



**A DECISÃO NO CAMPO PENAL SOB A PERSPECTIVA DA TEORIA
DE ROBERT ALEXY**

THE DECISION IN THE CRIMINAL FIELD FROM THE PERSPECTIVE OF THEORY
BY ROBERT ALEXY

Bruno Mello Correa de Barros¹

Luiza Rosso Mota²

RESUMO: Nos últimos tempos, as propostas e experiências no campo criminal, resultantes da globalização e da conseqüente ascensão do poder, apresentam desafios significativos e constantes, no campo da decisão penal judicial. Nesse sentido, questiona-se: a teoria desenvolvida por Robert Alexy, especialmente, no tocante a lei do sopesamento, contribui para minimizar as arbitrariedade e violações de garantias fundamentais, no campo da decisão penal, perpetradas pelas instâncias de criminalização secundária? Busca-se verificar se a teoria desenvolvida por Robert Alexy é capaz de contribuir para minimizar as violações de garantias fundamentais no campo jurídico penal. O método de abordagem consistirá no dialético e o de procedimento será o monográfico. Ainda, será utilizada a técnica de pesquisa bibliográfica e documental.

Palavras-Chave: Decisão; Garantias; Penal; Sopesamento; Violações.

¹ Mestre em Direito pelo Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal de Santa Maria – UFSM. Docente do Curso de Direito da Faculdade Metodista Centenário – FMC. brunomellocorrea@gmail.com

² Doutoranda em Direito pelo Programa de Pós-Graduação em Direito da Faculdade Nacional de Direito da Universidade Federal do Rio de Janeiro (UFRJ). Mestre em Direito pelo Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal de Santa Maria – UFSM. Docente do Curso de Direito da Faculdade Palotina (FAPAS) e do Curso de Direito da Faculdade Antonio Meneghetti (AMF). luiza_mota@yahoo.com.br

Artigo submetido em 11/02/20 e aprovado em 29/05/2020

ABSTRACT: In recent times, proposals and experiences in the criminal field, resulting from globalization and the consequent rise of power, present significant and constant challenges in the field of judicial criminal decision. In this sense, the question arises: does the theory developed by Robert Alexy, especially regarding the weighing law, contribute to minimize the arbitrariness and violations of fundamental guarantees, in the field of criminal decision, perpetrated by instances of secondary criminalization? It seeks to verify whether the theory developed by Robert Alexy is capable of contributing to minimize violations of fundamental guarantees in the criminal legal field. The approach method will consist of the dialectic and the procedural method will be the monographic. Still, the technique of bibliographic and documentary research will be used.

Keywords: Decision; Guarantees; Penal; Weighting; violations.

INTRODUÇÃO

No âmbito da teoria processual penal, não raro encontram-se disposições que dão a impressão de que o transcurso e as decisões proferidas, desde o suposto cometimento do fato à extinção da pena ou absolvição transitada em julgado, são democráticos. No plano constitucional, não menos importante, os direitos e garantias fazem parte de um processo histórico de construção de projeto humano e democrático. Porém, mesmo após estas conquistas, a sociedade assiste a uma crise política e jurisdicional, sem precedentes.

Nos últimos tempos, as propostas e experiências no campo criminal, resultantes da globalização e da conseqüente ascensão do poder, apresentam desafios significativos e constantes, notadamente, aos que se dedicam ao estudo profundo e específico. A emergência decorre de labirintos complexos que reduzem indivíduos a protagonistas de um cenário de erros e violações de direitos, no campo da decisão penal judicial.

Nesse sentido, buscar-se-á conduzir a pesquisa pela seguinte indagação: A teoria desenvolvida por Robert Alexy, especialmente, no tocante a lei do sopesamento, contribui

para minimizar as arbitrariedades e violações de garantias fundamentais, no campo da decisão penal, perpetradas pelas instâncias de criminalização secundária³?

Busca-se verificar se a teoria desenvolvida por Robert Alexy é capaz de contribuir para minimizar as violações de garantias fundamentais no campo jurídico penal, considerando as decisões judiciais perpetradas pelas instâncias de criminalização secundária. Por conseguinte, objetiva-se, discorrer sobre o decisionismo penal e a teoria de Robert Alexy. Ainda, abordar as decisões de interceptação telefônica e condução coercitiva do Ex Presidente Lula e suas repercussões a título ilustrativo.

