

UNIVERSIDADE FEDERAL DO RIO DE JANEIRO
CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS E ECONÔMICAS
FACULDADE DE DIREITO

**JUSTIÇA PENAL E DISPUTA POLÍTICA: ENTRE A NEUTRALIDADE
POLÍTICA E A MOTIVAÇÃO POLÍTICO-IDEOLÓGICA**

DANIELLE DA SILVEIRA PEREIRA

Rio de Janeiro
2016 / 2º SEMESTRE

DANIELLE DA SILVEIRA PEREIRA

**JUSTIÇA PENAL E DISPUTA POLÍTICA: ENTRE A NEUTRALIDADE
POLÍTICA E A MOTIVAÇÃO POLÍTICO-IDEOLÓGICA**

Monografia de final de curso, elaborada no âmbito da graduação em Direito da Universidade Federal do Rio de Janeiro, como pré-requisito para obtenção do grau de bacharel em Direito, sob a orientação do **Professor Dr. Geraldo Prado**.

Rio de Janeiro
2016 / 2º SEMESTRE

CIP - Catalogação na Publicação

d436j da Silveira Pereira, Danielle
Justiça Penal e disputa política: entre a
neutralidade política e a motivação político
ideológica / Danielle da Silveira Pereira. -- Rio
de Janeiro, 2016.
60 f.

Orientador: Geraldo Prado.
Trabalho de conclusão de curso (graduação) -
Universidade Federal do Rio de Janeiro, Faculdade
de Direito, Bacharel em Direito, 2016.

1. Justiça penal. 2. Disputa política. 3.
Midiatização. 4. Democratização. I. Prado, Geraldo,
orient. II. Título.

CDD 341.43

DANIELLE DA SILVEIRA PEREIRA

**JUSTIÇA PENAL E DISPUTA POLÍTICA: ENTRE A NEUTRALIDADE
POLÍTICA E A MOTIVAÇÃO POLÍTICO-IDEOLÓGICA**

Monografia de final de curso, elaborada no âmbito da graduação em Direito da Universidade Federal do Rio de Janeiro, como pré-requisito para obtenção do grau de bacharel em Direito, sob a orientação do **Professor Dr. Geraldo Prado**.

Data da Aprovação: ____ / ____ / ____.

Banca Examinadora:

Orientador

Membro da Banca

Membro da Banca

**Rio de Janeiro
2016 / 2º SEMESTRE**

Ao autor da vida,
Aos familiares e amigos,
Ao meu amor e melhor amigo,
Aos professores,
Toda a minha gratidão.

No sistema da legalidade, baseado na divisão dos poderes, a justiça deve ser rigorosamente separada da política. A política vem antes da lei, é o trabalho de que nasce a lei. Mas, a partir do momento em que a lei nasceu, o juiz não deve ver nada mais que ela; ou melhor, como dizia Montesquieu, o juiz não tem sequer necessidade de ter olhos para ver: ele é um mecanismo inanimado, uma espécie de porta-voz através do qual a lei fala por si, a “bouche de la loi”, a boca da lei.

Bonitas palavras. Mas devem ser entendidas cum grano salis.

Entretanto, mesmo que o juiz pudesse esquecer, enquanto julga, suas opiniões e sua condição pessoal, sempre teria o dever, para aplicar fielmente a lei, de interpretá-la. Mas interpretá-la quer dizer remontar a ratio de que nasceu, isto é, substancialmente, à inspiração política que circula nela e a torna socialmente atual. O que leva a considerar que, em toda interpretação jurídica, há certa margem de opção política¹.

Se eu pintar todos os juízes numa tela, um ao lado do outro, e se o senhor se defender diante da tela, terá mais êxito do que diante do verdadeiro tribunal².

¹ CALAMANDREI, Piero. Eles, os juízes, vistos por um advogado. 2ª tiragem. Tradução: Eduardo Brandão. São Paulo : Martins Fontes, 1996, p. 244-245.

² KAFKA, Franz. O Processo. Tradução: Modesto Carone. São Paulo: Companhia das Letras, 2011, p. 149.

RESUMO E PALAVRAS-CHAVE

Este trabalho pretende refutar a ideia de neutralidade na aplicação do direito e analisar o uso político da justiça penal, os argumentos em jogo e suas ambiguidades, ressaltando suas consequências para o sistema democrático e para o processo penal. A primeira parte do trabalho se concentra em apontar falhas estruturais do modelo de sistema penal garantista clássico, ressaltando-se a politicidade implícita na função judicial. A segunda parte do trabalho examina a instrumentalização do juízo penal com fins políticos, quando aquele assume um caráter político explícito. Em seguida, se faz uma breve análise do perfil dos magistrados brasileiros para apontar a necessidade de democratização interna do Poder Judiciário.

Palavras-chave: Justiça penal; Disputa política; Mdiatização; Democratização;

RÉSUMÉ ET MOTS-CLÉS

Ce travail a l'intention de réfuter l'idée de neutralité dans l'application du droit et analyser l'usage politique de la juridiction pénal, les arguments en jeu e ses ambiguïtés, en soulignant ses conséquences pour le système démocratique e pour le procès pénal. La première partie du travail concentre la démonstration des failles structurales du modèle de système pénal garantiste classique, démarcant la politicité implicite dans la fonction juridictionnelle. La seconde partie du travail examine l'instrumentalisation politique du jugement pénal, quand celui-la gagne un caractère politique explicite. En suite, il s'agit d'analyser brièvement le profil des magistrats brésiliens pour indiquer la nécessité de démocratisation interne du Pouvoir Judiciaire.

Mots-clés: Justice pénal; Dispute politique; Midiatisation; Démocratisation;

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	9
1 DESMISTIFICANDO O COGNITIVISMO JUDICIAL	13
1.1 Epistemologia garantista	13
1.2 Epistemologia antigarantista	19
1.3 O caráter político da função judicial	21
1.4 A imparcialidade como categoria problemática	24
2 PROCESSO PENAL E DISPUTA POLÍTICA	30
2.1 Processo como arena pública concorrencial	32
2.1.1 Estratégias do Poder Judiciário	33
2.1.2 Efeitos sobre o sistema político democrático	38
2.1.3 Mdiatização do processo	41
2.2 Democratização do Poder Judiciário	44
2.2.1 Responsabilidade jurídica dos magistrados	44
2.2.2 Pluralismo e democracia interna	50
CONCLUSÃO	53
REFERÊNCIAS	55

INTRODUÇÃO

A presente monografia almeja o estudo da carga política que se impõe ao exercício da jurisdição criminal, situada no marco institucional do Estado democrático de Direito delineado na Carta Política de 1988, de modo a refutar as ideias de neutralização e universalização que, ainda no presente século, emergem nos discursos que representam a Justiça.

É imprescindível, então, a desconstrução da imagem, erigida entre séculos XVII e XVIII pelos pensadores liberais³ e que repercutiu nas doutrinas de direito moderno, do juiz autômato, indiferente a efeitos extrajurídicos, estritamente submisso ao direito, cujo papel se limitaria à estrita aplicação da lei e onde o próprio Direito é concebido desconectado dos fins a que serve e de seu meio de produção, para que se reconheça, então, que a tarefa dos juízes está intimamente associada a questões substancialmente políticas, posto que o Direito é a maior expressão da política institucionalizada.

Por outro lado, emerge uma segunda concepção do ato de julgar, a qual tende a majorar o papel do juiz, lhe conferindo poderes e intenções que ele não possui. Aqui, fortalece-se a imagem de um juiz cujos objetivos são desconectados da lógica do Judiciário⁴. Crê-se, então, que por detrás de cada uma de suas decisões se revela uma tomada de posição política, ao ponto de por vezes deduzir-se sua aproximação com um ou outro partido.

Ambas as concepções resultam em reducionismos, por isso, devem ser rejeitadas. Em verdade, a função do magistrado tem estreita relação com questões políticas e a matéria judiciária é irredutivelmente concreta, singular. Parece, então, imperioso repolitizar a questão judiciária, a fim de romper com a imagem do magistrado neutro e a do magistrado a neutralizar⁵.

³ LAURIS, Élida. Entre a neutralidade política e a responsabilidade social. Revista *Meritum*, Belo Horizonte: v.6, n. 2, p. 19, jul./dez., 2011: “A despeito de sua contribuição para a ideia de distribuição tripartite do poder, Montesquieu, de um lado, no âmbito da separação orgânica, não entregou ao judiciário nenhuma prerrogativa de controle ou intervenção sobre os outros dois poderes; de outro lado, no âmbito da separação social, não associou a nenhum estamento o poder de julgar. O resultado dessa equação foi a previsão de um poder judiciário autônomo, mas politicamente nulo”.

⁴ A respeito da perspectiva teórica do funcionalismo político: “Não apenas compreende o direito como um instrumento político, mas se orienta por uma intenção expressa de politização da juridicidade. O direito não teria só uma geral função política, nem se lhe reconhecem apenas efeitos políticos, pretende-se que assuma um directo e determinante objetivo político, e assim segundo fundamentos e critérios imediatamente políticos”. In NEVES, Castanheira. Entre o “legislador”, a “sociedade” e o “juiz” ou entre “sistema”, “função” e “problema” – os modelos actualmente alternativos da realização jurisdicional do direito. Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, Coimbra n. LXXIV, p. 26-27, 1998.

⁵ BONDUELLE, Matthieu. “Juger est un acte politique”. Le monde diplomatique, set. 2014, p. 28. Disponível em <https://www.monde-diplomatique.fr/2014/09/BONDUELLE/50780>. Acesso em 01/11/2016.

Luigi Ferrajoli realçou que o exercício do poder do juiz jamais poderá resultar inteiramente regulado pela lei, que deixa margens inevitáveis de discricionariedade, por vezes de ampla dimensão, do que derivaria um inevitável coeficiente de relativa ilegitimidade (existente em todos os momentos de poder). Logo, o juiz teria de ser muito consciente de que na sua atuação existe um grau de poder pessoal sobre o qual deve praticar um severo autocontrole, como uma garantia de carácter cultural sobre a sua ação.⁶

Tais considerações ganham importante relevo no âmbito das ciências criminais, pois, as práticas penais passaram a ser pensadas e elaboradas em conjunto com as práticas de dominação e de exercício do poder pelo Estado. Isto é, a questão criminal relaciona-se, desde a origem, com posição de poder e as necessidades de ordem de uma determinada classe social, logo, encontra-se intimamente ligada à história do desenvolvimento do capitalismo⁷.

Cabe, pois, sublinhar as especificidades da jurisdição penal, exatamente pela vulnerabilidade à ideologia característica do direito penal e processual penal, os quais facilmente se transformam em instrumentos de imposição da ideologia dominante. Não raras vezes o processo penal foi usado contra inimigos do regime político e os réus foram, na verdade, vítimas, exterminadas ou punidas em nome da ordem posta. A ideologia econômica também é fator determinante na criminalização de condutas que não tem a maior periculosidade social⁸.

Ademais, nas palavras de Alberto Binder “a ilicitude penal não é evidente”, ao contrário, “é algo que necessita ser interpretado e construído logicamente”⁹. Uma vez que os tipos penais são formados de modo geral e abstrato e, opostamente, a vida social é rica em matizes, é esperável que o processo de subsunção gere alguma classe de discricionariedade, seja para excluir casos que deveriam estar incluídos, seja para, ao revés, incluir casos que deveriam estar excluídos desse campo. A ilicitude penal, neste entendimento, é construída superando-se dificuldades lógicas e valorativas.

É fundamental, por outro lado, ressaltar a função de garante historicamente idealizada para este poder do Estado, bem como evidenciar que sua atual configuração pode ser

⁶ FERRAJOLI, Luigi. Diritto e ragione. Teoria del garantismo penal, Laterza, Roma-Bari, 1989 apud IBAÑEZ, Perfecto Andrés. Poder judicial e democracia política: lições de um século. Revista da AJURIS, Porto Alegre, n. 85, mar/2002, p. 377-389.

⁷ FOUCAULT, Michel. A verdade e as formas jurídicas. Trad.: Roberto Cabral de Melo Machado e Eduardo Jardim Morais. Rio de Janeiro: NAU Editora, 2002.

⁸ CARVALHO, Luiz Gustavo Grandinetti Castanho de. O ato de julgar, o processo e a especificidade do processo criminal. In: Boletim nº 250 do Instituto Brasileiro de Ciências Criminais, set/2013, p. 5.

⁹ BINDER, Alberto M. Ofensas a los gobernantes: crítica política e injusto penal. In: BINDER, Alberto M. Política criminal: de la formulación a la praxis. Buenos Aires: Ad-Hoc, 1997, p. 110. Conforme o original: [...] La ilicitud penal no es evidente [...]. Aquello que necesita ser interpretado o contruído lógicamente, no es evidente.

compreendida como resultado da criação de limites para o exercício do poder punitivo, cujo desenvolvimento culminou na formação de um complexo de garantias para todo indivíduo, de modo que a legitimidade da jurisdição depende em larga medida de seu comprometimento com o Estado democrático de Direito.

Neste sentido, como resultado de processo histórico lento e gradual, os direitos fundamentais se apresentam como “barreiras” a restringir o espectro de atuação estatal e a garantir o exercício das liberdades públicas pelos indivíduos, passando, posteriormente, a consistir também em imperativos para uma atuação positiva do Estado na promoção de direitos sociais, culturais e econômicos, sendo certo que a passagem do Estado liberal para Estado Social repercutiu na transformação do papel sócio-político a ser desempenhado pelo Judiciário¹⁰.

Muito embora a formação dos juízes e demais profissionais do Direito favoreça uma postura passiva em relação ao império da lei, imposta pelo arcabouço teórico da modernidade, o modo de pensar o Direito seja fracionado, compartimentado, especializado, reflexo da lógica cientificista e mecanicista da modernidade, é imperioso desalienar o juiz da mitologia da lei como instância indiscutível¹¹. Cabe ao juiz investigar profundamente a ideologia que a inspirou para confrontá-la com a Constituição, o que não quer significar uma atividade ideologicamente interessada em termos pessoais ou partidários.

Portanto, no primeiro capítulo deste trabalho, buscar-se-á descrever como o modelo garantista clássico, fruto da tradição jurídica do iluminismo e do liberalismo político, buscou conter o arbítrio estatal com as garantias da estrita legalidade e da estrita jurisdicionariedade em matéria penal. Por outro lado, como não é possível deixar de reconhecer que a epistemologia garantista possui falhas estruturais, acentuadas por uma tradição autoritária jamais interrompida, pretende-se apontar a existência de espaços de poder insuprimíveis na determinação jurisdicional do desvio punível.

Já no segundo capítulo, pretende-se examinar, como consequência direta daqueles espaços de poder possibilitados ao juiz, o recorrente uso político da justiça penal por grupos de poder, onde o juízo penal pode servir ao fim específico de registrar publicamente informação que lance luz desfavorável sobre os antagonismos políticos.

¹⁰ IBAÑEZ, Perfecto Andrés, op. cit.

¹¹ CARVALHO, Luiz Gustavo Grandinetti, op. cit., p.5.

Tal empreendimento dar-se-á a partir da análise das relações exemplificadas nas interações interinstitucionais engendradas no âmbito de processos criminais, em que os detentores de mandatos políticos são réus, em que são expostas relações ilegais, sistêmicas e endêmicas de financiamento da vida política e, que por isso, se desenvolve de modo diferenciado do processo criminal comum.

Nesse sentido, assume-se que o judiciário se converteu em uma instância através da qual muitos tipos de regimes políticos, assim como seus opositores, podem afirmar suas normas de ação e fazer com que a população se integre dentro de seus respectivos objetivos políticos, por sua peculiar posição de confiança pública¹². A politização do Poder Judiciário nesses termos implica, no entanto, introduzir o debate acerca da responsabilidade dos juízes e a democratização desta função a partir de uma breve análise do perfil dos juízes brasileiros.

¹² KIRCHHEIMER, Otto. Justicia política: empleo del procedimiento legal para fines políticos. Traducción al español por R. Quijano. Granada: Comares, 2001, p. 21.

1 DESMISTIFICANDO O COGNITIVISMO JUDICIAL

[Damiens fora condenado, a 2 de março de 1757], a pedir perdão publicamente diante da poria principal da Igreja de Paris [aonde devia ser] levado e acompanhado numa carroça, nu, de camisola, carregando uma tocha de cera acesa de duas libras; [em seguida], na dita carroça, na praça de Greve, e sobre um patíbulo que aí será erguido, atezado nos mamilos, braços, coxas e barrigas das pernas, sua mão direita segurando a faca com que cometeu o dito parricídio, queimada com fogo de enxofre, e às partes em que será atezado se aplicarão chumbo derretido, óleo fervente, piche em fogo, cera e enxofre derretidos conjuntamente, e a seguir seu corpo será puxado e desmembrado por quatro cavalos e seus membros e corpo consumidos ao fogo, reduzidos a cinzas, e suas cinzas lançadas ao vento¹³.

