



**ATIVISMO JUDICIAL NO DIREITO PENAL: A INCOMPATIBILIDADE DA
PROATIVIDADE DO JUIZ COM O SISTEMA DE GARANTIAS PENAIAS
CONSTITUCIONAIS**

**JUDICIAL ACTIVISM IN CRIMINAL LAW: THE INCOMPATIBILITY OF
JUDGE'S PROACTIVITY WITH THE CONSTITUTIONAL CRIMINAL
GUARANTEE SYSTEM**

Ana Carolina Santana¹

RESUMO: Este trabalho se propõe a avaliar de que forma a postura ativista do julgador tem migrado das demandas que asseguram direitos sociais para as demandas penais. Para tanto, analisaremos os limites interpretativos, ou a ausência deles, na aplicação da lei penal. Partindo do pressuposto de que a Constituição Federal inaugurou um novo paradigma, denominado de paradigma da democracia constitucional, defenderemos que cabe ao Poder Judiciário a função de poder contramajoritário, ou seja, de efetivador dos direitos fundamentais. Entretanto, conforme demonstraremos, ao tratar de assuntos penais, o Judiciário Brasileiro adota uma postura ativa de verdadeiro combatente do crime, utilizando a interpretação judicial para violar garantias penais. Através da revisão bibliográfica e análise de alguns julgados, analisaremos esse fenômeno da proatividade do julgador na seara penal, que tem proporcionado inclusive a criminalização de condutas por meio de interpretação analógica, em clara violação ao princípio da legalidade.

¹ Graduada em Direito pela Universidade Federal de Sergipe, Mestre em Direito pela Universidade Federal de Sergipe, Juíza de Direito do Tribunal de Justiça do Estado de Pernambuco, Professora convidada do curso de pós graduação da Faculdade de Integração do Sertão.

Artigo submetido em 16/04/21 e aprovado em 04/06/21

Palavras-chave: ativismo judicial; garantias penais; poder contramajoritário; imparcialidade judicial.

ABSTRACT: This paper aims to evaluate how the activist attitude of the judge has migrated from the demands that assure social rights to the criminal demands. For this, we will analyze the interpretative limits, or their absence, in the application of criminal law. Assuming that the Federal Constitution inaugurated a new paradigm, called the paradigm of constitutional democracy, we will argue that it is up to the Judiciary Power to function as a counter-marital power, that is, to enforce fundamental rights. However, as we will demonstrate, when dealing with criminal matters, the Brazilian judiciary takes an active stance as a true crime fighter, using judicial interpretation to violate criminal guarantees. Through the bibliographic review and analysis of some judged, we will analyze this phenomenon of the judge's proactivity in the criminal area, which has even provided the criminalization of conduct through analogical interpretation, in clear violation of the principle of legality.

Keywords: judicial activism; criminal guarantees; counter-marital power; judicial impartiality.

INTRODUÇÃO

Houve um tempo da nossa história no qual a lei aplicada para punir o sujeito que, porventura, praticasse algum ilícito, era a lei do talião. Talião significando o termo “idêntico”, daí as leis do Código de Hamurábi se tornarem conhecidas pela máxima “olho por olho, dente por dente”.

Bem verdade que ao longo do tempo o pensamento humano, em grande medida o ocidental, evoluiu e não há mais espaço para a aplicação da referida lei.

A era moderna, como a concebemos hoje, iniciou-se através de um processo lento e gradual, ainda que revolucionário, de transição de um mundo governado pelos ensinamentos da igreja para um mundo governado pela razão. Os filósofos do

iluminismo, no século XVIII, alertavam acerca da necessidade de substituição da arbitrariedade religiosa pelo conhecimento das leis da natureza (TOURAINÉ, 2012).

Entretanto, essa racionalização do pensamento humano não foi suficiente para impedir a desconstituição jurídica da condição humana de um povo, fato este que legitimou um dos períodos mais terríveis da era moderna, o holocausto.

A sensação que guardamos é a de que o homem não consegue aprender com seus próprios erros. A história nos ensina lições básicas acerca da importância do reconhecimento do ser humano como Sujeito, ator de sua própria história, livre e feliz, ou, ao menos, com potencialidade para assim se sentir.

Bem verdade que, após a segunda grande guerra, o mundo ocidental empenhou-se em desenvolver um sistema de reconhecimento do ser humano que impedisse a repetição do terror vivido naquele tempo. Foi a partir daí que o reconhecimento dos direitos humanos ganhou destaque nos ordenamentos jurídicos.

Mais especificamente no Brasil, esse reconhecimento ganha destaque através do processo de redemocratização, que culminou com a promulgação da Constituição Federal de 1988, também conhecida como Constituição Cidadã.

Especificamente na seara penal, a Constituição Federal enuncia um sistema de garantias penais que racionaliza a aplicação do poder punitivo estatal, limitando-o. A opressão estatal vivida durante a ditadura militar que antecedeu a promulgação do texto constitucional contribuiu para essa decisão de proteção do indivíduo perante o poder punitivo.

Nesse sentido, princípios básicos do processo penal foram elevados à categoria de direitos fundamentais do cidadão brasileiro, a exemplo do princípio da legalidade, do sistema acusatório, da individualização da pena, do contraditório e da ampla defesa, além de outros que compõem o sistema de garantias constitucionais na seara penal.

Entretanto, percebemos que essa positivação, ou seja, esse reconhecimento pela Constituição Federal não é suficiente para garantir a efetividade e aplicação desse sistema de garantias. Isso porque, os julgadores brasileiros, responsável pela aplicação das normas, através de interpretação pragmática e pouco constitucional, subvertem o paradigma inaugurado em 1988 e limitam o sistema de garantias, reconhecendo mais poder ao poder punitivo estatal.

Nesse trabalho analisaremos que essa proatividade às avessas do julgador é realizada através da equivocada interpretação da lei penal, que não prioriza o homem enquanto sujeito de direitos, mas sim o poder punitivo estatal enquanto garantidor da segurança pública. Compreendemos que essa atitude proativa subverte a própria lógica kantiana, pois o homem se torna um meio e não um fim em si mesmo, o homem é visto como meio de alcançar a segurança de todos, e para isso o poder punitivo estatal pode agir sem limites contra ele.

O ativismo judicial é um fenômeno estudado principalmente nas questões que debatem direitos sociais, que de alguma forma não foram implementados pelo Poder Legislativo. Entretanto, não se percebe o quanto essa postura ativista tem migrado para a seara penal e desvirtuado o paradigma da democracia constitucional, em nome de uma imaginária sensação de impunidade.