O método de abordagem a ser utilizado consistirá no dialético, a fim de evidenciar as contradições existentes na relação entre a decisão penal e a teoria de Robert Alexy. Assim, a tese se coloca a partir do decisionismo penal, trazendo, a título exemplificativo, as decisões de interceptação telefônica e de condução coercitiva do Ex Presidente Lula. O contraponto é estabelecido com o panorama da teoria do Alexy, uma vez que se identifica, no texto, como uma tentativa de negação à tese referida. A síntese busca conectar o embate entre decisão penal e a teoria do Alexy, no âmbito do Estado de direito. Utiliza o método de procedimento monográfico, na medida em que se pretende analisar, também, as decisões de interceptação telefônica e de condução coercitiva, já mencionadas, proferidas em um dos processos envolvendo a operação “lava jato”. Ainda, será utilizada a técnica de pesquisa bibliográfica e documental.

Considerando o cenário que se apresenta na esfera jurídica, inclusive, no campo da decisão penal, torna-se indispensável debater e reivindicar algumas teorias jurídicas em decorrência da legitimidade de certos discursos, sobretudo, arbitrários e tendenciosos. Escolhas teóricas idealizadas formam o conhecimento e as consequentes decisões, no curso de um sistema jurídico inverso.

1 O PARADIGMA DA DECISÃO NO CAMPO PENAL

A discriminação e a dominação são práticas ocultadas na sociedade brasileira, que é estruturada a partir de relações de poder e cumplicidade. Não se percebe que a violência e a desigualdade são legitimadas no plano do saber, das instituições e das decisões judiciais.

³ Magistrados, promotores etc.

O saber, segundo Foucault (2008), é uma prática discursiva constituída pelos diferentes objetos, podendo o sujeito tomar sua posição. Também é um campo de subordinação em que os conceitos aparecem e se transformam, bem como se definem por possibilidades de apropriação pelo discurso.

O espaço jurídico, segundo Geraldo Prado, “é constituído por instituições de natureza política. Há práticas políticas no campo e a razão política impera para além das considerações teóricas e com independência da consistência do discurso científico” (2012, p. 13).

O passado histórico é apropriado por meio de práticas que validam comportamentos pela repetição, sendo forjado por uma continuidade artificial que acaba por caracterizar as tradições inventadas e, por consequência, invariáveis. As tradições inventadas revelam importantes funções políticas e sociais, sendo utilizadas para a manipulação de discursos (HOBBSAWM, 1997).

Esse estado de excepcionalidade suspende a própria ordem jurídica, definindo suas diretrizes, por meio de respostas imediatas e não democráticas. “O direito inclui em si o vivente por meio de sua própria suspensão” (AGAMBEN, 2004, p. 14). Ou seja, a lógica maquiada pelo sistema ocorre quando a circulação de regras pode se dar de maneira simbólica, não circulando as regras propriamente ditas, mas a sua idealização (GRANDE, 2009).

As normas perderam o seu valor por preferências de alguns operadores. Convém lembrar que magistrados e procuradores não detêm poder político, não podem fazer justiça entre aspas, ou de acordo com sua livre convicção, sem se ater às questões técnicas. É inconcebível que funcionários públicos possam ignorar normas constitucionais, construídas historicamente, a favor de interesses ideológicos ou políticos.

Decisões arbitrárias de destruição da democracia e dos valores constitucionais, como expressão do autoritarismo, em que juízes justiceiros retomam o sistema inquisitivo e primeiro decidem, depois colhem as provas. “é o clima de excepcionalidade, de urgência, de risco às instituições, de ameaça ao país criado pelos atores nominados acima. Por que é neste ambiente político que opera a exceção, como fenômeno jurídico e político, em momentos de crise política aguda” (ZAMORA, 2018, s.p.).

Como bem salientado por Robert Alexy, “em uma democracia ideal, o processo democrático sempre mostraria respeito suficiente em relação aos direitos fundamentais”

(2015, p. 318). Contudo, atualmente, “A decisão liberta-se de qualquer vínculo normativo e torna-se absoluta em sentido real” (SCHIMTT, 2006, p. 13).

Desde o Supremo Tribunal Federal até as instâncias iniciais, a desobediência à Constituição tem se propagado, por meio de decisões reconhecidamente violadoras de direitos, permitindo o autoritarismo e a consequente interrupção do Estado de direito.

Ocorre que esta invasão judicial considera, de forma maquiada, critérios de oportunidade política, por meio do decisionismo. Esta atividade desenvolve-se de modo mais contundente na espera processual penal, na qual está em questão a liberdade individual. O direito penal judicial tem contrariado normas e marcos internacionais de garantias. Exemplo dessas violações, tem-se decisões proferidas no âmbito da operação lava jato, notadamente, a interceptação telefônica e a condução coercitiva que envolviam o Ex Presidente Lula, conforme será demonstrado na sequência.

1.1 Decisões no âmbito da operação lava jato: a interceptação telefônica e a condução coercitiva do ex Presidente Lula

Princípios como da imparcialidade, do juiz natural, da presunção de inocência, vêm sendo grosseiramente deturpados pelo atual judiciário. O ódio à democracia e ao inimigo inclui o ódio às políticas sociais de inclusão dos setores menos favorecidos. O corrupto é considerado inimigo e o enfrentamento da corrupção é “usado em favor de interesses inconfessáveis” (VALIM, 2016, p. 50).

