

Georges Abboud: A (in)dignidade da legislação e o pacote “anticrime”

“Pois, mesmo supondo que a dissidência seja conscienciosa e baseada em argumentos morais impecáveis, ainda equivale a voltar as costas à ideia de compartilharmos uma visão sobre o Direito ou a Justiça aqui e de implementá-la em nome da comunidade. Aquele que propõe resistir ou desobedecer está anunciando, na verdade, que é melhor retornar a uma situação em que cada um age segundo o próprio juízo quanto à Justiça.” Jeremy Waldron, A



Em dezembro de 2019, a Presidência da República sancionou

o chamado pacote “anticrime” (Lei 13.964/2019), cujo objetivo principal era aperfeiçoar — material e processualmente — nosso Direito Penal.

Entendemos que algumas das modificações trazidas pelo pacote representam um avanço democrático na legislação penal e que, prosseguindo, de certo modo, o movimento iniciado pelo CPC (parágrafo 1º do artigo 489) pelas alterações ocorridas em 2018 na Lindb (artigos 20/30) e pela Lei de Abuso de Autoridade (Lei 13.869/2019).

No fundo, a edição desses diplomas representa uma reação do Legislativo contra a atuação performática e ativista do Poder Judiciário que, recentemente, valendo-se de conceitos vazios e atécnicos, tem se furtado do dever de fundamentar juridicamente suas decisões (artigo 93, IX, da Constituição).

1. Apresentação da controvérsia: o ativismo performático e a reação legislativa

No livro *Processo Constitucional Brasileiro*, propusemos uma classificação didática dos vários tipos de ativismo judicial, entre os quais se destaca o ativismo performático.

Trata-se do emprego, pelo Judiciário, de conceitos vagos e indeterminados do ponto de vista semântico, como pretexto e justificativa para suplantar regras legais e constitucionais.[2] Tais enunciados, com os enxerga John L. Austin, são despídos de qualquer sentido e, por isso mesmo, não podem ser submetidos a testes de veracidade ou validade.[3]

Ao recorrer a tais enunciados performáticos, o Judiciário não só se furta da sua responsabilidade de interpretar o direito, como facilita a desconsideração dos fatos do caso concreto para a tomada da



decisão. É como se se negasse que o direito precisa da facticidade para se realizar.

Talvez o Legislativo não entenda o fenômeno contra o qual se subleva com essa clareza conceitual ou, pelo menos, não saiba nomeá-lo. Fato é que o Congresso, nos últimos meses, tem se mostrado sensível aos riscos desse tipo de atuação do Judiciário.

Um dos exemplos mais importantes dessa sublevação legislativa está plasmado no artigo 489, parágrafo 1º, do CPC, o grande trunfo da fundamentação no diploma processual civil de 2015, que impõe ao juiz uma análise detida dos fatos que não pode ser ocultada ou preterida pelo emprego de conceitos vagos e/ou indeterminados, sob pena de não se considerar fundamentada sua decisão.

Anos depois, o Congresso Nacional aprovou a Lei 13.655/2018, que acrescentou diversos artigos à Lindb e cujo mote foi introduzir, como regra geral, a consideração, pelos juízes, das consequências práticas de suas decisões.

Já tivemos a oportunidade de analisar as diversas potencialidades da interpretação conjunta dos artigos 20 a 30 da Lindb e do artigo 489, parágrafo 1º, do CPC. Defendemos que o consequencialismo imposto pela Lindb não pode ser lido como uma ferramenta que agrava as más práticas decisórias, mas antes como um recurso que diminui a discricionariedade e impõe ao julgador a necessidade de expor, em sua fundamentação, porque a solução construída é a melhor do ponto de vista jurídico, levando-se em conta as consequências apresentadas pelas partes envolvidas no processo[4]-[5]. Ou seja, a leitura da Lindb deve sempre ser normativa e nunca meramente praxista ou utilitarista.

A recém sancionada Lei de Abuso de Autoridade (Lei 13.869/2019), para além de combater o *modus operandi* do “lava jatismo processual penal”, pode ser lida como parte dessa reação legislativa à excessiva discricionariedade que o Poder Judiciário acredita possuir, como se pode notar dos seus artigos 9º e 22. Os dispositivos em questão tipificaram a inobservância de certas prescrições legais, no que diz respeito à fundamentação de decisões judiciais. Neste sentido, recomendamos a leitura do belíssimo [artigo](#) publicado aqui na **ConJur** pelo ministro Gilmar Mendes e Victor Oliveira Fernandes.

2. O “juiz das garantias” e algumas palavras sobre palavras

Começamos pelo ponto mais polêmico do projeto: a criação da figura do “juiz das garantias”.

Diga-se com todas as letras: o Congresso Nacional “errou” em um ponto crucial na criação do juiz das garantias: o seu rótulo.

Prova disso é a intensa oposição popular que ele gerou. Não porque um processo penal mais democrático nos seria inconveniente — noção das mais razoáveis —, mas pelo fato de que a sociedade brasileira ainda não está pronta para assumir, explicitamente, o seu compromisso para com as “garantias”. Tivesse o Congresso chamado a figura de “juiz do inquérito”, ou de “juiz da prova”, a grita teria sido sensivelmente menor. Mas chamar algo pelo seu próprio nome é hoje inconcebível e intolerável. Afinal de contas, tudo tem limites na República dos Bruzundangas.

