídicos capazes de repercutir na esfera individual dos jurisdicionados – a sua redação de forma clara e sem o uso desnecessário de palavras pouco usuais às pessoas a quem se dirige a decisão. Como bem aponta Cappelletti, “numa sociedade aberta e democrática devem ser patentes as reais razões de qualquer escolha judiciária e revelados os conflitos entre as várias soluções possíveis” (1999, p. 132).

A fundamentação deve, ainda, além de apontar as razões que levaram ao acolhimento das razões do vencedor, apontar os motivos pelos quais rejeitou as alegações da parte sucumbente. Esse entendimento, que infelizmente é pouco observado na prática judicial mais atenta ao aspecto quantitativo do que qualitativo, decorre do princípio constitucional do contraditório, o qual abrange, além dos direitos de informação e de manifestação, a possibilidade de influência, ou seja, de ter seus argumentos considerados (RAMIRES, 2010, p. 42).

Sob o aspecto penal, pode-se ainda sustentar, como faz Ferrajoli (2014, p. 40), em atenção ao cognitivismo processual na determinação concreta do desvio punível, que a motivação deve respeito ao princípio da estrita jurisdicionalidade. Assim, impõem-se duas condições à fundamentação: a verificabilidade/refutabilidade⁴⁵ das hipóteses acusatórias, tendo em vista o caráter afirmativo, e a comprovação empírica das hipóteses acusatórias, também por meios que permitam a verificação e a refutação do que for apresentado.

É oportuno, ainda, ressaltar a necessidade de se concretizar a garantia prevista no inciso IX do artigo 93 da Constituição. Nesse sentido, levando-se a sério a garantia à fundamentação dos atos judiciais, não há outra conclusão senão a de inconstitucionalidade de

⁴⁵Os conceitos de verificabilidade e refutabilidade são trabalhados por Ferrajoli (2014) a partir do parágrafo nono. Deixa-se de traçar maiores detalhes sobre o tema por apenas tangenciar o objeto do presente trabalho.

decisões judiciais carentes de fundamentação a ponto de serem consideradas ambíguas, obscuras, contraditórias ou omissas (STRECK, 2013, p. 111). Essas decisões devem ser anuladas, por expressa determinação constitucional, e não meramente sanadas por meio de impugnação específica a esse fim. Dando prosseguimento a esse raciocínio, pode-se inclusive questionar a compatibilidade da previsão dos embargos de declaração, com a própria garantia de fundamentação das decisões judiciais.

Verifica-se, nesse contexto de prestação jurisdicional massiva e padronizada, que a fundamentação das decisões judiciais não cumpre as exigências acima elencadas. Em verdade, considerando todo o contexto de demanda elevada, de pressões para a produtividade, e do estímulo ou imposição – no caso das súmulas vinculantes – da adoção de discursos de fundamentação prévia, é difícil imaginar que a jurisdição possa ser realizada de outra forma que não a padronizada, com a aplicação pouco refletida desses discursos. Diante dessa carência de fundamentação, é inevitável que se busque uma resposta adequada nos tribunais, inclusive nos superiores.

2.6O Juiz, a submissão ao Tribunal e a comodidade das repetições

Amilton Bueno de Carvalho (2002, p. 17) aponta que na relação com os jurisdicionados o juiz representa a figura do pai, pois é ele quem é procurado quando a sociedade não consegue solucionar suas demandas. É o juiz quem pune, quem autoriza o casamento, quem distribui bens. Essa relação de pai e filho se reproduziria também do juiz para com o tribunal. É o tribunal o responsável pela elevação de subsídios, pela punição, pelo elogio e pela reprimenda. Por óbvio, não se pode afirmar que todos os juízes ou tribunais assumem esses papéis, mas pode-se apontar essa tendência de funcionamento.

Nessa relação o juiz-filho/tribunal-pai não é raro que se assuma esse papel de filho a ponto de assumir-se uma posição de “subserviência despersonalizante” (CARVALHO, A. B. de, 2002, p. 17), chegando-se ao ponto de, ao dirigir-se ao representante do tribunal, alterar-se o timbre de voz, ou recorrer-se do uso de linguagem elogiosa.

Prosseguindo nesse raciocínio, o autor afirma que há três fases em que se encontram os juízes-filhos: a infância, a adolescência e a madura. O juiz-infante vê o seu tribunal-pai com idolatria, sonhando em ser como ele quando “crescer” e fazendo o possível para agradá-

lo. Nesse esforço de agrado, o juiz-infante adere aos ideais expressados pelo tribunal-pai, reproduzindo os acórdãos por ele proferidos. Para o tribunal-pai, por sua vez, as melhores decisões serão aquelas que reproduzem os seus acórdãos. Dando continuidade a essa relação, quando o juiz-infante assumir o papel de tribunal-pai esperará ser seguido pelos outros juízes, reproduzindo neuroticamente a relação por ele antes experimentada.

Há também os juízes-adolescentes, que desejam opor-se ao tribunal-pai. Para esses juízes, o tribunal-pai sempre lhe rejeita, protegendo os “irmãos” e tudo o que é por ele produzido é digno de repulsa, não importando o conteúdo da decisão. Por fim, há também os juízes-maduros, os quais enxergam no tribunal-pai um ente com defeitos e virtudes e compostos por pessoas como outras quaisquer. Assim alguns de seus acórdãos devem ser seguidos e outros não. Para o juiz-maduro, sua atuação deve ter em conta o jurisdicionado, estando disposto a ousar e criar, quer o tribunal-pai aplauda ou não. O tribunal-pai, por sua vez, pode interpretar essa conduta como uma rejeição, um repúdio do juiz-filho ou, atuando como um pai-democrata, tratar o juiz-maduro como um igual, reconhecendo que a conduta independente contribui para o avanço do direito.

Concluindo seu raciocínio, Amilton Bueno de Carvalho (2002, p. 18) vaticina que

como a maioria [dos juízes] encontra-se (e parece sem condições de sair dali) na fase da infância, fácil é perceber como a jurisprudência emergente do pai tem cunho de dogma e é entorpecedora da criatividade.

Além disso, não se podem desconsiderar outros fatores que contribuem para a conformação do pensamento judicial. Assim, é importante lembrar que

as pressões dos tribunais a que vinculados os juízes de primeiro grau, o pensamento ditado por escolas de magistratura, a ânsia de obter promoções, decididas internamente, são fatores que, inegavelmente, estão a minar aquelas garantias [a imparcialidade e a independência] (KARAM, 2002, p. 150).

Deve-se acrescer a esse quadro de submissão o papel de exigência de produtividade – quantitativa – efetivado pelos Tribunais. Seguindo as diretrizes do CNJ já descritas, os tribunais passam a cobrar dos magistrados o fornecimento das quantidades de atos por eles produzidos, para que seja verificado o alcance ou não das metas estabelecidas por aquele órgão de controle⁴⁶. Como consequência dessa cobrança e da necessidade de inflar as

⁴⁶ Nesse sentido, vide o projeto “Produtividade dos Magistrados” do plano de gestão da Corregedoria Geral de Justiça do TJ/ES, o qual a apresenta como justificativa o fato de que “os indicadores nacionais do CNJ apontam que, em média, os juízes do Estado do Espírito Santo apresentam baixa produtividade em relação aos demais de outras unidades federativas”. Busca-se, com esse programa, o “aumento da produtividade dos magistrados em 10% (dez por cento) em 2012, e de 20% (vinte por cento) no ano de 2013, em relação à produtividade do ano anterior”, esperando-se com isso a “melhora na eficiência da prestação jurisdicional e redução do tempo de

estatísticas, os magistrados tendem, de maneira mais ou menos consciente, a dar prioridade a soluções rápidas⁴⁷. Esse cenário de busca de respostas rápidas é um terreno fértil para o uso desmedido de discursos de fundamentação prévia, sem que considerem adequadamente os fatos. Assim, os julgados dos tribunais superiores, ao revés de abalizarem as instâncias inferiores pela autoridade de sua fundamentação, transformam-se em dogmas a serem repetidos infinitamente. Romper-se esse ciclo é desafiador, pois “o novo desperta resistência não porque seja injusto, mas porque desestabiliza a comodidade das reproduções” (AGUIAR, Roberto, apud CARVALHO, A. B., 2002, p. 14).

Frise-se, ainda, que o critério numérico passa a ser encarado pelos tribunais como uma maneira objetiva de aferir a produtividade dos magistrados. Portanto, o juiz que apresenta elevado número de atos praticados é corporativamente bem encarado, o que sem dúvida pode repercutir no processo de ascensão na carreira.

Devem ser acrescentados a esse quadro de submissão ao tribunal e de exigência de produtividade as possibilidades proporcionadas pela tecnologia. Se é verdade que os avanços tecnológicos trazem incontáveis benefícios, também é inconteste que geram inconvenientes. Antes da era da computação, as práticas judiciais eram realizadas com o uso de máquina de escrever. Com isso havia a dificuldade de se repetir com exatidão alguma peça anteriormente realizada, de maneira que a cada ato promovido pelo Poder Judiciário havia, em realidade, a prática de um ato novo. Havia, assim, inevitável análise dos fatos, uma vez que havia de se produzir o ato desde seu começo, gerando uma “decisão artesanal”, cuidadosamente lapidada para o caso em concreto.

Atualmente, entretanto, a tecnologia da informação permite a institucionalização dos modelos. A partir da utilização de softwares de edição de texto, é praxe que os atos judiciais – denúncia, recursos, decisões, sentenças – partam de um modelo prévio, e seu autor apenas altere alguns detalhes para a adaptação ao caso em debate. Há ainda os casos em que há modelos pré-fabricados de ato judicial, em que somente alterando-se os nomes das partes e o número dos autos, o ato encontra-se pronto. Essa prática, aliada com as funções de “copiar” e

duração do tempo processo”. Disponível em

<<http://www.tjes.jus.br/PDF/arquivoscgjes/PLANO ESTRATEGICO CGJES.pdf>>. Acesso em 02.jul.2014.

⁴⁷ Ilustrando bem essa pressão, colaciona-se um trecho de uma coluna de Gerivaldo Neiva, a qual tem por objetivo narrar as “angústias, decepções e alegrias de um Juiz de Direito no seu dia-a-dia forense”:

“Se eu pudesse viver novamente a minha vida de Juiz de Direito, leria cada petição com muito mais cuidado e procuraria entender que, ao contrário do que me ensinou a dogmática, o mundo, a vida e os conflitos das pessoas estão nos autos e tentaria extrair desses autos as tragédias pessoais das partes de cada processo. (...) **Não seria mais tão ávido por cumprir metas em números de sentenças**, mas iria designar muito mais audiências para tentar mediar os conflitos e deixar que as partes dialogassem sobre o problema e buscassem uma solução”.

Disponível em <<http://justificando.com/2014/07/31/se-eu-pudesse-novamente-viver-vida-de-juiz-de-direito>>. Acesso em 31.jul.2014. Grifo nosso.

“colar”, faz com que a prestação jurisdicional se dê por meio de uma verdadeira produção em série de decisões padronizadas.

2.7O ensino jurídico e os concursos públicos

Há de se esclarecer, primeiramente, que a expansão dos cursos de direito não é um fenômeno isolado. Sob as “recomendações”⁴⁸ do Banco Mundial⁴⁹, o Brasil adotou algumas mudanças no sistema de ensino, as quais teriam como objetivo

a) a redução de investimento público na educação superior, para aprofundar o ajuste fiscal dos Estados e garantir o pagamento de suas dívidas; b) a ampliação do espaço do mercado educacional para responder as demandas expansionistas do próprio capital; c) a aproximação da educação superior, incluindo a formação da força de trabalho e dos conhecimentos/pesquisas, aos interesses pragmáticos do capitalismo. (GUIMARÃES, on-line).

Com isso, o Brasil passou a orientar-se pela priorização do investimento público no ensino fundamental e médio, reduzindo os investimentos no ensino superior e abrindo esse espaço para a iniciativa privada. Como consequência dessa orientação, ao longo das décadas de 1990 e de 2000, os investimentos na educação superior foram reduzidos, enquanto o número de instituições de ensino superior privadas prosperou com rapidez. Em 1992 havia no Brasil 222 Instituições de Ensino Superior (IES) públicas e 671 privadas. Uma década depois, as IES públicas diminuíram para 195 e as privadas aumentaram para 1442 (INEP, 2002). Já em 2008, o número de IES públicas aumentou para 236, enquanto o crescimento das privadas as levou ao patamar de 2016 IES (INEP, 2009). Esse crescimento deu-se de forma a priorizar a expansão quantitativa, sendo a educação “reconvertida em treinamento, com aprendizagens e habilitações específicas, a fim de formarmão-de-obra qualificada às exigências do mercado de trabalho” (CABRAL, 2007, p. 22), em claro afastamento de preocupações com a formação e produção qualitativas.

A expansão do ensino superior – quantitativa, ressalte-se – afeta particularmente o Direito, um dos cursos tradicionalmente mais procurados no Brasil. Na década de 1960, o Brasil contava com 69 cursos jurídicos. Já no início de década de 1990, esse número

⁴⁸ Usa-se a palavra “recomendações” entre aspas devido ao fato de que essas instruções são proferidas por um órgão que detém o poder de financiamento, de modo que, na prática, são encaradas como muito mais que meras orientações, adquirindo caráter quase cogente.

⁴⁹ Para uma análise da influência do Banco Mundial na configuração da educação superior brasileira, ver CABRAL (2007), em especial o primeiro capítulo.

aumentou para 165. Ao longo da década de 1990, entretanto, esse aumento disparou, tendo alcançado em 1995 o patamar de 235 cursos. Sete anos depois, em 2002, o Brasil já contava com 599 cursos, constatando-se o crescimento de 154% em relação aos dados de 1995 (BRITO, 2009, p. 82). Em 2012, por sua vez, chegou-se ao patamar de 1155 cursos presenciais (GHIRARDI, J. G.; CUNHA, L. G.; FEFERBAUM, M, 2013), verificando-se o crescimento de 600% desde o início da década de 1990. Quando se consideram apenas as instituições privadas de ensino jurídico, mesmo em um período de corte menor, de 1992 a 2002, constata-se notável o crescimento de 718% dos cursos de direito (BRITO, 2009, p. 82).

Se em 2000 havia um advogado para cada 664 brasileiros, em 2004 esse número cresceu para um advogado a cada 398 habitantes (NUNES; CARVALHO, 2005, p. 23/24). Em 2008, esse número chega a um advogado a cada 332 habitantes⁵⁰ e, em 2013, alcança-se o patamar de um causídico para cada 312 advogados (BRASIL, Ministério da Justiça, 2013, p. 28). Deve-se ressaltar que esse número desconsidera, por óbvio, os bacharéis em Direito que não logram aprovação no Exame de Ordem. Sem essa barreira, o número de profissionais se elevaria muito, considerando os altos índices de reprovação desse certame.

Para compreender-se o atual estágio do ensino jurídico no país, cabe invocar alguns dados esclarecedores. Dos 1155 cursos jurídicos presenciais existentes no Brasil em 2012, 182 (16%) pertencem à rede pública e 973 (84%) pertencem à rede privada. Pode-se afirmar, de maneira geral, que o corpo docente pertencente à rede pública é mais qualificado⁵¹ e dedica-se mais tempo à atividade acadêmica⁵², quando comparado com o pertencente à rede particular. Além disso, nos cursos jurídicos apenas 25% dos docentes são doutores, enquanto

⁵⁰ Dado divulgado em diversos veículos de comunicação, citando como fonte o Conselho Federal da OAB. Não foi possível localizar a pesquisa realizada pelo órgão, no entanto observou-se a reprodução desses dados em: CARVALHO, R. J. B. **Processo eletrônico: eliminação do papel na pré-história e de zenão à globalização**. p. 3. Disponível em <<http://www.iabnacional.org.br/IMG/pdf/doc-8784.pdf>>. Também reproduzem esses dados: <<http://www.oabrj.org.br/noticia/56182-Brasil-e-3-maior-do-mundo-em-advogados-com-um-para-cada-322-pessoas>>, <http://www.espacovital.com.br/consulta/noticia_ler.php?id=10112> e <<http://www.migalhas.com.br/Quentes/17,MI54981,91041-Brasil+e+recordista+em+numero+de+advogados+por+habitantes>>. Acesso em 05.jul.2014.

⁵¹ “No âmbito nacional, 25% das funções docentes em cursos presenciais de Direito contam com doutorado, 45% com mestrado 28% com especialização e 2% com apenas graduação. Em relação às instituições de ensino superior públicas, há mais funções com mestrado (36%) e doutorado (35%), seguidas por funções com especialização (22%) e graduação (7%). Em relação às instituições de ensino superior privadas, há mais funções com mestrado (47%) e especialização (30%), seguidas por funções com doutorado (22%) e graduação (1%)”.

⁵² “Em relação ao regime de trabalho, 6% das funções docentes são em tempo integral com dedicação exclusiva, 28% em tempo integral sem dedicação exclusiva, 34% em regime parcial e 32% são horistas. Nas instituições públicas de ensino superior, há maior proporção de funções docentes em regime integral, com ou sem exclusividade (30% e 32%, respectivamente), seguida de funções em regime parcial (27%) e horistas (11%). Nas instituições privadas de ensino superior, o retrato foi invertido. Há maior proporção de funções docentes em regime horista (36%), seguida de funções em regime parcial (35%), integral sem exclusividade (27%) e integral com exclusividade (2%)” (GHIRARDI, J. G.; CUNHA, L. G.; FEFERBAUM, M. p. 79-80).

nos outros cursos brasileiros essa proporção é de 40%. As funções de docência em regime integral são desempenhadas por 34% dos professores dos cursos de Direito, enquanto essa proporção é de 56% nos outros cursos. Os professores em tempo parcial (34%) e horistas (32%) compõem a maioria do ensino jurídico, enquanto nos outros cursos a soma da proporção de horistas e de professores em tempo parcial chega a 44% (GHIRARDI, J. G.; CUNHA, L. G.; FEFERBAUM, M, 2013). Não se pode esquecer, ainda, que boa parte dos professores de direito, mesmo lecionando em regime integral, cumulam outras atividades profissionais.

Outro dado interessante para compreender a partir de onde fala a academia é a constatação de que 62% dos docentes são do gênero masculino e a de que, considerando-se apenas os integrantes do magistério que declararam sua cor de pele⁵³, 78% dos professores de direito autodeclararam-se brancos, 20% pardos e 2% pretos (GHIRARDI, J. G.; CUNHA, L. G.; FEFERBAUM, M p. 47, 57). Diante dos dados apontados, pode-se concluir, de maneira generalizante, que “a maioria dos docentes de Direito do Brasil possui título de mestre, trabalhava em regime parcial, é branco e do gênero masculino” (GHIRARDI, J. G.; CUNHA, L. G.; FEFERBAUM, M p. 6).