O dia 04 de março de 2016 ficou marcado em uma das páginas da lamentável história do poder judiciário dos últimos tempos. A condução coercitiva do Ex Presidente Lula não como sendo a única, tampouco a primeira ou a última atração. Não é redundante lembrar, que o instituto está previsto no Código de Processo Penal e aplica-se na hipótese do acusado não atender a intimação para interrogatório, reconhecimento ou qualquer outro ato⁴. Ou seja, só pode ser determinada quando o acusado ou o investigado deixar de comparecer, não tendo previsão de ter a condução como alternativa na primeira intimação.

⁴ Art. 260. Se o acusado não atender à intimação para o interrogatório, reconhecimento ou qualquer outro ato que, sem ele, não possa ser realizado, a autoridade poderá mandar conduzi-lo à sua presença.

As fundamentações utilizadas para justificar a ordem⁵ são despidas de caráter legal, vazias e baseadas numa ideia maquiada de “segurança”. Além disso, retratam uma presunção de que poderia haver a negativa, por parte do Ex Presidente, de prestar o depoimento, o que é inadmissível no trato dos direitos e liberdades do indivíduo investigado ou acusado. Também, denota atenção, o fato de tornar eficiente e veloz a persecução penal neste caso específico, pois é notória a demora processual, em todas as searas, inclusive, na criminal. Na realidade, a duração razoável do processo tendo eficácia em apenas alguns casos, a depender dos interesses.

O intuito da decisão não era só ouvir o investigado no inquérito, mas também intimidá-lo, ao dispor a condução coercitiva como consequência da desobediência da ordem proferida, pois não haviam lhe intimado anteriormente. A decisão foi claramente determinada de forma equivocada. Primeiro, porque na mesma decisão determinou-se a intimação e, de pronto, a condução. É como se o magistrado presumisse a negativa do investigado de ir prestar depoimento. Em um segundo plano, o investigado ou acusado tem o direito constitucional de permanecer em silêncio, por conseguinte, mesmo que tivesse desatendido a ordem seria amplamente discutível, em decorrência da garantia fundamental e, também, do direito de ir e vir.

Não bastasse essas idiosincrasias, filmagens em tempo real mostravam o cenário, enquanto a intimação e intimidação de Lula estava sendo realizada. Os meios de comunicação transmitiam o episódio, dando coerência ao exercício e a intenção maquiada do líder dos espectadores. Ao vivo, a globo news, transmitia, com imagens filmadas de um

⁵ Leia-se um trecho da decisão do Juiz Sérgio Moro: “Colhendo o depoimento mediante condução coercitiva, são menores as probabilidades de que algo semelhante ocorra, já que essas manifestações não aparentam ser totalmente espontâneas. Com a medida, sem embargo do direito de manifestação política, previnem-se incidentes que podem envolver lesão a inocentes. [...] Prestar depoimento em investigação policial é algo a que qualquer pessoa, como investigado ou testemunha, está sujeita e serve unicamente para esclarecer fatos ou propiciar oportunidade para esclarecimento de fatos. Com essas observações, usualmente desnecessárias, mas aqui relevantes, **defiro parcialmente o requerido pelo MPF para a expedição de mandado de condução coercitiva** para colheita do depoimento do ex-Presidente Luiz Inácio Lula da Silva. Evidentemente, **a utilização do mandado só será necessária caso o ex-Presidente convidado a acompanhar a autoridade policial para prestar depoimento na data das buscas e apreensões, não aceite o convite**. Expeça-se **quanto a ele mandado de condução coercitiva**, consignando o número deste feito, a qualificação e o respectivo endereço extraído da representação. Consigne-se no mandado que **NÃO** deve ser utilizada algema e **NÃO** deve, em hipótese alguma, ser filmado ou, tanto quanto possível, permitida a filmagem do deslocamento do ex-Presidente para a colheita do depoimento. Na colheita do depoimento, deve ser, desnecessário dizer, garantido o direito ao silêncio e a presença do respectivo defensor. O mandado **SÓ DEVE SER UTILIZADO E CUMPRIDO**, caso o ex-Presidente, convidado a acompanhar a autoridade policial para depoimento, recuse-se a fazê-lo” Disponível em: <https://www.conjur.com.br/dl/pf-violou-lei-penal-ordem-moro-conduzir.pdf>.

helicóptero, a notícia nomeada de “PF deflagra 24ª fase da operação no instituto Lula e na casa do Ex Presidente”⁶.