Desse modo, não pretendemos esgotar o tema, mas apenas demonstrar o quanto essa migração tem contribuído para a construção de uma lógica interpretativa incompatível com o sistema de garantias penais e, conseqüentemente, incompatível com a Constituição Federal.

1. O ATIVISMO JUDICIAL E A DEMOCRACIA CONSTITUCIONAL

Conforme já exposto na introdução, ainda que a ideia de Estado Democrático nos pareça racional e, conseqüentemente, moderna, na medida em que afasta o Estado Absoluto primando pela razão, é preciso tecer algumas observações acerca das concepções de democracia, a majoritária e a constitucional.

A democracia majoritária parte do pressuposto de que o consenso da maioria legitima qualquer desvio, ou até mesmo abuso, consiste, assim, na onipotência da maioria, a bem da soberania popular (FERRAJOLI, 2010).

Dessa forma, essa concepção de democracia se apresenta como violadora do sistema de limites, de pesos e contrapesos, que, segundo Ferrajoli (2010), formam a substância daquilo que constitui o que chamamos de democracia constitucional.

A ideologia da maioria constitui uma ideia antiga na história do pensamento político, ou seja, é a ideia de governo dos homens contraposta a de governo das leis criada por Platão e Aristóteles (FERRAJOLI, 2010).

Atualmente, essa concepção de democracia, como onipotência da maioria é abertamente inconstitucional. Isso porque, a Constituição, como é hoje concebida, representa um sistema de limites e de vínculos a todo poder. Caso contrário, ela se torna um instrumento legitimador da concepção absolutista.

Segundo Ferrajoli (2010), a essência do constitucionalismo e do garantismo, ou seja, daquilo que chamamos de democracia constitucional, reside precisamente no conjunto de limites impostos pelas constituições a todo poder, que postula em consequência uma concepção da democracia como sistema frágil e complexo de separação e equilíbrio entre poderes, de limites de forma e substância a seu exercício, de garantias dos direitos fundamentais, de técnicas de controle e de reparação de suas violações.

O quinquênio de 1945 – 1949, período posterior à derrota do nazismo e do fascismo, foi crucial para o nascimento do novo paradigma da democracia, denominando de democracia constitucional (FERRAJOLI, 2010).

As circunstâncias culturais e políticas nas quais nasce o constitucionalismo atual, na concepção de Ferrajoli (2010), demonstram que o consenso das massas sobre o qual estavam fundadas as ditaduras fascistas, ainda que seja majoritária, não pode ser a única fonte de legitimação do poder.

“O sistema jurídico interno não pode estar *out* da comunidade internacional” (CANOTILHO, 2003, p. 81). Isso significa que as constituições devem estar vinculadas aos princípios de direito internacional, quais sejam, o da independência, autodeterminação e observância de direitos humanos.

A mudança de paradigma que torna possível o papel das constituições como garantias de divisão dos poderes e dos direitos fundamentais, se produziu com aquela verdadeira invenção do século, consistente no caráter rígido da constituição, ou se preferir, com a garantia de sua rigidez, e em consequência da sujeição de todos os poderes ao direito, inclusive o poder legislativo, no plano do direito interno e também o do direito internacional: sua sujeição precisamente ao imperativo da paz e aos princípios da justiça positiva, além dos direitos fundamentais, estabelecidos tanto nas constituições

dos estados quanto no embrião da constituição mundial constituído pela carta das nações unidas e a declaração universal dos direitos humanos (FERRAJOLI, 2010).

Observamos, assim, que o novo paradigma da democracia constitucional concebe a constituição como uma convenção democrática, na qual contém o que não pode ser decidido pelos poderes públicos e, de igual forma, o que não pode deixar de ser decidido por aqueles poderes.

Esse novo paradigma trouxe imensos desafios para o Poder Judiciário, isso porque as garantias previstas constitucionalmente nem sempre são efetivadas pelos demais poderes. Quando o Poder Legislativo se omite na edição de legislação garantidora dos direitos assegurados constitucionalmente e o Poder Executivo se exime de efetivar políticas públicas de concretização dos citados direitos, o Poder Judiciário entra em cena.

Para alguns autores, a exemplo de Streck (2017), ativismo judicial se materializa no momento em que os julgadores substituem os juízos do legislador e da Constituição por seus juízos próprios, subjetivos, ou, mais que subjetivos, subjetivistas, nas palavras do autor, solipsistas.

Salienta, ainda, o autor supramencionado, fazendo uma correlação com o fenômeno da judicialização, que “na verdade, parte considerável de nossa judicialização perde-se no emaranhado de ativismos” (STRECK, 2017, p. 102)

Para Antoine Garapon (1996), o ativismo começa quando, entre várias soluções possíveis, a escolha do juiz é dependente do desejo de acelerar a mudança social ou, pelo contrário, de a travar.

Nesse sentido, é nessa figura do julgador “criativo” que se desenvolve o ativismo judicial, para os citados autores, ao não encontrar a resposta desejada no arcabouço legislativo positivado, o julgador decide conforme a sua consciência, mesmo em contradição com a integridade do Direito.

Nesse trabalho analisamos essa postura na seara penal. É perceptível a preocupação do julgador com a efetividade do direito penal ainda que dita efetividade esteja em contradição com os mandamentos constitucionais.

Portanto, podemos afirmar que o ativismo judicial representa um ato de vontade, e atos de vontade não tem controle, assim, “onde não há controle, não há democracia” (STRECK, 2017).

Compreendemos que a postura ativista está intimamente relacionada à questão hermenêutica no momento da interpretação/aplicação do Direito. Ou seja, está condicionada à vontade do julgador, que tem o dever de dar uma resposta adequada (de acordo com a legalidade constitucional ao caso a ele submetido. Assim, ao invés de realizar um juízo pautado nas diretrizes do Direito, sobretudo da Constituição, discursiva de modo subjetivo e, segundo Streck (2017), solipsista, buscado a resposta que melhor lhe convêm, resultando em decisionismos que podem culminar em arbitrariedades.

Especificamente na seara penal isso se torna possível diante da não observância da metodologia garantista de produção dos pronunciamentos judiciais. no próximo capítulo explanaremos, resumidamente, acerca da epistemologia garantista que, se utilizada, limitaria os excessos e os abusos na aplicação da lei penal e impediria uma postura ativista contrária à Constituição Federal.