Essa tendência de aumento de cursos de direito, entretanto, não implica na melhor qualificação dos profissionais. A título de exemplo, uma avaliação dos cursos jurídicos realizada pela OAB em 2001 abarcou 176 dos 380 existentes, tendo sido recomendados apenas 52 (13%) deles. Uma década depois, a OAB analisou 790 dos 1210⁵⁴ cursos, tendo recomendado apenas 89, o que representa 7,4% dos cursos (OAB, 2012). Constata-se, assim, que apesar de ter havido a multiplicação dos cursos, o índice de instituições recomendadas pela OAB foi reduzido quase pela metade.

Inclusive, a profusão na criação de cursos, sem a devida atenção à qualidade, levou o Ministério da Educação e Cultura a suspender a criação dos cursos de Direito em todo o país em março de 2013. Como bem aponta Brito (2009, p. 76), “no campo do ensino jurídico na atualidade, percebe-se a busca e o atendimento ao lucro como objetivo primordial, em detrimento da formação profissional e ética dos bacharéis”.

⁵³ Segundo os dados utilizados pela pesquisa há informações sobre cor da pele para 34.457 (84%) das 40.863 funções docentes em cursos de direito no país. Há ainda que se considerar que dentre os que foram ouvidos, 22% dos docentes optaram por não declarar a sua cor.

⁵⁴ Apesar de a OAB mencionar o número de 1210 cursos jurídicos, sem mencionar se seriam ou não presenciais, GHIRARDI, J. G.; CUNHA, L. G.; FEFERBAUM, M. (2013) utilizando os dados do Censo Nacional de Educação Superior do INEP, contabilizam o total de 1155 cursos de direito presenciais.

Liga-se a esse aumento da demanda pela formação jurídica o fato de que as carreiras jurídicas de Estado passaram a se tornar mais atraentes⁵⁵. Nesse sentido, pode-se apontar que

o aumento pela procura dos cursos jurídicos deve-se fundamentalmente ao crescimento da oferta de postos de trabalho com formação jurídica no setor público, decorrente da elevada litigiosidade das instituições públicas e do alto índice de violação dos direitos dos cidadãos. (...)A oferta de empregos bem remunerados atrai para os cursos de Direito grande número de alunos cuja única preocupação é o futuro profissional imediato através dos concursos públicos. (GRECO, on-line)

Perante essa demanda de mercado não é de se surpreender que os cursos preparatórios para concursos públicos – conhecidos como cursinhos – tenham sido “a principal Escola Jurídica no Brasil” nos anos 1990 (PRADO, G. 2012, p. 31). Ousa-se ampliar essa constatação para afirmar que os cursos preparatórios para concursos públicos, junto com os mais atuais cursos preparatórios para o exame de Ordem, ainda são a principal influência no ensino jurídico massivo atual. Nesse sentido, é tristemente verdadeira a constatação de SAUSEN (2013, p. 78) de que

os recém-formados (por necessidade imperiosa ou simples comodidade) ajustam-se de modo servil aos ditames do mercado, tornando-se presas fáceis, na medida em que são a mola propulsora dos "cursos" e "cursinhos", estes na mais perfeita acepção da palavra, em que a regra é disseminar os significantes produzidos pelos Tribunais, na apreensão exata dos termos utilizados por determinado doutrinador ou examinador em concursos acerca de algum tema (verdades absolutas!!!), e na "decoreba" de textos da lei em que se pretende a assimilação até das "vírgulas", pois, na questão apresentada nos concursos para uma carreira jurídica, elas poderão, "agilmente", trocar de lugar e implicar a reprovação do candidato.

Mais crítico ainda é verificar que essa lógica de preparação para certames migra para as Faculdades de Direito. Especialmente nas instituições privadas, é comum que os administradores cedam à ânsia dos alunos pela inserção no mercado de trabalho e passem a estruturar o curso em torno da preparação para concursos públicos ou, o que é mais comum, para o exame de Ordem. Assim, é corriqueiro deparar-se com professores que ministram aulas em cursos preparatórios dentro das Faculdades de Direito, mantendo a mesma postura de adestramento dos alunos, sob a satisfação do corpo discente, cuja principal preocupação – senão única – é a de entrar no mercado de trabalho. Esse ingresso é projetado por meio do ingresso no quadro de advogados da OAB ou ainda por meio de concursos públicos para as

⁵⁵ Interessante tema de pesquisa a ser desenvolvido é a relação do aumento do subsídio das carreiras jurídicas e a influência que essa variação gerou no perfil dos servidores que nelas ingressaram, em especial nas carreiras que recebiam valores muito baixos e galgaram tratamento equiparado com outras carreiras, como é o caso da Defensoria Pública. Poderia se perquirir, ainda, se há alteração na forma de atuação institucional, comparando-se o período anterior e o posterior à elevação de subsídios.

carreiras jurídicas de estado mais bem remuneradas⁵⁶, tais como as carreiras de magistratura, do Ministério Público, da Advocacia Pública e, mais recentemente, da Defensoria Pública. Não se pode deixar de observar que essa pretensão de ingresso em carreiras com subsídios mais elevados é mais comumente observada nas instituições de ensino superior públicas nas particulares cujos alunos possuam maior poder aquisitivo.

Muito embora não se possa fazer juízo de valor acerca dos motivos que levam à ânsia pelo ingresso no mercado de trabalho, fato é que a realização do curso sob essa ótica faz com que se dê menos atenção às disciplinas basilares, teóricas, priorizando-se as disciplinas profissionais e os professores que ministram um conteúdo meramente informativo e sem qualquer reflexão acerca das informações passadas. Focando-se em tais pontos, não há espaço para questões políticas e sociais, afastando-se da posição de ator social e assumindo uma ótica do saber jurídico como meramente técnico – e sob esse aspecto faz todo sentido falar-se em “operador do Direito”. Sob essa perspectiva,

o ensino jurídico (...) é reprodutor da tradição erudita e do conservadorismo intelectual, e a dogmática jurídica se sustenta na pseudoneutralidade, impessoalidade e no afastamento crítico e político do fenômeno jurídico, que é um fenômeno, primeiramente, social e político (CABRAL, 2007, p. 76).

Nessa lógica de massificação do direito, a doutrina acaba também fazendo parte desse processo de padronização do direito (STRECK, 2013, p. 82). Considerando-se a demanda, não é digno de surpresa que tenha a pauta editorial das editoras jurídicas sido colonizada por obras voltadas para a preparação para concursos públicos, os quais, quando muito, servem para “*adestrar tecnicamente* profissionais e futuros profissionais do direito” (PRADO, G., 2012, p. 27, 32). A propósito, há inclusive inúmeras coleções voltadas para a preparação para concursos públicos, que se propõem a sistematizar ou, o que é ainda mais preocupante, simplificar o conteúdo doutrinário. Entende-se que a preocupação com a didática é fundamental, sobretudo num curso que se vale pouco de outros recursos de ensino que não a voz do professor e os livros, devendo-se utilizar de linguagem clara e acessível aos ingressantes no curso de Direito, sobretudo nas obras dedicadas a matérias que são lecionadas no início da faculdade. No entanto, as questões complexas devem ser tratadas como tal, exigindo-se o esforço cognitivo para que se alcance adequadamente a complexidade do problema. A simplificação do complexo implica em redução de particularidades e, portanto, na compreensão – no máximo – parcial do problema, não sendo incomum incorrer-se em verdadeiro desentendimento. Cabe lembrar, nesse ponto, a frase atribuída ao jornalista H. L.

⁵⁶Não se ignora que há outras opções profissionais a serem seguidas pelos futuros bacharéis em Direito. No entanto, essas opções são, em regra, as mais almejadas pelos ingressantes nos cursos de Direito.

Mencken: “Para cada problema complexo existe uma resposta que é clara, simples e errada” (apud RAMIRES, 2010, p. 44).

Embora a prática dos concursos públicos seja republicana e relativamente democrática, não é imune a críticas. Referindo-se ao concurso para ingresso na carreira da magistratura, Luis Gustavo Grandinetti Castanho de Carvalho (2012, p. 134) elabora uma crítica que pode ser aplicada a muitos outros concursos jurídicos:

o modo de seleção dos atuais concursos públicos somente reproduzem a deformação e a alienação então imperantes. Privilegiam-se jovens com maior capacidade de memorização de textos legais. (...) O concurso deve aferir a capacidade de compreender e criticar o sistema de direito, com suas necessárias conexões interdisciplinares. O estágio confirmatório deve avaliar o juiz *in loco*, ou seja, onde ele atua, nos processos que julga, no modo de atender as pessoas, para aferir sua capacidade de colocar-se no lugar daqueles a quem se dirigem seu provimento judicial.

Embora se corra o risco do erro pela generalização, pode-se afirmar que o estudo para concursos jurídicos trata-se de verdadeiro *adestramento para a mediocridade*, estimulando, indiretamente, a subserviência e o conservadorismo (QUEIROZ, 2009, p. 130). Grosso modo, privilegia-se a memorização do conteúdo de leis e exige-se a catequização quanto aos preceitos dos tribunais superiores. Esse adestramento institui uma lógica binária de certo e errado⁵⁷ em que, muitas vezes, o certo é o que o STF ou o STJ decidiram nas últimas semanas ou meses, mesmo que haja doutrinadores de peso que afirmem exatamente o contrário do que foi estabelecido pelos Tribunais Superiores, sustentando-se em argumentos plenamente defensáveis e plausíveis.

Nesse sentido, os informativos de jurisprudência do STF e do STJ acabam recebendo muito mais atenção do que a doutrina mais basilar. Não é incomum, inclusive, relatos de recém-aprovados que afirmam que seu material de estudo se resumia, além dos obrigatórios informativos de jurisprudência, a cadernos de anotações de alunos de cursos preparatórios e a sinopses⁵⁸ – publicações que se propõem a condensar o conhecimento jurídico útil para a preparação para concursos públicos em um menor número de páginas. Ressalte-se que essas publicações são uma resposta adaptativa ao tipo de conhecimento que é cobrado em concursos públicos, oferecendo de maneira compilada os temas mais abordados em questões de

⁵⁷É simbólica, nesse sentido, a maneira como o Centro de Seleções e Promoções de Eventos (CESPE), ligado à Universidade de Brasília, promove concursos públicos. Frequentemente essa instituição elabora certames cujas provas de primeira fase são baseadas em afirmativas que o candidato deve assinalar como certas ou erradas.

⁵⁸A título de exemplo, menciona-se a coleção Sinopses Jurídicas da editora Saraiva e as coleções Sinopses para Concursos, que conta com 40 volumes, e Resumo para Concursos, atualmente com 35 volumes, ambas da editora Juspodivm.

concurso, apontando-se como resposta correta a ótica dos avaliadores, a qual, via de regra, é guiada pelos julgados mais recentes dos tribunais superiores.

Desse modo, como bem aponta Salo de Carvalho (2011b, p. 18), as decisões dos tribunais acabam ganhando cada vez mais força no campo jurídico, contando com mais legitimidade que as proposições doutrinárias. Ademais, a doutrina menos reflexiva coloca-se como meramente reprodutora do discurso dos tribunais, dando origem ao que Lênio Streck denominou de “império dos enunciados assertóricos que se sobrepõe à reflexão doutrinária” (2013, p. 98). Boa parte dos livros apenas menciona a ementa ou um trecho da ementa e dá-se a questão por resolvida. Na hipótese do entendimento encontrar-se consolidado em uma súmula, a questão se resolve meramente pelo apontamento de um número sem que seja possível avançar um centímetro na discussão. Afinal, a posição está decidida e consolidada em um verbete, sendo praticamente herético questionar o que foi “pacificado” pelo tribunal.

Nos cursos preparatórios para concursos, como era de se esperar, priorizam-se os professores que dominem técnicas que permitam a aprovação em concursos públicos. Daí entende-se porque um juiz, pelo simples fato de ter sido aprovado em um concurso para a magistratura, é mais bem quisto pelos cursos preparatórios que um advogado, mesmo que este tenha formação acadêmica mais sólida que a exigida para o ingresso em um cargo da magistratura (PRADO, G., p. 23).

O pragmatismo do estudo para concursos não é indene para a prática jurídica. Os servidores públicos que galgarem a aprovação após terem tido contato com esse tipo de conhecimento – futuros promotores de justiça, autoridades policiais, defensores públicos, juízes – reproduzirão esse discurso na prática de sua profissão, pois o bom juiz ou o bom promotor é aquele que se conforma à orientação dominante ditada pelo tribunal ou instituição a que pertence (QUEIROZ, 2009, p. 130). Além disso, uma vez que esses profissionais são encarados como mais qualificados para a preparação para concursos públicos, esse discurso será reproduzido também dentro das salas de aula de cursos preparatórios.

Gera-se, assim, uma retroalimentação de um ciclo vicioso de alienação quanto a qualquer pensamento crítico. A cultura de formação jurídica baseada no uso de manuais é danosa para o sistema jurídico, uma vez que essas publicações

parecem impermeáveis as críticas dirigidas à idoneidade das categorias principais com as quais trabalham. Não raro, mesmo os tribunais reproduzem os termos míticos falaciosos do Direito como se estes fossem verdades sacralizadas, sem enrubescimento ou mesmo indício de que percebem a escassa densidade científica do que é afirmado como justificativa para as decisões (PRADO, G. p. 28).

Se esse tipo de crítica pode ser dirigida ao uso de manuais – os quais, muitas das vezes, apenas repetem o texto da lei ou a repetem com outras palavras, além de inserir comentários aos comentários de outros autores (SAUSEN, 2013, p. 79) –, é ainda mais temerário que um ator judicial seja formado tão somente com base no que dizem os tribunais superiores e na leitura de doutrina simplificadora de complexidades.

Portanto, esse quadro de expansão dos cursos jurídicos de forma desmesurada e focada em aspectos quantitativos, junto com o aumento da atratividade das carreiras jurídicas de Estado, acessíveis por meio de concurso público, fazem com que o ensino jurídico adquira um caráter meramente reprodutor, sobretudo do que dizem os tribunais superiores, o que, considerando-se a tendência de concentração de poder na cúpula do Poder Judiciário, contribui destacadamente para a padronização do direito.

30 PAPEL DA DOCTRINA PENAL

Como já demonstrado, o aumento da demanda levada ao Poder Judiciário, os influxos da economia no Direito, a implementação de reformas legislativas, a utilização questionável de precedentes e de enunciados de súmula, o quadro de submissão dos juízes aos tribunais e a maneira como vem se desenvolvendo o ensino jurídico geram a padronização do direito. Esse quadro, ao final, resulta numa justiça focada em aspectos quantitativos e que se afasta cada vez mais da análise das especificidades dos casos concretos. Ademais, como os Tribunais Superiores analisam quase exclusivamente teses jurídicas, as posições encampadas por eles são tidas como “vencedoras”, passando a ser reproduzidas ao infinito acriticamente pelos outros tribunais e, o que é ainda mais questionável, pela doutrina. É o império das respostas dadas antes sequer de terem sido feitas as perguntas.

Nesse ponto, cabe reproduzir a observação de Dalton Sausen, a qual se encontra em consonância com o que foi exposto no capítulo 2. Segundo o autor,

todo esse movimento/fenômeno de estandardização do direito guarda relação com o desejo de uma compreensão universal e homogênea da vida e de seus problemas, numa ideia aberta e franca do neoliberalismo, ‘núcleo da matriz ideológica dos processos de mundialização e globalização, tendentes ao pensamento único’, que pretendem reduzir o direito a ‘uma ciência exata, segundo os padrões epistemológicos das matemáticas’ (2013, p. 48).

Ademais, considerando-se o acúmulo de poder nos tribunais de cúpula do Poder Judiciário⁵⁹, o direito passa a ser quase que exclusivamente o que os tribunais dizem que ele é. É cabível, portanto, a observação de Waratde que esse processo faz com que os atores jurídicos sejam reduzidos a “meros consumidores do direito produzido pelos pretórios” (1995, p. 69 apud SAUSEN, 2013, p. 46), a consumidores do direito pronto, processado.

Essa padronização do direito gera danos principalmente ao jurisdicionado, o qual deixa de ter o seu caso analisado minuciosamente em função da priorização da justiça quantitativa. Esse risco é particularmente danoso quando se trata da jurisdição penal, onde o resultado de um julgamento equivocado por falta de consideração às especificidades da questão submetida ao juiz pode levar à privação ou restrição de liberdade. Além disso, os próprios atores do sistema de justiça também se tornam, de certa forma, reféns da “doutrina dos tribunais”, uma vez que os casos são resolvidos no atacado por discursos de

⁵⁹ Chega-se a falar, inclusive, em imperialismo da jurisprudência, em um texto direcionado à crítica das súmulas vinculantes (STRECK; ABOUD, 2013 p. 32).

fundamentação prévia sem a atenção devida aos fatos. Por fim, também são particularmente afetados por essa lógica os juízes de primeira instância, uma vez que sua atuação é restringida, tornando-se simples reprodutores dos significantes estabelecidos previamente pelos tribunais (SAUSEN, 2013, p. 47).

3.1 A padronização e a automatização da prestação jurisdicional

O contexto da utilização acrítica e mecânica dos discursos de fundamentação prévia afeta consideravelmente os magistrados. Nesse sentido, Alexandre Morais da Rosa (2011, p 132) afirma que o Poder Judiciário “deixou de ocupar um lugar de ‘instituição’ para se postar como uma mera ‘empresa’ encarregada da solução de conflitos ao menor ‘custo coletivo’, atendendo a uma lógica pragmática do custo-benefício”.

Como já demonstrado, o valor de eficiência foi introjetado no sistema de justiça a partir das “recomendações” do Banco Mundial, em especial pelo documento técnico nº 319. Essa assunção do valor de eficiência é particularmente veiculada pelo CNJ e absorvida pelos tribunais, os quais passaram a determinar aos magistrados o preenchimento de diversos relatórios que tratam das atividades por eles realizadas (nesse contexto talvez o termo adequado seria “produzidas” ou “fabricadas”). Juntando-se essa tendência com a utilização de discursos de fundamentação prévia, chega-se ao quadro em que a prestação jurisdicional torna-se uma atividade de “franqueado jurisdicional”, transformando os juízes em “meros gestores de unidades jurisdicionais” (ROSA, 2011, p. 134).

Para que os juízes desempenhem esse papel de gestão de unidade jurisdicional, a função exercida pelos assessores é essencial. A assessoria dos magistrados opera seguindo a lógica da eficiência sem reflexão, elaborando um grande número de decisões, mas valendo-se da aplicação automática dos discursos de fundamentação prévia dos tribunais, servindo o juiz como regente de sua assessoria (ROSA, 2012, p. 78).