Posterior à destituição da presidenta eleita Dilma Rousseff e ao constrangimento e prejuízos causados pela decisão de condução já mencionada, o ministro Gilmar Mendes, concedeu a suspensão do uso da condução para levar investigados a interrogatório, em decisão liminar, proferida nas ações de descumprimento de preceito fundamental, no dia 18 de dezembro de 2017⁷. Mais tarde, o Supremo Tribunal Federal, sob a relatoria do Ministro Gilmar Mendes, entendeu que a condução coercitiva é inconstitucional, por representar restrição à liberdade de locomoção e à presunção de não culpabilidade.

Neste contexto, muitas indagações. Entendimentos diversos, a depender do momento e do acusado, que permanecem apenas em um dado período. Inclusive, a inconstitucionalidade declarada não terá repercussão em casos anteriores, conforme decisão da Corte. Quer dizer, a condução coercitiva do Ex Presidente Lula não é passível de discussão, “constitucional”, portanto.

Não obstante, outro episódio deflagrado em relação à persecução criminal do Ex Presidente Lula, que demonstra a total liberdade de um magistrado em detrimento de garantias individuais e processuais, foi a interceptação telefônica, anterior à instauração do processo de *impeachment*, referente a uma conversa entre a Ex Presidenta Dilma e o Ex Presidente Lula. Obteve-se, inclusive, uma gravação entre eles que não estava autorizada e surgiu após o período permitido da interceptação.

⁶ Uma informação bastante importante [...] foi repassada por investigadores, que o Ex Presidente Lula **além de alvo de busca e apreensão também alvo de condução coercitiva**. [...] ele está sendo obrigado, está sendo levado daqui a pouco para a Polícia Federal para prestar depoimento [...] esta informação não é confirmada oficialmente pela direção da Polícia Federal, mas dos investigadores que participam da operação lava jato [...] **Agora sim a gente vê uma informação importante sobre o Ex Presidente Lula, ele está sendo levado** até a sede da Polícia Federal para prestar esclarecimentos. As vezes, em algum momento, a polícia aceita colher esse depoimento na casa da pessoa investigada, por mais que seja uma condução coercitiva, mas motivo de ser levado até a Polícia Federal [...] **se houver um acordo, se a pessoa não mostra resistência**, a gente vê [...] a Polícia Federal até permite que este depoimento seja em casa, mas a gente vê que, **no caso do Ex Presidente Lula, existe, o que a gente tem de informação até o momento, é isso, uma condução coercitiva**. [...] O Ex Presidente Lula já é alvo de uma condução coercitiva [...] vai prestar depoimento na vigésima quarta fase da operação lava jato [...] **significa a busca da verdade**... Disponível o vídeo em: <http://g1.globo.com/globo-news/jornal-globo-news/videos/v/investigadores-afirmam-que-lula-e-alvo-de-conducao-coercitiva/4858611/>

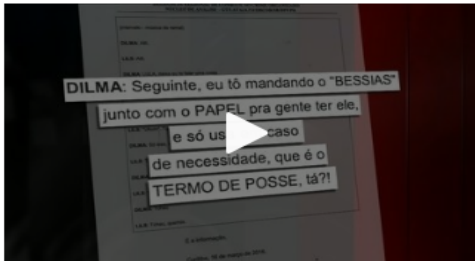
⁷ Decisão proferida nas ações de descumprimento de preceito fundamental, propostas pelo Partido dos Trabalhadores (ADPF 395) e pelo Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil (ADPF 444). Ver decisão disponível em: <https://politica.estadao.com.br/blogs/fausto-macedo/wp-content/uploads/sites/41/2017/12/ADPF-444.pdf>

Ainda, não satisfeito com todos os abusos e ilegalidades, o juízo divulgou publicamente as conversas. A imprensa difundiu as falas, tendo uma repercussão sem precedentes, consoante se vislumbra, também, pela imagem abaixo.

16/03/2016 18h38 - Atualizado em 17/03/2016 20h44

Moro derruba sigilo e divulga grampo de ligação entre Lula e Dilma; ouça

Ligação foi feita às 13h32 desta quarta-feira (16).
Em outra conversa, Lula diz que não iria para o governo para se proteger.



Conversa com Dilma
Dilma: "Alô."
Lula: "Alô."
Dilma: "Lula, deixa eu te falar uma coisa."
Lula: "Fala, querida. Ahn?"
Dilma: "Seguinte, eu tô mandando o 'BESSIAS' junto com o PAPEL pra gente ter ele, e só usa em caso de necessidade, que é o TERMO DE POSSE, tá?"
Lula: "Uhum. Tá bom, tá bom."
Dilma: "Só isso, você espera aí que ele tá indo aí."
Lula: "Tá bom, eu tô aqui, fico aguardando."
Dilma: "Tá?!"
Lula: "Tá bom"

Fonte: <http://g1.globo.com/pr/parana/noticia/2016/03/conversa-entre-dilma-e-lula-foi-grampeada-apos-despacho-de-moro.html>

A imagem além de destacar de forma atraente a notícia, ratifica a união da grande mídia ao discurso do poder. A própria pesquisa sobre a interceptação em estudo, quando inserida no site de busca "google", aparece em diversos sites. Veja-se que, embora num plano teórico as conversas interceptadas não tenham sido validadas, a repercussão em todos os demais ângulos foi estrondosa, politicamente, socialmente, juridicamente e pessoalmente.