2. A EPISTEMOLOGIA GARANTISTA

Luigi Ferrajoli desenvolve a teoria geral do garantismo como um sistema normativo ideal. Isso significa que esse modelo ideal não será visto, na prática, em sua integralidade, mas a classificação dos sistemas penais é realizada na medida em que estes mais se aproximam ou se afastam desse sistema de norma. Desta feita, será menos autoritário e arbitrário, o sistema penal que mais observe esse modelo normativo.

A racionalidade constante no modelo desenvolvido por Ferrajoli fortalece o Estado de Direito pois tutela a liberdade do cidadão em face ao exercício arbitrário do poder punitivo estatal.

A base fundante do Estado de Direito é a liberdade. “Todo exercício do poder que se afasta dessa base é abuso e não justiça; é poder de fato e não de direito; é uma usurpação e não mais um poder legítimo” (BECCARIA, 2016, p. 23).

Nesse sentido, Ferrajoli desenvolve uma metodologia para produção de pronunciamentos judiciais penais legítimos, que tenham por base a liberdade, limitando o exercício do poder punitivo estatal.

Para tanto, o citado autor divide o poder judicial em quatro. O primeiro deles é o poder de denotação (ou indicação), que se refere à verificação jurídica. Nesse primeiro momento, o julgador é condicionado pela semântica da linguagem legal.

Sendo, assim, imprescindível a observância do princípio da legalidade estrita ou taxatividade penal (FERRAJOLI, 2002).

Podemos afirmar que o poder judicial de denotação é o exercício, empreendido pelo julgador, de subsunção do fato à norma, devendo esta última ser suficientemente clara e precisa para a correta efetivação da dedução jurídica.

O segundo poder judicial que enuncia a racionalidade na construção dos pronunciamentos judiciais penais é o poder de comprovação, ou verificação fática. Nesse momento, o julgador condiciona-se pela semântica da linguagem comum. É aqui que são apresentadas as provas empíricas dos fatos penalmente relevantes, realizando-se o exercício de verificação e refutação das teses acusatórias (FERRAJOLI, 2002).

A verificação fática, realizada por meio do poder de comprovação, é o momento de primordial importância para a elaboração da decisão, sendo necessária a construção de regra semântica que assegure a determinabilidade das denotações fáticas.

Isso porque, a ausência de limites legais para análise probatória esvaziaria o caráter objetivo da decisão, transformando-a assim em mero juízo de valor promovedor de decisionismo judicial.

Segundo o modelo garantista, a atividade de verificabilidade fática é cognitiva, de modo que o poder de comprovação deve se expressar em “assertivas empiricamente verificáveis e refutáveis, qualquer atividade punitiva expressamente contrária a este esquema é algo distinto de jurisdição” (FERRAJOLI, 2002, p. 37).

O terceiro poder judicial se expressa através da atividade do juiz de “discernir as conotações que convergem cada fato em diverso dos demais por mais que estes pertençam ao mesmo gênero jurídico” (FERRAJOLI, 2002, p. 34).

Denominado de poder de conotação, ressaltamos que, ainda que possua um caráter objetivo, as conotações nem sempre são predeterminadas legalmente, é nesse momento que o julgador recorre à equidade. No exercício desse poder, na sistemática garantista, cabe ao julgador, por exemplo, excluir responsabilidade ou atenuar penas conforme as especificidades do caso concreto.

Por fim, o quarto e último poder judicial atribuído ao juiz pela epistemologia garantista é o poder de disposição. Nesse último momento de produção das decisões penais é verificada a discricionariedade judicial.

O espaço destinado à atuação deste último poder deve ser reduzido pelos três primeiros, de modo que o juízo se baseie sobre a verdade processual e não sobre valores de outras modalidades cabíveis nesse poder de discricionariedade dispositiva (FERRAJOLI, 2002).

Os três primeiros poderes – denotação, comprovação e conotação – são inatos à função jurisdicional. Ainda que, de alguma forma, o exercício deles demande a análise de juízos de valor, a sua atividade continua sendo cognitiva, ou seja, verifica-se a existência do fato, a subsunção deste fato à norma penal proibitiva e, analisa-se as especificidades do caso concreto.

Por sua vez, “o poder de disposição é sempre o produto de carências ou imperfeições do sistema e como tal é patológico e está em contradição com a natureza da jurisdição” (FERRAJOLI, 2002, p. 134).

Nesse sentido, o exercício do poder de disposição é diretamente proporcional aos espaços de insegurança os outros três poderes judiciais, de modo que o poder de disposição será absoluto quando a insegurança for total.

Essa insegurança se refere à indeterminabilidade de decisão acerca da verdade processual, ou seja, é a ausência de técnicas apropriadas de formulação e aplicação das leis aos fatos julgados (FERRAJOLI, 2002). Essas técnicas podem estar previstas expressamente na legislação ou se apresentarem principiologicamente enquanto regras de julgamento.

Um clássico exemplo contido na legislação brasileira acerca da citada insegurança é o termo “ordem pública”, previsto no art. 312 do Código de Processo Penal como circunstância autorizadora da decretação de prisão preventiva.

Não há, na legislação, nenhuma norma de delimitação da vagueza do citado termo e a principiologia não demonstra claramente qualquer restrição à sua aplicação. Apesar do ordenamento jurídico brasileiro enunciar a liberdade enquanto regra e a prisão como exceção, isso não impede o exercício absoluto do poder de disposição nas decisões judiciais de decretação de prisão preventiva fundamentadas na garantia da ordem pública.

A epistemologia garantista desenvolve um modelo ideal a ser perseguido, mas consciente de que não será alcançado, diante desse caráter próprio de idealismo. Entretanto, quanto mais nos aproximamos dele, fortalecemos o Estado de Direito, pois

reduzimos a discricionariedade judicial e reforçamos o princípio da legalidade e segurança jurídica.

Bem verdade que os críticos da teoria do garantismo penal acreditam que a racionalidade apresentada por esse sistema normativo engessaria a atividade judicial, retomando o pensamento de Beccaria (2016, p. 25) quando afirma que “o juiz deve fazer um silogismo perfeito”, cabendo a ele tão somente confirmar um fato.

Não se trata disso. Esclarecemos que o sistema normativo de garantias busca reduzir a aplicação dos valores substanciais do julgador, sejam eles extra ou metajurídicos, denominados por Ferrajoli (2002) de valores políticos ou éticos-políticos.