Diante desse quadro, a independência funcional dos magistrados resta abalada. Os tribunais atualmente exercem grande controle sobre as atividades dos juízes, acompanhando a quantidade de audiências designadas, o motivo pelo qual audiências não são designadas em determinado dia, o número de decisões proferidas, dentre outras ingerências que são orientadas sempre pela lógica eficientista de custo/benefício. Rosa (2011, p.134) chama

atenção também para o reflexo na vida dos magistrados, produzido por tamanho controle e pressão por produtividade, apontando o fato notório de que há um número considerável de magistrados que têm se tornado dependentes químicos, utilizando-se de calmantes, estimulantes ou drogas ilícitas. Além disso, constatam-se também episódios de assédio moral contra servidores e familiares, dentre outros problemas decorrentes de um elevado nível de estresse.

Esse quadro de vigilância e cobrança de produtividade abala a independência dos juízes, pois não há tranquilidade para a ponderação necessária à prestação jurisdicional. Como bem aponta Karam (2002, p. 151), a única submissão aceitável à atividade jurisdicional é a decorrente da própria função que lhe é atribuída, ou seja, a de agir para concretizar e efetivar a lei constitucionalmente válida e garantia dos direitos fundamentais de cada indivíduo. O estresse a que são submetidos os magistrados faz com que se chegue ao quadro que Alexandre Morais da Rosa (2011, p. 134) denominou de Síndrome do Pânico Judicial, a qual seria a “verdadeira substituição da atividade jurisdicional por um “curto-circuito” da atividade ritualizada de julgar, transferida para decisões já-dadas, de maneira acelerada, cuja angústia dispara opânico”.

Considerando-se esse cenário, o magistrado há de fazer uma opção dentre duas hipóteses excludentes: ou se decide com a reflexão, analisando detidamente o caso que lhe é submetido, caso em que se demoraria mais tempo que o compatível com as exigências de produtividade dos órgãos da administração da justiça, podendo ainda gerar uma decisão que vai contra o senso comum teórico e que, em função disso, corre grande risco de ser reformada; ou se adotam os discursos prontos de fundamentação prévia fixados anteriormente pelo franqueador (Tribunais Superiores) e se decide de forma rápida, padronizada e sem maiores reflexões ou considerações, chegando a uma decisão-padrão que qualquer juiz-padronizado/franqueado jurisdicional/gestor de unidade jurisdicional poderia assinar. Enfraquece-se assim, a figura do juiz autônomo, aproximando-se de um patamar de “jurisdição monitorada” (ROSA, 2011, p. 134).

Deve-se acrescentar, ainda, que os magistrados mais novos são capazes de reproduzir inúmeras regras jurídicas, resultado de anos de educação baseada no mero acúmulo de informação, mas não possuem a formação crítica ou humanística mais elaborada (ROSA, 2011, 138). A falta de formação crítica faz com que o juiz “vá seguindo as modas da estação jurisprudencial” (ROSA, 2012, p. 78), o que sem dúvida contribui para a reprodução do paradigma vigente, personificado nas súmulas vinculantes, repercussão geral, recursos repetitivos (SAUSEN, 2013, p. 62) e outros discursos de fundamentação prévia.

Há que se adicionar, ainda, uma questão pouco debatida. Após a EC nº 45/2004, o subsídio dos juízes brasileiros elevou-se a um patamar que o coloca entre mais elevados da América Latina (ROSA, 2011, p. 135) e do mundo (VIANNA, 2012). Ao investigar os motivos que levaram a essa valorização, Alexandre Morais da Rosa (2011) lembra que o Poder Judiciário brasileiro, após a Constituição de 1988, assumiu a posição de realizador das promessas não cumpridas da modernidade (CAPPELLETTI, 1993), por meio da concretização de direitos fundamentais. A atuação do Judiciário na busca da realização de valores constitucionais repercutiu no modo de operação da economia, resultando na incorporação das decisões judiciais como mais um fator que compõe o custo de produção das sociedades empresárias. Relacionando o aumento de subsídios posteriormente a essa assunção de postura proativa do Judiciário, Rosa afirma que

o fundamental, neste contexto, é a aplicação das lições de Gramsci, a saber, era preciso cooptar os atores judiciais, e a melhor maneira de assim proceder é pagando bem. Assim, de um momento para o outro, sem alarde, a classe dos juízes, então pertencente ao que se denominava de média, ganhou um up-grade; passou a fazer parte da Elite que consome e, *então, passa a defender seus privilégios, os quais acabam se confundindo com os demais*, ou seja, grande parte é farinha do mesmo saco. Pagou-se com a possibilidade do fim da Independência e da Democracia. O resultado efetivo foi um grande “cala a boca” nos juízes que passaram, não raro, a adotar uma postura mais complacente, sem alardes, nem contestações... de ver a banda passar cantando coisas de amor... (2011, p. 138, grifo nosso).

Vale observar ainda que esse mesmo fenômeno de valorização de subsídios ocorreu também com outras carreiras públicas, tais como o Ministério Público, após a Emenda Constitucional nº 45/2004 e, mais recentemente, com a Defensoria Pública da União e de alguns estados. Assim, pode-se também questionar se essa valorização de subsídios gerou alguma alteração na atuação dessas instituições.

Todo esse quadro descrito contribui para se chegar a um cenário de prestação jurisdicional padronizada. Diante do acúmulo de poder na cúpula do Poder Judiciário e da ausência de uma cultura jurídica consolidada de crítica aos julgados, os alunos dos cursos de direito são contaminados pela lógica de consumidores do direito pronto. Esse paradigma é estabelecido pelos Tribunais Superiores, os quais são encarados majoritariamente como inquestionáveis, afastando-se cada vez mais da apreciação dos fatos e das consequências da aplicação de determinada tese de forma reiterada. Esses alunos, por sua vez, para ingressar nos cargos da magistratura terão que passar mais alguns anos sendo adestrados para a submissão e para acumular um sem número de informações não processadas, mas que podem ser reproduzidas com facilidade. Quando obtiver aprovação no certame e ingressar na carreira, esse novo juiz se dará com uma realidade de pressão por produtividade, o que o

empurra, junto com a falta de formação crítica, a adotar soluções que exijam baixo esforço cognitivo e que são, por essa razão, rápidas, resultando na mera reprodução do paradigma vigente em suas decisões, deixando, todavia, de apreciar detidamente os fatos.

A prestação jurisdicional padronizada, assim, torna o juiz um gestor de unidade de produção de decisões judiciais. Nesse sentido, as Escolas de Magistratura, incluindo-se a ENFAM, funcionariam como uma espécie de SENAI (Serviço Nacional de Aprendizagem Industrial) jurídico, sendo responsáveis por introjetar o estado da arte da moda jurisprudencial nos futuros magistrados.

A prestação jurisdicional funcionaria, sob essa perspectiva, como uma linha de produção: os trabalhadores do chão da fábrica – assessores jurídicos e estagiários – teriam por função ocupar-se do processo produtivo na esteira – discute-se a hediondez do crime de tráfico quando incidente a causa de diminuição do parágrafo 4º do artigo 33 da lei nº 11.343/06? Despiciendo, tendo em vista a súmula 512 do STJ; Foi pedido o indulto quanto a esse crime? Não deve ser concedido, já que o STF decidiu recentemente que não cabe⁶⁰; O recurso especial pretende o reexame de provas? A súmula 07 do STJ soluciona o caso; A pena foi reduzida abaixo do mínimo legal pela presença de atenuante? Jamais poderia ter ocorrido, como impõe a súmula 231 do STJ. Após esses apertos de parafusos jurídicos, que são orientados pela coerção de uniformidade (ROSA, 2011, p. 135) e concretizados por meio da aplicação de discursos de fundamentação prévia, sem a análise detida dos fatos, o juiz, no final da esteira de produção, aprovaria o ato produzido dando o “de acordo” por meio de sua assinatura, finalizando o processo de prestação jurisdicional padronizada. No final desse procedimento, fabrica-se uma decisão padronizada, que por ser “tamanho único” cabe em todos, mas não se adéqua quase ninguém.

Ainda sob essa ótica, o CNJ atuaria como um ISO⁶¹(International Organization for Standardization, ou Organização Internacional para a Padronização, em tradução livre) jurídico, concedendo aos tribunais certificações de produção de sentenças em ritmo adequado aos valores que o guiam. Chega-se, assim, ao que Rosa (2011, p. 135) denominou de gestão sem jurisdição.

⁶⁰ Essa fundamentação usaria como parâmetro o julgamento do HC 118213/SP, pela 2ª turma do STF, relatado pelo. Min. Gilmar Mendes e julgado em 06/5/2014.

⁶¹ “ISO International Standards ensure that products and services are safe, reliable and of good quality. For business, they are strategic tools that reduce costs by minimizing waste and errors, and increasing *productivity*. They help companies to access new markets, level the playing field for developing countries and facilitate free and fair global trade”. Informação disponível em <<http://www.iso.org/iso/home/standards.htm>>. Acesso em 05.jul.2014.

É notável, ademais, que quando esse processo se dá nos Tribunais Superiores, os quais fabricam as decisões mais aptas a serem reproduzidas, os consumidores do direito pronto acotovelam-se ávidos para conhecer qual será a tendência lançada, prontos para reproduzi-la em sala de aula ou em seus posicionamentos na prática forense, retroalimentando todo o ciclo.

3.2O distanciamento entre a teoria e a prática judicial

Existe um notável divórcio entre o discurso acadêmico e aquele adotado na prática judiciária. A dinâmica de funcionamento dos tribunais, que hão de lidar com grande demanda diária de feitos, faz com que se busquem soluções mais rápidas, o que normalmente se dá com a adoção de teorias jurídicas mais acessíveis. Ademais, conforme já explanado, atualmente a formação dos magistrados não estimula o espírito crítico, mas sim a adoção retroalimentadora dos discursos adotados nos Tribunais Superiores. Além disso, a própria demanda de trabalho não contribui para que os magistrados se atualizem quanto à produção acadêmica.

Esse distanciamento dos magistrados em relação à doutrina pode ser ilustrado pela manifestação do Ministro Humberto Gomes de Barros, quando do julgamento do agravo regimental nos embargos de divergência em recurso especial nº 279.889, originado do Tribunal de Justiça de Alagoas (2001/0154059-3):

Não me importa o que pensam os doutrinadores. Enquanto for Ministro do Superior Tribunal de Justiça, assumo a autoridade da minha jurisdição. O pensamento daqueles que não são Ministros deste Tribunal importa como orientação. A eles, porém, não me submeto. Interessa conhecer a doutrina de Barbosa Moreira ou Athos Carneiro. Decido, porém, conforme minha consciência. Precisamos estabelecer nossa autonomia intelectual, para que este Tribunal seja respeitado. É preciso consolidar o entendimento de que os Srs. Ministros Francisco Peçanha Martins e Humberto Gomes de Barros decidem assim, porque pensam assim. E o STJ decide assim, porque a maioria de seus integrantes pensa como esses Ministros. Esse é o pensamento do Superior Tribunal de Justiça, e a doutrina que se amolda a ele. É fundamental expressarmos o que somos. Ninguém nos dá lições. Não somos aprendizes de ninguém. Quando viemos para este Tribunal, corajosamente assumimos a declaração de que temos notável saber jurídico - uma imposição da Constituição Federal. Pode não ser verdade. Em relação a mim, certamente, não é, mas, para efeitos constitucionais, minha investidura obriga-me a pensar que assim seja (grifo nosso).

Deixando-se de lado o tom pouco cordial adotado pelo Ministro, percebe-se que o discurso por ele proferido é no sentido de que o Poder Judiciário não deve se submeter aos

ditames da doutrina. Para ele, seria relevante conhecer o pensamento dos juristas, mas o decisivo para o julgamento seria a consciência do julgador⁶².

É necessário, diante desse quadro de padronização do direito e da prestação jurisdicional, que se resgate o papel da doutrina, a qual deve servir como constrangimento epistemológico (STRECK; ABOUD, 2013, p. 113), expondo as falhas das decisões judiciais e, sobretudo, reduzindo o grau de irracionalidade do sistema penal. O distanciamento entre a doutrina e a prática jurídica leva ao alheamento da jurisdição, o qual a torna um processo padronizado e ritualístico, a ser realizado com base no senso comum – teórico ou leigo. Essa realidade vem contribuindo para se alcançar resultados nefastos na esfera penal.

Em 2012, o Brasil continha 548.003 pessoas encarceradas, o que o faz o país com a quarta maior população carcerária do mundo. Ademais, é notável que, ano a ano, vem se mantendo a tendência de crescimento do número de pessoas presas. Também figuramos entre os países com maior taxa de encarceramento⁶³, verificando-se em 2010 a taxa de 287,31 pessoas presas por 100 mil habitantes (CARVALHO, S., 2014 p. 36 e CNJ, 2014). Num período de dezoito anos, de 1994 até 2012, a população encarcerada cresceu 324% (CARVALHO, S., 2010 e INFOPEN, on-line), devendo-se adicionar que esse dado se elevaria ainda mais se o período analisado partisse do ano 1990, o que não se fez por não encontrar fontes seguras de dados⁶⁴.

Além disso, em 2009 foram computadas mais de 671 mil pessoas cumprindo penas e medidas alternativas, representando um aumento de 555% em relação ao número de pessoas que se encontravam nessa situação em 2002 (CARVALHO, S. 2014, p. 45-46).

Esse é o quadro atual do sistema penal brasileiro. É nesse cenário que se insere a prestação jurisdicional padronizada e automatizada. Mesmo diante dele, 89,9% dos magistrados entendem que a falta de vagas no sistema carcerário é importante para a impunidade. A demora no encerramento do processo e o excesso de recursos são tidos como altamente importantes para a impunidade por, respectivamente, 83,9% e 86,1% dos magistrados. Constata-se, ainda, que a maioria dos juízes é favorável à diminuição da maioridade penal (61%) e ao aumento de tempo para a internação de adolescentes (75,3%). Concordam ainda com o aumento da fração de cumprimento de pena necessária ao livramento condicional (81,5%) e à progressão de regime, em crimes graves (89,3%). Os

⁶²Sobre o tema, consultar STRECK (2013).

⁶³O CNJ divulgou que a taxa de encarceramento teria chegado a 358 pessoas presas por 100 mil habitantes (CNJ, 2014). Esse dado, no entanto, parece incluir os condenados que cumprem pena em regime aberto.

⁶⁴ Em pesquisa realizada na web verificou-se que algumas fontes apontam que o número de presos em 1990 seria de 90 mil. *Caso esse dado se confirme, o crescimento acumulado em 22 anos – de 1990 a 2012 –, seria de 508%*

magistrados anuem, ainda, ao aumento do limite de pena privativa de liberdade acima dos 30 anos atuais (69,1) e à proibição de liberdade provisória para o crime de tráfico (74,5%) (AMB, 2006).

Como bem apontam Streck e Abboud (2013, p. 11) “indignamo-nos no varejo e nos omitimos (ou nos alienamos) no atacado”⁶⁵. Enquanto tragédias como a de Marcos Mariano da Silva, homem que ficou preso por 19 anos indevidamente, tendo morrido horas depois de saber que o STJ havia concedido indenização por sua estadia no cárcere⁶⁶, inspiram solidariedade e fúria, mais de meio milhão de pessoas apodrecem nos porões da República, sem que seja feito qualquer alarde. Pelo contrário, conforme demonstrado, a postura mais comum, inclusive de magistrados, é bradar por mais punição.

Não se pretende atribuir o desenfreado crescimento da população carcerária exclusivamente ao Poder Judiciário, uma vez que para que se chegasse aopatamar atual foi necessária a atuação orquestrada dos três poderes da República. No entanto, é patente que a postura dos magistrados contribui destacadamente para esse quadro. Como se nota na pesquisa acima relatada, o senso comum dos magistrados é no sentido de que para que se combata a suposta impunidade existente seria necessário punir mais e com maior severidade, além de ser necessária a expansão ainda maior do sistema carcerário.

Obviamente, esse senso comum é reproduzido nas decisões judiciais. E nesse contexto de prestação jurisdicional padronizada tende-se a perpetuar essa visão, sobretudo quando, buscando atender às pressões de eficiência, adotam-se cegamente os discursos de fundamentação prévia impostos ou sugeridos pelos tribunais superiores.

Cabe, mais uma vez, invocar Alexandre de Moraes Rosa (2012, p.72), que, analisando o papel da magistratura, aponta que

“nós temos uma gestão hoje da eficiência, da eficiência tratada por um sistema que entende a pena como alguma coisa benéfica, capaz de devolver a ordem e a disciplina. É uma lógica que significa a morte e talvez seja essa a nossa grande função, fazer morrer via sistema penal (...)” (ROSA, 2012, p. 78).

É necessário, portanto, que se resgate o papel da doutrina, dotando-a de maior peso na formação dos atores jurídicos e na sua atuação prática, sobretudo quando se trata dos

⁶⁵ Esse fenômeno cognitivo pode ser explicado pelo efeito da vítima identificável (*the identifiable victim effect*), um efeito que sobreleva a emoção na tomada de decisões, superando a racionalidade estrita. Verifica-se que quando se individualiza uma vítima específica de um ato, tende-se a inspirar ações, enquanto informações gerais sobre massa de vítimas não motiva qualquer ação, em geral. Faz todo sentido cognitivo, portanto, a afirmação atribuída a Stalin de que a morte de um homem é uma tragédia; a de milhões, uma estatística. Sobre o tema consultar ARIELY (2010).

⁶⁶Notícia divulgada em <<http://sao-paulo.estadao.com.br/noticias/geral,preso-por-engano-ganha-acao-e-morre-imp-,802245>>. Acesso em 04.jul.2014.

magistrados, os quais desempenham papel fundamental na contenção do poder punitivo. Além disso, faz-se necessário criar uma cultura jurídica de crítica aos julgados, de modo que se rompa com a tendência doutrinária atual de fazer uso instrumental deles, de modo a afirmar que determinada posição é a dominante, em função de ter sido acolhida por um tribunal superior.

3.3A necessidade de abertura do saber penal aos fatos

Direito é um conceito. Não é um ser, não tem substância. E, como todo conceito, necessariamente remete e outros conceitos, os quais, por sua vez, recorrem ainda a conceitos anteriores. Desse modo, para se chegar ao conceito de direito há de se valer de remissões e associações. E mais, o conceito de direito é apenas um dentre tantos possíveis, ou seja, trata-se de uma opção e, portanto, de uma redução, uma simplificação, uma apreensão parcial da realidade que resulta, inevitavelmente, na postulação de igualdade entre desiguais. Por fim, um conceito é uma representação do pensamento que é construída a partir de experiências passadas, mas que tem a pretensão de ser válida para o futuro (QUEIROZ, 2011, p. 6 e ss).