1.1 Epistemologia garantista

Como é sabido, os princípios sobre os quais se funda o modelo garantista clássico de direito penal dos ordenamentos desenvolvidos são, em grande parte, fruto da tradição jurídica do iluminismo e do liberalismo. Com vista à uniformidade de um sistema jurídico, os vários princípios que o integra devem, antes de tudo, configurar um esquema epistemológico de identificação do desvio penal, dirigido a asseverar o máximo grau de racionalidade e confiabilidade do juízo.

Nesta linha, a Declaração Universal dos Direitos do Homem e do Cidadão, de 1798, símbolo do liberalismo político, proclamava como inalienáveis os seguintes direitos do acusado:

“Artigo VIII Todo ser humano tem direito a receber dos tribunais nacionais competentes remédio efetivo para os atos que violem os direitos fundamentais que lhe sejam reconhecidos pela constituição ou pela lei.

Artigo IX Ninguém será arbitrariamente preso, detido ou exilado.

Artigo X Todo ser humano tem direito, em plena igualdade, a uma justa e pública audiência por parte de um tribunal independente e imparcial, para decidir sobre seus direitos e deveres ou do fundamento de qualquer acusação criminal contra ele.

Artigo XI 1. Todo ser humano acusado de um ato delituoso tem o direito de ser presumido inocente até que a sua culpabilidade tenha sido provada de acordo com a lei, em julgamento público no qual lhe tenham sido asseguradas todas as garantias necessárias à sua defesa. 2. Ninguém poderá ser culpado por qualquer ação ou omissão que, no momento, não constituía delito perante o direito nacional ou internacional.

¹³ V.E. Selligman, *La Justice sous la Révolution*, t. 1, 1901, e A. Desjardin, *Les Cahiers des Etats généraux et la justice criminelle*, 1883, p. 13-20 apud FOUCAULT, Michel. *Vigiar e Punir: nascimento da prisão*; trad. Raquel Ramalhe. Petrópolis, Vozes, 1987, p. 8, disponível em https://disciplinas.stoa.usp.br/pluginfile.php/121335/mod_resource/content/1/Foucault_Vigiar%20e%20punir%20I%20e%20II.pdf. Acesso em: 8 dez. 2016.

Também não será imposta pena mais forte do que aquela que, no momento da prática, era aplicável ao ato delituoso”¹⁴.

Tal texto certamente inspirou as Convenções de Direitos Humanos proclamadas a partir da segunda metade do século XX, tal como a Declaração Universal de Direitos Humanos da Organização das Nações Unidas (ONU), de 1948, cujo enunciado, nessa matéria, é praticamente idêntico, mesmo elaborada após passados mais de 150 anos da edição daquela, nestes termos:

“Art. 7º. Ninguém pode ser acusado, preso ou detido senão nos casos determinados pela lei e de acordo com as formas por esta prescritas. Os que solicitam, expedem, executam ou mandam executar ordens arbitrárias devem ser punidos; mas qualquer cidadão convocado ou detido em virtude da lei deve obedecer imediatamente, caso contrário torna-se culpado de resistência.

Art. 8º. A lei apenas deve estabelecer penas estrita e evidentemente necessárias e ninguém pode ser punido senão por força de uma lei estabelecida e promulgada antes do delito e legalmente aplicada.

Art. 9º. Todo acusado é considerado inocente até ser declarado culpado e, se julgar indispensável prendê-lo, todo o rigor desnecessário à guarda da sua pessoa deverá ser severamente reprimido pela lei”¹⁵.

Luigi Ferrajoli aponta dois elementos constitutivos da epistemologia garantista que compõem as garantias penais e processuais do sistema punitivo o qual fundamentam. Um deles refere-se à definição legislativa, o outro, à comprovação jurisdicional do desvio punível.¹⁶

O primeiro destes elementos é o convencionalismo penal na determinação abstrata do desvio punível, em decorrência do princípio da legalidade estrita, pelo qual exige-se o caráter formal ou legal do critério de definição do desvio e o caráter empírico ou fático das hipóteses de desvio legalmente definidas.

Assumir o caráter formal do desvio punível significa que ele não é o que, por características intrínsecas ou ontológicas, é reconhecido como imoral, naturalmente anormal,

¹⁴ FRANÇA (1789). Declaração Universal dos Direitos do Homem e do Cidadão. Disponível em: <<http://www.direitoshumanos.usp.br/index.php/Documentos-antiores-à-criação-da-Sociedade-das-Nações-até-1919/declaracao-de-direitos-do-homem-e-do-cidadao-1789.html>>. Acesso em: 5 dez. 2016.

¹⁵ ONU (1948). Declaração Universal dos Direitos Humanos. Disponível em: <<http://www.dudh.org.br/wp-content/uploads/2014/12/dudh.pdf>>. Acesso em: 05 dez. 2016.

¹⁶ FERRAJOLI, Luigi. Direito e razão: teoria do garantismo penal. 3. ed. rev. São Paulo: Editora Revista dos tribunais, 2010, pág. 37.

socialmente lesivo ou algo semelhante, de outro modo, é aquele formalmente indicado por lei como pressuposto necessário para a aplicação de uma pena. Já o caráter empírico da definição do desvio, significa que ela deve ser produzida com referência a figuras empíricas e objetivas de comportamento, jamais a figuras subjetivas de status ou de autor.

O caráter formal do desvio punível equivale ao princípio da reserva legal em matéria penal e à consequente submissão do juiz à lei - o juiz não pode qualificar como delito aquilo que considere imoral ou merecedor de sanção, mas apenas os que, independentemente de sua valoração, venham formalmente designados pela lei como pressupostos de uma pena.

O caráter empírico da definição legal do desvio também abrange o caráter absoluto da reserva da lei penal, pela qual a submissão do juiz é somente à lei. Para tal, é necessário que as definições legislativas das hipóteses de desvio venham dotadas de referências empíricas precisas para que estejam em condições de determinar seu campo de aplicação, de forma tendencialmente exclusiva e exaustiva.

Cumpram ressaltar que o princípio da legalidade estrita¹⁷ orienta-se à exclusão, posto que arbitrárias e discriminatórias, de convenções penais referidas diretamente a pessoas, e não a fatos, logo, com caráter “constitutivo” e não “regulamentar”¹⁸ do que é punível, tais como normas que em ordenamentos passados perseguiram as bruxas, os hereges, os judeus¹⁹, os subversivos e os inimigos do povo.

Isso elimina qualquer configuração ontológica ou extralegal da norma penal: o que torna um fenômeno penalmente relevante é a autoridade da lei, e não a natureza, a moral, a verdade ou a justiça. Além do mais, a qualificação daquilo que é penalmente relevante não pode se dar através de uma hipótese indeterminada do desvio, devendo-se indicar comportamentos empíricos determinados, somados à culpabilidade de um sujeito.

¹⁷ Ferrajoli denomina a reserva legal de “princípio de *mera* legalidade”, que, como queira que se formule, seria uma norma dirigida aos juízes, aos quais prescreve a aplicação das leis tais como são formuladas; e faz uso da expressão “princípio de *estrita* legalidade” para designar a reserva absoluta de lei, norma que seria dirigida ao legislador, a quem prescreve a taxatividade e a precisão empírica das formulações legais.

¹⁸ No sentido proposto pelo supracitado autor, “reguladora” é toda norma que regula um comportamento, ou seja, que o qualifica deonticamente como permitido, proibido ou obrigatório, condicionando a produção de efeitos previstos por ela na sua comissão ou omissão. “Constitutiva”, ao revés, é toda norma que constitui imediatamente – quer dizer, sem a mediação de comportamentos que impliquem sua observância ou inobservância – efeitos e/ou qualificações jurídicas.

¹⁹ Ver ZOLA, Émile. Eu acuso! Disponível em <<http://www.omarrare.uerj.br/numero12/pdfs/emile.pdf>>. Acesso em 08 de dez. 2016.

Cuida-se de assegurar uma esfera intangível de liberdade para os cidadãos, advinda do fato de que, ao ser punível somente o que a lei proíbe, nada do que a lei não proíba é punível, e uma igualdade jurídica dos cidadãos perante à lei, pois as ações ou os fatos, por quem quer que os tenha cometido, podem ser descritos pelas normas como “tipos objetivos” de desvio e, assim, serem previstos e provados como pressupostos desse igual tratamento penal.

Finalmente, o segundo elemento da epistemologia garantista, relativo à comprovação jurisdicional do desvio punível, é o cognitivismo processual na determinação concreta do desvio punível. Assegura-se tal pressuposto pelo que se chama de princípio da estrita jurisdicionabilidade, do qual decorrem as exigências de verificabilidade ou refutabilidade das hipóteses acusatórias, em virtude de seu caráter assertivo, e sua comprovação empírica, como decorrência de procedimentos que permitem tanto a verificação como a refutação²⁰.

Logo, para que o desvio punível não seja “constituído”, mas “regulado” pelo sistema penal, não basta que esteja previsto por regras de comportamento. A indeterminação das definições legais de figuras delituosas resulta em uma identificação judicial mais relacionada às valorações do juiz, do que às provas, de modo a tornar ineficientes todos esses princípios.

Vale dizer que não apenas a lei, senão também o juízo penal, devem carecer de caráter “constitutivo” e possuir caráter “recognitivo” das normas e “cognitivo” dos fatos por ela regulados. Por conseguinte, o pressuposto da pena deve ser a comissão de um fato minimamente descrito e indicado como delito pela lei e pela hipótese da acusação, para que resulte suscetível de prova ou de confrontação judicial.

De resto, para que o juízo se baseie no controle empírico, é preciso que as hipóteses acusatórias sejam concretamente submetidas a verificações e expostas à refutação, e, assim, resultem convalidadas apenas se estiverem apoiadas em provas e contraprovas.

Disto deriva um modelo teórico e normativo do processo penal como processo de cognição ou de comprovação²¹, pelo qual a determinação do fato descrito na lei como delito tem o caráter de um procedimento probatório que, dentro do possível, elimina as valorações e

²⁰ Cf. SANTOS, Boaventura de Souza. Para um novo senso comum : a ciência, o direito e a política na transição paradigmática, 7ed, São Paulo : Cortez, 2009, p. 60-68.

²¹ O modo de verificação ordinariamente realizado no Direito processual penal, portanto, segue o modelo científico moderno cartesiano, ou seja, a partir de um dado empírico, abstraindo-se diversas variáveis (no caso os componentes das relações sociais no processo), forma-se uma lei geral abstrata para todos os casos assemelhados. A comprovação processual relaciona-se com a verificação fática da ilicitude da conduta com a norma abstrata. Logo, trata-se de uma verificação interna que se vincula ao método científico, ou melhor, no direito, o método de verificação é o próprio processo.

admite apenas, ou predominantemente, afirmações ou negações de fato ou de direito das quais sejam predicáveis a verdade ou a falsidade processual.

Assim, Ferrajoli, referenciando autores liberais, como Francis Bacon²² e Cesare Beccaria²³, caracteriza a atividade jurisdicional idealizada pelo pensamento jurídico moderno como uma atividade normativa distinta de qualquer outra, porquanto motivada por afirmações supostamente verdadeiras, afirmando que:

“Distintamente da ética, que seria “sem verdade”, visto que os juízos éticos são valorativos e jamais cognitivos, uma justiça penal que não se pretenda arbitrária deve ser em certa medida “com verdade”, ou seja, fundada em juízos penais predominantemente cognitivos (de fato) e recognitivos (de direito), sujeitos à verificação empírica.”²⁴

Em pese todo o seu mérito, tal projeto epistemológico e o modelo penal garantista a ele correspondente têm a limitação de constituir um modelo ideal, reconhece Ferrajoli, pois “tanto as condições de uso do termo “verdadeiro” quanto os critérios de aceitação da “verdade” no processo exigem forçosamente decisões dotadas de margens mais ou menos amplas de discricionariedade”²⁵.

Portanto, a decisão judicial congrega espaços de poder específicos. O autor italiano distingue estes espaços em quatro tipos: o poder de indicação (interpretação ou verificação jurídica); o poder de comprovação probatória (verificação fática); o poder de conotação (compreensão equitativa); e o poder de disposição (valoração ético-política).

À soma dos três primeiros o autor denomina poder de cognição, e afirma que, enquanto os três espaços constituintes do poder de cognição são de certa forma irredutíveis e fisiológicos, o espaço deixado em aberto ao poder de disposição é o produto patológico de desvios e disfunções politicamente injustificadas dos três primeiros tipos de poder.

Para além dos referidos problemas estruturais, é preciso dizer que existe uma cultura entre os juízes, em matéria de apreciação e interpretação dos fatos, de uma “apriorística superioridade

²² “Os juízes devem recordar que seu ofício é *jus dicere* e não *jus dare*: interpretar o direito e não fazer ou criar direito” (F. Bacon, *Of judicature*, in *Essays or counsels civil and moral* (1625), in *Works of Francis Bacon*, a cargo de J. Spedding, Longman, London, 1861, vol. VI, LVI, p.506).

²³ “Onde as leis são claras e precisas o ofício do juiz não consiste mais que em assegurar um fato” (C. Beccaria, *Dei delitti e dele pene*, Ed. di Livorno de 1766, a cargo de F. Venturi, Einaudi, Torino, 1981, XIV, p.35). Neste dizer de Beccaria, fica claro o pré- contexto da escola da exegese de limitação e contensão do poder judiciário que representava a classe (nobre) vigente no ordenamento social anterior.

²⁴ FERRAJOLI, Luigi, op. cit., p. 41.

²⁵ *Idem*, p. 42.

de seu próprio critério”. Na medida em que a *ratio decidendi* em matéria de valoração de provas resulta, com frequência, não verbalizada, constitui-se uma superioridade autoritária de uma razão oculta, que se radicaliza pelo fato de que há, neste campo, um déficit motivacional frequente²⁶.

Nesse mesmo sentido argumenta Ferrajoli, para quem “o abandono das provas legais em favor da livre convicção do juiz, do modo como foi concebido e praticado pela cultura jurídica pós-iluminista, correspondeu a uma das páginas politicamente mais amargas da história e intelectualmente deprimente das instituições penais”. Convém aqui reproduzir o que o autor manifesta sobre o tema:

“A fórmula da “livre convicção”, que por si mesma expressa apenas um trivial princípio negativo, que deve ser integrado com a indicação das condições não legais, mas epistemológicas da prova, **na realidade foi acriticamente entendida como um critério discricionário de valoração, substitutivo das provas legais**. Recepcionada neste sentido pela doutrina e jurisprudência, permitiu a ambas que iludissem, nos planos teórico e prático, o enorme problema da justificação da indução sobre o qual, de Hume em diante, havia se esforçado a reflexão epistemológica. E terminou por transformar-se em um tosco princípio potestativo, idôneo para legitimar o arbítrio dos juízes. **Assim, ocorreu que o repúdio às provas legais, como condições suficientes da condenação e da pena, se converteu de fato na negação da prova como condição necessária da “livre” convicção sobre a verdade dos pressupostos de uma e de outra, e o princípio da livre convicção, em vez de atuar como pressuposto indispensável da garantia do ônus – ou pelo menos, da necessidade – da prova, entrou em contradição com ela, tornando vã toda sua função normativa**”. (*grifo nosso*)²⁷

Com efeito, para o autor, o princípio da livre convicção do juiz não constitui um critério positivo de decisão sobre a verdade, alternativo ao das provas legais, mas equivale simplesmente ao rechaço das provas legais como suficientes para determinar a condenação e a pena. Mais precisamente, ele significa: i) a não presunção legal da culpabilidade, na presença de tipos de prova abstratamente previstos em lei; ii) a presunção de inocência, na ausência de provas concretamente convincentes de sua falsidade; iii) o ônus para a acusação de exhibir tais provas, o direito de defesa de refutá-las e o dever do juiz de motivar, com base nelas, a própria convicção em caso de condenação; iv) a questionabilidade de qualquer prova, que sempre justifica a dúvida como hábito profissional do juiz e, de acordo com isso, permite a absolvição²⁸.

²⁶ ANDRÉS IBÁÑEZ, Perfecto. "Carpintería" de la sentencia penal (en materia de "hechos"). Revista del Poder Judicial, Madrid, n. 49, 1º trim. 1998, p. 394 e ss.

²⁷ FERRAJOLI, Luigi. Op cit., p. 133.

²⁸ Ibid.

1.2 Epistemologia antigarantista

Ainda que incorporados às constituições democráticas, aqueles vínculos jurídicos são ampla e repetidamente violados pelas leis ordinárias e pelas práticas em nada liberais nutridas por aquelas. Esta tradição de violação consolida-se essencialmente em práticas legislativas, judiciais ou policiais, porém também envolve construções teóricas e modelos políticos do direito penal, em parte ou por completo opostos ao do acima examinado²⁹.

Desta abrangente tradição também surge um modelo de direito e processo penal que se configura como uma epistemologia penal específica – a qual Ferrajoli denomina de inquisitiva ou antigarantista -, caracterizada por dois aspectos simetralmente opostos aos dois elementos da epistemologia garantista e, como eles, relativos um à definição normativa e o outro à comprovação judicial do desvio penal³⁰.