Conforme já explicado, à medida que são apresentadas incertezas nos três primeiros poderes judiciais, que são essencialmente cognitivos, abre-se espaço ao poder de discricionariedade dispositiva, conseqüentemente é aberto também o espaço para decisionismos judiciais, ou seja, produção de decisões amparadas em substancialismo penal, incapazes de ser verificadas e refutadas racionalmente.

Desta feita, a redutibilidade ou irredutibilidade dos espaços para a disposição judicial está ligada à teoria da linguagem. Desde a produção legislativa até a interpretação das leis, é exigida objetividade no emprego dos termos legais e sentidos interpretativos. Para isso, é necessária a introdução de regras semânticas tanto de formação da linguagem legal quanto de formação da linguagem jurisdicional.

Nesse contexto de aplicação da lei utilizando a metodologia garantista torna-se mais improváveis juízos proativos dos julgadores, diante da redução dos espaços de discricionariedade.

Entretanto, no caso brasileiro, a aplicação da lei penal se torna cada vez mais um exercício voluntarista e decisionista. Bem verdade que para isso, muitas vezes, utiliza-se a teoria do pragmatismo jurídico, importada do direito norte-americano. Contudo, ainda assim, resta incompatível com o novo paradigma inaugurado em 1988 diante da mitigação do indivíduo perante o poder punitivo estatal, que se torna ilimitado.

2. O VOLUNTARISMO INTERPRETATIVO

O modelo de direito penal atualmente concebido é produto do iluminismo e do liberalismo. A Constituição Federal de 1988 adota o sistema de garantias penais, prevê a

limitação do poder punitivo estatal e elenca as exceções nas quais a liberdade de qualquer cidadão pode ser restringida. Por esta razão, podemos afirmar que a Constituição se funda no modelo garantista clássico.

O ordenamento jurídico como sistema foi defendido por Norberto Bobbio, que enunciou a existência da norma fundamental como pressuposto para a unidade desse sistema. A referida norma teria a possibilidade de relacionar-se, direta ou indiretamente, com todas as normas do ordenamento jurídico (BOBBIO, 1995).

Na seara penal, a unidade desse sistema depende da incidência dos princípios garantistas como esquema epistemológico de identificação do desvio penal (FERRAJOLI, 2002). Bem verdade que esse esquema é um modelo ideal, devendo ter o papel de orientador de todo o sistema, desde a definição legislativa do desvio punível à comprovação jurisdicional de determinada conduta como desviante.

A racionalidade e a confiabilidade do juízo dependem diretamente da manutenção da epistemologia garantista no ordenamento jurídico, vedando o surgimento de espaço para concepções ontológicas ou substancialistas do desvio punível.

Quanto a estas últimas, importante recordar a figura do “delinquente natural”, na concepção positiva-antropológica; do “direito penal da vontade” ou do “tipo de autor”, na doutrina nazista; e a doutrina stalinista do “inimigo do povo” (FERRAJOLI, 2002).

Mais recentemente, podemos citar a utilização de elementos subjetivos do autor, nos tipos penais, como critério de definição substancial de delitos, a exemplo dos termos “desocupado”, “vagabundo”, “propenso a delinquir”, “delinquente habitual”, “tendência delituosa”, e similares (FERRAJOLI, 2002).

Há, desse modo, uma nítida confusão entre direito e moral, característica do substancialismo penal, que possibilita discriminações arbitrárias, além de incontrolável invasão na esfera de liberdade do cidadão.

Esse é o modelo do obscurantismo penal, alicerçado na subjetividade dos termos e conseqüente arbitrariedade do julgador. Diante disso, a criminalização reiterada demonstra que o sistema penal se estrutura para que a legalidade não se opere, e seu poder seja exercido com arbitrariedade seletiva dirigida, principalmente, aos indesejáveis (ZAFFARONNI, 2017).

A não operacionalização da legalidade estrita não ocorre através de seu afastamento, até porque não seria juridicamente possível afastá-la. Ocorre através da utilização de critérios ontológicos na definição de delitos, possibilitando a seletividade empreendida pelo julgador.

Os problemas oriundos da discricionariedade judicial não atingem somente a seara penal, mas é neste campo que suas consequências são mais nefastas. Não são poucos os momentos nos quais o julgador substitui a razão por sua própria vontade, transmutando a relação entre norma e sentença, que passa a assumir aspecto diverso, o caso concreto é decidido conforme a vontade do juiz e não amparado na racionalidade das leis da lógica (LOSANO, 2010).

Considerando que “toda interpretação é um ato produtivo; sabemos que o intérprete atribui sentido a um texto e não reproduz sentidos nele já existentes” (STRECK, 2017, p. 71). Dessa forma, não defendemos a ausência da atividade interpretativa, de criação, mas sim a possibilidade de um efetivo controle hermenêutico do produto, ou seja, dos pronunciamentos judiciais.

Diversos autores já se debruçaram sobre a atividade criativa do juiz. Hart (2009) apresentou a tese de que o direito possuía um espaço de “textura aberta”, no qual o julgador cria uma regulação para o caso, considerando que antes daquela decisão não havia solução respaldada no Direito da comunidade política.

Por sua vez, Dworkin (2016) enunciou que, quando empregada em seu sentido forte², a discricionariedade se traduz na impossibilidade da decisão judicial ser conduzida por um padrão antecipadamente estabelecido. Desta feita, quando o julgador utiliza seu poder discricionário não se pode dizer que ele está vinculado a padrões, mas apenas aferir quais padrões que ele empregou.

Gadamer (1999) analisando que é o intérprete que atribui sentido ao texto, defendeu que a interpretação da lei não pode ser tida como uma tradução arbitrária. Isso porque, quando o juiz aplica a lei ao caso concreto procura adequá-la às necessidades atuais, para resolver a tarefa prática.

² Dworkin elenca três sentidos para o termo “discricionariedade”, sentido limitado, fraco e forte.

Ainda segundo o citado autor, compreender é aplicar. Desta feita, “se o intérprete é incapaz de compreender o sentido democrático de um texto, a norma que ele irá produzir terá conteúdo antidemocrático” (CASARA, 2017, P.74)

O próprio Hans Kelsen (2006) referiu-se a esse espaço de conformação do juiz, enquanto órgão aplicador da norma, no âmbito da “moldura da norma”.

A problemática, entretanto, não está restrita à abertura prevista na norma, mas alcança principalmente a limitação do espaço de discricionariedade e, conseqüentemente, arbitrariedade do julgador.