O direito, portanto, não é um dado. Não é um ente ontológico que possui existência autônoma à da sociedade. Não é revelado ao homem, nem descoberto por sua razão, mas sim construído pelo homem, conforme já preconizava Tobias Barreto (apud BATISTA, N., 2005, p. 18). O direito é, pois, um produto do homem, e, mais especificamente, resultado da interpretação. Assim, Paulo Queiroz, inspirando-se em Nietzsche, aponta com precisão que “não existem fenômenos morais, mas apenas uma interpretação moral dos fenômenos, tampouco existem fenômenos jurídicos, mas só uma interpretação jurídica dos fenômenos” (2011, p. 9). Direito, é, portanto, o que se diz que ele é, e, nesse sentido, “o direito tem a forma e o tamanho da hipocrisia humana” (QUEIROZ, 2013b)⁶⁷.

Essas reflexões ajudam a romper o condão de pureza e neutralidade que o rótulo de ciência atribuiu ao direito. Além disso, questionamentos acerca da incompletude do ordenamento jurídico, da fragilidade de seu objeto de investigação e da impossibilidade de

⁶⁷ Outra observação do autor, nesse mesmo texto, é muito pertinente: “Parece certo assim que, no fundo, direito, estado de direito, justiça etc. são apenas metáforas que associamos às sensações que nos causam algum prazer, conforto, segurança ou sentimento análogo; quando as nossas emoções são em sentido oposto, então diremos que se trata de algo injusto ou cruel” (2013).

pleno controle deste, bem como da ausência de harmonia entre as promessas normativas e sua efetividade social, também contribuem para debilitar o próprio caráter científico do direito. Diante dessas críticas, chega-se a um quadro de sedição contra o entendimento de que o saber jurídico constitui uma ciência, constituindo o que Salo de Carvalho chamou de “ferida narcísica da dogmática jurídica” (CARVALHO, S., 2011a, p. 45).

3.3.1 Feridas narcísicas do direito penal

O mito de Narciso, o qual “representa a situação do homem que, não sabendo que a beleza está dentro dele, procura-a nas coisas externas, nas quais tenta em vão abraça-la” (ABBAGNANO, 2012, p. 813), é retomado nos escritos de Freud do início do século XX. O conceito de narcisismo compreende a “transposição, para o eu do Sujeito, dos investimentos libidinais antes feitos nos objetos do mundo externo” (RUDINESCO & PLON, *apud* CARVALHO, S., 2011a, p. 87). Trata-se, pois, de um ato de voltar-se para dentro, de autofoco, de contentamento com a própria representação. Esse conceito foi utilizado por Freud como uma ferramenta para a compreensão analítica de desordens psicológicas.

O narcisismo, além de ser útil para a perquirição de desordens individuais, o é também para a análise das expectativas e representações da cultura ocidental. Com esse intuito, Freud elencou três feridas narcísicas da humanidade: a ferida cosmológica, que se dá com os estudos de Copérnico e sua conclusão de que o sistema solar era heliocêntrico, gerando o rompimento da crença de que a Terra se encontrava no centro do universo e que o sol, os planetas e a lua giravam ao seu redor; a ferida biológica, que é consequência das pesquisas de Darwin e de sua teoria da evolução, a qual atribui à seleção natural e às mutações a adaptação das espécies ao ambiente, estabelecendo-se, conseqüentemente, uma clara conexão entre os outros animais e o homem e resultando, também, na quebra do paradigma do homem como ser de origem divina e soberano quanto às demais espécies; por fim, tem-se a ferida psicológica que se dá – e aqui talvez se depare com uma passagem de pouca modéstia por parte de Freud – com a psicanálise, que revela a existência do inconsciente e abala o império da racionalidade que nos tornaria seres diferenciados, ou, de maneira mais clara, superiores (CARVALHO, S. 2011a, p. 88).

Partindo da ideia de Freud, Salo de Carvalho (2011a, p. 89-95) elenca duas feridas narcísicas do direito penal, ou seja, duas circunstâncias que abalam sua vaidade: a desconstrução do ideal de controle do crime efetivada pela criminologia e a crítica à perspectiva de tutela de bens jurídicos. Passa-se à análise desta.

3.3.1.1 A tutela de bens jurídicos

O direito penal, sendo uma especialização do direito, está sujeito à mesma análise crítica já realizada, ou seja, ao fato de que se trata de um constructo humano, que se encontra em permanente mutação e cuja efetividade depende da interpretação do homem. Nesse sentido, a doutrina costuma apontar como função desempenhada por este ramo do saber jurídico a garantia das condições de vida da sociedade – Mestieri – ou ainda a preservação dos interesses do indivíduo ou do corpo social – Heleno Fragoso (apud BATISTA, N., 2005, p. 21). Roxin, por sua vez, entende que o direito penal tem por função “garantir a seus cidadãos uma existência pacífica, livre e socialmente segura, sempre e quando estas metas não possam ser alcançadas com outras medidas político-sociais que afetem em menor medida a liberdade dos cidadãos” (ROXIN, 2006a, p. 16). Em resumo, pode-se dizer que o objetivo declarado do direito penal é a “proteção de bens jurídicos através da cominação, aplicação e execução da pena”(BATISTA, 2005, p. 116).

A doutrina, portanto, é quase uníssona ao apontar que a função exercida pelo direito penal abrange a proteção de bens jurídicos. Ocorre que, primeiramente, não há uma definição universalmente aceita do que vem a ser esse instituto, apontando a doutrina inúmeras conceituações possíveis. Claus Roxin, por exemplo, entende que os bens jurídicos são “circunstâncias reais dadas ou finalidades necessárias para uma vida segura e livre que garanta todos os direitos humanos e civis de cada um na sociedade ou para o funcionamento de um sistema estatal que se baseia nestes objetivos” (2006a, p. 18-19). Percebe-se, assim, que o conceito apresentado permite uma grande elasticidade dos valores que podem ser enquadrados como bem jurídico. Além disso, há se de lembrar que a eleição dos valores que são dignos da proteção pelo direito penal não é aleatória, operando-se, desde já, a seletividade do sistema penal.

Sobre o ponto, é importante retomar os ensinamentos de Baratta (1994, p. 10):

(...) define-se o direito penal como um instrumento que tutela os interesses vitais e fundamentais das pessoas e da sociedade, mas ao mesmo tempo, definem-se como vitais e fundamentais os interesses que, tradicionalmente, são tomados em consideração pelo direito penal.

Assim, ao se debater a fundamentação do direito penal, sob a ótica da doutrina majoritária, e a relevância dos bens jurídicos por ele tutelado, cai-se num ciclo tautológico a partir do qual dificilmente se avança. Há, assim, uma cíclica autolegitimação: o direito penal é legítimo porque protege os interesses essenciais da sociedade; os interesses mais relevantes da sociedade são aqueles que são eleitos pelo direito penal para serem protegidos. Tal autolegitimação assemelha-se ao paradoxo de Tostines⁶⁸. Explica-se: diferentemente do paradoxo do ovo e da galinha – que se resume na indagação de quem teria surgido primeiro, a galinha ou o ovo – do qual somente resulta uma dúvida, no paradoxo de Tostines, mediante duas afirmações contraditórias entre si, consegue-se, além de gerar uma dúvida, afirmar duas qualidades do produto. Pois bem, por meio das definições tautológicas sobre direito penal e bem jurídico ressaltadas por Baratta, há a reafirmação e a legitimação do papel indispensável do direito penal: o direito penal é relevante porque a ele cabe a proteção dos bens jurídicos fundamentais e estes, por sua vez, são facilmente identificáveis, pois são exatamente aqueles selecionados pelo direito penal para que recebam a proteção mais robusta conferida pelo Estado. Reafirmada está a legitimidade do poder punitivo.

Apesar da visão majoritária da doutrina ser conforme essa orientação, fato é que a atuação do sistema penal só se dá posteriormente à prática do crime. A atuação que se dá mediante um iminente perigo de lesão ou para interromper uma que se encontra em curso não pode ser chamada de pena, mas sim de coerção direta, conforme apontam Zaffaroni, Batista, Alagia e Slokar (2003, §4º). A coerção direta é um exercício de poder que conta com uma explicação racional, qual seja, a cessar a lesão ou ameaça de lesão. Quando exercida dentro desse limite é legítima, pois “enquanto uma atividade lesiva perdurar a força empregada para detê-la não constitui pena, mas sim coerção direta”(ZAFFARONI et al, 2003, p. 105), visando tão somente obstar a lesão, o que é racionalmente justificável. Já a pena, por sua vez, tem caráter retributivo, e, portanto, gera a perda de bens jurídicos ou direitos subjetivos, configurando-se como um mal que ultrapassa a simples reintegração ou compensação devidas (BATISTA, N., 2005, p. 43).

⁶⁸ A publicidade do biscoito Tostines veiculada na televisão durante os anos 1980 questionava o consumidor: Tostines é mais fresquinho porque vende mais ou vende mais porque é mais fresquinho? Tal publicidade gerou o que ficou popularmente conhecido como o paradoxo de Tostines.

Há de se observar, ainda, que a elaboração teórica do bem jurídico serviu – e deveria servir – para a limitação do poder de punir do Estado (PASCHOAL, 2003, p. 48). No entanto, a dogmática penal insiste em utilizar a função de defesa do bem jurídico para transparecer “o delírio de grandeza messiânico de responsabilizar-se pela proteção dos valores mais importantes à Humanidade – chegando ao ponto de assumir o encargo garantidor do futuro da civilização através da tutela penal das gerações futuras” (CARVALHO, S., 2011a, p. 104).

Essa postura autorreferencial e prepotente do direito penal dificulta o diálogo com outros saberes e impede que se reconheçam suas próprias limitações⁶⁹. Assim, o comportamento do discurso penal assume os valores de Narciso: “imagem exacerbada; excessiva estetização de si mesmo; autocentramento; intolerância a defeitos e incapacidades que se desviam de figuras determinadas como aceitáveis.”. No entanto, com o estabelecimento de diálogo do saber penal com outros saberes, em especial a criminologia, expõe-se sua “absoluta incapacidade de proteção de quaisquer valores, dos mais importantes ao de menor significância social” (CARVALHO, S., 2011a, p. 104), constituindo-se, assim, uma ferida narcísica do direito penal.

No sentido contrário à corrente predominante, Juarez Tavares (2002, p. 180) aponta com brilhantismo que

geralmente, insere-se o bem jurídico como pressuposto do tipo, mas na qualidade de objeto de proteção. Na verdade, não se pode instituir como pressuposto do tipo a proteção do tipo, pois *essa proteção não possui conteúdo real*. Em primeiro lugar, *não há demonstração* de que, efetivamente, a formulação típica de uma conduta proibida *proteja o bem jurídico*. Em segundo lugar, essa proteção do bem jurídico funciona apenas como mera referência formal, sem fundamento material. Finalmente, inserir a proteção de bem jurídico como pressuposto do tipo significa uma opção por uma política criminal puramente sistêmica, de tomar o tipo não como instrumento de garantia, mas sim como instrumento de manutenção e reprodução da ordem. Este último aspecto *é ignorado pela dogmática, que, simplesmente, aceita a finalidade protetiva atribuída ao tipo como dado absolutamente irrefutável* (grifo nosso).

⁶⁹Para exemplificar como a ameaça de pena é superestimada pela doutrina, traz-se um trecho de um dos penalistas mais renomados da atualidade: “Um problema político-criminal, que ainda deve ser rapidamente mencionado, diz respeito a se se deve proteger o homem, já antes de seu nascimento – ou seja, na fase embrionária – contra homicídios e lesões culposas. O direito penal alemão ainda não o faz, e eu não considero recomendável uma ameaça penal contra a futura mãe. Com certeza é perturbante que, por motivo de desatenção da futura mãe, se provoquem o aborto ou lesões à criança no corpo da mãe. Mas a ameaça de pena contra a gestante acarretaria mais danos que benefícios. *Ela iria reduzir o desejo de ter filhos, bem como impor à gestante um stress psíquico que seria prejudicial tanto para a mãe, como para a criança*” (ROXIN, 2006b, p. 177, grifo nosso). É pouco plausível que a relação mãe-filho venha a ser afetada por uma previsão legal nesse sentido. Muitos são os motivos pelos quais uma mãe, em regra, não comete atos dessa espécie, e dentre os mais relevantes não se encontram a ameaça penal. Chega a ser caricato combinar tal construção com a presunção de conhecimento da lei e imaginar uma mulher abrindo o diário oficial numa manhã qualquer e, diante de uma nova lei nesse sentido, reavaliar a relação custo/benefício da maternidade, repensando sua posição de querer ser mãe em função da criminalização de determinada conduta descuidada.

Em razão de toda essa crítica, conclui-se que a dogmática penal, admitindo sua incapacidade protetiva quando do estudo da parte especial do código penal, ao invés de utilizar-se da classificação de crimes quanto ao bem jurídico tutelado, deveria adotar a expressão *bem jurídico ofendido*⁷⁰. Trata-se de uma pequena diferença de vocabulário, mas que, caso não seja alterado, acaba por reforçar dia após dia a mítica defesa de bens jurídicos. Afinal, “conceitos têm consequências” (CHRISTIE, 2011, p. 15), devendo-se optar pelos significantes que são mais adequados às consequências que se quer obter.

Por fim, entende-se que somente pode-se tratar o direito penal como instrumento de tutela de bens jurídicos caso se parta da teoria negativa – ou agnóstica – da pena. Isso porque perante essa perspectiva entende-se que a função do direito penal, como dique de contenção do poder punitivo, é a de conter o estado de polícia que subjaz em qualquer estado de direito. Assim, ao frear o poder punitivo e efetivar os direitos fundamentais, o direito penal estaria tutelando os bens jurídicos mais relevantes. Somente sob esse aspecto, portanto, pode-se falar de proteção a bens jurídicos pelo Direito Penal (ZAFFARONI *et al*, 2003).

3.3.1.2 O controle do crime

Outra função comumente atribuída ao direito penal é a de combater o crime. Esse é o entendimento, por exemplo, de Damásio de Jesus (*apud* BATISTA, N., 2005 p. 21). E certamente essa é a função mais alarmada pela mídia, sobretudo quando ocorrem crimes que chocam a população e se clama pelo Direito Penal de emergência.

Primeiramente há de se esclarecer o que se entende por crime. A origem etimológica dessa palavra, segundo Álvaro Pires (*apud* TANGERINO, 2011, p. 15), remete ao vocábulo latino *crimen*, o qual significa decisão judicial. *Crimen*, por sua vez, remonta ao vocábulo grego *krimen*, que se traduz por julgar, escolher, separar. A origem da palavra crime, portanto, está ligada não a uma conduta, mas sim *ao julgamento de um comportamento*.

Portanto, o crime, como tal, não existe. “Existem somente atos, aos quais são atribuídos diferentes significados em cenários sociais diferentes” (CHRISTIE, 2011, p. 20). Crime não é um ente biológico, que tem vida e constituição próprias. Não há uma fôrma em que o crime se encaixa, não há cheiro nem cor de crime (BATISTA, V., 2011). Crime é uma

⁷⁰ Assim o faz o professor Nilo Batista desde suas aulas de graduação.

adjetivação, um rótulo agregado a uma conduta, resultado de prévia seleção política de ações e omissões que serão eleitas como passíveis de habilitação da coerção estatal – ou seja, de aplicação de pena. Trata-se, portanto, de um conceito *político*. Assim, pode-se afirmar que “não existem fenômenos criminosos, mas apenas uma interpretação criminalizante dos fenômenos; logo, não existem fenômenos típicos, antijurídicos ou culpáveis, mas somente uma interpretação tipificante, antijuridizante e culpabilizante dos fenômenos” (QUEIROZ, 2013a). Em suma, pode-se concluir, em termos beauvoirianos, que não se nasce crime, torna-se.

Não há, pois, diferença ontológica entre um ilícito penal e outro não penal. Atualmente se aceita como o caráter diferencial do crime para com outras condutas ilícitas a especificidade de sua resposta normativa: a pena. E a pena, por sua vez, distingue-se das demais sanções não penais por seu caráter eminentemente retributivo. A pena inflige um mal que excede a simples reintegração ao *status quo ante* ou a compensação, valendo-se da restrição de bens jurídicos ou de direitos subjetivos (BATISTA, N., §5º). A pena funda-se, pois, na transposição do limite de tornar uma conduta indene (compensação) ou de reintegrar a situação prévia à conduta. De maneira mais direta e esclarecedora, pena nada mais é que “inflição consciente de dor” (CHRISTIE, 2011, p. 124).

Dentre as teorias que discutem a função exercida pela pena há as teorias absolutas – que consideram que a pena é um fim em si mesmo, não lhe atribuindo qualquer finalidade específica – e as teorias relativas – que atribuem uma função determinada para a pena.

As teorias absolutas da pena tratam-na como a retribuição proporcional do mal causado, de modo que se garanta a conservação ética da sociedade. Atualmente não são muitos os autores que defendem francamente essas teorias, já que se trata de um grande desafio intelectual argumentar em favor da imposição de sofrimento sem um fim específico, apenas como reprovação da ação e como manutenção da eticidade. Afinal, se é tomado como ponto de partida o pressuposto que o direito penal só se legitima quando de acordo com valores ligados ao princípio da dignidade da pessoa humana (JOFFILY, 2011), torna-se desafiadora a defesa da imposição de sofrimento que não busca um fim específico, sem que se rompa com o imperativo categórico kantiano de não instrumentalização do homem. Cabe ressaltar que, ainda que por via reflexa, as teorias absolutas acabam por defender que a pena tem por função a defesa social, pois sendo a ética uma pauta de convivência social, sua manutenção se justificaria tão somente como defesa desse *status quo* ético presente na sociedade (ZAFFARONI et al, 2003, §6º).

Já as teorias relativas, por sua vez, são amplamente aceitas pela dogmática penal, sejam em suas formas puras, sejam misturadas entre si. Essas teorias defendem que a pena tem por função: dissuadir aqueles que não delinquiram, introduzindo obediência ao estado e a segurança dos bens que poderiam vir a ser ofendidos (teoria da prevenção geral negativa); o reforço simbólico das internalizações positivas dos não criminosos ou do próprio sistema social, por meio da conservação dos valores ético-sociais fundamentais ou pela superação da desnormalização (teoria da prevenção geral positiva); a eliminação ou neutralização física do agente, conservando o restante do corpo social (teoria da prevenção especial negativa); ou a reparação da inferioridade, da periculosidade da pessoa, conservando a sociedade e impulsionando o seu progresso moral (teorias da prevenção especial positiva).