Em contraposição à concepção formalista do desvio penal, predomina uma concepção ontológica ou substancialista, na qual o desvio criminal é algo em si mesmo imoral ou antissocial, e, para além dele, a pessoa do delincente. No âmbito das técnicas jurídicas, estas representações refletem na desvalorização do papel da lei como critério exclusivo e exaustivo de definição dos fatos desviados.

A técnica mais usual é a previsão de figuras de delito indeterminadas, idôneas para conotar, em termos vagos ou valorativos, modelos globais de desvio. No entanto, as formas mais radicais dessa desvalorização, resultam na dissolução do próprio comportamento criminoso como pressuposto da pena, até identificar, além da conduta, o tipo de sujeito ou de autor como delincente, a partir de uma perspectiva ética, naturalista ou social e, em todo o caso, ontológica.

Com isto, produz-se um nítido esvaziamento da garantia fundamental que é o princípio da estrita legalidade, pelo qual ninguém pode ser punido senão por um fato já cometido e exatamente previsto na lei como delito.

²⁹ Em verdade, esta é a grande dicotomia do direito moderno: a epistemologia antigarantista faz parte da garantista. O direito “promete” algo que a realidade nega, constituindo a “ilusão” da igualdade e liberdade. Sendo assim, a racionalidade reduz-se a uma função de conformismo diante da dominação vigente. Cf. HORKHEIMER, Max. Teoria tradicional e teoria crítica. In Os pensadores: Benjamin, Adorno, Horkheimer, Habermas. Ed. Abril Cultural: 1980, p. 117-154. Nobre, Marcos. A teoria tradicional e a teoria crítica. Rio de Janeiro : Jorge Zahar Ed., 2004.

³⁰ FERRAJOLI, Luigi, op. cit., p. 44.

Nesse modelo, portanto, a relevância penal é, fundamentada por uma qualquer pretendida verdade (sobre a natureza, a lesividade social, a imoralidade ou qualquer qualidade ontológica do fato e do autor), e já não pela autoridade da lei. Ou seja, não há neste modelo penal uma rígida separação entre direito e outros critérios extrajurídicos de qualificação ou de valoração, presente no convencionalismo penal.

Partindo para a análise do segundo elemento da epistemologia antigarantista, ele se traduz no caráter potestativo do juízo e da imposição da pena, o que equivale ao decisionismo processual: “este é o efeito da ausência de fundamentos empíricos precisos e da consequente subjetividade dos pressupostos da sanção nas aproximações substancialistas e nas técnicas conexas de prevenção e de defesa social”³¹.

A subjetividade se manifesta no caráter subjetivo do tema processual, consistente em fatos determinados em condições ou qualidades pessoais, como a vinculação do réu a “tipos normativos de autor” ou sua congênita natureza criminal ou periculosidade social; manifesta-se, ainda, no caráter subjetivo do juízo, que, na ausência de referências fáticas determinadas com exatidão, resulta mais de valorações subjetivas do que de provas de fato³².

Dissolvidas a estrita legalidade e a estrita jurisdicionariedade, portas de entrada para a arbitrariedade, só resta o poder de rotulação e de inquisição do juiz, desvinculado de critérios rígidos e objetivos de qualificação penal. De tal modo, o juízo penal passa a ser motivado por juízos de valor, não verificáveis nem refutáveis, pois por sua própria natureza, não são verdadeiros nem falsos.

Por outro lado, seu caráter não cognitivo nem vinculado estritamente à lei contradiz sua natureza jurisdicional. Se, “jurisdição” designa um procedimento de comprovação dos pressupostos da pena, que se expressa em assertivas empiricamente verificáveis e refutáveis, toda e qualquer atividade punitiva expressamente contrária a este esquema é algo distinto de jurisdição³³.

Nesse sentido, Ferrajoli aduz que essa atividade assume feição substancialmente “administrativa” – ou, ainda, “política” ou “governativa” – caracterizada por formas de discricionariedade que, ao afetar as liberdades individuais, inevitavelmente resvalam no abuso. A estrita legalidade, para o autor, constituiria, o traço distintivo da jurisdição penal, no exato

³¹ Ferrajoli, Luigi, op. cit., pág. 46.

³² Ibid.

³³ Ibid.

sentido de que de seus pronunciamentos, diferentemente do que ocorre em qualquer outra atividade pública, a lei pretende predeterminar não apenas as formas, mas também os conteúdos.

1.3 O caráter político da função judicial

Como visto, a carência estrutural de garantias normativas e o conseqüente predomínio de modelos de direito penal autoritários e substancialistas, na perspectiva de Ferrajoli, produziria o poder judicial de disposição, que, ao se manifestar por decisões não sobre a verdade, mas sobre outros valores, se diferencia do poder judicial de verificação. Contradizendo o modelo garantista ideal, este poder existiria em diferentes graus em todos os sistemas penais positivos e sua referência a valores distintos da verdade seria inevitável.

Estes valores distintos da verdade consistiriam em “valores substanciais, extra ou metajurídicos, que em sentido amplo, poderiam ser chamados de valores políticos ou ético-políticos”³⁴. De modo análogo, os espaços de insegurança, abertos de diversos modos pela indeterminabilidade da verdade processual, são espaços de discricionariedade política.

É fundamental a compreensão de que tais espaços “não dependem da vontade do juiz, mas da inexistente ou insuficiente satisfação do princípio da legalidade estrita, o qual também pode ser compreendido como uma regra semântica”³⁵.

A dizer, a presença de expressões indeterminadas na lei penal ou de antinomias semânticas resultam na inverificabilidade das denotações penais que seriam pressupostos para as decisões e, desta maneira, abre-se espaço ao poder de disposição, ou seja, ao decisionismo jurídico, informado por critérios subjetivos de justiça substancial ou “políticos”.

Nesta linha, Ferrajoli pondera que o caráter político da atividade judicial não decorreria de uma opção ideológica ou deontológica, mas seria um dado de fato, relacionado aos defeitos de garantias e às imperfeições estruturais dos ordenamentos penais positivos.

Tome-se por exemplo o juízo sobre o delito de ato obsceno³⁶, inscrito no art. 233 do Código Penal brasileiro, que tem como preceito primário o seguinte enunciado: “Praticar ato

³⁴ FERRAJOLI, Luigi, op. cit, p. 161.

³⁵ Idem.

³⁶ Exemplo extraído da obra de ferrajoli, porém adaptado à previsão na legislação brasileira.

obsceno em lugar público, ou aberto ou exposto ao público”³⁷. A decisão sobre se um beijo em um automóvel estacionado na rua é ou não um ato obsceno em lugar público não diz respeito à verdade ou falsidade jurídica de tais teses, por serem inverificáveis ou irrefutáveis.

Quer dizer, a decisão consiste em uma mera opção valorativa pós fato, nem verdadeira nem falsa, eis que depende unicamente das opiniões pessoais do juiz sobre o sentimento de pudor e sobre a publicidade do local.

O mesmo se pode afirmar sobre o crime de desacato (“desacatar funcionário público no exercício da função ou em razão dela”), previsto no art. 331 daquele mesmo código penal, com o gravame de que, neste caso, à insegurança decorrente da ausência de significado extensivo das palavras empregadas na lei soma-se aquela originada pela possibilidade de existência de uma antinomia entre a lei penal e a norma constitucional que reconhece a liberdade de manifestação de pensamento³⁸.

Ao se deparar com tal antinomia, o juiz tem a obrigação de censurar a lei, opondo sua inconstitucionalidade; e seria inclusive duvidoso que em casos como esse exista uma norma válida sobre o desacato, à qual o juiz deva considerar-se submetido e que valha como referência semântica da verdade jurídica. Ao ser impossível uma motivação cognitiva, inexistente a possibilidade material, antes mesmo de um dever jurídico, da submissão do juiz somente à lei³⁹.

Em casos como tais, em discordância com o princípio da estrita legalidade, o juiz integra (após o fato) a previsão legal do fato, por meio de opções discricionárias insuscetíveis de controles de verdade ou de legalidade.

“É precisamente esta autonomia do juiz, chamado a integrar após o fato o pressuposto legal com valorações ético-políticas de natureza discricionária, que consiste no poder judicial de disposição”⁴⁰, afirma Ferrajoli. Tal poder pode ser relativo, nos casos em que a estrita

³⁷ BRASIL (1940). Código Penal. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/De12848compilado.htm>. Acesso em: 7 out. 2016.

³⁸ Recentemente, um juiz de direito do estado do Rio de Janeiro arquivou denúncia do Ministério Público, declarando no processo a inconstitucionalidade do crime de desacato. O magistrado afirmou que a Constituição protege a manifestação de pensamento, a liberdade de expressão e o direito de resposta e, ao mesmo tempo, considerou que os cidadãos têm o direito de criticar e examinar as ações e atitudes dos funcionários públicos no exercício de suas funções. O juiz ressaltou que o desacato teve seu auge no período da ditadura militar, período em que a manifestação do pensamento foi mitigada seja pelo Código Penal ou pela Censura e que, atualmente, o crime de desacato é muito utilizado como pretexto para abusos policiais, em especial em contextos de manifestações populares. Notícia disponível em <<http://justificando.com/2016/07/06/ao-arquivar-acusacao-juiz-do-rj-entende-desacato-como-inconstitucional/>>. Acesso em 23 nov. 2016.

³⁹ FERRAJOLI, Luigi, op. cit., p. 162.

⁴⁰ Ibid., p. 163.

legalidade deixa de ser satisfeita apenas em alguma medida, porém torna-se absoluto onde seu exercício não está vinculado à comprovação de condições legais preestabelecidas.

Pelo o exposto, não é possível deixar de considerar que o processo interpretativo das normas jurídicas possui fundamentalmente um caráter político-jurídico, no sentido de que a sua finalidade consiste em precisar os alcances da norma, editada para modificar alguma conduta social, isto é, editada com algum fim político-social.

De resto, como afirmou Binder, o intérprete é mais um elo na cadeia de determinações da política social e, por esta razão, a construção de um sistema de interpretação deve-se fundar sobre certos valores político-sociais que, dentro do possível, devem restar explícitos na mesma tarefa interpretadora⁴¹.

Eugênio Zaffaroni, estudioso dos sistemas penais da América Latina, desvela que o desprezo pela construção de uma sólida teoria política e constitucional do poder judiciário, seja no plano doutrinário, seja no plano político ideológico, tem condicionado o avanço do exercício democrático da jurisdição nesses países. O autor sustenta que os políticos têm instrumentalizado a função jurisdicional, ou ao menos logrado em que esta não oponha obstáculos ao exercício de seu poder⁴².

Relativamente ao exercício da jurisdição, é possível afirmar a existência de três modelos principais, quais sejam, o carisma de uma só pessoa, uma assembleia política e o profissional. Neste último modelo, a autoridade em cujo nome se dá o veredito, seja o governante ou o povo, passa a segundo plano ante à racionalidade substantiva (os propósitos perseguidos pelo juízo) e a racionalidade formal (a rede de regras prescritas mediante as quais se há chegado ao fato)⁴³.

Trata-se, para Kirchheimer, “de um modelo regido pelo profissionalismo, especialização, privilégios do cargo e a invocação à lei, ponto aparentemente neutral de referência, que produz uma contra demanda de controles políticos, que na atualidade significam controles democráticos”⁴⁴.

⁴¹ BINDER, Alberto, op. cit., p. 113 e 114.

⁴² ZAFFARONI, Eugenio Raúl. Dimension política de un poder judicial democrático. Revista Brasileira de Ciências Criminais, São Paulo, v. 1, n. 4, out./dez., 1993, p. 20-21.

⁴³ KIRCHHEIMER, Otto, op. cit., p. 14.

⁴⁴ Ibidem, p. 16, conforme o texto original: “Aquí rigen el profesionalismo, la especialización, los privilegios del cargo y la invocación a la ley, punto aparentemente neutral de referencia, que produce una conrademanda de controles políticos, que en la actualidad significan controles democráticos.”

Em que pese o aparente triunfo do elemento “burocrático-profissional” sobre o “democrático-político”, seja pela exclusão dos não profissionais ou, por conceder aos leigos apenas uma posição marginal, durante os últimos dois séculos tem havido mudanças conferindo uma diferente interpretação ao papel do profissional, isto é, tem proporcionado ao profissionalismo elementos políticos de contrapeso⁴⁵.

Em síntese, a atividade do juiz não está menos relacionada com a realização dos valores da comunidade que as decisões de outros participantes no processo político. A diferença se encontra no caráter intersticial da ação judicial, cujo conceito “se refere à frequência com que exercem o direito de inspeção, duvidando, verificando, remodelando ou reforçando modificações nos atos de outros participantes do processo político”⁴⁶.

1.4 A imparcialidade como categoria problemática

No marco do modelo democrático, a imparcialidade se apresenta como um princípio essencial para o exercício da atividade judiciária e, ao mesmo tempo, como um dever legal dos magistrados no desempenho das suas funções primordiais. Trata-se de uma categoria positivada nas convenções de direitos humanos da América e da Europa, nas Constituições democráticas e, comumente, nas leis que disciplinam a magistratura e os procedimentos judiciais.

A Convenção Europeia dos Direitos do Homem assim enuncia em seu art. 6º:

“Qualquer pessoa tem direito a que a sua causa seja examinada, equitativa e publicamente, num prazo razoável por um tribunal independente e imparcial, estabelecido pela lei, o qual decidirá, quer sobre a determinação dos seus direitos e obrigações de carácter civil, quer sobre o fundamento de qualquer acusação em matéria penal dirigida contra ela”.⁴⁷

Por sua vez, a Convenção Americana de Direitos Humanos, em seu art. 8.1, proclama:

“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.”⁴⁸

⁴⁵ Ibidem, p. 17.

⁴⁶ Ibidem, p. 240, conforme o texto original: “ Pero el concepto de acción intersticial se refiere no al numero de los asuntos rutinarios en que participan lons tribunales, sino a la frecuencia con que ejerzan el derecho de inspección, dudando, verificando, remodelando o reforzando modificaciones em los actos de otros participantes del proceso político.”

⁴⁷ CONSELHO EUROPEU (1950). Convenção Europeia dos Direitos do Homem. Disponível em: <http://www.echr.coe.int/documents/convention_por.pdf>. Acesso em: 04 nov. 2016.

⁴⁸ OEA (1969). Convenção Americana de Direitos Humanos. Disponível em: https://www.cidh.oas.org/basicos/portugues/c.convencao_americana.htm. Acesso em: 04 nov. 2016.

A imparcialidade aparece como dever aos magistrados, a título de exemplo, no art. 8º, do Código de Ética da magistratura brasileira aprovado no ano de 2008 pelo Conselho Nacional de Justiça, cujo teor também convém reproduzir:

“O magistrado imparcial é aquele que busca nas provas a verdade dos fatos, com objetividade e fundamento, mantendo ao longo de todo o processo uma distância equivalente das partes, e evita todo o tipo de comportamento que possa refletir favoritismo, predisposição ou preconceito.”⁴⁹

É nesse universo cultural que a imparcialidade seria, para os magistrados, uma condição de confiança a qual os tribunais deveriam inspirar nos jurisdicionados em uma sociedade democrática⁵⁰. Significa dizer que o risco de incursão de qualquer elemento exterior ao processo tendo por efeito influenciar o seu curso deve ser descartado de antemão.

Ferrajoli compreende a imparcialidade como uma posição externa para os sujeitos em causa e para o sistema político, e estranha aos interesses particulares de um lado e aos gerais de outro. Sua justificação ético-política estaria em dois valores associados à jurisdição: a perseguição da verdade e a tutela dos direitos fundamentais. Deste modo, considera que o juiz não deve ter interesse algum, geral ou particular, em uma ou outra solução da controvérsia que é chamado a resolver, sendo sua função decidir qual delas é verdadeira e qual é falsa.

Por outro lado, o juiz não deve ser um sujeito “representativo”, isto é, o interesse da maioria ou da totalidade dos cidadãos não condiciona seu julgamento, que deve tutelar os direitos subjetivos lesados. Nesta perspectiva, diferentemente dos poderes executivos e legislativo, o juiz julga em nome do povo, mas não da maioria, na tutela das liberdades da minoria⁵¹.

A partir da colocação do juiz naqueles termos, o autor italiano traça três perfis da imparcialidade: ao afastamento do juiz dos interesses das partes em causa denomina “equidistância”; à sua exterioridade ao sistema político e em geral a todo sistema de poderes denomina “independência”; à determinação de sua designação e à determinação das suas

⁴⁹ CNJ (2008). Código de Ética da Magistratura Nacional. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/publicacoes/codigo-de-etica-da-magistratura>>. Acesso em: 04 nov. 2016.