Na seara penal, conforme já observado, essa questão traz um perigosismo prático, pois é através dessa discriminação na aplicação da lei que o Estado desenvolve a distinção entre pessoas. O obscurantismo penal dissolve a legalidade estrita para perseguir nem tanto “pelo que se fez”, mas sim “pelo que é” (FERRAJOLI, 2002).

Cabe ressaltar que o que se procura com a aplicação de limites à discricionariedade do julgador é evitar arbitrariedades, uma vez que há confusão lógica entre as duas situações, haja vista a legitimidade da produção.

Desta feita, a utilização da epistemologia garantista na produção dos pronunciamentos judiciais representa um modelo ideal, um limite de aplicação do sistema penal. Não significa a possibilidade de realização na sua inteireza, mas serve de norte à aplicação do direito, ao julgador.

É imperioso que se faça uma breve explanação acerca da linguagem penal. Isso porque tanto as condições de verificabilidade quanto as de falseabilidade dependem da semântica da linguagem (FERRAJOLI, 2002). Nesse sentido, o uso dos termos “verdadeiro” e “falso”, a respeito de qualquer afirmação, devem ser vistos com cautela, dentro do contexto da linguagem aplicada na referida afirmação.

Percebemos que a utilização de termos indeterminados na lei penal abre margem significativa para aplicação da discricionariedade pelo juiz. Dessa forma, a linguagem, quanto mais indeterminada é menos apropriada ao processo de refutação, uma vez que possui motivação amparada em valores, juízos de valor, e não em argumentos verificáveis objetivamente.

Concluimos assim, que o melhor emprego da linguagem no âmbito penal é no sentido da exatidão dos termos, para que o processo de subsunção se torne mais seguro

e confiável. São os conhecidos tipos penais fechados que consolidam a ideia de uma codificação penal coerente com a perspectiva garantista.

Nesse sentido, para limitar a discricionariedade judicial no âmbito penal, evitando o decisionismo/voluntarismo interpretativo, empreendido através do substancialismo penal, propomos a utilização do método desenvolvido pelo modelo garantista quanto aos poderes do juiz na produção das decisões judiciais.

Entretanto, percebemos que a postura ativista tem crescido e sua aplicação não se encontra mais adstrita aos espaços de discricionariedade, mas também na ressignificação de termos precisos e determinados. Por essa razão, é cada vez mais imprescindível a reafirmação de princípios básicos do direito penal e processo penal.

Analisaremos no próximo item a ressignificação do termo “interesse público”, que atualmente passa a ser utilizado na limitação das garantias penais constitucionais e, conseqüentemente, no agigantamento do poder punitivo estatal, materializando, assim, uma postura ativista negativa do Poder Judiciário.

3. A RESSIGNIFICAÇÃO DO “INTERESSE PÚBLICO”

Não custa lembrar que o Direito Penal Liberal se constrói através de um sistema de limitação e contenção do poder punitivo estatal frente ao indivíduo. Como bem salienta Ferrajoli (2010), punir é um ato democrático e, considerando o novo paradigma inaugurado no Brasil em 1988, a imposição de penas diante da prática de ilícitos penais foi a escolha feita pelo legislador constituinte.

Ainda que a criminologia estude os fenômenos da criminalidade, do crime e do criminoso, concluindo muitas vezes pela ineficiência do sistema punitivo, compreendemos que esse sistema foi o escolhido pela Constituição Federal Brasileira e é ele que deve ser adotado em sua inteireza diante da prática de um fato criminoso.

Compreendemos, como já explanado neste trabalho, que a matriz ideológica adotada pelo legislador constituinte quanto ao sistema de garantias penais é a liberal, ou seja, de proteção individual de cada cidadão brasileiro.

Entretanto, a postura ativista dos julgadores brasileiros tem proporcionado a mudança dessa matriz ideológica e incorporado uma ideologia interpretativa baseada no utilitarismo.

Observamos que, diante da desestrutura dos órgãos de segurança pública, aliada à inflação penal legislativa, torna-se impossível a efetividade da função constitucional atribuída às polícias. Uma vez inaugurado esse quadro de instabilidade, o Poder Judiciário se apresenta enquanto “pacificador” da situação, se posicionando ao lado do Ministério Público e assumindo a função de efetivador do *jus puniendi* estatal, tudo isso motivado juridicamente.

Para tanto, os julgadores pátrios argumentam que, no âmbito penal, os direitos individuais devem ser sacrificados diante da supremacia do interesse público, que aqui denominados de “verniz jurídico” diante do equívoco do argumento quando aplicado ao âmbito penal. Nas palavras de Aury Lopes Jr., tudo isso não passa de uma “manipulação discursiva que faz um maniqueísmo grosseiro (senão interesseiro) para legitimar e pretender justificar o abuso de poder” (LOPES JR., 2017, p. 34).

Bem verdade que o “verniz jurídico” dessa argumentação é ressaltado com o credo criminológico da mídia, aqui já debatido, e a conseqüente propagação do discurso único do novo autoritarismo cool, nas palavras de Zaffaroni.

Continuando, defende-se que é necessário sacrificar o direito individual em nome do bem de todos, no sentido de garantir segurança às pessoas. Entretanto, esquece-se que, no plano penal, os direitos fundamentais são dirigidos contra o Estado, diante da condição de amparo do indivíduo perante o poder punitivo estatal (GOLDSCHMIDT, 2018).

O paradigma da democracia constitucional inaugura um novo significado da democracia, a conceituando enquanto revalorização do homem. Nesse sentido, é imprescindível a compreensão de que toda a processualística penal amparada na principiologia constitucional tem o objetivo político e jurídico de garantir o valor supremo que não pode, em momento algum, ser sacrificado por razões de utilidade, e esse valor supremo é o homem (BETTIOL, 1976).

Para nós, não é juridicamente válido utilizar o argumento do interesse público para flexibilizar e suprimir garantias penais em nome de uma maior efetividade do processo e do famigerado “combate ao crime”. Isso porque, os direitos do homem, no âmbito penal, são normas históricas provenientes da construção jurídica após épocas de arbitrariedades, desde a que antecedeu a Declaração dos Direitos do Homem, de 1789, até a Declaração Universal dos Direitos Humanos, de 1948.

A submissão do indivíduo, ou seja, do direito fundamental de liberdade, também denominado de direito de primeira geração, ao coletivo, ao interesse público, como argumentam os juízes criminais brasileiros, encontra semelhança na concepção de sociedade ideal desenvolvida por Johannes Nider, na sua obra *Malleus: o Formicarius*³.