O Código Penal brasileiro parece ter adotado uma teoria mista da pena, pois, como prevê o artigo 59⁷¹, sua imposição se deve ter em vista a reprovação da conduta e prevenção da ocorrência de outros delitos. A Lei de Execução Penal, por sua vez, prevê que a execução penal objetiva proporcionar condições para a “harmônica integração social do condenado e do internado”⁷². A Constituição de 1988, todavia, parece ter adotado a teoria negativa ou agnóstica da pena, como se discutirá mais a frente⁷³.

Em breve síntese, esse é o quadro doutrinário e normativo quanto à pena no Brasil. No entanto, a criminologia norte-americana, seguida da criminologia crítica, *demonstraram exaustivamente que a eficiência do controle punitivo do delito e do desvio são um mito*(CARVALHO, S., 2011, p. 89-95). Sabe-se que somente uma pequena parte dos atos que poderiam ser entendidos como crime chega ao conhecimento do sistema penal. Com isso, há uma discrepância entre os crimes efetivamente cometidos e os registrados, à qual se convencionou chamar de cifra oculta ou cifra negra. Assim, há atos, em tese, criminosos que não são sequer comunicados à polícia; atos que são registrados, mas não investigados; atos investigados que não dão origem a inquéritos; inquéritos que não dão origem a uma ação penal; ações penais que não geram condenação; e condenações que não geram imposição de pena, seja pela fuga, seja pela prescrição ou ainda pela não execução de um mandado de prisão. A impunidade, pois, é a regra, sendo a punição excepcional (THOMPSON, 2007).

O conceito de cifra oculta demonstra que nem todos os atos, em tese, criminosos resultam na aplicação de pena. Em verdade, o sistema penal é *estruturalmente seletivo*

⁷¹Artigo 59 do CP: “O juiz, atendendo à culpabilidade, aos antecedentes, à conduta social, à personalidade do agente, aos motivos, às circunstâncias e consequências do crime, bem como ao comportamento da vítima, estabelecerá, conforme seja necessário e suficiente para *reprovação e prevenção* do crime” (grifo nosso).

⁷²Artigo 1º da lei 7.210/84: “A execução penal tem por objetivo efetivar as disposições de sentença ou decisão criminal e proporcionar condições para a harmônica integração social do condenado e do internado”.

⁷³Ver ponto 4.4.1. infra.

(ZAFFARONI *et al*, 2003, §1º). A primeira etapa dessa seletividade se dá quando da elaboração das leis que permitem a punição, uma vez que há de se escolher quais as condutas que serão passíveis de reprimenda. Quando da efetivação da programação criminalizante, devido à limitada capacidade operativa das agências do sistema penal, há a seleção de pessoas a serem criminalizadas. Tal seleção não se dá de forma aleatória, mas sim com olhos voltados, principalmente, a obras toscas, operando-se com base em estereótipos formados com grande contribuição dos empresários morais.

Não há, desse modo, qualquer comprovação fática de que conferir tratamento penal a uma conduta, ou endurecê-lo, faz com que ela seja praticada com menor frequência. É constatável, entretanto, que ao conferir o rótulo de crime a uma conduta nada mais se está fazendo que criar mais crimes e criminalizados. Além disso, não se pode deixar de lembrar que

em todas as épocas, os governantes sempre se esforçam para fortalecer o Estado de polícia e sua política de segurança em benefício de seus múltiplos propósitos e interesses e sempre se valeram, para tanto, do conhecido pretexto do aumento da criminalidade e da necessidade de sua contenção” (TAVARES, 2012, p. 274).

Assim, percebe-se que todas as promessas do saber penal são desconstruídas pela criminologia. E mesmo diante dessa constatação, o direito penal segue em sua alienada jornada heroica buscando o que é estrutural e irreversivelmente incapaz de alcançar. Como bem aponta Salo de Carvalho,

é interessante notar, portanto, a transversalidade ideológica e a força que o positivismo jurídico adquire através dos insípidos conceitos da dogmática penal. Apesar de a criminologia, durante as últimas décadas, demonstrar empiricamente a disfunção do controle penal e a incapacidade de o sistema cumprir suas promessas oficiais, fundamentalmente em relação aos fins da pena (ressocialização, intimidação e coesão social) e aos fins do próprio direito penal (proteção de bens jurídicos), a dogmática (ciência) segue reproduzindo discurso que, ao invés de instrumentalizar o projeto político-criminal de mínima incidência, atribui fins e funções positivas à intervenção, potencializando e relegitimando a intervenção do sistema criminal (2011a, p. 99).

3.3.2 A necessária modéstia

A atual formação dos alunos de direito é conivente com a completa alienação quanto à realidade. Estuda-se o caso do invasor do campo de caça que se alivia na moita e é alvejado pelo caçador que estava em erro, pois este tinha sido informado que era o primeiro a entrar no

campo. Pouco se discute, entretanto, o porquê de se aplicar a pena. Não se olha para a realidade para observar se o que os livros prometem se realiza na prática.

Faz-se necessário lembrar que toda burocracia acaba por esquecer seus objetivos, substituindo-os pela reiteração ritual (MERTON, *apud* ZAFFARONI *et al*, 2003, p. 45). E sendo o saber jurídico muito próximo de um saber técnico, os que dele se utilizam correm diuturnamente o risco de sair dos fóruns como o personagem de Chaplin em *Tempos Modernos*⁷⁴: apertando os mesmos parafusos jurídicos, repetida e infinitamente. Ao menos no filme mencionado há estabelecida a figura que oprime – imediatamente – o trabalhador, sendo claro o motivo pelo qual o personagem se submete ao trabalho maçante. No caso dos “operadores” do direito, entretanto, seria interessante questionar, metaforicamente, quem seria o dono da fábrica para a qual se apertam repetidamente os mesmos parafusos jurídicos, e qual o resultado que se obtém na esteira ao final dessa linha de produção.

O percurso da criminologia norte-americana e o da criminologia crítica demonstraram que as promessas de proteção de bens jurídicos e de controle do crime não se realizam. No entanto, continua-se a trilhar os mesmos caminhos no direito penal. É imprescindível que se constate, na prática jurídica, que

ao recorrer à teoria do delito e seus institutos, o juiz não constata um crime preexistente à interpretação, mas o constrói por meio da interpretação. E dizer que em direito (e em direito penal) nada é dado, que tudo é construído, significa que todos os conceitos a que a teoria do delito remete também o é: dolo, culpa, nexos causal, autoria, erro etc. Também por isso, dolo e culpa, erro de tipo e erro de proibição, entre outros, não são, a rigor, estados mentais do sujeito, mas uma imputação a esse título (a título doloso etc.). Porque a teoria geral do delito não faz outra coisa senão construir critérios legítimos (pretensamente) de imputação (objetiva e subjetiva) de responsabilidade penal por determinadas ações e resultados (QUEIROZ, 2013a).

Essa crítica deve valer para todos que se interessam pelo saber penal. Direito é uma dimensão do poder (QUEIROZ, 2011, p. 10) e não se pode esquecer que “não há sujeito neutro. Somos forçosamente adversários de alguém” (FOUCAULT, 1999, *apud* QUEIROZ, 2011, p. 25). Deste modo, optar pela ideia dominante na “ciência” do direito penal – com toda a sua pretensa neutralidade – é, sim, optar por uma alternativa e aliar-se a uma interpretação que produz concretas consequências sociais. Os moinhos de gastar gente em que se constitui o sistema penal hoje não se movem sem a força do vento.

⁷⁴ A famosa cena pode ser apreciada no endereço: http://www.youtube.com/watch?v=Vqnorw_Uwes (acesso em março de 2013).

É notável que a dogmática atual volta-se com vigor para a resolução de problemas e imperfeições da teoria do delito. Pouco se ocupa, entretanto, dos fundamentos da teoria da pena. Nesse sentido, é perfeita a observação de que

parece verdadeiramente temerário que qualquer pessoa, antes mesmo de saber exatamente para onde está indo, passe a decidir se irá a pé, de carro ou de avião. Da mesma forma, transferida essa perplexidade para o âmbito do direito penal, é igualmente incrível que alguém, antes mesmo de saber para que serve o poder punitivo, passe a discutir sobre as formas mais adequadas e eficientes de seu exercício, debruçando-se sobre problemas puramente dogmáticos como se eles nenhuma relação tivessem com o mundo das coisas (JOFFILY, 2011, p. 8).

Deste modo, urge ao direito penal, *rectius*, saber penal, realizar um exercício de autocrítica e modéstia, devendo-se analisar se as funções que lhe são atribuídas pela doutrina tradicional são comprováveis, e não meros discursos teóricos apaziguadores de consciência. É preciso romper com o narcisismo que aflige o Direito Penal, oportunizando-lhe, em especial à teoria da pena, o reconhecimento dos fatos exteriores ao Direito e a interação com outros saberes, abrindo-se às críticas deles provenientes.

3.4 A dogmática teleológica do direito penal limitador como freio à padronização da prestação jurisdicional e à tendência de encarceramento pela aplicação automatizada do direito

Nas linhas acima demonstrou-se que os auspícios do neoliberalismo guiaram as reformas legislativas as quais, junto com o aumento de demandas levadas ao Poder Judiciário, os influxos da economia no Direito, a pauperização do ensino jurídico, dentre outros fatores, levaram à tendência de padronização do direito. Também nesse contexto, dá-se a padronização e a automatização da prestação jurisdicional, com a aplicação dos discursos de fundamentação prévia de forma mecânica e acrítica.

Durante esse mesmo período, o Brasil passou por um vertiginoso crescimento de sua população carcerária, podendo-se apontar o aumento de 324% das pessoas presas dentre os anos de 1994 e 2012 (CARVALHO, S., 2010 e INFOPEN, on-line). Reitera-se a afirmação de que esse fenômeno somente foi possível pela atuação conjunta de todos os Poderes da República⁷⁵. No entanto, é importante ressaltar, por ser um ponto pouco debatido, que o Poder

⁷⁵Sobre o papel do Poder Legislativo nesse processo, consultar Salo de Carvalho (2008 e 2012).

Judiciário é, sim, responsável pelo quadro ao qual se chegou. Como bem aponta Amilton Bueno de Carvalho (2013, p. 138),

(...) não há como omitir a responsabilidade (mais educadamente: a atuação) dos juízes pelo número insuportável de pessoas que se encontram aprisionadas. Muito se tem denunciado o Poder Executivo pelo excesso de pessoas nas celas prisionais – o que é, sim, correto chamar atenção pela sua incompetência ao gerir os cárceres. No entanto, pouco ou quase nada há de denúncias colocando ao crivo da opinião pública uma verdade agressiva: há população carcerária em terrível excesso sim, mas quem determinou a ida de tais pessoas para lá ou não determinou sua soltura no momento devido foram os juízes, e, às vezes, por mais irracional e cruel que possa parecer, de ofício (...). (CARVALHO, A., 2013, p. 138).

Necessário, portanto, romper com a padronização do direito e com a prestação jurisdicional automatizada e que, considerando a fragilidade atual do princípio da presunção de inocência, tende ao encarceramento. A disciplina do direito penal não pode ser trabalhada, como foi na Alemanha, como a arte pela arte (WELZEL, 1974, p. 8), considerando-se o delito como um problema eminentemente jurídico, isolado das outras esferas de análise de situações-problema.

A dogmática penal é o modelo tradicional de fazer ciência dos juristas (ANDRADE, 2003, p. 113), consistindo em uma atividade “que pretende estratificar, em conceitos sistemáticos e coerentes, os fundamentos da ordem jurídica dentro de uma determinada ordem social” (TAVARES, 2012, p. 273). Tradicionalmente, entende-se que a dogmática é apta a assinalar limites, definir conceitos e proporcionar a atuação segura e previsível do Direito Penal, reduzindo o seu grau de irracionalidade, arbitrariedade e improvisação. Assim, quanto menos a dogmática fosse desenvolvida, mais imprevisível seriam as decisões dos tribunais (ORDEIG 1970, p. 09).

No entanto, não se pode deixar de observar que “a dogmática é o vetor do direito Penal como ele diz ser” (TANGERINO, 2011, p. 5), sendo possível uma aproximação diferente do tema, uma vez que o discurso jurídico penal normalmente não leva em consideração os seus efeitos sociais reais. Assim, segundo Zaffaroni (2002, p.199), o método jurídico, ao invés de tornar as decisões judiciais previsíveis, proporciona a racionalização de qualquer decisão, deixando o caminho aberto para a arbitrariedade judicial.

Portanto, o método, por si só, não basta. A formação técnica do ator jurídico proporcionará, no máximo, uma decisão tecnicamente adequada, o que é insuficiente. A menos que se busque dissimular ou falsear a realidade, a dogmática penal precisa estar aberta ao mundo dos fatos, atenta aos resultados de sua aplicação (AZEVEDO, 1989, p. 60). Logo, a dogmática não deve ter a pretensão de ser um sistema neutro, mas sim orientado a uma finalidade e aberto à realidade social (QUEIROZ, 2009, p. 123-126). A dogmática tem de

estar atrelada a uma função imediata, sendo necessário que se avalie se ela, “enquanto Ciência prática, tem cumprido sua função racionalizadora da *práxis* do Direito, em nome da qual pretende legitimar o seu (problemático) modelo científico” (ANDRADE, p. 114).

Assim, tendo em conta o atual desenvolvimento do Direito, não pode o juiz pretender que sua decisão seja neutra. No processo de decisão do juiz é “envolvida sua responsabilidade pessoal, moral e política, tanto quanto jurídica, *sempre que haja no direito abertura para escolha diversa*”. (CAPPELLETTI, 1993, p. 33, grifo nosso). Nesse sentido, cabe esclarecer que quando o juiz recorre à dogmática penal, sua atuação não se limita a verificar a ocorrência de um crime e aplicar a pena correspondente. Isso porque não existem fenômenos jurídicos *a priori*, mas tão somente interpretações jurídicas desses fenômenos. Assim, não existem fenômenos criminosos por si, abstratamente, mas tão somente interpretações tipificantes, antijuridicizantes e criminalizantes dos fenômenos sociais. Pode-se afirmar, sob essa visão, que é o magistrado quem constrói o crime (QUEIROZ, 2009, p. 123-126).

Propõe-se, assim, como forma de rompimento com o ciclo de aplicação irrefletida de um direito padronizado, que a doutrina assuma a sua posição de orientadora da atividade jurídica, em especial da prestação jurisdicional penal. Essa ruptura se daria por meio da adoção da dogmática funcional redutora como norte, tendo como finalidade a contenção do Estado de polícia⁷⁶ que subjaz a todo estado de Direito⁷⁷. Nesse sentido, cabem bem as palavras de Grandinetti Castanho de Carvalho (2012, p. 124), ao afirmar que

é imperioso que o juiz assuma que é mesmo um agente político que deve restabelecer o fio condutor daquele momento mágico instaurador que dota de significados a sociedade o ordenamento jurídico. A proposta é, pois, buscar onde se encontra a alienação e cômoda, a aceitação irrefletida, e destituí-las de seu assento de conforto e segurança, trazendo a lume o sujeito histórico-temporal-crítico do agente político (CARVALHO, L. G. G. C, 2012, p. 124).

3.4.1 Pressupostos da dogmática funcional redutora

⁷⁶Estado de polícia é aquele regido pelas decisões do governante. É um modelo de estado em que um grupo, classe ou seguimento social dirigente decidem o que é bom ou possível e sua decisão é lei. Obedece-se ao governo (ZAFFARONI *et al*, 2003, p. 93).

⁷⁷Trata-se de um modelo no qual as decisões políticas são tomadas pela maioria, respeitando-se o direito das minorias, devendo-se prestar respeito a regras anteriormente estabelecidas (ZAFFARONI, 2003, p. 93). É necessário esclarecer que tanto o estado de polícia quanto o estado de direito são tipos ideais não verificáveis em sua pureza. Na verdade, todo estado de direito convive com tendências de estado de polícia, as quais devem ser contidas, sob pena de efetivar-se o domínio deste sobre aquele.

Primeiramente, cabe esclarecer que não se pode confundir dois conceitos essenciais para a compreensão da sistemática proposta: *direito penal* e *poder punitivo*. O horizonte de projeção do *direito penal* está centrado na explicação das normas que habilitam o poder punitivo estatal e, como consequência, a pena. O direito penal, portanto, é o “o ramo do saber jurídico que, mediante a interpretação das leis penais, *propõe aos juízes um sistema orientador de decisões* que contém e reduz o poder punitivo, para impulsionar o progresso do estado constitucional de direito”. De maneira didática, pode-se afirmar que o direito penal deve responder a três perguntas: a) o que é direito penal? (teoria do direito penal); b) sob quais pressupostos pode ser requerida a habilitação da pena? (teoria do delito); e c) como a agência judicial correspondente deve responder a esse requerimento? (teoria da responsabilidade penal). (ZAFFARONI; BATISTA, N.; ALAGIA; SLOKAR, 2003, p.40-41).

Poder punitivo, por sua vez, diz respeito ao exercício do poder coativo do Estado em forma de pena. Esse exercício é operado por meio da criminalização primária – com a sanção de uma lei penal material que habilita a punição – e da criminalização secundária, a qual consiste na ação punitiva sobre pessoas concretas. Em ambas as etapas verifica-se a seletividade do sistema penal, o qual, por meio da criminalização primária, elege determinadas condutas em abstrato, e não outras, como passíveis de serem criminalizadas, e, na criminalização secundária, escolhe seletivamente as pessoas que serão criminalizadas, vitimizadas e também policizadas. A seleção criminalizante se dá baseada em um estereótipo socialmente construído⁷⁸ – com destacada participação das agências de comunicação –, além de selecionar obras toscas da criminalidade, comportamentos grotescos, pessoas que causem menos problemas, e pessoas que, por uma conjuntura específica, perderam sua cobertura política (ZAFFARONI; BATISTA, N.; ALAGIA; SLOKAR, 2003, §2º).

Logo, não devem ser confundidos esses dois conceitos. Ao questionar-se a legitimidade do poder punitivo – como o faz Joffily (2011) – reforça-se a legitimidade do Direito Penal como instrumento de contenção daquele, promovendo o estado de direito e impedindo o avanço do estado de polícia.

⁷⁸Cabe trazer um pequeno trecho que aponta o alvo do sistema penal: “Pessoas de origem social muito semelhante, a quem sempre foram dadas poucas escolhas. Ironicamente, quem nunca pôde escolher nada (onde morara, que carreira seguir, que procedimentos médicos adotar, que hobbies cultivar, etc.) é encarado como executor consciente de uma decisão lamentável: a de agredir aqueles valores compartilhados, com a mesma intensidade, por todo o corpo social. (...) O discurso punitivo encontra sua justificativa em uma escolha individual que, a julgar pelos inputs do mundo sensível, não se dá na realidade (TANGERINO, 2011, p. 9)

Para chegar à dogmática funcional redutora, Zaffaroni, Batista *et al* partem do estudo das funções da pena (2003, §4º). A função manifesta das teorias absolutas da pena seria a de retribuir o mal causado pelo delito, produzindo sofrimento equivalente ao mal produzido.