⁵⁰ Conseil supérieur de la magistrature, “Avis sur les mesures qui pourraient être prises pour mieux garantir l’autorité judiciaire contre la mise en cause injustifiée de tel ou tel de ses membres”, 11.03.2004, www.conseil-ssuperieur-magistrature.fr/actualites.php?id=6, le 22.07.2004 apud Lefebvre, José. La déontologie du procès in E. Rude-Antoine (dir.), *Le procès, enjeu de droit, enjeu de vérité*, Paris : PUF, 2007.

⁵¹ FERRAJOLI, Luigi. Op. cit., p. 534.

competências para escolhas sucessivas à comissão do fato submetido ao seu juízo, “naturalidade”.

Os três perfis criam a demanda por garantias orgânicas que carregam o significado de separações: a imparcialidade requer a separação institucional do juiz da acusação pública; a independência requer a sua separação institucional dos outros poderes do Estado e, ao mesmo tempo, a difusão da função judiciária entre sujeitos não dependentes um do outro; a naturalidade requer a separação do juiz de autoridades comissionadas ou delegadas de qualquer tipo e a predeterminação exclusivamente legal das suas competências.

No que se refere especificamente ao que se denominou “equidistância”, ela pressupõe a configuração do processo em uma relação triangular entre acusador, defensor e juiz, característica do processo acusatório indispensável para que seja garantida a equidistância do juiz em relação aos interesses contrapostos da acusação (tutela dos delitos) e da defesa (tutela das punições arbitrárias).

Para além das garantias institucionais, exige-se ainda “um hábito intelectual e moral, não diverso do que deve presidir qualquer forma de pesquisa e conhecimento”⁵². Em verdade, difundiu-se no meio jurídico, seja por via do pensamento científico, seja no plano normativo, a tentativa de fazer com que o processo penal obedeça a uma deontologia, isto é, existe um esforço em associar ao processo penal um conjunto de deveres de comportamento profissional, físicos ou morais, em especial do magistrado na relação com as partes em causa e mesmo com atores exteriores ao processo.

A dificuldade do tema reside no fato de que “deontologia, direito e moral são noções em reconstrução permanente, cuja delimitação precisa dos contornos é frustrada”⁵³. Consequentemente, a obrigação deontológica se situaria “entre a obrigação moral e a obrigação jurídica”⁵⁴ e constituiria a coleção de “normas de boas práticas”⁵⁵. Enfim, ela “tende a ser

⁵² Idem.

⁵³ GUTMANN, D. L’obligation déontologique entre l’obligation morale et l’obligation juridique, *Archives de philosophie du droit* 44, 2000, p. 115; CABROL, V. La déontologie : l’impossible définition, *RRJ* 2004-7, 2004, p. 563, apud LEFEBVRE, José. La déontologie du procès in E. Rude-Antoine (dir.), *Le procès, enjeu de droit, enjeu de vérité*, Paris : PUF, 2007, p.57.

⁵⁴ Idem.

⁵⁵ SARGOS, P. A quoi sert la déontologie aujourd’hui? 14ème Jeudi de l’Ordre des médecins, 24.01.2002, www.conseil-national.medecin.fr/?url=colloque/article.php&offset=4, le 1er septembre 2006, apud LEFEBVRE, José. La déontologie du procès in E. Rude-Antoine (dir.), *Le procès, enjeu de droit, enjeu de vérité*, Paris : PUF, 2007, p.57.

compreendida como o corpo de regras que o profissional deve respeitar, sejam estas regras de origem moral ou questões de regulamentação técnica”⁵⁶.

Não resta dúvida de que a imparcialidade, como um dever indissociável da prática profissional do magistrado, exprimível, por exemplo, no respeito pelas partes, na lealdade ao nível de administração da prova e no respeito rigoroso do princípio do contraditório e dos direitos de defesa, se orienta à própria qualidade do processo, contudo, o conjunto de deveres imposto ao profissional é, em primeiro lugar, insuficiente para estabelecer uma verdadeira deontologia do processo⁵⁷.

Isto porque, observa Lefebvre, a mediação do processo penal, meio inequívoco de pressão externa sobre os profissionais nele atuantes, através da divulgação de informações sem qualquer rigor ou prudência, apresentadas como certezas, evidencia a necessidade de que essas intervenções sejam mais respeitadas aos processos ainda em curso. Logo, uma deontologia do processo não prescinde de uma deontologia direcionada ao exercício profissional desses interventores ou outros atores a ele externos.

Em segundo lugar, o esforço para que o magistrado se posicione em uma espécie de “bolha jurídica”, abstraída das mais diversas questões do corpo social, como se ele próprio pudesse abandonar suas concepções (consciente ou inconscientemente) acerca dos mais diversos dilemas que envolvem uma sociedade plural e desigual, empobrece a sua função política e social de que fora encarregado.

Esta imagem de um juiz isolado da sociedade é satirizada por um autor que diz que, de acordo com essa caricatura da imparcialidade, “quando se dispõe a julgar, deve atuar como um eunuco político, econômico e social, e desinteressar-se do mundo fora do tribunal”⁵⁸. O juiz eunuco político é, de fato, uma impossibilidade antropológica, posto que inexiste a neutralidade ideológica. Esta somente encoberta (por ingenuidade ou cinismo) a parcialidade ideológica inevitável no processo decisório.

⁵⁶ BEIGNIER, B. Déontologie et discipline professionnelle, Archives de philosophie du droit, 1953-54; BEIGNIER, B. Déontologie, in D. Allard & S. Rials (dir.), Dictionnaire de la culture juridique, Paris : PUF-Lamy, apud LEFEBVRE, José. La déontologie du procès in E. Rude-Antoine (dir.), Le procès, enjeu de droit, enjeu de vérité, Paris : PUF, 2007, p.57. Conforme o original: “Finalement, elle “tend à être comprise comme le corps de règles que le professionnel se doit de respecter, que ces règles soient d’origine morale ou issues de la réglementation technique”.

⁵⁷ LEFEBVRE, José. op. cit, p. 67.

⁵⁸ GRIFFITH, J., Giudici e politica in Inghilterra, Milano, 1980, p. 188, apud ZAFFARONI, Eugenio Raúl. Poder Judiciário : crise, acertos e desacertos. Trad.: Juarez Tavares; São Paulo : Editora Revista dos Tribunais, 1995, p. 91.

A indagação que se impõe é como pode operar imparcialmente - tal como o exige a jurisdição – quem, por sua mera condição humana, seja sempre parcial. Ademais, os juízes, como parte de um sistema de autoridade dentro do Estado, não podem evitar de serem parte do processo de decisão política, importando apenas saber sobre quais bases são tomadas essas decisões⁵⁹.

É comum a resistência à “politização” do poder judiciário, sem que, todavia, haja uma definição do que aquela seria. É no sentido de que cumprem funções políticas, ideia reforçada no subtítulo precedente, que os poderes judiciários não podem deixar de estarem “politizados”. O sistema de *checks and balances* (pesos e contrapesos) entre os poderes (ou funções) não é mais que uma distribuição de poder político. Por conseguinte, não seria possível “despolitizar” o judiciário no sentido amplo da função essencialmente política que ele cumpre.⁶⁰

Com efeito, afirma Zaffaroni, a maior parte dos autores que criticam a “politização” crítica, em verdade, a parcialidade do juiz por efeito da pressão de partidos políticos⁶¹, razão pela qual seria mais correto falar de parcialidade partidária ou “partidarização” do poder judiciário⁶². Nesse sentido, “partidarizá-lo” seria o mesmo que “parcializá-lo”, sujeitá-lo às diretrizes de um partido político, ou mesmo de corporações econômicas ou qualquer outro grupo de poder, o que necessariamente implica o cancelamento da jurisdição, porque subtraída do pressuposto da imparcialidade.

Por oportuno, convém esclarecer, ainda, que a questão do partidarismo não se reduz à militância ou filiação política dos juízes, uma vez que ela pode ocorrer ainda que aos juízes seja vedada a militância política (como o faz a Constituição brasileira de 1988). Para Zaffaroni, a partidarização de um judiciário é obtida, fundamentalmente pela pressão que os partidos possam fazer na designação, ascensão e destituição dos juízes, pois ela é produzida pelo simples fato de que o juiz esteja submetido àquele, não importando se os juízes efetivamente possuem filiação partidária⁶³⁶⁴.

⁵⁹ ZAFFARONI, Eugenio Raúl. Op. cit., 1995, p. 92.

⁶⁰ Idem, p. 94.

⁶¹ BOBBIO, Norberto, “Quale giustizia, quale legge, quale giudice, in Quale giustizia, 1971, p. 268-274, apud ZAFFARONI, Eugenio Raúl, op. cit., 1995, p. 95.

⁶² BORRÉ, Giuseppe, “Indipendenza e politicita della magistratura”, in Luigi Zanchetta, Governo e autogoverno della magistratura nell'Europa occidentale, Milano, 1987, p. 145, apud ZAFFARONI, Eugenio Raúl, op. cit., 1995, p. 95

⁶³ ZAFFARONI, Eugenio Raúl, op. cit., p. 97.

⁶⁴ Importante ver o debate da partidarização no contexto do PL e da ADPF 402. Ver <http://brasil.elpais.com/brasil/2016/12/07/politica/1481117684_223048.html>, <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=331246>>, acesso em 08 de dez. de 2016.

Em síntese, defende-se o abandono da ideia de imparcialidade como “neutralidade” ou “asepsia política” para admitir a politicidade implícita no desempenho da função jurisdicional; por outro lado, entende-se que “despartidarizar” o poder judiciário é um imperativo para democratizá-lo, pluralizá-lo, tornando-o idôneo ao exercício da jurisdição.

2 PROCESSO PENAL E DISPUTA POLÍTICA

“O processo é a manifestação mais simbólica da comunicação jurídica. Não é a última instância onde é dito o direito. Como escreve François Ost, existe “uma pluralidade e uma diversidade de atores que encenam no espaço público e contribuem, cada um à sua maneira, a dizer o direito”⁶⁵.

Até o momento, pretendeu-se apontar os princípios da estrita legalidade e da estrita jurisdiccionabilidade como elementos fundamentais para que o juízo penal não resulte em mero decisionismo. Também foi sublinhada a existência de espaços de poder, em certa medida inevitáveis, no processo decisório próprio da adjudicação da responsabilidade penal e da pena, nos sistemas penais positivos da atualidade, cuja racionalidade estruturante advém do pensamento jurídico da modernidade.

A premissa de que a decisão judicial é, como resultado de falhas estruturais, uma atividade mais discricionária do que vinculada, ou mais potestativa do que cognitiva, é indispensável à compreensão de que esse processo “moderno”, pretensamente racional e controlável, pode ser manipulado por interesses vários, extrajurídicos⁶⁶.

Ademais, permanecer em uma perspectiva estritamente jurídica para analisar as particularidades do processo penal é tarefa insuficiente. Não o conceber como um fenômeno permeável pela realidade social, política, cultural e econômica em que se insere é o mesmo que o desconsiderar como método resultante de um processo histórico.

Efetivamente, as teorias tradicionais do processo não revelam a realidade complexa que o constitui, limitando-se a pôr em destaque a “função jurisdicional pacificadora como fator de

⁶⁵ Ost, François. Jupiter, Hercule, Hermès : trois modèles du juge. In BOURETZ, P. (dir.). La force du droit. Panorama des débats contemporains, Paris : Esprit, 1991 apud FERRARI, Vincenzo; RUDE-ANTOINE, Edwige (dir.). In RUDE-ANTOINE, E. (dir.), Le procès, enjeu de droit, enjeu de vérité, Paris : PUF, 2007. Conforme texto original: Le procès est la manifestation la plus symbolique de la communication juridique. Ce n'est pas l'ultime lieu où est dit le droit. Comme l'écrit François Ost, il existe “une pluralité et une diversité d'acteurs qui jouent sur la scène publique et contribuent, chacun à leur manière, à dire le droit”.

⁶⁶ A discricionabilidade é demonstrada pelo próprio dever de fundamentação pelos juízes. Se as sentenças fossem auto evidentes, não seria necessária sua justificação. Como salienta Taruffo, a atividade do juiz legitima-se pela sua obrigação de justificar suas próprias decisões objetivamente para que o cidadão como parte possa aceitar sua interpretação da lei e sua decisão como algo válido; para o autor, o juiz que protege concretamente os direitos fundamentais dos cidadãos se autolegitima enquanto defensor desses direitos. Estar-se-ia diante de uma legitimação política essencial e não formal, adquirida não com a nomeação, senão através de sua atividade. In TARUFFO, Michele. Democracia y Jurisdicción. In.: Proceso y decisión: Lecciones mexicanas de Derecho Procesal, Ed. Marcial Pons, Madrid, 2012, p. 33-35.

eliminação dos conflitos sociais”⁶⁷ e o processo como “procedimento realizado mediante o desenvolvimento da relação entre seus sujeitos, presente o contraditório”⁶⁸.

Não se pretende negar a autonomia da matéria judiciária, mas trazer à lume a possibilidade real de subordinação da justiça penal a exigências políticas e ideológicas incompatíveis com um processo democrático, hipótese que sufoca as garantias a ele inerentes e obscurece a função primordial da qual o juiz criminal está encarregado: a de ser garante de direitos e garantias fundamentais do acusado⁶⁹.

Com efeito, se a neutralidade política da jurisdição deve ser refutada e, por isso, a jurisdição constitui uma atividade política, ainda que diferencial da dos demais poderes de Estado, ela não deve ser motivada por posições ideológicas pessoais ou partidárias do juiz, pois deve se orientar estritamente pelos princípios constitucionais vigentes e pelas leis com aqueles compatíveis.

Posto isso, almeja-se, no capítulo presente, especificamente, analisar a teia de relações e interações interinstitucionais engendradas pelo desenrolar de processos criminais, em que os detentores de mandatos políticos se tornam réus, cujo objeto relaciona-se ao exercício da função pública, onde são expostas relações ilegais, sistêmicas e endêmicas de financiamento da vida política e, que por isso, se desenvolve de modo diferenciado do processo criminal comum.

A jurisdição penal como palco de disputas políticas não raramente pode ser identificada como fenômeno resultante de uma situação de anormalidade política, mas que se desenvolve a partir da normalidade judicial de um modelo de Estado que, ao menos em tese, não admite exceções no tratamento da ilegalidade criminal⁷⁰.

⁶⁷ CINTRA, Antônio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. Teoria Geral do Processo. 19 ed. São Paulo: Malheiros, 2003, p. 24-25.

⁶⁸ Idem, p. 285.

⁶⁹ A Constituição Federal da República Brasileira de 1988, concentra a previsão das garantias penais e processuais penais no artigo 5º, dos incisos XXXVII a LXVIII. No entanto, da combinação desses incisos com os incisos XI (“a casa é asilo inviolável do indivíduo, ninguém nela podendo penetrar sem consentimento do morador, salvo em caso de flagrante delito ou desastre, ou para prestar socorro, ou, durante o dia, por determinação judicial”), XII (“é inviolável o sigilo da correspondência e das comunicações telegráficas, de dados e das comunicações telefônicas, salvo, no último caso, por ordem judicial, nas hipóteses e na forma que a lei estabelecer para fins de investigação criminal ou instrução processual penal”) e XXXV (“a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito”), os dois primeiros contendo cláusulas de reserva de jurisdição, e o último consagrando o princípio da inafastabilidade da jurisdição, é possível afirmar a posição judicial de garantidora de direitos fundamentais.

⁷⁰ ANDRÉS IBAÑEZ, Perfecto; COSTA, Eduardo Maia. A corrupção no banco dos réus: jurisdição penal e crise do estado de direito. Revista do Ministério Público de Lisboa, Lisboa, v. 15, n. 58, abr./jun. 1994, p.114.

A singularidade desses casos, para Perfecto Andrés Ibañez está nas seguintes características: a incriminação de figuras públicas, a denúncia de gravíssimas irregularidades praticadas no interior do aparelho do Estado ou de articulações do sistema político, a criação de uma nova e mais intensa forma de presença da justiça penal na opinião pública, o oferecimento de uma implícita demonstração da falta de controle preventivo interno aos próprios aparelhos em que emergem as condutas investigadas e, por fim, a introdução, por via da jurisdição penal, de um fator de deslegitimação política⁷¹.

Acrescente-se que a progressiva extensão da imissão do judiciário na atividade político-financeira é um movimento comum à maior parte das democracias ocidentais, ressaltadas as particularidades nacionais, que encontra seu ápice em momentos em que se questiona a legitimidade desses processos relacionados a grandes escândalos, onde são postas em causa, publicamente, responsabilidades políticas⁷².

Nessas circunstâncias, o processo criminal, na interseção dos campos midiático, judiciário e político, torna-se uma experiência ambivalente para a democracia, no exato sentido da abordagem conferida por Pascal Tozzi: se, por um lado, o processo penal é usado na luta política concorrencial e estrutura um jogo de contra poderes, mormente midiático e judiciário, cujos atores criticam o poder político, submetendo-o à discussão e a uma justificação, por outro lado, esse mesmo processo, por uma exposição específica do poder, contribui ao reforço do mesmo e ao desenvolvimento de estratégias estatais contra esse movimento⁷³.