Nesse sentido, o indivíduo que, convivendo em sociedade, fere o pacto dessa convivência, não merece ter nenhuma proteção, esta última deve ser direcionada à sociedade que sofre com a violação do referido pacto.

Esse também é o entendimento de Rafael Garofalo (1890, p. 15), quando enuncia que “aos olhos do povo, os códigos os procedimentos e mesmo o Poder Judiciário parece que fizeram um acordo para proteger o criminoso contra a sociedade, em vez de proteger a sociedade contra o criminoso”.

Essa interpretação ativista da lei penal se propõe a proteger a sociedade em detrimento do criminoso, função esta que, incorporada pelo Poder Judiciário, o transforma em poder efetivador do *jus puniendi* estatal.

Apesar de não ser o objeto deste trabalho a análise sociológica da subversão do Poder Judiciário em órgão de combate ao crime, cabe aqui registrar que os juízes brasileiros são provenientes de classes econômica-sociais média e alta, e julgam, em sua indiscutível maioria, pessoas provenientes de classes inferiores. Não há dúvida que, além das diferenças linguísticas e culturais que os separam, há preconceitos acerca das pessoas de classes inferiores, o que possibilita uma maior estigmatização penal (BARATTA, 2017).

De igual forma, entendemos que o ensino jurídico e o modo de seleção para ingresso na magistratura contribuem diretamente para o desenvolvimento do direito penal do combate, mas essa questão também não é objetivo da nossa pesquisa.

³ Zaffaroni explica que *formicarius* significa formigueiro, local no qual as formigas, da mesma forma que as abelhas, adquirem sentido exemplar. Em sua obra, Nider ressalta a pureza, laboriosidade, vida organizada e produtora, sua admiração era mais pelas formigas do que pelas abelhas. Segundo Zaffaroni, essa preferência tem razões que coincidem muito com a ideia de *comunidade popular*, central da cosmovisão nazista. Nas exatas palavras de Zaffaroni, de acordo com a concepção de sociedade desenvolvida por Nider, através do formigueiro “*Deus tinha posto a sua sabedoria nas formigas, cuja organização era superior à das abelhas, porque não reconheciam uma rainha, não eram uma monarquia, mas cada uma tinha o senso de comunidade incorporado. Assinalava justamente que as formigas – organizadas em forma de constituição republicana – estão obrigadas reciprocamente, sem receber instruções, porque é da essência do seu estado uma ordem interna, quer dizer, um fundamento racional, uma divisão da função e uma consciência que vive em seu interior*” (ZAFFARONI, Eugenio Raul. **Doutrina Penal Nazista**. Tirant to blanc. Florianópolis, 2019, p. 30).

Ao nosso sentir, o argumento jurídico do interesse público estaria melhor aplicado quando se referisse aos direitos de segunda e terceira geração. Entretanto, verificamos o esvaziamento das demandas democráticas que se propõem a efetivar esses direitos, com a diminuição da intervenção estatal nas questões sociais e, conseqüentemente, a introdução do estado mínimo. Por outro lado, o interesse público, que deveria estar presente no atendimento às demandas dos direitos de segunda e terceira geração, é transportado ao direito penal, restabelecendo um tipo de Estado semelhante ao estado *gendarme* (PRADO, 2005).

Essa tendência política da sociedade atual em aderir ao estado mínimo, quanto à efetivação dos direitos sociais e, conseqüentemente, instituir um estado simplesmente punitivo, um verdadeiro estado penal, ilumina um movimento penal e incide sobremaneira no sistema processual (PRADO, 2005).

Para o estado penal, a única responsabilidade é o incremento do monopólio legítimo do uso da força e, a partir dela, é implementado um tipo específico de política criminal. Defendemos, nesse trabalho, que o estado penal que se instaura através dessa perspectiva, não possui fundamento à luz de uma constituição democrática. Isso porque, além de desvirtuar a função contramajoritária do Poder Judiciário, viola direitos fundamentais do cidadão, mais especificamente os denominados de “primeira geração”.

A utilização do princípio do interesse público para flexibilizar a aplicação de garantias penais e possibilitar a “efetividade” do processo penal se fundamenta através do pragmatismo jurídico.

Apenas para ilustrar, segue trecho do voto proferido pelo Ministro Luís Roberto Barroso, no julgamento do HC 126.292/SP:

“(…) Na discussão específica sobre a execução da pena depois de proferido o acórdão condenatório pelo Tribunal competente, há dois grupos de normas constitucionais colidentes. De um lado, está o princípio da presunção de inocência, extraído do art. 5º, LVII, da Constituição, que, em sua máxima incidência, postula que nenhum efeito da sentença penal condenatória pode ser sentido pelo acusado até a definitiva afirmação de sua responsabilidade criminal. No seu núcleo essencial está a ideia de que a imposição ao réu de medidas restritivas de direitos deve ser excepcional e, por isso, deve haver elementos probatórios a justificar a necessidade, adequação e proporcionalidade em sentido estrito da medida.

24. De outro lado, encontra-se o interesse constitucional na efetividade da lei penal, em prol dos objetivos (prevenção geral e específica) e bens jurídicos (vida, dignidade humana, integridade física e moral, etc.) tutelados pelo

direito penal. Tais valores e interesses possuem amplo lastro na Constituição, encontrando previsão, entre outros, nos arts. 5º, caput (direitos à vida, à segurança e à propriedade), e inciso LXXVIII (princípio da razoável duração do processo), e 144 (segurança). Esse conjunto de normas postula que o sistema penal deve ser efetivo, sério e dotado de credibilidade. Afinal, a aplicação da pena desempenha uma função social muitíssimo relevante. Imediatamente, ela promove a prevenção especial, desestimulando a reiteração delitiva pelo indivíduo que tenha cometido o crime, e a prevenção geral, desestimulando a prática de atos criminosos por membros da sociedade. Mediamente, o que está em jogo é a proteção de interesses constitucionais de elevado valor axiológico, como a vida, a dignidade humana, a integridade física e moral das pessoas, a propriedade, e o meio ambiente, entre outros (HC 126.292/SP p. 73).

Verificamos, assim, uma completa subversão do paradigma instituído a partir de 1988, segundo o qual o Direito Penal Liberal prescreve que, antes da imposição de qualquer penalidade a cidadão brasileiro, deve ser observado o devido processo legal com todas as suas garantias constitucionais. Isso quer dizer que a proteção é direcionada ao indivíduo e não à coletividade, como entende o citado Ministro no trecho do voto aqui exposto.