Já para as teorias de prevenção geral negativa a pena serviria para dissuadir potenciais autores de crimes por meio da aplicação da pena no autor do fato, punição essa que serviria de exemplo para as demais pessoas, fazendo com que deixem de praticar atos contrários à lei penal. Para as teorias de prevenção geral positiva a pena serviria como reforço simbólico das internalizações positivas daqueles que não cometeram o fato, ou do sistema social (reestabelecimento da norma), devendo a pena ser aplicada na medida necessária à restauração dos valores ético-sociais ou do equilíbrio do sistema.

Por sua vez, as teorias de prevenção especial negativa pregam que a pena serve para a simples eliminação ou neutralização física do agente, devendo ser aplicada até que seja cessada a periculosidade. Por fim, as teorias de prevenção especial positiva buscam reparar a inferioridade da pessoa que cometeu o fato delituoso, ou ainda torná-la uma pessoa moralmente melhor, aplicando-se a pena para ressocializar o apenado (ideologias *re*) ou para superar sua inferioridade.

Apesar dessas teorias legitimadoras da pena serem amplamente aceitas pela doutrina e consideradas na prática judicial, não há qualquer demonstração minimamente científica de que essas funções manifestas, de fato, ocorram de maneira generalizável (ZAFFARONI *et al*, 2003, §6º; TAVARES, 1992, p. 78), sendo claro, entretanto, que condutas indesejadas ou danosas não desaparecem por conta do rigor penal (KARAM, 2009, p. 46). Na verdade, “a prevenção pela intimidação e a ressocialização são verdadeiros apaziguadores de consciência” (SÁ, 2007, *apud* TANGERINO, 2011 p. 8). Assim, é provável que a opção pela fé no caráter ressocializador e intimidador da pena consista numa espécie de técnica de neutralização (BARATTA, 2002, capítulo VI) judicial⁷⁹, que são “formas de racionalização do comportamento desviante, que são apreendidas e utilizadas ao lado dos modelos de comportamento e valores alternativos” (BARATTA, 2002, p. 77). Vale ressaltar que as

⁷⁹Técnicas de neutralização são “formas de racionalização do comportamento desviante, que são apreendidas e utilizadas ao lado dos modelos de comportamento e valores alternativos” (BARATTA, 2002, p. 77). As técnicas de neutralização são elaboradas para racionalizar o comportamento desviante, enquanto que a fé na ressocialização e na intimidação provocados pela pena é utilizada para racionalizar o comportamento em conformidade com a norma esperada pela sociedade. Feita essa ressalta, podem-se comparar essas técnicas com a maneira como os juízes racionalizam sua atuação. Assim, a defesa da ressocialização e da intimidação são utilizadas como “discriminantes oficiais” dos magistrados para que se conformem ao comportamento esperado, mesmo que não se reflita a fundo se essa promessa se realiza. Pode-se ainda, traçar um paralelo com alguns tipos de técnica, como a exclusão da própria responsabilidade, a negação de vitimização e a condenação dos que condenam.

técnicas de neutralização são elaboradas para racionalizar o comportamento *desviante*, enquanto que a fé na ressocialização e na intimidação provocadas pela pena é utilizada para *racionalizar o comportamento conforme* às expectativas sociais. Feita essa ressalva, pode-se comparar essas técnicas com a maneira como os juízes racionalizam sua atuação. Percebe-se que os magistrados atuam de forma semelhante às técnicas de *exclusão da própria responsabilidade* – interpretação do seu ato mais como consequência das próprias circunstâncias do que por uma escolha deliberada –, de *negação de vitimização* – as vítimas da atuação do juiz (no caso, os criminalizados) são vistos como dignos do tratamento oferecido, interpretando o seu ato como uma punição justa – e a de *condenação dos que condenam* – ou seja, direção de olhares reprovadores aos que contestam as funções manifestas da pena. Assim, a conveniente crença na ressocialização e na intimidação geradas pela pena é utilizada como “discriminante oficial” para que os magistrados se conformem ao comportamento esperado, mesmo que não se reflita a fundo se essa promessa se realiza.

A adoção desses “apaziguadores de consciência” faz com que os magistrados consigam pousar suas cabeças em seus travesseiros durante a noite sem qualquer peso de eventual participação no processo de encarceramento em massa. Caso houvesse uma reflexão detida sobre os motivos pelos quais se pune, certamente os magistrados teriam maiores problemas em alcançar Morpheus.

Há que se acrescentar que, mesmo que houvesse comprovação dos efeitos manifestos propostos pelas teorias legitimadoras da pena, ainda assim verifica-se que essas teorias não se submetem ao crivo de falseabilidade relativamente aos fins por elas propostos. Também não se verifica a compatibilidade entre os valores que informam as teorias legitimadoras e o Estado Democrático de Direito (JOFFILY, 2011, capítulo 3).

Assim, para que se consiga trabalhar com o conceito de pena sem se recorrer às suas funções manifestas, Zaffaroni *et al* utilizam-se da teoria negativa ou agnóstica da pena (ZAFFARONI, 2003, §5º). O conceito de pena, para essa teoria, é obtido por exclusão, não se acrescentando qualquer característica positiva a ela. A pena seria um “exercício de poder que não tem função reparadora ou restitutiva nem é coerção administrativa direta”, tratando-se de uma “coerção que impõe privação de direito ou uma dor, mas não restitui, nem tampouco detém as lesões em curso ou neutraliza perigos eminentes” (ZAFFARONI, 2003, p. 99). Quanto à função que a pena desempenharia se é agnóstico, ou seja, confessa-se que se

desconhece o fim da pena. Adotando-se essa teoria, chega-se à ideia de pena como um mero ato de poder que só tem explicação política⁸⁰.

É importante notar que, diferentemente do que ocorre em outros países como a Espanha e a Itália, a Constituição brasileira de 1988 não estabelece uma função para a pena, verificando-se a ausência de qualquer discurso legitimador no texto constitucional. Ao tratar da pena, a Carta Magna traz apenas previsões limitativas ao poder punitivo, tais como as previstas nos incisos XLV a XLIX do artigo 5º. Desse modo, pode-se concluir que a perspectiva absenteísta quanto aos discursos de legitimação da pena, bem como a imposição de limites expressos ao poder punitivo, traduzem a opção constitucional pela teoria negativa ou agnóstica (CARVALHO, S., 2011a, p. 140-141). Como a Constituição irradia efeitos para todo o ordenamento jurídico, trata-se de valiosa fonte normativa para guiar a atuação do sistema penal, a qual deve ser orientada pela opção constitucional da política punitiva redutora de danos.

Partindo-se dessa premissa, o Direito Penal teria como tarefa legitimar tão somente o que pode programar, ou seja, as decisões das agências jurídicas. Assim, atua o direito penal como um discurso destinado a *orientar as decisões jurídicas*, as quais fazem parte do processo de criminalização secundária, e a guiar uma programação que projeta um exercício de poder. Desse modo,

sempre que as agências jurídicas decidirem limitando ou contendo as manifestações de poder próprias do estado de polícia, e para isto fizerem excelente uso de seu próprio poder, estarão legitimadas, como função necessária à sobrevivência do estado de direito e como condição para a sua afirmação refreadora do estado de polícia que em seu próprio seio o estado de direito invariavelmente encerra(ZAFFARONI, 2003, p. 108, grifo original).

Não se pode deixar de notar, entretanto, que esse poder dos magistrados é muito escasso quando comparado com o das demais agências do direito penal. A pena é um “fato de poder” que os juristas – em especial os magistrados – podem conter, mas não eliminar. Sob essa ótica o direito penal assumiria a função de tutela de bens jurídicos. Isso porque ele serviria para conter as ameaças advindas do crescimento do estado de polícia contido no estado de direito, assumindo o compromisso real de proteção dos bens jurídicos individuais e coletivos que são efetivamente ameaçados pelo crescimento do poder punitivo (ZAFFARONI *et al*, 2003, p. 110).

⁸⁰ Nunca é demais relembrar, nesse sentido, a colocação de Tobias Barreto: “quem procurar o fundamento jurídico da pena deve procurar também, se é que já não o encontrou, o fundamento jurídico da guerra” (apud ZAFFARONI, 2003, p. 109)

Desse modo, estabelecido o destino, o objetivo ao qual se quer chegar, faz-se necessário edificar um método adequado a ele⁸¹.

3.4.2 Linhas gerais da dogmática teleológica do direito penal limitador

O método jurídico pressupõe a análise da lei e uma posterior construção explicativa, sistematizando conceitualmente a interpretação das normas (CARVALHO, S. 2011a, p. 4), sendo relevante atender três regras: completude lógica – a teoria não pode possuir contradições internas; compatibilidade legal – não se pode sustentar, sem justificação, posições contrárias à lei (*latu sensu*, abrangendo Tratados Internacionais e a Constituição); e harmonia jurídica ou lei da estética jurídica – a construção teórica deve ser sim ética. Essa última regra, todavia, não é tão cogente quanto as outras duas anteriores (ZAFFARONI et al, 2003, p. 151-152).

Tomando-se por base o estado constitucional de direito, constata-se que o Direito Penal, segundo Zaffaroni, Batista, N., Alagia e Slokar (2003, §8º) visa garantir a segurança jurídica. O conceito de segurança jurídica aqui tratado deve ser compreendido como a proteção dos direitos e bens jurídicos de toda a população contra o poder punitivo, o qual tende à expansão descontrolada, e não como segurança de uma resposta juridicamente determinada. Cabe ressaltar que

o método é um caminho e este se constrói para chegar a algum destino. O direito penal, neste sentido, é *teleológico*: trata-se de um saber com destino político definido de antemão, que pode ser garantidor (limitador) ou autoritário (supressor de limites), funcional quanto ao estado de direito ou ao estado de polícia. A construção jurídico-penal não tem outro recurso senão escolher de uma maneira consciente seu objetivo, pois, em caso contrário, não se sabe o que constrói, porque não esclarece previamente para que serve e, por conseguinte, ignora a que lugar conduz: *o discurso penal autoritário é irracional por seus objetivos, mas aquele que pretende ser politicamente neutro é irracional por seu método construtivo, sem prejuízo de que possa acabar no autoritarismo e ainda que não o faça* (ZAFFARONI, 2003, p. 154).

Desse modo, adota-se a posição de que o direito penal deve programar o exercício do poder dos atores jurídicos, em especial o dos juízes, como um dique, uma represa que contenha as águas do estado de polícia, impedindo que elas afoguem o estado de direito

⁸¹Cabe lembrar que “o objetivo atribuído ao saber jurídico-penal não é produto do método, mas sim pressuposto dele” (ZAFFARONI et al, 2003, p. 154).

(ZAFFARONI, *et al*, 2003, p. 156-157). No entanto, como o nível das águas do poder punitivo sempre se encontra em um nível superior ao dique, para que se evite o transbordamento é preciso valer-se da abertura de pequenas passagens controladas de poder punitivo, deixando transpor tão somente as frações menos irracionais dele. O direito penal assumiria assim, uma função de contra-seletividade, escolhendo quantidade, qualidade e forma do poder punitivo que irá passar pelo dique de contenção, optando pela parte do poder que menos comprometa a racionalidade do estado de direito e agindo de forma a compensar a violência seletiva irracional do poder punitivo.

As duas comportas do direito penal seriam representadas pela teoria do delito – que barraria o poder punitivo quando os pressupostos para requerê-lo à agência judicial estiverem ausentes – e a teoria da responsabilidade penal – comporta que regularia o modo como a agência judicial deve responder o requerimento de habilitação do poder punitivo. Ademais, somente se admitiria a passagem do poder punitivo quando as comportas do direito penal e do direito processual penal se abrissem simultaneamente.

O discurso jurídico penal, portanto, é uma elaboração intelectual que se oferece ao Poder Judiciário como um projeto de jurisdição coerente e adequado às leis – lato sensu, abrangendo a Constituição e tratados internacionais. É, em si mesmo, “uma proposta ou programa político” (ZAFFARONI, 2002, p. 200).

Há de se apontar, ainda, que a constante disputa com o poder punitivo – o qual é exercido sempre de forma irracional – impõe ao Direito Penal construção dialética e dinâmica como condição para que ele seja eficaz. Além disso, é pressuposto da contenção do poder punitivo a solidificação da consciência constitucional, bem como a adoção de um vigoroso controle de constitucionalidade e de convencionalidade das leis. Afinal, diante da onipotência legislativa e das tentadoras demandas por leis de emergência, faz-se necessário um controle do que é produzido pelo legislador, sempre se atendo à regra da compatibilidade legal, ou seja, respeitando-se a hierarquia normativa.

Outra questão a ser destacada é que a construção teleológica do direito penal redutor respeita as estruturas reais do mundo, incorporando dados advindos dos outros ramos das ciências sociais (ZAFFARONI, 2003, p. 174 e ss). Assim, reconhecendo que o poder punitivo é exercido não pelo juiz, mas pelas agências do sistema penal que condicionam/selecionam os criminalizáveis, a dogmática deve produzir o discurso para que o magistrado contenha essa tendência irracional, apresentando planos estratégicos para a contenção da violência exercida pelas agências de punitividade (CARVALHO, S. 2011a, p. 142-143).

Utilizando-se dessas orientações podem ser propostas medidas que sirvam como freio à padronização do direito e à automatização da prestação jurisdicional. Exemplificando tal uso, tem-se a elaboração de Tebet (2010, capítulo 5) no sentido de serem usadas as súmulas vinculantes exclusivamente como anteparo ao poder punitivo estatal, de modo que não se flexibilizem os princípios da legalidade, do devido processo legal, da separação dos poderes e da independência judicial. Uma vez que a Constituição não permite que outra fonte senão a lei habilite o poder punitivo, não haveria como uma súmula vinculante, ato advindo do Poder Judiciário, veicular o *ius puniendi* do Estado, impondo-o *erga omnes*.

Embora não seja o alvo do presente trabalho, pode-se esboçar o mesmo raciocínio para com outros mecanismos de padronização do direito, como as súmulas não vinculantes. Uma vez que o Poder Judiciário tem por função concretizar e efetivar a lei constitucionalmente válida e garantia dos direitos fundamentais de cada indivíduo, como se pode admitir que por um ato advindo desse Poder sejam restringidos direitos individuais? Ora, se no âmbito penal impera o basilar princípio da legalidade, pedra angular de qualquer sistema penal que se pretenda minimamente racional (BATISTA, 2005), como se pode conviver com meras ferramentas de trabalho (LEAL, V. 1981) que restrinjam direitos que não o foram pela via majoritária da legislação? Sabe-se que as súmulas comuns não vinculam diretamente os magistrados. No entanto, são, em regra, seguidas pela grande maioria dos juízes, de modo que a orientação estabelecida nos enunciados de súmula aproxima-se cada vez mais de terem caráter legal, sobretudo quando se atenta aos efeitos processuais que vêm sendo concedidos a elas.

Muito embora o raciocínio acima traçado se trate apenas de um esboço, nota-se que se implementando a dogmática teleológica do direito penal reductor pode-se romper com o ciclo de padronização do direito e com a automatização da prestação jurisdicional, abandonando o senso comum teórico de submissão aos tribunais superiores. Isso porque se fixará o norte para o qual devem os atores jurídicos caminhar, estimulando a procura por soluções que levem a tal caminho, e não mais a mera repetição dos discursos de fundamentação prévia estabelecidos pelos franquistas do *franchising judicial* (ROSA, 2012).

3.4.3 O ensino do Direito Penal

A construção de uma dogmática crítica se propõe a “demonstrar a inconsistência da solução criminal, buscando delimitar ao máximo o poder de intervenção do Estado” (TAVARES, 2012, p. 274), reconstruindo “os alicerces democráticos de um direito e processo penal capazes de retomar o lugar e a função de garantia” (ROSA, CARVALHO, T. F., 2010, p. 09).

Essa mudança de paradigma proposta ao longo desse capítulo deve-se iniciar nos cursos de graduação em Direito. Isso porque “em geral, as [doutrinas] que obtêm êxito – inclusive político – conseguem isso através das agências reprodutoras, nas quais são treinados os futuros operadores das jurídicas” (ZAFFARONI, *et al*, 2003, p. 163).

Como construção dessa alteração de paradigma entende-se pertinente a adoção da dogmática teleológica do direito penal limitador. Com a assunção dessa posição, oferece-se aos alunos dos cursos de Direito a possibilidade de questionamento dos fundamentos das teorias da pena normalmente sustentados pela doutrina. Além disso, partindo de conceitos como a operação seletiva do sistema penal e as funções manifestas e latentes da pena, o acesso a essa visão do Direito Penal – como um instrumento de contenção do estado de polícia que subjaz a todo estado de direito – serve de orientação para o entendimento de todo o sistema penal.

Indispensável, também, que se reforce que o pensamento jurídico penal deve ser elaborado a partir da Constituição (CARVALHO, S. 2011, p. 17). Atualmente o Código Penal é utilizado como programa didático dos cursos de direito penal, o que se pode notar pela maneira como os manuais e os currículos da matéria se organizam. Deve-se, assim, utilizar-se da Constituição para interpretar e controlar o ordenamento jurídico penal, de modo que o saber penal esteja sempre sujeito ao saber que o direito constitucional informa (BATISTA, N., 2003, p. 319), reforçando-se o Estado Constitucional de Direito.

Como bem aponta Salo de Carvalho,

a ruptura com o fetichismo aos julgados e a crítica a sua retroalimentação pela doutrina parecem ser importantes fatores para que se possam projetar mudanças na forma de ensino/aprendizado das ciências criminais e de atuação transformadora dos operadores do direito(2011a, p. 22).

Entende-se, assim, que a adoção desse marco teórico certamente contribuiria para o rompimento do ciclo de padronização do direito e de submissão à voz autorizada dos Tribunais Superiores, uma vez que a chave utilizada para a compreensão do fenômeno jurídico-penal seria a de contenção do poder punitivo, e não a de mera repetição de discursos de fundamentação prévia.

Ademais, a dogmática teleológica do direito penal redutor é um instrumento de grande valia para o combate ao crescimento, aparentemente irrefreável, do encarceramento em massa. Nesse sentido, é importante ressaltar o papel do discurso jurídico penal como elaboração teórica direcionada ao Poder Judiciário, para que este efetive a jurisdição de maneira coerente com os valores constitucionais e os tratados internacionais. É importante que a jurisdição se oriente também pela contenção do poder punitivo, deixando transpor por essa barreira a parcela menos comprometedora da racionalidade do sistema.