Essas “tensões transformadoras”⁷⁴ das relações sociais democráticas passarão a ser objeto de análise nas próximas páginas.

2.1 Processo como arena pública concorrencial

“Uma série de indivíduos, localizados no seio de diversos espaços sociais interdependentes, intervêm no processo penal político-financeiro, cujas condutas, fartas de

⁷¹ Ibidem, p.116.

⁷² BRIQUET, J. L.; GARRAUD. P (dir). Juger la politique. Entreprises et entrepreneurs critiques de la politique, Rennes : P.U.Rennes, 2001, p. 15 apud TOZZI, Pascal, Le procès d'affaires: une expérience démocratique. In E. Rude-Antoine (dir.), Le procès, enjeu de droit, enjeu de vérité, Paris : PUF, 2007.

⁷³ TOZZI, Pascal, Le procès d'affaires: une expérience démocratique. In E. Rude-Antoine (dir.), Le procès, enjeu de droit, enjeu de vérité, Paris : PUF, 2007.

⁷⁴ Expressão cunhada pelo pesquisador francês Pascal Tozzi, op. cit.

representações, se agenciam e fazem sistema”⁷⁵. Por essa razão, para Briquet e Garraud, o processo favoreceria a adoção de novos meios de atuação e de modelos profissionais inéditos que, como para os magistrados ou jornalistas, alargam as possibilidades de denúncia de práticas políticas ilícitas⁷⁶.

Com o processo abrir-se-ia, então, uma verdadeira arena pública, local de debates, controvérsias, polêmicas, mobilizações e deliberações⁷⁷, um espaço em que os atores manifestam o sentido que atribuem ao acontecimento-processo, suas aptidões a dar golpes suscetíveis de “ganhar a partida”⁷⁸, enfim, de saírem vencedores nessa espécie de “disputa democrática entre contra poderes que tentam afirmar sua legitimidade democrática: as estratégias de legitimação midiático-judiciárias concorrem com a de um poder político cuja decadência moral é suposta publicamente”⁷⁹.

2.1.1 Estratégias do Poder Judiciário

Um dos atores estratégicos, nessa arena, será o próprio poder judiciário, na figura dos atores judiciários encarregados da acusação e do julgamento em questão. Através da exploração do processo e das acusações nele veiculadas, os eleitos do povo, presumidamente corruptos, são expostos a um público ilimitado: “entra em cena uma justiça que reivindica um status de garante da democracia, restauradora do pacto social posto em perigo pelo corpo político em decadência moral”⁸⁰.

Para Tozzi, a justiça, suas estruturas e cerimônias cristalizam, no imaginário coletivo, através da gestão ritualizada do processo, o conflito e o ideal de deliberação que estão no coração do sistema democrático⁸¹. Ademais, o judiciário constitui, essencialmente, um poder

⁷⁵ TOZZI, Pascal, op. cit, p. 130, conforme texto original: “Le procès politico-financier fait intervenir des individus localisés, au sein de divers espaces sociaux en interdépendance, don’t les conduits porteuses de représentations s’agencent et font système”.

⁷⁶ BRIQUET, J. L.; GARRAUD. P (dir.), op. cit, p.17-21, apud TOZZI, Pascal, op. cit.

⁷⁷ CEFALÍ, D; PASQUIER, D. (dir.). Le sens du publique. Publics politiques, publics médiatiques, Paris : PUF, 2003, p; 13 e ss. apud TOZZI, Pascal, op. cit., p. 130.

⁷⁸ SALAS, D. Du procès penal. Eléments pour une théorie interdisciplinaire du procès, Paris : PUF , 1992, p. 232 apud TOZZI, Pascal, op. cit, p. 131.

⁷⁹ TOZZI, Pascal, op. cit., p. 131.

⁸⁰ Ibidem, conforme texto original: “Entre em scène une justice qui revendique um statut de garante de la démocratie, restauratrice du lien social mis em péril par les “défaillances Morales” attribuées au politique”.

⁸¹ Ibidem.

descentralizado, suscetível de recursos, de revisão, que "se opõe à concentração de poder e não pertence a ninguém, cada cidadão podendo ser parte ou juiz"⁸².

De resto, idealmente, o processo conserva em si um espaço de regulação necessária e frágil, ao assegurar a possibilidade de debate sobre valores fundamentais protegidos pelo direito e, manteria, assim, a vitalidade de um grupo social democrático na oscilação entre legitimidades opostas⁸³.

Contudo, para além dessa visão ideal e isonômica, Tozzi oferece a perspectiva de um processo em que o juiz, confundindo-se com a figura de acusador do político, tenta garantir sua autonomia, sua legitimidade, enfim, conquistar capacidades de ação real a favorecer sua imissão no campo político. Ele reclama para si o status de guardião do interesse geral e do espírito das leis fundantes do Estado de Direito.

Perfecto Ibañez ressalta o fato de haver nesses processos um sobre dimensionamento da jurisdição penal, no sentido de uma supervalorização do papel desempenhado pelo juiz, o qual em todo e qualquer caso carece de aptidão para o tratamento generalizado e global de problemas sociais e políticos de dimensões estruturais, tal como a corrupção sistêmica⁸⁴.

É a partir daquela autonomia que se desenvolve um processo de "transferência implícita de legitimidade"⁸⁵ em benefício dos juízes. Nesse sentido, o processo produziria uma ocasião de emancipação política, envolvendo a questão da legitimidade dos atores judiciários, que invocam argumentos em diversos níveis para consolidá-la.

A ideia de que quanto maior a deslegitimação do sistema político, maior a legitimação da magistratura, encontra-se presente na estratégia institucional levada a cabo pelo juiz brasileiro Sergio Moro, figura central da "Operação Lava Jato". Em artigo publicado em 2004, na revista do Conselho da Justiça Federal – CEJ, sob o título "Considerações sobre a operação manipulite", o juiz federal afirma que "o processo de deslegitimação foi essencial para a própria continuidade da operação *Mani Pulite*", experiência italiana exaltada pelo autor⁸⁶.

⁸² GARAPON, P. Bien juger. Essai sur le rituel judiciaire, Paris , O. Jacob , 1997, p. 237 apud TOZZI, Pascal, op. cit., p. 131, conforme texto original: "la justice [...] s'oppose à la concentration u pouvoir et n'appartient à personne, chaque citoyen pouvant être plaignant ou juge".

⁸³ SALAS, D., op. cit., p. 213.

⁸⁴ ANDRÉS IBAÑEZ, Perfecto; COSTA, Eduardo Maia. A corrupção no banco dos réus: jurisdição penal e crise do estado de direito. Revista do Ministério Público de Lisboa, Lisboa, v. 15, n. 58, p. 105-124, abr./jun. 1994.

⁸⁵ CHEVALIER, J. (dir.). Droit et politique, Paris : PUF, 1993, p. 5 e ss. apud TOZZI, Pascal, op. cit, p. 131.

⁸⁶ MORO, Sergio Fernando. Considerações sobre a Operação Mani Pulite. R. CEJ, Brasília, n.26, p. 56-62, jul./set. 2004. Disponível em <http://s.conjur.com.br/dl/artigo-moro-mani-pulite.pdf>. Acesso em 25/11/2016.

Há, pois, quem defenda uma autoridade e uma competência extraídas de uma suposta "legitimidade técnica" do expert em direito, especialmente, dos magistrados, em oposição à "legitimidade eletiva" do homem político⁸⁷. Essa legitimidade técnica, auto-atribuída, que se extrairia da aplicação da norma, não excluiria, como bem demarcado por Tozzi, a reativação da "mitologia"⁸⁸ que liga o "capital de autoridade" ao "pressuposto de universalidade e generalidade" do Direito.

Nesse caso, trata-se de afirmar que o juiz não fala em seu próprio nome, senão em nome da sociedade, o que se garantiria pela abstração e princípios gerais do Direito, a conferir àquele um poder legítimo de julgar dizendo e promovendo o Bem, o Verdadeiro e a Moral. Entretanto, para que o poder normativo do Direito seja bem instrumentalizado, é preciso que caia no esquecimento a "genealogia circunstancial do Direito": ele é reconstruído como uma realidade "meta-política", isto é, desvinculada das circunstâncias de sua produção política⁸⁹.

Ao lado de tais artifícios, tem-se que tais processos vivificam uma certa cultura de independência⁹⁰, que resultaria da incorporação ao processo penal de práticas judiciárias e de modificações do campo judiciário onde, "progressivamente, o sucesso das primeiras atividades (...) tornam de mais a mais possíveis modos de atuação semelhantes, aos olhos de outros juízes"⁹¹. Esta possibilidade de assimilar novas formas de tratamento das infrações político-financeiras, destaca o autor francês, faz emergir uma situação de valorização profissional e de fragmentações em termos de politização da profissão.

Por certo, se a invocação do Direito pode justificar a ação dos juízes contra a malversação dos políticos, "os magistrados, longe de serem simples agentes de uma racionalidade jurídica, são igualmente movidos por movimentos ideológicos no seio das lutas conjunturais onde o

⁸⁷ Em defesa desta posição, Thierry Jean-Pierre, ex-magistrado, escritor e político francês: JEAN-PIERRE, Thierry. *Bon appétit messieurs !* Paris : Fixot , 1991, p. 59.

⁸⁸ A origem mística da autoridade da lei repousaria no fato de que a operação de fundar o direito consistiria em um golpe de força, em violência performativa e, portanto, interpretativa que, nela mesma, não é nem justa nem injusta, e que nenhuma justiça, nenhum direito prévio e anteriormente fundador, nenhuma fundação pré-existente, por definição, poderia nem garantir nem contradizer ou invalidar. O seu fundamento último, por definição, não é fundado (DERRIDA, Jacques, *Força de lei : a origem mística da autoridade*. Tradução Leyla Perrone-Moisés, Ed. WMF Martins Fontes, SãoPaulo : 2010).

⁸⁹ TOZZI, Pascal, op. cit. p. 132.

⁹⁰ SCARPINATO, R. *Il pubblico ministero tra indipendenza e controllo politico*, *Segno*117-118, 1990, p. 103 e ss., apud TOZZI, Pascal, op. cit. 133.

⁹¹ ROUSSEL, V. *Les magistrats dans les scandales politiques em France. Logiques d'action et jeux judiciaires locaux*, in BRIQUET, J. L.; GARRAUD (dir), op. cit., 2001 apud TOZZI, Pascal, op. cit., p. 133. Conforme texto original: "[...] 'progressivement le succès des premières (...) rend de plus en plus jouables de semblables modes d'action aux yeux d'autres juges'".

processo se torna teatro"⁹². Com outras palavras, tais processos envolvem valores, projetos, ideologias que, em princípio, estruturariam a moral democrática, marcada por particularidades históricas.

À título de exemplo, na França do fim dos anos 1960, o recrutamento judiciário foi marcado pela entrada de novos agentes, particularmente dispostos a desvelar as condutas ilegais de políticos, preocupados com a introdução de uma alternância política no seio da magistratura, afirma Pascal Tozzi. Com a entrada dessas novas gerações de juízes de instrução, portadores de ideais militaristas e igualitaristas, a sustentar maior autonomia do judiciário, expandiram-se as investigações contra a delinquência de “colarinho branco”⁹³.

Ocorre que, o desenvolvimento daquelas perspectivas ideológicas fomenta adaptações e inovações em matéria de procedimento⁹⁴. Com efeito, sobretudo em função da crescente especialização financeira, os juízes encarregados desses processos frequentemente desenvolvem uma “virtude procedimental”, que significa reconstruir os limites do direito, contorná-los ou mesmo ofendê-los, para se preservar dos riscos próprios daquelas práticas criativas⁹⁵.

A extrapolação de certos conceitos jurídicos se faz possível exatamente porque o magistrado possui uma extensa faculdade normativa ao precisar o sentido dos textos. Consequentemente, “a apreciação do juiz e a aplicação de conceitos flexíveis somente pode ser flutuante, pois indissociável do contexto político-social e de uma percepção subjetiva de fatos, frequentemente ideologicamente marcada”⁹⁶.

Igualmente, pelo seu poder de qualificação, o juiz pode incorporar uma situação a uma regra que não necessariamente foi editada para ela. Assim, “o magistrado se dirige à região do direito formal que lhe parece propício à recepção de valores que ele quer operar”⁹⁷, conferindo

⁹² TOZZI, Pascal, op. cit., p. 133. Conforme texto original: conforme texto original: “[...] Les magistrats, loin d’être de simples agents d’une rationalité juridique, sont aussi mus par des mobiles idéologiques au sein de luttes conjoncturelles don’t le procès deviant le théâtre.”

⁹³ Ibidem.

⁹⁴ BOURCIER, D. Pour une morphogénèse du droit : comment analyser l’émergence d’un concept juridique, in G. Koubi (dir.), *Désordre(s)*, Paris : PUF, 1997, p. 215 e ss., apud TOZZI, Pascal, op. cit., p. 133.

⁹⁵ ROUSSEL, V., op. cit. apud TOZZI, Pascal, op. cit., p. 134.

⁹⁶ BERGEL, J.-L. *Théorie générale du droit*, Paris: Dalloz, 1999, p. 301 apud TOZZI, Pascal, op. cit., p. 134. Conforme texto original; “En conséquence, l’appréciation du juge et l’application de concepts souples ne peuvent qu’être fluctuantes car indissociables du contexte politico-social et d’une perception subjective des faits solvante idéologiquement marquée”.

⁹⁷ BOULANGER, J., Notations sur le pouvoir créateur de la jurisprudence civile, R.T.D. civ., n° 17, 1961, p. 417 apud TOZZI, Pascal, op. cit., p. 134: “Ainsi, le magistrat va se diriger vers la région du droit formel qui lui semble propice à la réception des valeurs qu’il veut opérer”.

“seu toque moral ao sistema de ‘auto propagação circular’ da jurisprudência, pelo qual as decisões criam normas e as normas, decisões”⁹⁸.

Foi assim que, na França, interpretações tortuosas expandiram progressivamente o domínio do crime de abuso de bens sociais (ABS), transformando-o em arma de luta contra a delinquência econômica e político-financeira. Pascal Tozzi afirma que “no seu empreendimento democrático de moralização, os juízes puderam apreender a impenetrável corrupção pela distorção pervertida e facilitante do ABS”⁹⁹.

Para o autor, as palavras da juíza Edith Boizette ilustram bem a instrumentalização do poder de jurisprudência nas estratégias de ingerência política da justiça, nesses termos:

“Criado originalmente para proteger os interesses internos da sociedade para que não haja dilapidação de fortuna, de bens ou crédito da sociedade, o ABS toma uma outra dimensão: ele se torna um delito de interesse geral para combater desequilíbrios e mecanismos que são maquiados. Talvez seja, como podemos ler, um desvio de procedimento, mas eu penso que juridicamente e de um ponto de vista moral, como da moral econômica, esse desvio me parece aceitável”.¹⁰⁰

Inevitavelmente, a emancipação do Judiciário naqueles termos tende a produzir consequências políticas significativas. Deveras, tais mobilizações “dependem de interações (conflitos, suportes, alianças) entre os magistrados e outros grupos sociais – notadamente políticos – que vão, por seu turno, instrumentalizar a ação judiciária e o processo no jogo democrático”¹⁰¹.

⁹⁸ LUHMANN, N. A sociological theory of law. Routledge, 1985 apud TOZZI, Pascal, op. cit., p. 134. Conforme texto original: “[...] apportant as touche morale au système d’ << auto-propagation circulaire >> de la jurisprudence par lequel les décisions créent des normes et les normes des décisions”.

⁹⁹ TOZZI, Pascal, op. cit., p; 134. Conforme texto original: “[...] dans leur enterprise démocratique de moralisation, le juge ont pu appréhender l’insaisissable corruption par le biais dévoyé et facilitatn de l’ABS.”

¹⁰⁰ BOIZETTE, E. Enquêtes sur la corruption em France. Les Petites Affiches, n° 53, 20/03/96 apud TOZZI, Pascal, op. cit., p. 134. Conforme texto original: “Crée à l’origine, pour proteger les intérêts internes de la société pour qu’il n’y ait pas de dilapidation de la fortune, des biens ou du crédit de la société, [l’ABS] prend une autre dimension: il devient um délit d’intérêt general pour combattre des déséquilibres et des mécanismes qui sont faussés. C’est peut-être, comme on peut le lire, um détournement de procédure mais je pense que juridiquement et d’un point de vue moral comme du point de vue de la morale économique, ce “détournement” me semble acceptable”.

¹⁰¹ BRIQUET, J. L.; GARRAUD. P (dir.), op. cit, p. 13-21, apud TOZZI, Pascal, op. cit., p. 135. Conforme texto original: “[...] ces mouvements sont dépendants des interations (conflits, soutiens, alliances) entre les magistrats des affaires e d’autres groupes sociaux – notamment politiques – qui vont à leur tour instrumentaliser l’action judiciaire et le process dans le jeu démocratique”.