A lei de interceptação telefônica é clara no sentido de que se deve preservar o sigilo das diligências, gravações e transcrições⁸, tanto que o próprio procedimento com o pedido de interceptação telefônica já é sigiloso. Ademais, a gravação que não interessar ao processo

⁸ Art. 8º da Lei 9.296/96. A interceptação de comunicação telefônica, de qualquer natureza, ocorrerá em autos apartados, apensados aos autos do inquérito policial ou do processo criminal, preservando-se o sigilo das diligências, gravações e transcrições respectivas.

será inutilizada.⁹ Ainda, a constituição federal, em seu art. 5º, XII, garante o sigiloso das comunicações telefônicas.

Os efeitos decorrentes da divulgação indevida das conversações telefônicas interceptadas são irreversíveis. Ocorre que, embora o magistrado tenha cometido o crime previsto no artigo 10 da Lei de interceptação telefônica, não foi responsabilizado, nem de forma disciplinar nem criminalmente. O Tribunal Regional Federal da 4ª Região reconheceu, ainda, uma excepcionalidade ao tratar do caso¹⁰.

Não são apenas estas decisões que demonstram a arbitrariedade e as violações, no campo do direito penal. São prisões de ofício, produção de provas pelo magistrado, recebimentos de ações penais sem justa causa, condenações sem provas, fixação de penas elevadas e em desconformidade com as circunstâncias, além de muitas outras.

Além disso, a execução provisória da pena, que depois de muita conquista histórica pautada na presunção de inocência e nos direitos e garantias individuais, assume um simbolismo desproporcional no campo da luta política e passa a ser determinada, com a máxima de atender os anseios da sociedade. Mas que, legalmente, é injustificada.

Essas perversas decisões deixam de lado o que já foi alcançado, durante anos, em termos de direitos humanos, retrocedendo e colocando em risco o Estado de direito. Portanto, faz-se necessário estudar a contribuição da teoria desenvolvida por Robert Alexy no sentido de verificar se essa pode contribuir para minizar as violações de direitos no âmbito das decisões penais judiciais.

⁹ Art. 9º da Lei 9.296/96. A gravação que não interessar à prova será inutilizada por decisão judicial, durante o inquérito, a instrução processual ou após esta, em virtude de requerimento do Ministério Público ou da parte interessada.

¹⁰ Ora, é sabido que os processos e investigações criminais decorrentes da chamada Operação Lava-Jato, sob a direção do magistrado representado, constituem caso inédito (único, excepcional) no direito brasileiro. [...] neles haverá situações inéditas, que escaparão ao regramento genérico, destinado aos casos comuns. Assim, tendo o levantamento do sigilo das comunicações telefônicas de investigados na referida operação servido para preservá-la das sucessivas e notórias tentativas de obstrução, por parte daqueles, [...] é correto entender que o sigilo das comunicações telefônicas (Constituição, art. 5º, XII) pode, em casos excepcionais, ser suplantado pelo interesse geral na administração da justiça e na aplicação da lei penal. Decisão sob relatoria do Desembargador Rômulo Puzzollatti. PA N. 0003021-32.2016.4.04.8000/RS. Informação disponível em: <https://www.conjur.com.br/2016-set-23/lava-jato-nao-seguir-regras-casos-comuns-trf>

2 DIREITOS FUNDAMENTAIS, SOPEAMENTO E ROBERT ALEXY

Quando da aplicação, os operadores fixam o sentido a partir da interpretação das normas, que é uma operação mental deste processo. E, segundo Kelsen, “mesmo uma ordem o mais pormenorizada possível tem de deixar àquele que a cumpre ou executa uma pluralidade de determinações a fazer” (2006, p. 188). A crítica reside justamente nestas indeterminações, que são apropriadas nas decisões.

O ato jurídico conforma uma ou outra dentre as várias significações verbais da norma. O resultado da interpretação é a moldura. Essa, por sua vez, comporta muitas possibilidades de aplicação (KELSEN, 2006). Nesse sentido, a escolha acaba sendo um problema de política judicial. O direito a interpretar várias possibilidades atua como “mecanismo de autoconfirmação de hipóteses, pois busca seletivamente as informações que confirmam a hipótese anteriormente aceita”¹¹.