Além disso, essa teoria faz parte de uma visão que propõe a reconstrução das ciências criminais a partir de um modelo minimamente integrado e harmonizado, incluindo concepções criminológicas, político-criminais, direito e processo penal. Dessa maneira, a sua adoção contribui para que o aluno detenha uma compreensão global dos saberes criminais (CARVALHO, S. 2011a, p. 13), o que facilita a construção de instrumentos de redução de danos causados pelas violências do sistema penal.

Para que isso se implemente, entretanto, é imperioso que se rompa com a formação universitária voltada para a aprovação em certames, seja quanto ao exame de ordem, seja em relação a concursos públicos. Entende-se o anseio dos alunos pelo ingresso no mercado de trabalho, contudo assumir-se a postura de preparação para provas nas faculdades implica no adestramento ao senso comum jurídico e ao que decidem os Tribunais Superiores, não sob um aspecto crítico, mas sim com um viés absolutamente reprodutor. Desse modo, tem-se por incompatível a formação voltada para concursos públicos e outros certames com a adoção de uma visão crítica acerca do Direito e dos julgados, devendo-se relegar a preparação para o ingresso no mercado de trabalho para a formação extracurricular.

Há de se acrescentar, ainda, que faz parte da facilitação da adoção dessas ideias a utilização de novas metodologias de ensino. É necessário um esforço pedagógico para que se instrua a geração que ingressa nas faculdades hoje, uma vez que se tratam de pessoas que já nasceram na era da computação e que estão habituadas à era da comunicação instantânea. Além disso, é uma geração fortemente audiovisual, com pouco hábito de leitura e de processamento crítico de informações. Assim, o funcionamento da sala de aula não pode ser tão somente expositivo, sem participação dos educandos e visando o mero acúmulo de informações, no que foi chamado por Paulo Freire de educação bancária. O material didático também não pode limitar-se ao livro, sem qualquer outro suporte para compartilhar o conhecimento.

Uma iniciativa de grande valia no âmbito pedagógico é o entrelaçamento de produções culturais – literárias ou cinematográficas, por exemplo – com questões jurídicas. Nesse

sentido, destaca-se o programa Direito e Literatura, ligado ao Programa de Pós-graduação em Direito da UNISINOS⁸², bem como algumas produções cinematográficas como os documentários “Cortina de Fumaça” (MACNIVEN, 2010), o qual discute a criminalização das drogas e “Aqui, doido varrido não vai pra debaixo do tapete” (SÉLLOS; TARDIN, 2010), o qual insere o espectador na realidade de uma instituição de saúde mental e debate a questão da institucionalização. Mesmo considerando a limitação de conteúdo que se pode transmitir em cerca de duas horas de projeção, trata-se de uma ótima provocação para que se busquem informações sobre o tema.

Seja qual for a metodologia adotada, o mais relevante é que, diante desse quadro de padronização do direito, automatização da prestação jurisdicional e de crescimento do encarceramento em massa, a doutrina penal provoque uma dúvida essencial aos estudantes de direito: Por que punir? Levando-se a sério esse questionamento, certamente será combatida essa reiteração habitual que vem se tornando a jurisdição, freando, por certo, a tendência de crescimento do número de presos.

⁸²Para maiores informações, ver <<http://www.unisinos.br/mestrado-e-doutorado/direito/presencial/sao-leopoldo/direito-e-literatura>>. Acesso em 10.jul.2014.

CONCLUSÃO

Chegando-se ao final do trabalho, pode-se esboçar alguns pensamentos que condensam o debate proposto. Não se pretende, contudo, apresentar pensamentos herméticos e acabados. Objetiva-se, nesse ponto, demonstrar de maneira organizada e pontual as ideias e proposições que permearam o trabalho, permitindo que se facilite o acesso ao conteúdo exposto. Opta-se, assim, pela exposição em assertivas tópicos que pretendem condensar o raciocínio exposto durante o trabalho.

1. O processo que se convencionou chamar de crise do Poder Judiciário se dá num contexto de implementação do neoliberalismo. Representativo do avanço desse sistema, o Consenso de Washington, cujo alvo principal era a América Latina, estabeleceu um conjunto de princípios orientados para a liberalização do mercado e do sistema financeiro e para a estabilidade econômica.

2. Com a queda do Muro de Berlim e o fim da União Soviética, o comunismo deixa de representar uma ameaça aos interesses capitalistas. Logo, o Estado do Bem-estar deixa de ser útil como estratégia de contenção do avanço do mundo comunista.

3. Com as alterações estruturais trazidas pelo neoliberalismo, as relações de trabalho são precarizadas, diminuindo a oferta de empregos estáveis, nos quais os direitos trabalhistas são respeitados. Tal quadro combinado com o enxugamento do estado caritativo é

respondido pelo aumento da repressão penal, mobilizada para conter a massa excluída da sociedade de consumo, criminalizando suas estratégias de sobrevivência.

4. Não se vivenciou, no Brasil, um Estado do Bem-estar social em sua plenitude. No entanto, a adoção dos ideais neoliberais não foram menos cruéis, uma vez que as instituições penais da América Latina tendem a ser mais punitivas, seletivas e excludentes do que em países mais igualitários (ITARRRULDE, 2012, p. 177-179). Não se pode desprezar, também, o nosso passado escravista, o qual certamente gera permanências que podem explicar a sede de punição demonstrada pelo crescimento do número de presos.

5. Algumas das transformações mais significativas no ordenamento jurídico pátrio ocorreram, direta ou indiretamente, sob a batuta de referenciais teóricos neoliberais. Nesse processo de transformação, as instituições financeiras desempenham um papel muito relevante através de sua atividade paranormativa. Assim, é importante considerar o documento técnico nº 319 do Banco Mundial, que tem como função declarada a de aprimorar a qualidade e a *eficiência* da prestação da jurisdição, adotando medidas que buscam a transparência e a *previsibilidade* de decisões, viabilizando um ambiente mais propício à realização de investimentos. Nesse diapasão, ganha corpo a ideia de que o direito seria um mecanismo de ordenamento, utilizável para garantir a estabilidade necessária ao desenvolvimento econômico.

6. Esses influxos neoliberais, junto com outras questões internas – como o aumento de demanda levada ao Poder Judiciário – que tornam a prestação jurisdicional um processo lento, faz com que sejam adotadas reformas processuais que buscavam a eficiência, a celeridade na prestação jurisdicional, bem como a previsibilidade das decisões. Nesse sentido advieram a súmula vinculante, o princípio da duração razoável do processo, a criação do CNJ, do CNMP, o julgamento por amostragem da repercussão geral nos recursos extraordinários e do recurso representativo de controvérsia nos recursos especiais repetitivos, além da instituição da súmula impeditiva de recurso.

7. As alterações apontadas priorizaram a efetivação de justiça quantitativa em detrimento da justiça qualitativa.

8. A busca pela celeridade faz com que se considerem menos detidamente os fatos, valendo-se com muito mais frequência dos discursos de fundamentação prévia para a solução dos casos. Nesse sentido imperam as respostas dadas antes de terem sido formuladas as perguntas.

9. Assim, a introdução dos mecanismos processuais citados no item 6, além de possibilitarem a decisão em um menor espaço de tempo e com maior previsibilidade, resultam

na concentração de poder nos órgãos de cúpula do Poder Judiciário e consubstanciam-se em verdadeiras ferramentas de padronização do direito, uma vez que possuem grande força normativa e tendem a ser seguidas mecânica e acriticamente pelos atores jurídicos.

10. A maneira como as súmulas não vinculantes e os precedentes são aplicados na prática judicial brasileira destoa, e muito, das origens dos institutos e é resultado de uma complexa imbricação entre as tradições do *commonlaw* e do *civil law*, sendo plenamente questionável a sua utilização.

11. A prestação jurisdicional massiva e padronizada normalmente é incapaz de atender as exigências da garantia constitucional de fundamentação adequada das decisões judiciais.

12. Contribuem também para a padronização do Direito o quadro de submissão dos juízes aos tribunais aos quais estão vinculados, bem como a exigência de produtividade quantitativa, a qual, inclusive, é utilizada como critério de promoção dos magistrados .

13. O ensino jurídico, que se encontra em plena expansão quantitativa, também desempenha grande papel na padronização do direito, uma vez que a grande maioria dos cursos possui qualidade duvidosa, ocupando-se de formar alunos para o mercado de trabalho e, pois, concedendo-se pouca ou nenhuma atenção às disciplinas teóricas. Assim, essas faculdades tornam os alunos, de fato, operadores do Direito, pois eles acumulam informação, mas terão dificuldade em formular um juízo crítico acerca, por exemplo, dos discursos dos tribunais superiores, pois foram ensinados a encarar essas instituições como as portadoras do discurso jurídico autorizado. Esse adestramento para a mediocridade passa a ser repetido ciclicamente, pois boa parte da doutrina é caudatária das decisões dos Tribunais Superiores, não se ocupando de problematizá-las. Assim, esse tipo de ensino jurídico acaba por assumir um caráter meramente reprodutor, contribuindo para a padronização do Direito.

14. Esse processo de padronização do direito e de concentração de poder nos Tribunais Superiores faz com que os atores jurídicos sejam reduzidos a meros consumidores do Direito pronto.

15. Outro reflexo da padronização do Direito é a automatização da prestação jurisdicional, convertendo o Poder Judiciário em empresa encarregada da solução de conflitos ao menor curso coletivo possível. Além disso, a pressão por produtividade, faz com que os juízes assumam a posição de meros gestores de unidade jurisdicional, pois, em busca da celeridade exigida pelos tribunais, adotam os discursos de fundamentação prévia estabelecidos pelos Tribunais Superiores, decidindo-se de forma rápida, padronizada e

resultante de pouca reflexão, produzindo-se uma decisão que qualquer outro juiz-gestor poderia ter fabricado.

16. A distância entre a Universidade e a prática judicial é grande, levando ao alheamento da jurisdição quanto aos fatos trazidos pela doutrina. Assim, mesmo diante do fato do Brasil contar com a quarta maior população carcerária do mundo e dentre os países com a maior taxa de encarceramento, dados aos quais se chegou após um crescimento absurdo iniciado nos anos 1990, os juízes brasileiros defendem a construção de mais unidades prisionais e a necessidade de se punir mais e com maior severidade.

17. A construção de um Direito Penal redutor de danos passa pela sua abertura aos fatos da vida. Nesse sentido, é necessário admitir-se que o Direito Penal não atua na proteção de bens jurídicos da forma que a doutrina normalmente aponta, por meio da ameaça de pena, mas sim, como propõe a dogmática teleológica do direito penal limitador, pela contenção do poder punitivo. Outrossim, é preciso que se assuma que o direito penal é incapaz de combater o crime, pois sua atuação só se dá posteriormente, e nunca antes da ocorrência do fato.

18. A dogmática penal não pode ter a pretensão de ser um sistema neutro, mas sim orientado a uma finalidade. Da mesma forma, a decisão do juiz jamais será neutra, pois será por ela responsável sempre que houver outra solução jurídica possível.

19. Propõe-se, como ruptura ao ciclo de aplicação irrefletida de um direito padronizado, que a doutrina assuma sua função de orientadora da atividade jurisdicional, adotando-se a dogmática funcional redutora do direito penal, de modo a se atuar buscando a contenção do estado de polícia que subjaz a todo estado de direito.

20. Direito penal e poder punitivo são conceitos diferentes. O direito penal é um ramo do saber que a partir da interpretação da legislação propõe um sistema capaz de orientar as decisões judiciais. Poder punitivo, por sua vez, é o poder coativo de aplicação de pena. Assim, ao se questionar a legitimidade do poder punitivo reforça-se o papel do direito penal como instrumento de contenção daquele.

21. A construção dessa dogmática parte da teoria negativa ou agnóstica da pena. Diante da não comprovação, pelas ciências sociais, de quaisquer funções manifestas propostas pelas teorias legitimadoras da pena, opta-se por considerar a pena como fato político, como mero exercício de poder sem qualquer função manifesta atribuível.

22. A teoria agnóstica da pena encontra fundamentação constitucional, uma vez que a Constituição de 1988 não estabelece qualquer função para a pena, ocupando-se tão somente de impor limites expressos ao poder punitivo, numa perspectiva redutora de danos.

23. A partir da dogmática funcional redutora da pena, conclui-se que o direito penal deve programar o exercício do poder dos atores jurídicos, em especial o dos juízes, como um dique de contenção do poder punitivo, impedindo que o transbordamento das águas do estado de polícia afoguem o estado de direito. O direito penal assumiria assim, a função de contra-seletividade, escolhendo quantidade, qualidade e forma do poder punitivo que irá passar pelo dique de contenção, devendo optar pela parte que menos comprometa a racionalidade do estado de direito.

24. Um exemplo de como a adoção desse pensamento pode romper com a padronização do direito e com a tendência de encarceramento é a elaboração de Tebet (2010, capítulo 5) no sentido de que somente seria admissível a utilização de súmula vinculante em matéria penal como anteparo ao poder punitivo do Estado, de modo que não se flexibilizem os princípios da legalidade, do devido processo legal, da separação dos poderes e da independência judicial. Pode-se estender esse raciocínio para as demais súmulas, não vinculantes. Isso porque, partindo-se da função do Poder Judiciário de concretizar e efetivar a lei constitucionalmente válida e garantia dos direitos fundamentais de cada indivíduo, não se pode admitir que por um ato advindo desse poder sejam restringidos direitos individuais, sob pena de violação ao princípio da Legalidade.

25. A adoção da dogmática funcional redutora do direito penal deve-se iniciar nos cursos de graduação em Direito, uma vez que são agências reprodutoras do discurso jurídico e formarão os futuros profissionais da área. Essa adoção, por meio de seus fundamentos teóricos, formará alunos que leem o sistema penal a partir dos valores constitucionais e que são questionadores dos fundamentos das teorias da pena. Além disso, esse modelo propõe também uma visão integrada com o processo penal e outros saberes criminais, de modo que se forneça uma compreensão mais ampla do sistema penal. Com isso, tende-se a romper com o ciclo de padronização do direito e de submissão à voz autorizada dos Tribunais Superiores, uma vez que a chave utilizada para a compreensão do fenômeno jurídico-penal seria a de contenção do poder punitivo, e não a de mera repetição de discursos de fundamentação prévia.

26. Por fim, o sistema apontado é um instrumento de grande valia para o combate ao encarceramento em massa. Nesse sentido, é importante ressaltar o papel do discurso jurídico penal como elaboração teórica direcionada ao Poder Judiciário, para que este efetive a jurisdição de maneira coerente com os valores constitucionais e os tratados internacionais. E, como já dito, a orientação dessa dogmática implica em encarar o direito penal como

instrumento de contenção do poder punitivo, norte esse que certamente refletiria numa atuação diversa por parte dos julgadores.

REFERÊNCIAS

ABBAGNANO, Nicola. **Dicionário de filosofia**. 6 ed. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2012.

ABRAMOVAY, Pedro Vieira. O grande encarceramento como produto da ideologia (neo)liberal. In: ABRAMOVAY, Pedro Vieira; BATISTA, Vera Malaguti. **Depois do grande encarceramento**. Rio de Janeiro: Revan. 2010.p.9-27.

ANDRADE, Vera Regina Pereira. **Dogmática Jurídica: esboço de sua configuração e identidade**. 2.ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003.

ALVIM, J. E. Carreira. A justiça em “check”. **Novos Estudos Jurídicos**, [S.l.], ano IV, n. 06, p. 15-18, mar.1998.

ARIELY, Dan. **Predictably irrational: the hidden forces that shape our decisions**. New York: Harper Collins Publishers, 2010.

ASSOCIAÇÃO DOS MAGISTRADOS BRASILEIROS. Pesquisa AMB 2006: a palavra está com você. In: CONGRESSO BRASILEIRO DE MAGISTRADOS, 19., 2006, Curitiba. **Pesquisa...**Curitiba: AMB, 2006. Disponível em: <<http://www.amb.com.br/portal/docs/pesquisa2006.pdf>>. Acesso em: jul. 2014.

AZEVEDO, Plauto Faraco de. Dogmática Penal e Estado. **Fascículos de Ciências Penais**, Porto Alegre, ano 02, v. 02, n. 01, p.58-63, jan.1989.

BARATTA, Alessandro. Funções Instrumentais e simbólicas do Direito Penal: lineamentos de uma teoria do bem jurídico. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, São Paulo, ano 2, n.5, p. 05-24, jan./mar.1994.

BATISTA, Nilo. **Introdução crítica ao direito penal brasileiro**.10.ed. Rio de Janeiro: Revan, 2005.

_____. Fragmentos de um discurso sedicioso. **Discursos Sediciosos: crime, direito, sociedade**, Rio de Janeiro, ano 01, n.1 ,p. 67-77, 1996.

BATISTA, Vera Malaguti. **Introdução crítica à criminologia brasileira**. Rio de Janeiro: Revan, 2011.

_____. Depois do grande encarceramento. In:ABRAMOVAY, Pedro Vieira; BATISTA, Vera Malaguti. **Depois do grande encarceramento**. Rio de Janeiro: Revan. 2010.p. 29-36.

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

_____. **O mal estar da pós-modernidade**. Rio de Janeiro: Zahar, 1998.

BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. **Justiça em Números**. 2013 (ano-base 2012). Disponível em: <http://www.cnj.jus.br/images/pesquisas-judiciarias/Publicacoes/sumario_exec_jn2013.pdf>. Acesso em 05 jun.2014.

BRASIL. Ministério da Justiça. Secretaria de Reforma do Poder Judiciário. **Atlas de acesso à justiça**: indicadores nacionais de acesso à justiça. Brasília:[s.n.], 2013. Disponível em: <http://www.acessoajustica.gov.br/pub/_downloads/caderno_inaj.pdf>. Acesso em 06jul.2014.

BRITO, Renato de Oliveira. O ensino jurídico no Brasil: análise sobre a massificação e o acesso aos cursos de direito. **VIDYA**, Santa Maria, v. 28, n. 2, p. 73-87, jul. /dez.2009.

CABRAL, NuriaMicheline Meneses. **O ensino jurídico no Brasil em tempos neoliberais: adeus à formação de bacharéis?** 2007. 117 f. Dissertação(Mestrado em Educação)–Universidade Católica de Goiás, Goiânia, 2007.

CANDEAS, Ana Paula Lucena Silva. Os valores recomendados pelo Banco Mundial para os judiciários nacionais. **Revista da Associação dos Magistrados Brasileiros**, ano 07, n.13, p.17-41, 1º semestre de 2004.

CAPPELLETTI, Mauro. **Juízes legisladores**. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 1993.