2.1.2 Efeitos sobre o sistema político democrático

A crescente intervenção do judiciário na arena política influencia a legitimidade democrática dos políticos como também as diversas formas de desenvolvimento de controvérsias políticas democráticas. Quer dizer, o processo envolvendo dirigentes políticos engendra uma dissonância pública, no sentido de que amplia o espaço de discussões e de discordância política referentes às configurações do sistema político vigente.

Nesse sentido, Pascal aponta o processo, a um só tempo, como lugar de perturbação e normalização do jogo político democrático, posto que as suas repercussões podem, variando conforme as conjunturas e estruturas particulares de cada sistema político, acentuar a degradação ou, ao contrário, produzir benefícios ao sistema político concorrencial¹⁰².

O pesquisador aponta que as lições extraídas da crise política italiana (1992 a 1994) demonstram que naquela ocasião, os julgamentos políticos repousaram sobre ratificação judiciária e que a responsabilidade penal se constituiu em supletivo da responsabilidade política. A magistratura implicada naqueles processos, pela sua ação, teria favorecido a transposição de questões políticas para o campo judiciário.

Um dos efeitos desse movimento foi a “confusão entre julgamento político e julgamento penal, a emergência de um risco penal assimilado a um risco político, produzindo-se a confusão entre as duas ordens”¹⁰³. Tal mistura também se revelou na experiência francesa através da regra implícita batizada “Bérégovoy-Balladur”, segundo a qual um ministro acusado deve ser destituído, o que, nas palavras de Pascal Tozzi “conferiu bizarramente ao juiz um poder direto sobre a composição – ou, sobretudo, decomposição – do governo ligado ao sufrágio dos cidadãos”¹⁰⁴.

No Brasil, efeitos como aqueles, ou seja, a interferência na composição governamental, têm sido provocados por investigações e processos desenvolvidos no âmbito da já referida “Operação Lava Jato”, ainda em curso no país. Um, dentre os muitos exemplos possíveis, foi a controvertida nomeação do ex-presidente Luís Inácio Lula da Silva para Ministro da Casa Civil

¹⁰² TOZZI, Pascal, op. cit., p. 135.

¹⁰³ BRIQUET, J.-L. La “guerre des justes”. La magistrature antimafia dans la crise italienne, in BRIQUET, J.-L.; GARRAUD, P. (dir), op. cit, p. 103 e ss., apud TOZZI, PASCAL, op. cit., p. 135, conforme texto original: “Ce glissement a eu pour conséquence une confusion certaine entre jugement politique et jugement penal, l’émergence d’un risque penal devenant assimilable à un risque politique, le tout engendrant une confusion entre les deux ordres.”

¹⁰⁴ TOZZI, Pascal, op. cit., p. 135, conforme texto original: “[...] Donant bizarrement au juge un pouvoir direct sur la composition – ou plutôt dé-composition – du gouvernement pourtant liée au suffrage des citoyens”.

pela presidente Dilma Rousseff, seguida da divulgação de conversa telefônica entre ambos pelo juiz federal Sergio Moro¹⁰⁵.

Sob outra perspectiva, se a imposição progressiva, através do processo, da legalidade como medida da ação política legítima é perturbadora e desmoralizante para o grupo político atingido, ela também fornecerá a outros atores políticos um instrumento convencional de legitimação democrática. Isto se constatou no caso italiano, onde a operação “Mani Pulite” (“Mãos limpas”) teria se tornado um recurso para as novas elites dirigentes contra a “antiga” classe política da “Primeira República”¹⁰⁶.

Na arena política, poder de acusar e procedimento judicial constituem as armas comuns do combate político¹⁰⁷. Cuida-se, pois, de processos que alimentam a exclusão do adversário político. A eventualidade de que se desenvolvam em momentos próximos à disputa eleitoral constitui condição favorável à recepção política do processo-escândalo, onde a oposição está particularmente disposta a explorar as falhas do adversário¹⁰⁸.

Relativamente ao problema do uso de procedimentos legais com fins políticos, Otto Kirchheimer o identificou como uma questão multifacetária e propôs elucidá-la, relacionando o fundo de conteúdo político com a forma jurídica na qual alguns casos tiveram lugar, bem como perquirindo as condutas, os métodos e argumentos de que se lançaram mão nesses procedimentos. Para o autor, quando envolve atores políticos, a justiça é mais tênue que em qualquer outro ramo da jurisprudência, pois facilmente pode constituir uma farsa¹⁰⁹.

Na obra dedicada ao tema, destaca que durante a época moderna, qualquer que fosse o sistema legal predominante, tanto os governos como os grupos privados trataram de alegar o apoio dos tribunais para sustentar ou mudar a balança de poder político. De forma disfarçada ou não, os problemas políticos se apresentariam aos tribunais, para serem confrontados e sopesados nas “balanças da lei”.

O pensador alemão afirma que, enquanto no processo penal comum o que está em jogo é a reafirmação da ordem pública mediante a instrumentalidade do juízo, tendo como efeito a

¹⁰⁵ “Moro divulga grampo de Lula e Dilma; Planalto fala em Constituição violada”. O Globo, Rio de Janeiro, 16/03/16. Disponível em <http://g1.globo.com/politica/noticia/2016/03/moro-divulga-grampo-de-lula-e-dilma-planalto-fala-em-constituicao-violada.html>. Acesso em 27/11/2016.

¹⁰⁶ TOZZI, Pascal, op. cit., p. 136.

¹⁰⁷ MONDON, D.; RIERA, R., Le pouvoir d'accuser : la procédure judiciaire comme arme politique, dossier “L'État devant le juge penal”, *Justices* 2, 2000, p.39 e ss. apud TOZZI, Pascal, op. cit., p. 136.

¹⁰⁸ MÉNY, Y. La corruption dans l'aviation publique, *Problèmes politiques et sociaux* 779, Paris : La Documentation française, 1997, p. 27 apud TOZZI, Pascal, op. cit., p. 136.

¹⁰⁹ KIRCHHEIMER, Otto, op. cit.

restauração da confiança, no juízo político, a máquina jurídica e seus mecanismos processuais são postos em movimento para alcançar objetivos políticos que transcendem a satisfação de custódia governamental na reivindicação da ordem pública.

Desta maneira, pretende-se que o judiciário exerça influência sobre a distribuição do poder político. O objetivo é transformar – corroer, minar ou destruir – as posições de poder existentes ou robustecer os esforços à sua preservação. Ou seja, para Kirchheimer, a intervenção direta na disputa pelo poder político é o que dá feição ao juízo político.

Portanto, conforme à concepção do autor, na competição pela supremacia política, entre aqueles que ocupam o poder estabelecido e seus opositores, a função dos tribunais seria eliminar o inimigo político¹¹⁰. Isto é, na medida em que os procedimentos judiciais servem para dar autenticidade às assertivas submetidas à juízo, eles podem servir para limitar a ação política dos adversários declarados ou potenciais.

Paralelamente a essa instrumentalização, o processo midiático produz um “efeito-agenda” para os atores políticos, visando à restauração da reputação abalada. Dentre as várias manifestações políticas defensivas, é comum a estratégia de se investir no campo jurídico. Assim, a reação política, em nome da moralidade e transparência, será a de defesa da modificação das práticas de financiamento da vida política.

Logo, à imissão judiciária que mascara a genealogia política da norma em proveito de uma imanência legitimando a ação dos magistrados, responde uma sorte de urgência de um reinvestimento do direito para atores políticos que reivindicam uma implicação moral e responsável no afiamento do arsenal legislativo¹¹¹. Quer dizer, nesse contexto, “a judicialização do político torna imperativo a repolitização do direito para o político que deve legiferar de modo oportunista”¹¹².

Todavia, se esse processo legislativo, frequentemente iniciado com urgência, pode contribuir à moralização do poder político, pode igualmente preparar novas ingerências judiciárias e novos processos (exceto no caso de leis de anistia), com vista ao fortalecimento e reforço da classe política submetida à agressão ritual no espaço concorrencial de contra poderes.

¹¹⁰ Ibid, p. 7 e ss.

¹¹¹ TOZZI, Pascal, op.cit., p. 138.

¹¹² Ibid, conforme texto original: “[...] La judiciarisation du politique vaut impératif de “repolitisation” du droit pour le politique qui doit légiférer de façon opportuniste.”

Atualmente no Brasil, após passados mais de dois anos do início da Operação Lava Jato, na qual, dentre os investigados estão detentores de mandato eletivo e diversos membros de partidos políticos com representação no Congresso Nacional, tramitam com urgência nas duas casas legislativas projetos de reforma política¹¹³, de medidas anticorrupção¹¹⁴ e a incriminação de novas condutas como abuso de autoridade praticado por juízes e representantes do Ministério Público¹¹⁵.

2.1.3 Mdiatização do processo

Um dos componentes do processo-escândalo é uma espécie de cooperação midiático-judiciária estrategicamente estabelecida, onde cada ator, em nome da transcendência de sua missão democrática, por vezes pelo preço de certas transgressões à lei, busca expor incessantemente os fatos revelados nas investigações e processos: “o juiz querendo que verdade seja dita; o jornalista reivindicando seu direito a informar e o do público de ser informado”¹¹⁶.

Tozzi considera que, em função das contingências próprias de cada país, os magistrados podem ficar constrangidos a levarem em conta judiciariamente uma informação saída na imprensa, contudo, o mais frequente é que os juízes tomem o hábito de se apoiar sobre as mídias e de instrumentalizar a quebra do sigilo da instrução. Deste modo destaca que:

“Em processos político-financeiros que favorizam esse meio midiático de autonomização, pôde ser constatado, na França, como na Espanha ou na Itália, uma semelhança no tratamento midiático dos magistrados: a heroicização e a estrelarização do ‘pequeno juiz’. Mesmo se, como o mostra os casos italianos e franceses, ela conheça degradação e decepção, existe bem uma “estratégia midiática” de certos juízes que vão alternar, com habilidade, declarações neutras e mesmo banais, revoltadas ou fatalistas, midiatização de “golpes de força” como as perseguições ao símbolo central de certos partidos, e ruptura do segredo da instrução: o ganho simbólico desses “golpes” alimentam a imagem da autonomia do juiz”¹¹⁷.

¹¹³ GONÇALVES, Carolina. “Câmara instala esta semana comissão especial para discutir reforma política”. Agência Brasil, Brasília: 16/10/2016. Disponível em <http://agenciabrasil.etc.com.br/politica/noticia/2016-10/camara-instala-esta-semana-comissao-especial-para-discutir-reforma-politica>. Acesso em 21/11/2016.

¹¹⁴ CALGARO, Fernanda. “Câmara retira 6 propostas do MPF e desfigura pacote anticorrupção”, G1 : Brasília, 30/11/2016. Disponível em: <http://g1.globo.com/politica/noticia/2016/11/camara-dos-deputados-conclui-votacao-de-medidas-contra-corrupcao.html>. Acesso em 30/11/2016.

¹¹⁵ “Magistrados criticam urgência em projeto de abuso de autoridade”, em 23/08/2016. Disponível em <http://www12.senado.leg.br/noticias/materias/2016/08/23/magistrados-criticam-urgencia-a-projeto-sobre-abuso-de-autoridade>.

¹¹⁶ TOZZI, Pascal, op cit., p. 138. Conforme texto original: “[...] le juge voulant que, malgré les pressions du pouvoir, verité soit dite; le journaliste revendiquant son droit à informer et celui du public d’être informé”.

¹¹⁷ Ibid, p. 139. Conforme o texto original: “Le procès d’affaires favorisant ce moyen médiatique d’autonomisation, on a pu constater en France, comme em Espagne ou em Italie, une similitude dans le traitement médiatique des magistrats: l’héroisation et la starisation du “petit” juge. Même, si comme le montrent les cas italiens et

Vale dizer que o juiz Sergio Moro, naquele mesmo artigo em que faz considerações sobre a Operação italiana, também defende a publicidade midiática como meio legitimante do processo com réus políticos, *in verbis*:

“Os responsáveis pela operação mani pulite ainda fizeram largo uso da imprensa. [...] Talvez a lição mais importante de todo o episódio seja a de que a ação judicial contra a corrupção só se mostra eficaz com o apoio da democracia. É esta quem define os limites e as possibilidades da ação judicial. Enquanto ela contar com o apoio da opinião pública, tem condições de avançar e apresentar bons resultados. Se isso não ocorrer, dificilmente encontrará êxito. [...]. Ademais, a punição judicial de agentes públicos corruptos é sempre difícil, se não por outros motivos, então pela carga de prova exigida para alcançar a condenação em processo criminal. Nessa perspectiva, a opinião pública pode constituir um salutar substitutivo, tendo condições melhores de impor alguma espécie de punição a agentes públicos corruptos, condenando-os ao ostracismo”¹¹⁸.

Curiosamente, Kirchheimer identificou, já na década de sessenta do século XX, como “nova arma política” a participação de um público praticamente ilimitado no desenvolvimento da realidade política, reconstruída e comprimida rigorosamente em categorias de fácil alcance da compreensão pública, fato proporcionado pelos modernos meios de comunicação, nos seguintes termos:

“A vez que dão a máxima publicidade possível fora da sala do tribunal a qualquer evidencia nociva ao oponente político que chegara a apresentar-se em juízo, as autoridades governamentais ou grupos políticos influentes aproveitam assim mesmo a oportunidade para apregoar sua estrita adesão às normas legais igualmente imparciais para todos, e dar importância ao sentido político escondido dentro da estrutura de procedimentos estritamente regulares, que merecem conhecimento universal”¹¹⁹.

De fato, uma simplificação é produzida pelo tratamento jornalístico, propícia ao empreendimento moral do juiz, onde opera-se uma dialética entre a construção da verdade midiática e a da verdade jurídica. Ainda que o vocábulo judiciário seja pleno de modalidades discursivas específicas, a mídia se encarrega de conformá-lo às exigências impostas pelo

français, ele connaît usure et déception, il y a bien une “stratégie médiatique” de certains juges aux prises avec les procès politico-financiers qui vont alterner avec habilité, déclarations neutres voire banales, révoltées ou fatalistes, médiatisations de “coups de force” telles les perquisitions au siège central de certains partis, et rupture du secret de l’instruction: le gain symbolique de ces “coups” nourrit l’image de l’autonomie du juge.”

¹¹⁸ MORO, Sergio Fernando, op. cit., p. 4-7.

¹¹⁹ Idem, p. 63, conforme texto original: “A la vez que dan la máxima publicidade posible fuera de la sala del tribunal a cualquier evidencia nociva al oponente político que llegara a presentarse a juicio, las autoridades gubernamentales o grupos políticos influentes aprovecharán asimismo la oportunidad para pregonar su estricta adhesión a las normas legales igualmente imparciales para todos, y restar importancia al sentido político escondido dentro de la estructura de procedimientos estrictamente regulares, que merezcan el reconocimiento universal.”

tratamento midiático polemista. O espectador, a partir do código narrativo midiático, apreende o sentido dos acontecimentos e discursos da realidade judiciária em um nível moral, ideológico e emocional.

Por outro lado, Pascal Tozzi demonstra que em torno do processo-midiático também existe uma espécie de “concorrência democrática” entre as mídias e a Justiça, isto é, através do processo, se oporiam os ideais da “democracia representativa”, os da “democracia processual” e da “democracia de opinião”. Se os magistrados reivindicam uma legitimidade jurídica substitutiva, as mídias agitam a opinião pública como encarnação legitimante da unção majoritária eleitoral.

As mídias - contra a Justiça que desloca a representação do parlamento em direção ao pretório – atuam sob condutas fortemente impregnadas de mitos da democracia direta. Se elas acompanham o trabalho do juiz “associado”, também desejam revelar a “verdade” para que a opinião seja “julgada” a curto prazo. Assim, ameaça a justiça ao pretender substituí-la pela opinião: “o povo é invocado como ser coletivo “imaginário”, o verdadeiro destinatário da prova no processo penal, aquele em nome de quem a Justiça é rendida”¹²⁰.

Ademais, ao reivindicar a legitimidade democrática e, ao mesmo tempo, pretender exibir a todo tempo indícios da culpabilidade dos acusados, em nome da transparência, a imprensa realiza uma espécie de “linchamento midiático”, “forma paradoxal de justiça sem processo”¹²¹.

O perigo da mobilização de opinião nesses moldes igualmente fora advertido na obra de Kirchheimer, para quem ela pode chegar inclusive a substituir o objeto original dos procedimentos jurídicos, destruindo limitações que lhe são inerentes¹²².

Para o autor alemão, um dos métodos para se alcançar a desqualificação de um antecessor político é o de inculcar no público sentimentos de gratidão e lealdade por tê-los livrado do “mal”, porém, nessa empreitada, adverte, o regime se depara com o delicado desafio de dar uma forma legal apropriada à sua meta pedagógica, isto é, deve haver um esforço para que o elemento partidário seja mínimo, posto que inevitavelmente prejudica tais processos.