Kelsen discorre que a “teoria usual da interpretação quer fazer crer que a lei, aplicada ao caso concreto, poderia fornecer, em todas as hipóteses, apenas uma única solução correta (ajustada), e que a ‘justeza’ (correção) jurídico-positiva desta decisão é fundada na própria lei” (2006, p. 391). Contudo, explica que não há qualquer método capaz de identificar apenas uma postura como sendo a correta (2006).

Neste ponto, importante esclarecer a distinção trazida por Alexy, sobre regras e princípios. As primeiras dizem respeito a normas que exigem algo determinado, por meio de comandos definitivos. Enquanto os princípios exigem a realização de algo na maior medida possível, por meio de comandos de otimização (2018).

A resolução da colidência entre os princípios é realizada através da ponderação, sendo essa a forma específica de aplicação daqueles. A ponderação torna-se necessária, uma vez que os custos são inevitáveis quando os princípios colidem. A lei da ponderação refere que “quanto maior o grau de não cumprimento ou de restrição de um princípio, maior deve ser a importância do cumprimento do outro” (ALEXY, 2018, p. 06).

Princípios são comandos de otimização, conforme já salientado. Os formais se distinguem dos materiais, pelo fato de representarem as decisões jurídicas e se referirem à dimensão fática do direito. Os princípios materiais são determinados pelos conteúdos que

¹¹ Palavras mencionadas por Aury Lopes Jr. em evento organizado pela Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro – EMERJ -, no ano de 2018.

são desenvolvidos nas decisões, como liberdade de expressão, proteção ao meio ambiente etc. Ambos princípios, formais e materiais, são passíveis de ponderação (ALEXY, 2018).

Alexy tece algumas considerações sobre a fórmula de Radbruch que resulta em “a injustiça extrema não é direito”, quando da ponderação entre os princípios da justiça – material - e da segurança jurídica – formal -. Mais precisamente, “De acordo com a lei da colisão, a consequência da precedência do princípio da justiça sobre o princípio da segurança jurídica quando ocorre injustiça extrema é que, sob essa condição, aplique-se a consequência exigida pelo princípio da justiça, que é o princípio que prevalece” (apud ALEXY, 2018, p. 12).

Radbruch contesta a tese de Kelsen de que qualquer conteúdo pode ser direito, a partir da introdução da sua fórmula, que de forma objetiva e sucinta, enuncia “a injustiça extrema não é direito” (apud ALEXY, p. 313). Nesta linha, Alexy afirma que “Uma interferência em um direito constitucional, uma interferência que não é justificada por qualquer razão material, é não apenas desproporcional, mas também arbitrária” (ALEXY, 2018, p. 14).

Justiça, na ótica de Radbruch, significa decidir sem considerar as pessoas, mas avaliar todas na mesma medida. A lei carece de validade quando os direitos humanos são arbitrariamente violados. Existem princípios de direitos fundamentais que são mais fortes que a disposição jurídica. O autor afirma que uma lei que os contradiz, não tem, portanto, validade (RADBRUCH, 1999).

Decisões jurídicas frequentemente dizem respeito a questões de distribuição e compensação. Questões que versam sobre a distribuição e a compensação corretas são questões de justiça, pois a justiça não é nada mais que correção na distribuição e na compensação. Questões de justiça são contudo questões morais. [...] ou a pretensão de correção equivale à pretensão de que é moralmente justificado aderir a uma lei injusta por razões que se referem ao valor moral da legalidade ou ela conduz à pretensão de que é moralmente justificado fazer uma exceção à lei e talvez até declará-la inválida com base no fato de, nesse caso, a justiça prevalecer sobre o valor moral da legalidade (ALEXY, 2015, p. 307).

Os argumentos morais carecem de racionalidade. Por certo, um sistema jurídico “pode se degenerar em um sistema baseado exclusivamente no exercício da força bruta. Um tal sistema não seria, contudo, um sistema jurídico, mas antes de seu extremo oposto, um sistema de puras relações de poder” (ALEXY, 2015, p. 305).

O discurso prático racional é condição para uma correta proposição prática e normativa, segundo a teoria do discurso. Assim, “um discurso é meramente possível discursivamente quando uma pessoa pode fundamentá-lo sem violar qualquer regra ou princípio do discurso” (ALEXY, 2015, p. 309).

A segurança jurídica parte de uma principiologia formal enquanto a justiça relaciona-se como princípio material. A primeira exige comprometimento e é eficaz socialmente. De outro lado, a segunda trabalha na perspectiva de uma decisão correta, moralmente (ALEXY, 2015).

Por oportuno, ambos princípios, acima mencionados, podem colidir e, em uma proporção correta, devem ser considerados reciprocamente, conforme a dupla natureza do direito. Portanto, “a ponderação desempenha um papel não só na criação e na aplicação do direito, ou seja, na prática jurídica, mas também na própria base do direito. Ela é uma parte da natureza do direito” (ALEXY, 2015, p. 312).