_____. GARTH, Bryant. **Acesso à justiça**. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 1988.

CARVALHO, Amilton Bueno de. **Direito Penal a marteladas**: algo sobre Nietzsche e o Direito. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2013.

_____. O juiz e a jurisprudência: um desabafo crítico. **Revistas de Estudos Criminais** – InstitutoTransdisciplinar de Estudos Criminais, Porto Alegre, ano 02, n. 07, 2002.p. 13-18.

CARVALHO, Luís Gustavo Grandinetti Castanho de. Estado de Direito e decisão jurídica: as dimensões não-jurídicas do ato de julgar. In: PRADO, Geraldo; MARTINS, Rui Cunha; CARVALHO, Luís Gustavo Grandinetti Castanho. **Decisão Judicial**: a cultura jurídica brasileira na transição para a democracia.São Paulo: Marcial Pons. 2012. p. 87-137.

CARVALHO, Salo de. La Ejecución de las Penas Privativas de Libertad y Restrictivas de Derechos y laSituación Penitenciaria en Brasil: Breve Informe. **Revista de Estudos Criminais**, Porto Alegre, v. 53, n. 53, p. 35-50, 2014.

_____. **Penas e medidas de segurança no direito penal brasileiro**: fundamentos e aplicação judicial. São Paulo: Saraiva, 2013.

_____. Em Defesa da Lei de Responsabilidade Político-Criminal: o caso do anteprojeto de Código Penal. **Revista da EMERJ**, Rio de Janeiro, v. 15, p. 156-160, 2012.

_____. **Antimanual de criminologia**. 4.ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011a.

_____. **Como (não) se faz um trabalho de conclusão:** provocações úteis para orientadores e estudantes de Direito (especialmente das ciências criminais). Lumen juris: Rio de Janeiro, 2011b.

_____. Substitutivos Penais na Era do Grande Encarceramento. In: ABRAMOVAY, Pedro Vieira; BATISTA, Vera Malaguti (Org.). **Depois do Grande Encarceramento**. Rio de Janeiro: Revan, 2010.p. 357-382.

_____. Em Defesa da Lei de Responsabilidade Político Criminal. **Boletim IBCCRIM**, v. 193. 2008.p. 08-10.

CASTRO, Guilherme Couto de. **Direito Civil: Lições**. 3.ed. Niterói: Impetus, 2009.

CECCON, Flávia Teles. **Contribuições para o estudo da seleção e formação dos magistrados no Brasil**. 117 f. Dissertação(Mestrado em Direito) – Pontifícia Universidade Católica do Paraná, Curitiba, 2009.

CHOMSKY, Noam. **O lucro ou as pessoas?** 4. ed. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2004.

CHRISTIE, Nils. **Uma razoável quantidade de crime**. Rio de Janeiro: Revan, 2011.

_____. **Indústria do controle do crime:**a caminho dos GULAGs em estilo accidental. Rio de Janeiro:Forense, 2008.

CNJ. **Novo diagnóstico de pessoas presas no Brasil**. Brasília, 2014.<http://www.cnj.jus.br/images/imprensa/pessoas_presas_no_brasil_final.pdf > Acesso em 07jul.2014.

COUTINHO, Aldacy Rachid. **Poder Punitivo Trabalhista**. São Paulo: LTr, 1999.

DAKOLIAS, Maria. **The judicial sector in Latin America and the Caribbean:** elements of reform. World Bank technical paper nº 319. Washington. Disponível em: <http://www-wds.worldbank.org/external/default/WDSContentServer/WDSP/IB/1996/06/01/000009265_3961214163938/Rendered/PDF/multi_page.pdf>. Acesso em 30.abr.2013.

DIDIER JÚNIOR, Fredie; CUNHA, Leonardo José Carneiro da. **Curso de Direito Processual Civil:** meios de impugnação às decisões judiciais e processo nos tribunais.7.ed. Salvador: Jus Podivm. V.3.

FERRAJOLI, Luigi. **Direito e razão:** teoria do garantismo penal. 4.ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014.

FERREIRA, Cloves Augusto Alves Cabral. **Globalização e poder judiciário:** Os valores considerados na reforma do Poder Judiciário no Brasil. 2005. 159 f. Dissertação (Mestrado em Direito, Estado e Sociedade) – Universidade Federal de Santa Catarina, Santa Catarina, 2005.

FERREIRA NETO, Olsy da Silva. **Os assentos no Direito Português e as súmulas vinculantes no Direito Brasileiro:** efetividade, segurança e imobilidade. Disponível em <<http://www.egov.ufsc.br/porta1/conteudo/os-assentos-no-direito-portugu%C3%AAs-e>

s% C3% BAmulas-no-direito-brasileiro-efetividade-seguran% C3% A7-e-imo>. Acesso em 05.fev.2014.

FOUCAULT, Michel. **Vigiar e punir: nascimento da prisão**. 35ª ed. Petrópolis: Vozes, 2008.

FREITAS, Maria da Graça Borges de. **A reforma do Poder Judiciário e os desafios da formação do magistrado hoje**. In Revista do Tribunal Regional do Trabalho da 3ª Região. Belo Horizonte, v.42, n.72 p.31-44, jul./dez.2005

GHIRARDI, J. G.; CUNHA, L. G.; FEFERBAUM, M. **Observatório do Ensino de Direito: relatório outubro 2013**. FGV, São Paulo, 2013. Disponível em <http://direitosp.fgv.br/sites/direitosp.fgv.br/files/arquivos/anexos/oed_-_relatorio_01_-_quem_e_o_professor_de_direito_no_brasil.pdf>. Acesso em 03.jul.2014.

GONÇALVES E SILVA, Kayo. **Análise de Escalabilidade de uma Implementação Paralela do SimulatedAnnealing Acoplado**. 2013. 60f. Dissertação (Mestrado em Engenharia Elétrica e de Computação) - UFRN, Natal, 2013. Disponível em <<http://www.dca.ufrn.br/~samuel/Bancas/Dissertacao-Kayo.pdf>>. Acesso em 15.mar.2014.

GRANGEIA, Marcos Alaor Diniz. **A crise de gestão do Poder Judiciário: as consequências e os possíveis caminhos para a solução**. Disponível em <http://www.enfam.jus.br/wp-content/uploads/2013/01/2099_Des__Marcos_Alaor_Artigo_ENFAM_28_4_2011_editado.pdf>. Acesso em 02.fev.2014.

GRECO, Leonardo. **O ensino jurídico no Brasil**. Disponível em <http://www.mundojuridico.adv.br/sis_artigos/artigos.asp?codigo=400>. Acesso em 06.jul.2014.

GUIMARÃES, André Rodrigues. **Orientações do banco mundial para a contrarreforma da educação superior nos países capitalistas**. Disponível em <<http://www.anpae.org.br/simposio26/1comunicacoes/AndreRodriguesGuimaraes-ComunicacaoOral-int.pdf>>. Acesso em 03.jul.2014.

HOBBSBAUM, Eric J. **Era dos Extremos: o breve século XX**. 2ª ed. São Paulo: Companhia das Letras. 2008.

HOUAISS, Dicionário Eletrônico Houaiss da Língua Portuguesa. Versão 1.0.5.

HUBERMAN, Leo. **História da riqueza do homem**. Atualização e revisão técnica Márcia Guerra. Rio de Janeiro: LTC. 22ª Edição revista e ampliada. 2010.

INEP. **Resumo técnico**. Brasília, 2009. Disponível em <<http://portal.inep.gov.br/web/censo-da-educacao-superior/resumos-tecnicos>>. Acesso em 02.jul.2014.

_____. **Resumo técnico**. Brasília, 2002. Disponível em <<http://portal.inep.gov.br/web/censo-da-educacao-superior/resumos-tecnicos>>. Acesso em 02.jul.2014.

ITURRALDE, Manuel. **O governo neoliberal da insegurança social na América Latina: semelhanças e diferenças com o Norte Global**. in BATISTA, Vera Malaguti (Org.).

LoïcWacquant e a questão penal no capitalismo neoliberal. Rio de Janeiro: Revan, 2012.p. 169-195

JOFFILY, Tiago. **Direito e compaixão:** discursos de (des)legitimação do poder punitivo estatal. Rio de Janeiro: Revan, 2011.

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

_____. **O processo de democratização do Estado e do Poder Judiciário.**in Discursos Sediciosos. Ano 07, número 12. Rio de Janeiro: Revan, 2002.p. 167-180.

KLEIN, Naomi. **A doutrina do choque:** a ascensão do capitalismo de desastre. Rio de Janeiro: Nova Fronteira. 2008.

LEAL, Pastora do Socorro Teixeira; DE FARIA, Márcio Silva Maués; MESQUITA, Valena Jacob Chaves. **Globalização, neoliberalismo e as reformas do poder judiciário:** a influência do Banco Mundial e a necessária colocação do problema da justiça. in Direitos Fundamentais e Justiça. Ano 07, nº 23, Abril-Junho 2013.p. 171-191.

LEAL, Rogério Gesta. **Impactos econômicos e sociais das decisões judiciais:** aspectos introdutórios. Brasília: ENFAM, 2011.

LEAL, Saul Coutinho. **Julgamentos em lista mostra que fracassamos.** Publicado em 08.jun.2014. Disponível em <<http://www.osconstitucionalistas.com.br/julgamentos-em-listas-mostram-que-fracassamos>>. Acesso em 02.jul.2014.

LEAL, Victor Nunes. **Passado e futuro das súmulas no STF.** Versão digitalizada. Trata-se, aparentemente, de discurso realizado no Instituto dos Advogados de Santa Catarina em 04.set.1981.

LOPES JUNIOR, Aury; BADARÓ, Gustavo Henrique. **Direito ao processo penal no prazo razoável.** 2ª ed. Rio de Janeiro:Lumen Juris, 2009.

LOPES JUNIOR, Aury. **Direito processual penal e sua conformidade constitucional.** Vol I. 7ª edição. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011a.

_____. **Direito processual penal e sua conformidade constitucional.** Vol II. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011b.

CORTINA DE FUMAÇA. Diretor: Rodrigo MacNiven, 2010. Coletivo Projects. 88 min.

MELO FILHO, Hugo Cavalcanti. **A reforma do Poder Judiciário Brasileiro:** motivações, quadro atual e perspectivas. InRevista CEJ, Brasília, n. 21, abr./jun. 2003.p. 79-86

NAUCKE, Wolfgang. **Derecho Penal:** una introducción. Traducción de la 10ª ediciónalemana por Leonardo GérmanBrond. Ciudad de Buenos Aires: Editorial Austrea, 2006.

NOGUEIRA, Gustavo Santana. **Precedentes vinculantes no direito brasileiro**. 2ª edição. Salvador: juspodivm, 2013.

NUNES, Andrine Oliveira. **Globalização, estado e segurança pública**. Disponível em <<http://www.faete.edu.br/revista/Prof.%20Andrine.pdf>>. Acesso em 01.jun.2014.

NUNES, Edson; CARVALHO, Márcia de. **O ensino e a profissão jurídica no Brasil: uma visão quantitativa**. Documento de trabalho nº 43. Rio de Janeiro, julho, 2005. Disponível em <<http://www.observatoriouniversitario.org.br/default.asp>>. Acesso em 05.jul.2014.

OAB. **OAB recomenda**: indicador de educação jurídica de qualidade. 4ª Edição. Brasília: OAB, 2012.

ORDEIG, Gimbernat. **¿Tiene un futuro la dogmática juridicopenal?** in Problemas actuales de las ciencias penales y de la filosofía del Derecho. Em homenaje al profesor Jiménez de Asúa, Ediciones Panedille, Buenos Aires 1970, p. 495-523.

PASCHOAL, Janaína Conceição. **Constituição, criminalização e Direito Penal mínimo**. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2003.

PAULA, Maria Eunice de. **Poder Judiciário: crise e reforma**. Dissertação. 131 f. Mestrado em Direito. Universidade Federal do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, 2006.

PRADO, Geraldo. **Campo jurídico e capital científico: o acordo sobre a pena e o modelo acusatório no Brasil - a transformação de um conceito**. in PRADO, Geraldo; MARTINS, Rui Cunha; CARVALHO, Luís Gustavo Grandinetti Castanho. **Decisão Judicial: a cultura jurídica brasileira na transição para a democracia**. p. 11-70.

PRADO, Luiz Carlos Delorme. **Globalização: notas sobre um conceito controverso**. Disponível em <<http://dogmaseenigmas.files.wordpress.com/2012/12/prado-2000.pdf>>. Acesso em 01.jun.2014.

QUEIROZ, Paulo. **A propósito do conceito definitorial de crime**. 2013a. Disponível em <<http://pauloqueiroz.net/a-proposito-do-conceito-definitorial-de-crime/>> Acesso em 17/03/13.

_____. **Tropa de Elite e o poder das metáforas**. 2013b. Disponível em <<http://pauloqueiroz.net/tropa-de-elite-e-o-poder-das-metaforas/>> Acesso em 17/03/13.

_____. **Direito Penal: parte geral**. 7ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

RAMIRES, Maurício. **Crítica à aplicação de precedentes no direito brasileiro**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.

REIS, Wanderlei José dos. **Juiz gestor: um novo paradigma** in Revista Jurídica UNIGRAN. Dourados, MS. v. 12 nº 24 Jul./Dez.2010.

REMÍGIO, Rodrigo Ferraz de Castro. **Emenda Constitucional nº 45: da crise de legitimidade à legitimidade democrática do Judiciário**. Dissertação. 227 f. Mestrado em Direito Constitucional. Universidade de Fortaleza. Ceará. 2010.

ROSA, Alexandre de Moraes da. *Stalking e a Criminalização do Cotidiano*. in R. EMERJ, Rio de Janeiro, v. 15, n. 60, p. 72-79, out.-dez. 2012.

_____. **Franchising judicial ou de como a magistratura perdeu a dignidade por seu trabalho, vivo?** in Anais do IX Simpósio de Direito Constitucional da ABDConst . Curitiba, PR :ABDConst., 2011.

_____; FABRES, Thiago Fabres de. **Processo penal eficiente e ética da vingança: em busca de uma criminologia da não violência**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

ROXIN, Claus. **A proteção de bens jurídicos como função do Direito Penal**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006a.

_____. **Estudos de direito penal**. Rio de Janeiro: Renovar, 2006b.

RUSCHE, Georg; KIRCHHEIMER, Otto. **Punição e estrutura social**. 2ª ed. Rio de Janeiro: Revan, 2004 .

SADEK, Maria Teresa Aina. **Poder Judiciário: perspectivas de reforma**. In Opinião Pública, Volume X, nº 01, Campinas: CESOP, Maio, 2004. p. 01-62.

SANTOS, Milton. **O espaço do cidadão**. 7ª ed. São Paulo: Editora da Universidade de São Paulo, 2007.

SAUCEN, Dalton. **Súmulas, repercussão geral e recursos repetitivos: crítica à standardização do Direito e resgate hermenêutico**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013.

SCHÜNEMANN, Bernd. **Estudos de direito penal, direito processual penal e filosofia do direito**. São Paulo: Marcial Pons, 2013.

AQUI DOIDO VARRIDO NÃO VAI PRA DEBAIXO DO TAPETE. Séllos; Tardin, 2010, 81 minutos.

SERRA, Marco Alexandre de Souza. **Economia política da pena**. Rio de Janeiro: Revan, 2009.

SILVA, Evandro Lins e. **Victor Nunes Leal, as Súmulas e o Supremo Tribunal Federal**. in PINAUD, João Luiz Duboc; PEDRINHA, Roberta Duboc. Estudos Contemporâneos das Ciências Criminais em defesa do ser humano: Homenagem a Evandro Lins e Silva: o Patrono da Liberdade. 2009.

SOUZA, José Barcelos de. **Súmula vinculante e impeditiva de recurso**. in Discursos Sediciosos. Ano 09, número 14. Rio de Janeiro: Revan. 2004.

STRECK, Lênio. **O que é isto - decido conforme minha consciência**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013.

_____; ABOUD. **O que é isto - o precedente judicial e as súmulas vinculantes**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013.

_____. **O senso (in)comum das “obviedades” desveladas: um tributo a Luis Alberto Warat.** In Revista de Estudos Constitucionais, Hermenêutica e Teoria do Direito (RECHTD). Julho-dezembro 2012.

TANGERINO, David. **Culpabilidade.** Rio de Janeiro: Elsevier, 2011.

TAVARES, Juarez. **Teoria dos crimes omissivos.** São Paulo: Marcial Pons, 2012.

_____. **Teoria do Injusto Penal.** 2ª ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2002.

_____. **Crítérios de seleção de crimes e cominação de penas.** In Revista Brasileira de Ciências Criminais. Dezembro, 1992.p. 75-87.

TEBET, Diogo. **Súmula Vinculante em matéria criminal.** 1ª ed. São Paulo: IBCCRIM, 2010.

THOMPSON, Augusto. **Quem são os criminosos: o crime e o criminoso: entes políticos.** Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

VIANNA, Túlio. **Julgando de barriga cheia.** O Estado de São Paulo, São Paulo (SP), p. J7, 11 nov. 2012. Disponível em <<http://alias.estadao.com.br/noticias/geral,julgando-de-barriga-cheia-imp-,958750>>. Acesso em 03.jul.2014.

VIEIRA, Oscar Vilhena. **Supremocracia.** in Revista de Direito GV, nº 08, São Paulo. Jul-Dez, 2008.p. 441-463.

VOJVODIC, Adriana de Moraes. **Precedentes e argumentação no Supremo Tribunal Federal:** entre a vinculação ao passado e a sinalização para o futuro. 269f. Tese de Doutorado. Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. Doutorado em Direito do Estado. São Paulo. 2012.

WACQUANT, Loïc. **As prisões da miséria.** 2ª edição. Rio de Janeiro: Zahar, 2011.

_____. **Punir os pobres:** a nova gestão da miséria nos Estados Unidos [A onda punitiva]. 3ª ed. Rio de Janeiro: Revan, 2007.

_____. **Apêndice teórico:** um esboço do Estado neoliberal. in Discursos Sediciosos. Ano 15, números 17/18. Rio de Janeiro: Revan, 2005.p. 137-162.

WELZEL, Hans. **A dogmática no Direito Penal.** In Revista de Direito Penal, nºs 13 e 14, Janeiro a Junho de 1974.p. 7-12.

ZAFFARONI, E. Raúl; BATISTA, Nilo; ALAGIA, Alejandro; SLOKAR, Alejandro. **Direito Penal Brasileiro: primeiro volume – Teoria geral do Direito Penal.** Rio de Janeiro: Revan. 2ª Edição. 2003.

_____. *Política y dogmática jurídico penal.* In Revista Direito e democracia. Canoas: Ed. ULBRA, Vol. 3, número 1, 1º semestre, 2002.p. 301-312.