O esforço reside, ainda, em diferenciar entre a responsabilidade por meros erros políticos e a culpabilidade por comportamento criminal durante a atuação política. Neste ponto, vale ressaltar que quanto mais amplas e menos definidas sejam as regras que separam a conduta

¹²⁰ TOZZI, Pascal, op. cit., p. 142.

¹²¹ Ibid, p. 141.

¹²² KIRCHHEIMER, Otto, op. cit.

política lícita da ilícita, mais importante resulta quem guarda tais preceitos (mais poder se concentra na jurisdição).

Pelo exposto, é possível afirmar a aproximação do processo-midiático com um modelo de sistema penal autoritário, próprio de uma epistemologia antigarantista, posto que nele ocorre, nitidamente, o esvaziamento das garantias inerentes ao processo penal, mormente as garantias elementares da estrita legalidade e estrita jurisdicionariedade.

De fato, no “processo-escândalo”, o juízo penal apoia-se preponderantemente em juízos morais sobre o político e o suposto cometimento de fatos insuportáveis ao corpo social, ou ainda, em julgamento moral sobre a ligação estabelecida entre os governados e seus representantes, dispensando-se com frequência o apoio em provas produzidas em contraditório.

Também quedou nítida a confusão de órgão acusador/julgador na pessoa do juiz “heroico”, em clara afronta ao princípio acusatório (art. 129, I, CRFB/88); o enfraquecimento do contraditório, da ampla defesa e da presunção de inocência (art. 5º, LV e LVI, da CRFB/88); a manipulação da opinião pública como forma de subtração da jurisdição e o conseqüente comprometimento da garantia da independência do judiciário.

Além do mais, tem se evidenciado o profundo impacto que tais processos podem provocar seja no processo penal, através da releitura e redefinição dos mais diversos conceitos jurídicos que lhe integram, seja na legislação emergente da crise entre os poderes. Tais excessos implicam a retomada dos debates em torno da responsabilidade política dos juízes e da democracia no poder judiciário.

2.2 Democratização do Poder Judiciário

2.2.1 Responsabilidade jurídica dos magistrados

O regime democrático exige o rigoroso cumprimento dos deveres funcionais em todas as esferas de distribuição de Poder, em atenção aos princípios que regem a Administração Pública, tais quais o da eficiência, legalidade, moralidade e impessoalidade (art. 37, caput, da CRFB/1988), sobretudo no âmbito da prestação jurisdicional, que compreende fundamentalmente a proteção de garantias e direitos fundamentais dos jurisdicionados.

Certamente, a responsabilidade jurídica é um instrumento de limitação de poder, à medida que chama o agente a responder pelos efeitos danosos de conduta incompatível com a função exercida.

Neste sentido, as autoridades judiciárias exercem funções sob a égide do Estado democrático de Direito, razão pela qual a responsabilidade jurídica implica não apenas atuar de acordo com as normas vigentes, senão também a fidelidade ao sistema democrático desenhado na Carta política, pois, havendo-se abdicado do direito de escolhê-los temporariamente, alçou eximi-los de embates eleitorais, conferindo-lhes independência para decidir integralmente, sem pressões externas¹²³.

A responsabilidade disciplinar, restrita ao âmbito administrativo, decorre da violação de deveres funcionais, e a aplicação da sanção ocorre sem a interferência da jurisdição. Neste âmbito, os juízes de primeira instância respondem a procedimentos disciplinares nos tribunais aos quais estão vinculados, enquanto desembargadores e ministros dos tribunais superiores, respondem nos seus próprios tribunais.

Tais deveres são regulados pela Lei Orgânica da Magistratura Nacional (LOMA), veiculada pela LC nº 35/1979, a qual também prevê sanções aplicáveis aos magistrados. Assim, são penalidades disciplinares a advertência, a censura, a remoção compulsória, a disponibilidade com vencimentos proporcionais ao tempo de serviço, a aposentadoria compulsória com vencimentos proporcionais ao tempo de serviço e a demissão (art. 42, da LOMA)¹²⁴.

A LOMA também prevê a responsabilidade civil do magistrado, aquela aplicada com a finalidade de reparação do dano, quando, no exercício de sua função, proceder com dolo ou fraude ou quando recusar, omitir ou retardar, sem justo motivo, providência que deva ordenar o ofício, ou a requerimento das partes, conforme a redação do seu artigo 49.

Entretanto, o impacto das interações produzidas entre os poderes nos processos de cunho político explícito ressuscita o debate no espaço público sobre a necessidade de se responsabilizar os juízes politicamente. Tal responsabilidade se caracteriza da seguinte forma:

¹²³ RIBEIRO, Fávila. A responsabilidade do juiz e a garantia da independência, in Revista de Informação Legislativa, Ano 34, nº 133, jan/mar, 1997, Brasília, p. 166 apud BRITO, Maria Joseleide de Araujo. Responsabilidade dos juízes. Themis. Revista da ESMEC, Fortaleza, v. 4, n. 1, 2006, p. 98.

¹²⁴ BRASIL (1979). Lei Orgânica da Magistratura Nacional. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/lcp/lcp35.htm>. Acesso em: 5 dez. 2016.

“A responsabilidade política, acima definida como espécie de responsabilidade jurídica, distingue-se das demais porque a sua única finalidade se esgota com o afastamento do juiz do exercício da função e a perda do cargo (também sob o nome de remoção), com possibilidade de ser prevista a pena acessória de inabilitação para o exercício da função pública por um certo tempo. Além disso, esse tipo de responsabilidade se caracteriza porque não se baseia, “pelo menos de forma principal, na violação de deveres jurídicos, mas sobretudo em comportamentos (inclusive comportamentos de natureza privada, fora da atividade jurisdicional) valorizados com base em critérios políticos”¹²⁵.

Ela também se caracteriza pelo fato de sua apuração ocorrer especificamente perante órgãos de natureza política¹²⁶.

Recentemente, foi proposta pelo Relator do projeto das “10 medidas de combate à corrupção” na Câmara dos Deputados, o deputado Onyx Lorenzoni (DEM-RS), em seu parecer, a instituição do crime de responsabilidade para juízes, desembargadores e todos os membros do Ministério Público, por meio da alteração da Lei nº 1.079/1950, medida que não estava inserida no projeto original¹²⁷.

Dentre as condutas que se pretende tipificar como crimes de responsabilidade, inserem-se as de exercer atividade político-partidária, desídia no trabalho, julgar quando deveria estar impedido ou suspeito para decidir, proceder de modo incompatível com a honra, dignidade e decoro de suas funções, a de alterar, por qualquer forma, exceto por via de recurso, a decisão ou voto já proferido. Contudo, não é de hoje tal debate¹²⁸.

Ocorre que na sessão deliberativa extraordinária no Plenário da Câmara dos Deputados, que ocorrera em 30/11/2016, restou aprovada e encaminhada ao Senado a proposta que responsabiliza penalmente magistrados e membros do Ministério Público por abuso de autoridade, apontando-se novas hipóteses para a prática desse crime, instituído na Lei 4.898/1965. O projeto encaminhado, no tocante aos magistrados, possui a seguinte redação:

¹²⁵ CAPPELLETTI, Mauro, “Giudici Irresponsabili?”, p. 36-37 apud AGUIAR JUNIOR, Rui Rosado. Responsabilidade política e social dos juízes nas democracias modernas. 1997. Disponível em: <http://bdjur.stj.jus.br/dspace/bitstream/2011/525/1/Responsabilidade_Política_e_Social.pdf>. Acesso em: 05 dez. 2016.

¹²⁶ BRITO, Maria Joseleide de Araujo. Responsabilidade dos juízes. Themis. Revista da ESMEC, Fortaleza, v. 4, n. 1, 2006, p. 108.

¹²⁷ Notícia disponível em <http://politica.estadao.com.br/noticias/geral,relator-propoe-crime-de-responsabilidade-para-juizes,10000087443>.

¹²⁸ Cf. BOSCHI, José Antonio Paganella. Justiça aos juízes?. Informativo ITEC., 2005, p. 8-10; STEINER, Sylvia Helena de Figueiredo. O projeto de lei dos crimes de responsabilidade de magistrados. Juízes para a democracia, São Paulo, v. 5, n. 20, p. 10, abr./jun. 2000.

“Art. 8º Constitui crime de abuso de autoridade dos magistrados:

I - proferir julgamento, quando, por lei, seja impedido;

II - atuar, no exercício de sua jurisdição, com motivação político-partidária;

III - ser patentemente desidioso no cumprimento dos deveres do cargo;

IV - proceder de modo incompatível com a honra, dignidade e decoro de suas funções;

V - exercer, ainda que em disponibilidade, outro cargo ou função, salvo de magistério;

VI - exercer atividade empresarial ou participar de sociedade empresária, inclusive de economia mista, exceto como acionista ou quotista;

VII - exercer cargo de direção ou técnico de sociedade simples, associação ou fundação, de qualquer natureza ou finalidade, salvo de associação de classe e sem remuneração;

VIII - receber, a qualquer título ou pretexto, custas ou participação em processo;

IX - expressar, por qualquer meio de comunicação, opinião sobre processo pendente de julgamento, seu ou de outrem, ou juízo depreciativo sobre despachos, votos ou sentenças de órgãos judiciais, ressalvada a crítica nos autos e em obras técnicas ou no exercício do magistério.

§ 1º Aos crimes a que se refere este artigo serão cominadas as penas de reclusão de seis meses a dois anos e multa.

§ 2º Observadas as regras de competência previstas na Constituição Federal, qualquer cidadão pode representar contra membro da magistratura perante o tribunal ao qual está subordinado o magistrado.

§ 3º Se a representação for contra juiz do trabalho ou juiz militar federal, a denúncia será encaminhada ao respectivo Tribunal Regional Federal; se for contra juiz militar estadual, ao respectivo Tribunal de Justiça.

§ 4º A representação, assinada pelo representante com a firma reconhecida, deve ser acompanhada dos documentos que a comprovem ou da declaração de impossibilidade de apresentá-los, com a indicação do local onde possam ser encontrados.

§ 5º Os crimes desta Lei serão processados por ação penal pública, podendo o lesado pelos atos abusivos oferecer queixa subsidiária, se o Ministério Público não intentar a ação pública no prazo legal.

§ 6º A Ordem dos Advogados do Brasil e organizações da sociedade civil constituídas há mais de um ano e que contenham em seus estatutos a finalidade de defesa de direitos humanos ou liberdades civis serão igualmente legitimadas a oferecer a queixa subsidiária.”¹²⁹

É de ressaltar que dentre as condutas criminalizadas nesse artigo estão infrações disciplinares previstas na LOMA e condutas típicas dos crimes de responsabilidade cometidos por Ministros do Supremo Tribunal Federal e Presidentes dos demais Tribunais, previstos na Lei nº 1.079/1950. Nesse sentido, a LOMA assim prevê, nos artigos 25, 35 e 36:

¹²⁹ Câmara dos Deputados. Projeto de lei nº 4.850-C DE 2016. Disponível em: <<http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=2080604>>. Acesso em 05/12/2016.

“Art. 26 - O magistrado vitalício somente perderá o cargo (vetado):

I - em ação penal por crime comum ou de responsabilidade;

II - em procedimento administrativo para a perda do cargo nas hipóteses seguintes:

a) **exercício, ainda que em disponibilidade, de qualquer outra função, salvo um cargo de magistério superior, público ou particular;**

b) **recebimento, a qualquer título e sob qualquer pretexto, de percentagens ou custas nos processos sujeitos a seu despacho e julgamento;**

c) **exercício de atividade político-partidária.”** (*grifos nosso*)

[...]

“Art. 35 - São deveres do magistrado:

I - Cumprir e fazer cumprir, com independência, serenidade e exatidão, as disposições legais e os atos de ofício;

II - não exceder injustificadamente os prazos para sentenciar ou despachar;

III - determinar as providências necessárias para que os atos processuais se realizem nos prazos legais;

IV - tratar com urbanidade as partes, os membros do Ministério Público, os advogados, as testemunhas, os funcionários e auxiliares da Justiça, e atender aos que o procurarem, a qualquer momento, quanto se trate de providência que reclame e possibilite solução de urgência.

V - residir na sede da Comarca salvo autorização do órgão disciplinar a que estiver subordinado;

VI - comparecer pontualmente à hora de iniciar-se o expediente ou a sessão, e não se ausentar injustificadamente antes de seu término;

VII - exercer assídua fiscalização sobre os subordinados, especialmente no que se refere à cobrança de custas e emolumentos, embora não haja reclamação das partes;

VIII - manter conduta irrepreensível na vida pública e particular.” (*grifos nossos*)

“Art. 36 - É vedado ao magistrado:

I - **exercer o comércio ou participar de sociedade comercial, inclusive de economia mista, exceto como acionista ou quotista;**

II - **exercer cargo de direção ou técnico de sociedade civil, associação ou fundação, de qualquer natureza ou finalidade, salvo de associação de classe, e sem remuneração;**

III - **manifestar, por qualquer meio de comunicação, opinião sobre processo pendente de julgamento, seu ou de outrem, ou juízo depreciativo sobre**

despachos, votos ou sentenças, de órgãos judiciais, ressalvada a crítica nos autos e em obras técnicas ou no exercício do magistério.”¹³⁰ (grifos nossos)

Por sua vez, a Lei 1.079/1950, institui os seguintes crimes de responsabilidades cometidos por Ministros do Supremo Tribunal Federal:

“Art. 39. São crimes de responsabilidade dos Ministros do Supremo Tribunal Federal:

1 - alterar, por qualquer forma, exceto por via de recurso, a decisão ou voto já proferido em sessão do Tribunal;

2 - **proferir julgamento, quando, por lei, seja suspeito na causa;**

3 - **exercer atividade político-partidária;**

4 - **ser patentemente desidioso no cumprimento dos deveres do cargo;**

5 - **proceder de modo incompatível com a honra dignidade e decôro de suas funções.”¹³¹(grifos nossos)**

Portanto, como se vê, o projeto de lei relativo ao abuso de autoridade por magistrados, encaminhado ao Senado, como resultado de uma desesperada tomada de postura defensiva pelos membros do Congresso Nacional, transporta para o âmbito da responsabilidade penal algumas condutas já reprimidas na esfera disciplinar e outras equivalentes a condutas tipificadas como crimes de responsabilidade. Este último dado se torna um infortúnio sobretudo pelo fato de que os crimes de responsabilidade tipificados na já referida Lei nº 1.079/1950 consistirem em tipos penais indeterminados.

Sendo assim, no contexto em que se inserem, enxerga-se as tentativas de se estabelecer a responsabilidade penal ou a de se estender a responsabilidade política para todos os magistrados, como clara investida de se restringir a garantia da independência institucional do Judiciário, enfim, um modo de amordaçá-lo, em clara retaliação da imissão do judiciário na atividade política.

¹³⁰ BRASIL (1979). Lei Orgânica da Magistratura Nacional. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/lcp/lcp35.htm>. Acesso em: 05/12/2016.

¹³¹ BRASIL (1950). Lei nº 1.079. Disponível em: < https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L1079.htm>. Acesso em 05/12/2016.

Em que pese a necessidade de se conter os excessos cometidos por juízes, a forma como se tentou responder a esse problema, abre espaço para que haja um controle político da atuação jurisdicional, retrocesso imensurável para a democracia brasileira¹³².

Mesmo o argumento de que o crime de abuso de autoridade será apurado nas próprias instâncias judiciais, diferentemente do que ocorreria se tivesse sido optada a responsabilização política, não exclui a possibilidade de seletividade partidária e ideológica nos momentos de oferecimento da denúncia e no próprio julgamento pelos “pares”.

2.2.2 Pluralismo e democracia interna

Foi Montesquieu que afirmou que é necessário “que os juízes possuam a mesma condição do acusado, isto é, sejam seus pares, para que ele não possa suspeitar de ter caído nas mãos de pessoas propensas a lhe tratar com violência”¹³³¹³⁴.

O concurso público, como regra para o ingresso na magistratura (art. 93, I, CRFB/88), concilia essa ideia do magistrado cidadão-comum com a de afastar elementos que operem contra a independência e imparcialidade do juiz, como corrupção, condicionamentos políticos, financiamento de eleições, publicidade, presentes em modelos de nomeação por meio de mandato eletivo¹³⁵.

Entretanto, se é certo que a legitimação dos juízes é diferenciada das demais poderes de Estado, isto não afasta a importância da representatividade social adequada na composição interna dos tribunais, pois um sistema democrático também se caracteriza pelo pluralismo ideológico e valorativo, através de uma estrutura que permita a convivência de pessoas com diversidade interpretativa.

¹³² Cf. BEZERRA, André Augusto Salvador; GALDURÓZ, Eduardo de Lima. “A instituição de crimes de responsabilidade à magistratura levará à punição seletiva de juízes garantistas”. *Justificando*, 30/11/2016. Disponível em: <<http://justificando.com/2016/11/30/instituicao-de-crimes-de-responsabilidade-magistratura-levara-punicao-seletiva-de-juizes-garantistas/>>. Acesso em: 05/12/2016.