Segundo a tese da dupla natureza, o direito contempla dimensões. A dimensão real ou factual relaciona-se com a legalidade autoritativa e eficácia social, compreendidas por fatos sociais. De outro lado, a dimensão ideal ou crítica ampara-se no elemento da correção moral que, necessariamente adicionado, modifica a situação, fazendo emergir o não positivismo. Nesse sentido, a fim de atingir concretude, a institucionalização da razão e o constitucionalismo democrático são partes de um sistema em que a tese tem de ser exposta (ALEXY, 2015).

A partir da teoria do discurso e da dupla natureza do direito, democracia e direitos fundamentais compõem o constitucionalismo democrático. Esse é capaz de “conectar a positividade e a correção do sistema jurídico”. Com efeito, a democracia é tida como um procedimento de decisão e argumentação, enquanto os direitos fundamentais transformam direitos humanos em direito positivo (ALEXY, 2015, p. 317).

De outro lado, importante referir que Habermas chama atenção para o risco da insuficiência dos direitos fundamentais. Para o autor:

Se princípios estabelecem valores que devem ser realizados de forma ótima, e se a medida da satisfação desse mandamento de otimização não pode ser obtida a partir da própria norma, então, a aplicação desses princípios no âmbito do faticamente possível exige uma quantificação orientada por finalidades (apud ALEXY, 2015, p. 575).

Essa é a crítica de Habermas “acerca da ausência de parâmetros racionais para o sopesamento, simbolizada pela imagem da queda do muro protetor dos direitos fundamentais” (apud ALEXY, 2015, p. 581). Nesse mesmo sentido, Fernando Leal expõe que

a Teoria dos Princípios implica não só decisionismo e eliminação das margens de conformação do legislador, como também uma *sobre constitucionalização* do direito. Por todos esses fundamentos haveria razões suficientes para se rejeitar a ponderação e os seus corolários. No máximo deveria ela permanecer como *ultissima ratio* ‘e deveria se limitar às correções periféricas’ (2014, p. 180).

Contudo, sabe-se que princípios e regras desempenham uma função fundamental, na aplicação do direito. E a teoria dos princípios “tenta desenvolver, nessas bases, uma teoria da proporcionalidade que incluiu essencialmente uma teoria da ponderação” (ALEXY, 2015, p. 320).

Princípios são normas que ordenam que algo seja realizado na maior medida possível dentro das possibilidades jurídicas e fáticas existentes. Uma das teses centrais da "Teoria dos Direitos Fundamentais" é a de que essa definição implica a máxima da proporcionalidade, com suas três máximas parciais - as máximas da adequação, da necessidade e da proporcionalidade em sentido estrito -, e que a recíproca também é válida, ou seja, que a máxima da proporcionalidade decorre logicamente o caráter principiológico dos direitos fundamentais (ALEXY, 2015, p. 588).

Embora, saiba-se que a Lei do sopesamento nem sempre é racional, é importante ressaltar que quanto maior for o grau de não satisfação ou mitigação de um princípio, maior deve ser a importância de satisfazer o outro. Primeiramente, é necessário determinar o grau de satisfação de um princípio e, após, verificar a importância de satisfazê-lo. Numa terceira análise, compara-se a intensidade de uma restrição a um princípio com o grau de importância do(s) princípios colidentes (ALEXY, 2015)

De fato, qualquer restrição deve ser justificada, com argumentos racionais e será proporcional se o itinerário argumentativo perpassar pela regra da adequação, da necessidade e do sopesamento. Esse último vincula as restrições a um direito fundamental e a um contrapeso inafastável (ALEXY, 2015).

Quando há colisão entre dois princípios, um deles deve ceder para a aplicabilidade do outro, por meio do sopesamento. A exigência desse é significado da máxima da

proporcionalidade, em conjunto com a adequação e a necessidade. A decisão proporcional visa a aplicação de um meio menos gravoso, evitando, desta forma, possíveis violações mais onerosas aos direitos fundamentais.

O automatismo judicial criminal tem renunciado a Constituição e a lei criminal, por meio de mecanismos de processamento ditados por interesses. As decisões têm sido utilizadas, sem observância de critérios legais, de forma reiterada. Portanto, diante da análise da teoria desenvolvida por Robert Alexy, em especial, no tocante à lei do sopesamento ou ponderação, é possível a posição no sentido de que a teoria, caso utilizada de forma adequada, contribuiria, ainda que minimamente, para minimizar as violações de garantias fundamentais, no campo da decisão penal. Contudo, cumpre ressaltar que as críticas exploradas, ao longo do texto, são pertinentes.