3. A IMPRESCINDIBILIDADE DO PROCESSO PENAL GARANTISTA

A Constituição Federal de 1988 enuncia, no rol do artigo 5º, inciso LIV, como direito fundamental do cidadão brasileiro, que ninguém será privado de sua liberdade nem de seus bens sem o devido processo legal. Nesse sentido, consideramos que para a aplicação de qualquer penalidade é imprescindível a existência prévia de um processo, mas não somente isso, esse processo deve obedecer a todas as regras previamente estabelecidas, ou seja, deve ser devidamente legal.

James Goldschmidt (2018) instiga a reflexão acerca da necessidade de um processo para a imposição da pena, o citado autor questiona que se o *uis puniendi* corresponde ao Estado e este é soberano, então porque ele necessita provar seu direito através de um processo?

Os princípios que regem a política processual de uma nação correspondem ao segmento de sua política estatal em geral (GOLDSCHMIDT, 2018). Nesse sentido, Aury Lopes Jr. (2017) esclarece que, num sistema político autoritário o processo penal será autoritário, ou seja, utilitarista, enquanto que numa Constituição Democrática,

como a nossa, a processualística penal será democrática. Isso porque, o processo é o instrumento de efetivação das garantias constitucionalmente previstas.

Segundo os mandamentos constitucionais, a liberdade individual é direito fundamental do cidadão, logo, o que necessita de legitimação é a intervenção estatal, através do poder punitivo estatal e não a liberdade (TAVARES, 2003).

Entretanto, atualmente, essa lógica constitucional tem sido invertida nas decisões judiciais. A título de exemplo, a prisão preventiva se transforma, cada vez mais, em regra, não sendo sequer analisados seus fundamentos autorizadores, sua fundamentação muitas vezes se constrói através de argumentos substancialistas e, conseqüentemente, abstratos, como os decretos preventivos que se fundamentam na garantia da ordem pública para garantir a credibilidade da justiça.

Em nítida confrontação com os preceitos constitucionais, a prisão passa a ser a regra e o direito de punir já não precisa ser justificado, a justificação é necessária para a liberdade, que segundo o próprio Código de Processo Penal, é provisória.

Essa confusão interpretativa acerca do processo penal tem como causa a crise da teoria das fontes. A partir da promulgação da Constituição Federal de 1988 as leis ordinárias deveriam ser recepcionadas ou não recepcionadas de acordo com sua conformidade com o texto constitucional. Da mesma forma, a produção legislativa deve ser efetivada em coerência com os mandamentos constitucionais.

Nesse sentido, compreendemos que, após a promulgação da Constituição, o processo penal não pode mais ser concebido como instrumento a serviço do poder punitivo estatal, mas sim como mecanismo de limitação e contenção desse poder, garantindo aos indivíduos os direitos constitucionalmente previstos. Ressalte-se que isso não se confunde com impunidade, como tem sido amplamente divulgado pelos grandes meios de comunicação. O único caminho legítimo para se impor a pena é o processo penal constitucional (LOPES JR., 2017).

Esse processo penal, como instrumento constitucional, possui regras e garantias consubstanciadas no devido processo legal. Nesse sentido, há uma relação direta, de simultaneidade e coexistência, entre a repressão ao delito e o respeito às garantias constitucionais que, segundo Aury Lopes Jr. (2017), é essa a difícil missão do processo penal.

A fixação das regras do jogo político cabe à Constituição Federal, bem como a delimitação da circulação de poder. É nela que estão previstos os direitos fundamentais do cidadão, que norteiam a formulação das políticas criminais do nosso Estado (PRADO, 2005).

Para ilustrar como a subversão dos preceitos constitucionais tem operado no sistema de justiça brasileiro, não podemos deixar de citar a Resolução 181 do Conselho Nacional do Ministério Público, que no seu artigo 18 prevê o famigerado “acordo de não persecução penal”. Esse instituto jurídico, resumidamente, propõe a aplicação de medidas, que na verdade são idênticas às penas restritivas de direitos previstas no Código penal, prescindindo do devido processo legal. Trata-se de mecanismo no qual o autor do fato, confessa a prática e, na mesma oportunidade, é determinado o cumprimento das medidas/penas pelo Ministério Público.

Entendemos que a citada Resolução do Conselho Nacional do Ministério Público revoga dispositivo constitucional, mais precisamente o que prevê a imprescindibilidade do processo para aplicação de penas, além do que prevê a indisponibilidade do Ministério Público na propositura da ação penal pública incondicionada.

Esse é um típico caso de crise das fontes, conforme já explicada. Apesar da visível incompatibilidade constitucional, a Resolução 181 tem sido aplicada, não sem questionamentos, uma vez que a ADIn 5790, proposta pela Associação dos Magistrados Brasileiros – AMB, pleiteia a declaração de inconstitucionalidade da Resolução 181.

Desse modo, compreendemos que os julgadores que inobservam o direito fundamental ao devido processo legal e homologam os acordos de não persecução penal seguem uma postura ativista negativa, mais preocupados com os números e com a redução das demandas do que com a efetividade dos direitos fundamentais.

Ressalte-se que esse é apenas um exemplo, sabemos que muitas outras situações de violações, quanto à imprescindibilidade do devido processo legal, ocorrem todos os dias na prática judicial.

Defendemos, assim, que o processo penal democrático deve manter coerência com os preceitos constitucionais e, conseqüentemente, com o devido processo legal previsto na Constituição. Entretanto, percebemos que a dissonância na prática processual e isso se deve à crise das fontes, já citada aqui, uma vez que, na interpretação

dos operadores do direito, não é a normatividade processual que deve se adequar à Constituição, mas sim esta última que deve ser interpretada à luz da processualística anterior a ela. E este fato proporciona o atual processo penal autoritário, com participação ativa do julgador na gestão da prova, dentre outras características inquisitórias.

CONCLUSÃO

Este trabalho analisou a atual postura ativista do Poder Judiciário na seara penal. Verificamos que o ativismo judicial é um fenômeno no qual o Poder Judiciário, enquanto garantidor dos direitos fundamentais, procura efetivá-los quando os demais Poderes, Legislativo e Executivo, se omitem. A postura ativista é facilmente percebida em demandas que pleiteiam direitos sociais, a exemplo das demandas relacionadas à saúde, educação e moradia.