¹³³ De l'esprit des lois, XI, 6 p. 398-399 apud FERRAJOLI, Luigi, op. cit., p. 531.

¹³⁴ Logicamente, não se pode olvidar que Montesquieu elabora o poder judiciário a partir de sua perspectiva de classe pensando-o de forma bicameral, um judiciário para os nobres (ele que era barão) e outro para os demais cidadãos, bem assemelhado ao modelo inglês: “Montesquieu elabora uma forma de garantir o equilíbrio aos poderes sociais, repartindo esse poder em duas câmaras: a dos nobres e a dos representantes do povo. Povo e nobreza são absorvidos pelo regime e recolocados no legislativo como estamentos que equilibrariam a produção de leis contrapondo seus interesses antagônicos”, LAURIS, Élida, op. cit., p. 250.

¹³⁵ TARUFFO, Michele, op. cit., p. 34.

Afinal, “não há outra imparcialidade humana além da que provém do pluralismo, e este só é possível dentro de um modelo democrático de magistratura que permita os agrupamentos democráticos e espontâneos, e o controle recíproco dentro de sua estrutura”¹³⁶.

O Judiciário brasileiro revela-se, contudo, uma instituição extremamente desigual em termos de gênero e raça: em que pese o número de mulheres representar 54,1%¹³⁷ da sociedade brasileira, apenas 35,9% dos integrantes da magistratura são mulheres, segundo dados do Censo Judiciário¹³⁸ do Conselho Nacional de Justiça (CNJ), divulgado em 2014. Este percentual reduz ainda mais nos altos cargos da carreira: se dentre juízes substitutos há um percentual de 42,8% de mulheres, este reduz para 36,6% dos juízes titulares, 21,5% dos desembargadores e apenas 18,4% dos ministros de tribunais superiores.

No tocante à desigualdade racial, o Censo registrou pouca evolução no percentual de magistrados negros (pretos e pardos) e indígenas desde o ano de 1955. Os gráficos mostram que, em 2013, 0,1% dos magistrados eram indígenas, 14,2% eram pardos e 1,4% eram pretos, sendo que nos tribunais superiores esses percentuais caem para 0,0% de indígenas, 7,6% de pardos e 1,3% de pretos.

Se fosse feita uma análise histórica da concepção de democracia nos primórdios gregos, em que mulheres, estrangeiros, escravos estão impossibilitados de exercerem função jurisdicional, ver-se-ia que a democracia liberal contemporânea também exclui as mulheres, escravos (negros) e estrangeiros (índios)¹³⁹.

Ou seja, apesar de o direito moderno pretender certa igualdade, promessa muito bem ilustrada na Revolução Francesa com a decapitação de juízes nobres, a nova forma de ingresso não mais baseada no sangue, mas na meritocracia, que é o caso brasileiro, acaba por criar uma nova elite que muito bem se ambientaliza a camada da classe dominante.

Desse modo, pensar a democratização do Judiciário inclui pensar a constituição de seus componentes. A pluralidade de composição pode produzir diversidade de decisões e

¹³⁶ ZAFFARONI, Eugênio R., 1995, p. 93.

¹³⁷ IBGE. Censo 2010. Disponível em: <http://www.ibge.gov.br/home/estatistica/populacao/censo2010/caracteristicas_da_populacao/tabelas_pdf/ta_b3.pdf>. Acesso em: 28/11/2016.

¹³⁸ CNJ (2014), Censo do Poder Judiciário. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/images/dpj/CensoJudiciario.final.pdf>>. Acesso em: 28/11/2016.

¹³⁹ Cf. DELORME, Jean. *La Grèce Primitive et Archaïque*. Paris: Librairie Armand Colin, 1969, p. 248; COULANGES, Numa Denis Fustel De. *The Ancient City: a study on the religion, laws and institutions of Greece and Rome*. Ontario: Batoche Books, 2001, p. 150-152; LIMA FILHO, Acacio Vaz De. *O poder na Antiguidade: aspectos históricos e jurídicos*. São Paulo: Ícone, 1999, p. 91.

possibilidade real de responsabilização dos magistrados pelo exercício da atividade fora dos parâmetros legais.

CONCLUSÃO

Como visto, em que pese todo o seu mérito, o projeto epistemológico e o modelo penal garantista que lhe é correspondente constitui um modelo ideal, à medida que permite a produção de decisões dotadas de margens mais ou menos amplas de discricionariedade, o que se agrava com a permanência de práticas legislativas, judiciárias e policiais autoritárias nos sistemas penais da atualidade.

É importante, pois, que os profissionais do Direito, e em particular os juízes, tenham consciência da politicidade implícita na função de julgar para que a aplicação das leis penais não se dê de forma acrítica. Efetivamente, a atividade jurisdicional é política, uma vez que é repressiva em relação às configurações políticas oriundas dos demais poderes de Estado.

Por outro lado, a estrita submissão à lei (sobretudo à Lei maior) impõe que a função judicial fique à margem de condicionantes políticos e de oportunidade, cultivando-se uma cultura de independência frente a pressões externas de qualquer natureza.

A crença em um juiz-messias, frequentemente inserido em um paradigma efficientista, em que se busca deslegitimar procedimentos inspirados em princípios constitucionais, encerra o risco de uma deslegitimação adicional para a jurisdição penal, uma vez que desvia àquele a solução para um problema que somente a sociedade civil poderá fazer frente em sua globalidade, por meio do uso de todos os recursos do sistema político.

Além do fato de o processo penal ser instrumentalizado na luta política, ele desencadeia um jogo de contra poderes, onde mídia social e judiciário expõem e criticam o poder político, a partir de uma empreitada moral e penal. Simbolicamente, o político corrupto deve ser sacrificado em nome da purificação do regime democrático.

Por tudo isso, a consciência social acerca do real papel do juiz, bem com o entendimento pelos juízes de seu próprio papel no processo social são fundamentais para que não haja aventuras e falta de rigor no exercício de uma função tão cara ao fortalecimento da democracia.

Nesse ínterim, releva afirmar que, se é bem verdade que a jurisdição penal, dentro da sua atividade ordinária, necessita reagir aos atos de ilegalidade imputados a figuras políticas, desempenhando, assim, funções de contra poder, não é menos verdade que ela deve estar apta para fazê-lo com independência, de modo fiel ao seu papel constitucional de garante da legalidade.

De forma ambígua, os processos políticos-midiáticos longe de apenas evidenciarem relações espúrias entre o espaço público e o privado, sinalizam a necessidade de que haja maior controle sobre os excessos cometidos por juízes que, de forma contraditória, hasteiam a bandeira da legalidade e da democracia, abdicando-se de prezar pela rigorosa observância das normas e princípios que regem o procedimento penal.

Entretanto, não se deve ceder à tentação de minar a independência dos juízes, através da criação de tipos penais vagos, a permitirem um controle político-ideológico da atividade jurisdicional, como se têm pretendido nos últimos dias no Congresso Nacional. Por certo, não há saída mais adequada do que se pensar na democratização do Poder Judiciário, expediente eficaz para diversificar as convicções ideológicas de seu corpo e permitir concretamente a responsabilização de juízes por seus excessos.

REFERÊNCIAS

AGUIAR JUNIOR, Rui Rosado. **Responsabilidade política e social dos juízes nas democracias modernas**. 1997. Disponível em: <http://bdjur.stj.jus.br/dspace/bitstream/2011/525/1/Responsabilidade_Política_e_Social.pdf> . Acesso em: 05 dez. 2016.

ANDRÉS IBAÑEZ, Perfecto; COSTA, Eduardo Maia. A corrupção no banco dos réus: jurisdição penal e crise do estado de direito. **Revista do Ministério Público de Lisboa**, Lisboa, v. 15, n. 58, abr./jun. 1994.

ANDRÉS IBAÑEZ, Perfecto. "Carpintería" de la sentencia penal (en materia de "hechos"). **Revista del Poder Judicial**, Madrid, n. 49, p. 393-428, 1º trim. 1998.

_____. Control judicial del poder político. **Derechos y libertades**: revista del filosofía del derecho y derechos humanos, Madrid, v. 4, n. 7, jan. 1999.

BEZERRA, André Augusto Salvador; GALDURÓZ, Eduardo de Lima. “**A instituição de crimes de responsabilidade à magistratura levará à punição seletiva de juízes garantistas**”. *Justificando*, 30/11/2016. Disponível em: <<http://justificando.com/2016/11/30/instituicao-de-crimes-de-responsabilidade-magistratura-levara-punicao-seletiva-de-juizes-garantistas/>>. Acesso em: 05 dez. 2016.

BINDER, Alberto M. Ofensas a los gobernantes: crítica política e injusto penal. In: BINDER, Alberto M. **Política criminal**: de la formulación a la praxis. Buenos Aires: Ad-Hoc, 1997. 366 p., p. 105-117.

BONDUELLE, Matthieu. “Juger est um acte politique”. **Le monde diplomatique**, set. 2014, p. 28. Disponível em: <<https://www.monde-diplomatique.fr/2014/09/BONDUELLE/50780>>. Acesso em: 11 nov. 2016.

BOSCHI, José Antonio Paganella. Justiça aos juízes?. **Informativo ITEC**. p. 8-10, 2005.

BRASIL (1940). **Código Penal**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/De12848compilado.htm>. Acesso em: 7 out. 2016.

BRASIL. **Constituição** (1988). Disponível em:
<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em:
5 dez. 2016.

BRASIL (1950). Lei nº 1.079. Disponível em:
<https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L1079.htm>. Acesso em: 5 de dez. 2016.

BRASIL (1979). Lei Orgânica da Magistratura Nacional. Disponível em:
<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/lcp/lcp35.htm>. Acesso em: 5 de dez. 2016.

BRITO, Maria Joseleide de Araujo. Responsabilidade dos juízes. Themis. **Revista da ESMEC**, Fortaleza, v. 4, n. 1, 2006.

CALAMANDREI, Piero. **Eles, os juízes, vistos por um advogado**. 2ª tiragem. Tradução: Eduardo Brandão. São Paulo : Martins Fontes, 1996.

CALGARO, Fernanda. “Câmara retira 6 propostas do MPF e desfigura pacote anticorrupção”, **G1** : Brasília, 30/11/2016. Disponível em:
<<http://g1.globo.com/politica/noticia/2016/11/camara-dos-deputados-conclui-votacao-de-medidas-contracorrupcao.html>>. Acesso em 30 nov. 2016.

Câmara dos Deputados. Projeto de lei nº 4.850-C DE 2016. Disponível em:
<<http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=2080604>>. Acesso em 05/12/2016.

CARVALHO, Luiz Gustavo Grandinetti Castanho de. O ato de julgar, o processo e a especificidade do processo criminal. In: **Boletim nº 250 do Instituto Brasileiro de Ciências Criminais**, p. 5-6, set/2013.

CINTRA, Antônio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. **Teoria Geral do Processo**. 19 ed. São Paulo : Malheiros, 2003.

CNJ (2014). **Censo do Poder Judiciário**. Disponível em:
<<http://www.cnj.jus.br/images/dpj/CensoJudiciario.final.pdf>>. Acesso em: 28 nov. 2016.

CNJ (2008). **Código de Ética da Magistratura Nacional**. Disponível em:
<<http://www.cnj.jus.br/publicacoes/codigo-de-etica-da-magistratura>>. Acesso em: 04 nov. 2016.

CONSELHO EUROPEU (1950). **Convenção Europeia dos Direitos do Homem**. Disponível em: <http://www.echr.coe.int/documents/convention_por.pdf>. Acesso em: 04 nov. 2016.

COULANGES, Numa Denis Fustel De. **The Ancient City: a study on the religion, laws and institutions of Greece and Rome**. Ontario: Batoche Books, 2001.

DELORME, Jean. **La Grèce Primitive et Archaïque**. Paris: Librairie Armand Colin, 1969.

DERRIDA, Jacques. **Força de lei : a origem mística da autoridade**. Tradução Leyla Perrone-Moisés, Ed. WMF Martins Fontes, São Paulo : 2010

FRANÇA (1789). **Declaração Universal dos Direitos do Homem e do Cidadão**. Disponível em: <<http://www.direitoshumanos.usp.br/index.php/Documentos-antiores-à-criação-da-Sociedade-das-Nações-até-1919/declaracao-de-direitos-do-homem-e-do-cidadao-1789.html>>. Acesso em: 5 dez. 2016

FERRAJOLI, Luigi. **Direito e razão : teoria do garantismo penal**. 3. ed. rev. São Paulo: Editora Revista dos tribunais, 2010.

FOUCAULT, Michel. **A verdade e as formas jurídicas**. Trad.: Roberto Cabral de Melo Machado e Eduardo Jardim Morais. Rio de Janeiro: NAU Editora, 2002.

_____. **Vigiar e Punir: nascimento da prisão**; trad. Raquel Ramalhete. Petrópolis, Vozes, 1987, p. 8. Disponível em:

<https://disciplinas.stoa.usp.br/pluginfile.php/121335/mod_resource/content/1/Foucault_Vigiar%20e%20punir%20I%20e%20II.pdf>. Acesso em: 08 dez. 2016.

GONÇALVES, Carolina. “Câmara instala esta semana comissão especial para discutir reforma política”. **Agência Brasil**, Brasília: 16/10/2016. Disponível em <<http://agenciabrasil.ebc.com.br/politica/noticia/2016-10/camara-instala-esta-semana-comissao-especial-para-discutir-reforma-politica>>. Acesso em 21 nov. 2016.

HORKHEIMER, Max. Teoria tradicional e teoria crítica. In **Os pensadores**: Benjamin, Adorno, Horkheimer, Habermas. Ed. Abril Cultural: 1980.

IBGE. **Censo 2010**. Disponível em:

<http://www.ibge.gov.br/home/estatistica/populacao/censo2010/caracteristicas_da_populacao/tabelas_pdf/tab3.pdf>. Acesso em: 28 nov. 2016.

KIRCHHEIMER, Otto. **Justicia Política**: empleo del procedimiento legal para fines políticos. Granada: Editorial Comares, S.L., 2001.

LAURIS, Élide. Entre a neutralidade política e a responsabilidade social. **Revista Meritum**, Belo Horizonte: v.6, n. 2, jul./dez., 2011.

LEFEBVRE, José. La déontologie du procès. In E. Rude-Antoine (dir.), **Le procès : enjeu de droit, enjeu de vérité**, Paris : PUF, 2007.

LIMA FILHO, Acacio Vaz De. **O poder na Antiguidade**: aspectos históricos e jurídicos. São Paulo: Ícone, 1999.

MORO, Sergio Fernando. **Considerações sobre a Operação Mani Pulite**. R. CEJ, Brasília, n.26, p. 56-62, jul./set. 2004. Disponível em: <http://s.conjur.com.br/dl/artigo-moro-mani-pulite.pdf>. Acesso em: 25 nov. 2016.

NEVES, Castanheira. Entre o “legislador”, a “sociedade” e o “juiz” ou entre “sistema, “função” e “problema” – os modelos actualmente alternativos da realização jurisdicional do direito. **Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra**, Coimbra n. LXXIV, p.1-44, 1998.

NOBRE, Marcos. **A teoria tradicional e a teoria crítica**. Rio de Janeiro : Jorge Zahar Ed., 2004.

OEA (1969). **Convenção Americana de Direitos Humanos**. Disponível em:

<https://www.cidh.oas.org/basicos/portugues/c.convencao_americana.htm>. Acesso em: 04 nov. 2016.

ONU (1948). **Declaração Universal dos Direitos Humanos**. Disponível em:

<<http://www.dudh.org.br/wp-content/uploads/2014/12/dudh.pdf>>. Acesso em: 05 dez. 2016.

SANTOS, Boaventura de Souza. **Para um novo senso comum** : a ciência, o direito e a política na transição paradigmática, 7ed, São Paulo : Cortez, 2009.

STEINER, Sylvia Helena de Figueiredo. O projeto de lei dos crimes de responsabilidade de magistrados. **Juízes para a democracia**, São Paulo, v. 5, n. 20, p. 10, abr./jun. 2000.

TARUFFO, Michele. Democracia y Jurisdicción. In.: **Proceso y decisión**: Lecciones mexicanas de Derecho Procesal, Ed. Marcial Pons, Madrid, 285 p., 2012.

TOZZI, Pascal, Le procès d'affaires: une expérience démocratique. In E. Rude-Antoine (dir.), **Le procès : enjeu de droit, enjeu de vérité**. Paris : PUF, 2007.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl. Dimension política de um poder judicial democrático. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, São Paulo, v. 1, n. 4, p. 19-46, out./dez. 1993.

_____. **Poder Judiciário** : crise, acertos e desacertos. Trad.: Juarez Tavares; São Paulo : Editora Revista dos Tribunais, 1995.

ZOLA, Émile. Eu acuso! Disponível em <<http://www.omarrare.uerj.br/numero12/pdfs/emile.pdf>>. Acesso em: 8 dez. 2016.