CONCLUSÃO

A presente pesquisa procurou explorar duas decisões judiciais proferidas no âmbito da operação lava jato sob a perspectiva de Robert Alexy e desenvolver as repercussões das mencionadas decisões, no campo da teoria do direito e do processo penal brasileiro. Observa-se que o sistema de justiça criminal tem se estruturado a partir de grandes violações de direitos humanos e vive momentos profundamente angustiantes e lastimáveis.

A destruição das garantias até então conquistadas, no âmbito do sistema de justiça criminal, caracteriza a antidemocracia da atualidade. O decisionismo permitiu que os aplicadores das normas maquiassem o discurso de guardiães dos direitos, do pluralismo e da democracia. No Supremo Tribunal, são travadas várias lutas por política, poder e formas opostas de interpretação da Constituição. São feições que demonstram o declínio do Estado de direito e, por conseguinte, do poder judiciário em se tratando de matéria criminal.

A realidade do excesso político dos ocupantes de cargos públicos, no âmbito do poder judiciário, representa a crise da desilusão democrática que levou ao descrédito do Estado de direito. Tanto os atores quanto o sistema tornam-se enfraquecidos.

As decisões penais atuais sustentam o discurso da excepcionalidade, afrontando a democracia e o Estado Democrático de Direito. As cortes superiores navegam livremente pela Constituição e produzem incertezas direcionadas a atender interesses de um campo específico. Neste ponto, a teoria de Robert Alexy representa, de certa forma, uma limitação,

ainda que mínima, ao poder de decisão, pois o simples fato de ter uma justificação e fundamentação mais desenvolvida quando da prolação da decisão, torna a argumentação não superficial e, conseqüentemente, mais comprometida.

Com muita desenvoltura, o saber tem mascarado a impotência da Carta maior no campo criminal, distanciando-se da estrutura e das normas explicitamente desejadas. No vazio deixado pelos arbítrios, as dimensões próprias do discurso, comportam a idealização e apropriação de conceitos, em níveis de interesses diferentes, a propósito de cada prática.

REFERÊNCIAS

- AGAMBEN, Giorgio. **Estado de Exceção**. Trad. De Iraci D. Poleti. São Paulo: Boitempo, 2004.
- ALEXY, Robert. **Princípios formais e outros aspectos da Teoria Discursiva do Direito**. 2. Ed. CIDADE: Forense, 2018.
- ALEXY, Robert. **Teoria discursiva do direito**. Trad. Alexandre Trivisonno. 2ª Ed. Brasil: Forense Universitária, 2015.
- ALEXY, Alexy. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. Trad. Virgílio Afonso da Silva. 2. ed.. São Paulo: Malheiros, 2015.
- FOCAULT, Michel. **A arqueologia do saber**. Trad. Luiz Felipe Baeta Neves. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2008.
- GRANDE, Elisabetta. **Imitação e direito: hipóteses sobre a circulação dos modelos**. Trad. de Luís Fernando Sgarbossa. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2009.
- HOBSBAWM, Eric. **Introdução: a invenção das tradições**. In: HOBSBAWM, Eric; RANGER Terence (orgs.). *A invenção das tradições*. – Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1997.
- KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito**. Trad. João Baptista Machado. 7. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2006.
- LEAL, Fernando. Irracional ou hiper-racional? A ponderação de princípios entre o ceticismo e o otimismo ingênuo. A&C – **R. de Dir. Administrativo & Constitucional** | Belo Horizonte, ano 14, n. 58, p. 177-209, out./dez. 2014
- PRADO, Geraldo. Campo jurídico e capital científico: o acordo sobre a pena e o modelo acusatório no Brasil – a transformação de um conceito. In: Prado, Geraldo. MARTINS, Rui Cunha; CARVALHO, Luis Gustavo Grandinetti Castanho de. **Decisão Judicial: a cultura jurídica brasileira na transição para a democracia**. São Paulo: Marcial Pons, 2012.
- RADBRUCH, Gustav. **Relativismo y Derecho**. Trad. Luis Villar Borda. Colombia, Santa Fé de Bogotá: Editorial Temis, 1999.
- SCHMITT, Carl. **Teologia Política**. Trad. De Elisete Antoniuk. Belo Horizonte: Del Rey, 2006.

VALIM, Rafael. **Estado de Exceção**: a forma jurídica do Neoliberalismo. São Paulo: editora contracorrente, 2017.

ZAMORA, Ricardo. Resenha: Um roteiro para compreender o fenômeno da exceção. **Sul21**. 08. Fev. 2018. Disponível em: <https://www.sul21.com.br/opiniaopublica/2017/03/resenha-um-roteiro-para-compreender-o-fenomeno-da-excecao-por-ricardo-zamora/>. Acesso em 09 fev. 2020.