Demonstramos que há uma migração dessa postura ativista para a seara penal, o que não seria negativo, se o Poder Judiciário atuasse, na prática, enquanto poder contramajoritário. Entretanto, verificamos que o ativismo na seara penal possibilita uma interpretação substancialista, aplicando a lei penal em desconformidade com a matriz ideológica eleita pelo legislador constituinte, qual seja, a do direito penal liberal, de proteção do indivíduo em face do poder punitivo do Estado.

Analisamos que essa interpretação é concretizada na mesma medida em que se distancia da metodologia garantista de produção dos pronunciamentos judiciais penais. Referida metodologia, desenvolvida por Luigi Ferrajoli, tem o objetivo de racionalizar a aplicação da lei penal, reduzindo os espaços de discricionariedade do julgador e, conseqüentemente, o decisionismo judicial, ou seja, as decisões amparadas em juízos éticos e morais.

Demonstramos que a Constituição Federal de 1988, fiel ao direito penal liberal, desenvolveu um sistema de garantias penais que deve ser observado para a efetividade do devido processo legal. Nesse sentido, cabe ao Poder Judiciário garantir os direitos individuais dos acusados em processo penal, ainda que esse não seja o entendimento do senso comum, ou seja, da maioria da população, daí a sua função de poder contramajoritário.

Contudo, é perceptível, na atualidade brasileira, a subversão desse sistema de garantias. Isso porque, os julgadores têm utilizado o princípio do interesse público, da proteção da coletividade, para flexibilizar garantias penais e aumentar o poder punitivo estatal, transformando-o em um verdadeiro poder ilimitado.

Para a manutenção do Estado Democrático de Direito é imprescindível que o Poder Judiciário seja independente, para que possa desempenhar sua função contramajoritária. Essa independência deve ser relacionada inclusive à opinião pública. É importante fazer essa ressalva pois, conforme verificamos, a interpretação da lei penal em benefício da efetividade do *jus puniendi* estatal é uma demanda social, que não deveria ser realizada no âmbito do processo judicial, mas sim através de políticas competentes de segurança pública.

Agindo dessa forma, podemos afirmar que o Poder Judiciário, quando atua de forma ativista no processo penal, age como verdadeiro agente de segurança pública, promovendo o bem da coletividade e inobservando os preceitos constitucionais quanto à proteção do indivíduo.

Conforme dito na introdução deste trabalho, evoluímos do Código de Hamurábi para o reconhecimento e positivação dos direitos humanos, com a Declaração Universal dos Direitos Humanos, de 1948. Entretanto, a positivação não é suficiente para concretizar esse reconhecimento, pois cabe ao aplicador da lei possuir a compreensão histórica e filosófica dessa positivação, materializando essa conquista nas suas decisões.

Se, em alguma medida, o julgador reduz o espectro de concretização dos direitos humanos, flexibilizando as garantias penais, ele abre portas ao “olho por olho, dente por dente”, demonstrando que sua função não é efetivar direitos fundamentais, mas sim efetivar o sentido de vingança traduzido na maioria da população.

REFERÊNCIAS

BECCARIA, Cesare. **Dos Delitos e das Penas**. Edição especial. São Paulo. Editora Nova Fronteira, 2016.

BARATA, Alessandro. **Criminologia Crítica e Crítica do Direito Penal**. Editora Revan. Rio de Janeiro, 2017.

- BETTIOL, Giuseppe. **Intituciones de derecho penal y procesal penal**. 1ª edição. Barcelona. Editora Bosh, 1976.
- BOBBIO, Norberto. **Teoria do ordenamento jurídico**. 10ª Edição. Brasília. Editora Universidade de Brasília, 2006.
- CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 7ª Edição. Edições Almedina. Coimbra, 2003.
- CASARA, Rubens R. R. **Estado Pós Democrático: neo-obscurantismo e gestão dos indesejáveis**. 1ª edição. Rio de Janeiro. Editora Civilização Brasileira, 2017.
- DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. 3ª edição. São Paulo. Editora Martins Fontes, 2010.
- FERRAJOLI, Luigi. **Democracia y garantismo**. 2ª Edição. Editora Trotta. Madrid, 2010.
- FERRAJOLI, Luigi. **Direito e razão: teoria do garantismo penal**. 3ª Edição. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2002.
- GADAMER, Hans-George. **Verdade e Método**. 3ª edição. Petrópolis. Editora Vozes, 1999.
- GARAPON, Antoine. **O guardador de promessas: justiça e democracia**. Instituto Piaget, Lisboa, 1996.
- GAROFALO, Rafael. **La Criminologia: estudio sobre el delito y sobre la teoria de la repressão**. 2ª edição. Madri. Editora La espana moderna, 1890.
- GOLDSCHMIDT, James. **Problemas jurídicos e políticos do processo penal**. 1ª edição. Livraria do advogado, 2018.
- HART, Herbert L. A.. **O conceito de Direito**. 1ª edição. São Paulo. Editora Martins Fontes, 2009.
- KELSEN, Hans. **Teoria Pura do Direito**. 8ª edição. São Paulo. Editora Martins Fontes, 2009.
- LOPES JÚNIOR, Aury. **Fundamentos do processo penal: introdução crítica**. 3ª edição. Editora Saraiva. São Paulo, 2017.
- LOSANO, Mario G. **Sistema e Estrutura no Direito**. 1ª edição. São Paulo. Editora Martins Fontes, 2010.
- PRADO, Geraldo. **Sistema Acusatório: a conformidade constitucional das leis processuais penais**. 3ª edição. Rio de Janeiro. Editora Lumen Juris. 2005.
- STRECK, Lenio Luiz. **Verdade e Consenso**. Editora Saraiva. São Paulo, 2017.
- STRECK, Lenio Luiz. **Precisamos falar sobre direito e moral**. 1ª edição. Rio de Janeiro. Editora Tirant lo Blanch, 2019.
- TAVARES, Juarez. **Teoria do Injusto Penal**. 3ª edição. Belo Horizonte. Editora Del Rey, 2003.
- TOURAINÉ, Alain. **Crítica da Modernidade**. 10ª Edição. Editora Vozes. Petrópolis, 2012.
- ZAFFARONI, Eugenio Raúl. **O inimigo no Direito Penal**. Editora Revan, Rio de Janeiro, 2011.
- ZAFFARONI, Eugenio Raúl. **Em busca das penas perdidas**. Editora Revan. Rio de Janeiro, 2017.
- ZAFFARONI, Eugenio Raúl. **Doutrina Penal Nazista**. 1ª edição. Rio de Janeiro. Editora Tirant lo Blanch, 2019.