Essa é nossa modesta proposta: reformemos a reforma. Utilizemos a semântica para diminuir polarizações e irritações. Assim, que essa nova função (conferir [aqui](#) a brilhante exposição de Lenio



Streck) seja conhecida como o juiz “do inquérito”, “da prova”, “da investigação” do “pré-eventual-processo”. Tudo, menos “das garantias”.

Indo além de palavras sobre palavras, a figura do juiz das garantias é muito importante. O recém incluído artigo 3º-A do CPP o anuncia exatamente: o processo penal terá estrutura acusatória. Nada mais acertado. Trata-se tão somente de concretizar a estrutura constitucional do processo penal. Em um fórum sério de argumentação, deveríamos estar debatendo por qual razão demoramos tanto.

O juiz não é o protagonista do inquérito. Sua função é, e sempre foi, a de controlar a legalidade, a de preservar dos direitos do acusado e a de determinar, se necessário, a adoção de medidas restritivas a direitos fundamentais, sempre a requerimento do órgão acusador.

A criação do juiz das garantias teve, a nosso ver, dois efeitos. O primeiro foi explicitar esse papel coadjuvante (mas imprescindível) do juiz na investigação, crucial para assegurar a sua própria imparcialidade. Apesar do extenso rol de atribuições previsto pelo artigo 3º-B, do CPP, a função dos juiz das garantias é essencialmente a de receber a comunicação imediata da prisão (lembremos aqui que a Lei de Abuso de Autoridade tornou crime, em seu artigo 12, o deixar injustificadamente de comunicar prisão em flagrante à autoridade judiciária no prazo legal), e a de controlar a legalidade do processo, o que inclui sua intervenção necessária na adoção de medidas restritivas de direitos.

O segundo efeito da criação do juiz das garantias foi tornar o processo penal brasileiro efetivamente acusatório. É inconcebível, em uma democracia constitucional, que o mesmo juiz da fase pré-processual, e que, portanto, já atuou no mais das vezes de forma invasiva nos direitos do acusado, atue também na fase de instrução e julgamento.

Daí ter andado bem o legislador ao dispor, no artigo 3º-C, parágrafo 3º, do CPP, que as decisões proferidas por ele não vinculam o juiz da instrução, que deverá reexaminar a necessidade das medidas cautelares em curso. Um processo penal que conte com apenas um juiz nas fases de inquérito e julgamento confunde as funções. E quando direitos fundamentais estão em jogo, a última coisa que desejamos é confusão.

A criação do juiz das garantias nos impõe uma profunda mudança de mentalidade. O processo ficou mais democrático. Uma das suas funções é a de decidir sobre a homologação de acordo de não persecução penal ou os de colaboração premiada (artigo 3º-B, XVII, do CPP). Essa prerrogativa, a longo prazo, diminuirá as discricionariedades no uso da colaboração premiada.[6]

3. Nova redação do artigo 282, parágrafo 6º, do CPP, e as fundamentais alterações no artigo 315 do CPP

Importante alteração promovida pelo pacote e que dialoga diretamente com os temas centrais desse artigo foi a nova redação dada ao artigo 282, parágrafo 6º, do CPP. Com ela, ficou evidenciada a obrigatoriedade de se fundamentar, com elementos presentes do caso concreto, conforme dispõe a literalidade do artigo, o não cabimento da substituição da prisão preventiva por outra medida cautelar.

Vale dizer, se o arcabouço normativo já disponível não fosse suficiente, agora está clara a impossibilidade da prolação de decisões de cariz performático como “presentes os requisitos legais,



defiro a prisão preventiva”. Foi imposto um dever objetivo de enfrentamento dos elementos do caso que (im)possibilitem a adoção de medida menos gravosa à liberdade do acusado, eliminando qualquer margem de discricionariedade que pudesse existir.

Outra relevantíssima alteração foi a profunda modificação do artigo 315 do CPP. Começamos por observar o sutil, mas importante, acréscimo da expressão “e fundamentada” ao lado de “motivada” no caput do artigo, reforçando a necessidade de cotejo dos elementos concretos do caso. O parágrafo 1º incluído ao artigo pelo pacote, na mesma linha do artigo 282, parágrafo 6º, mencionado acima, determina que a decretação de prisão preventiva ou de qualquer medida cautelar deve vir necessariamente acompanhada da indicação concreta da existência de fatos novos ou contemporâneos que justifiquem a aplicação da medida adotada. É o eterno retorno aos fatos.

Mas o grande trunfo das alterações nesse artigo foi sem dúvida alguma o acréscimo do parágrafo 2º, que consiste na reprodução quase *ipsis litteris* do artigo 489, parágrafo 1º, do CPC. É absolutamente salutar o enrijecimento dos critérios para que se considere qualquer decisão judicial devidamente fundamentada, especialmente em uma área tão sensível quanto a do processual penal.

No recém-criado parágrafo 2º do artigo 315 fica evidente a continuidade daquela reação legislativa que mencionamos no início deste artigo. Trata-se de uma inegável necessidade de controle dos enunciados performáticos e da constante fuga aos fatos, plasmado agora pela legislação proibitiva dessa prática antidemocrática.

4. Prisão preventiva e fundamentação: o artigo 316, parágrafo único, do CPP

A ausência de prazo de vigência nas prisões preventivas sempre foi alvo de críticas por parte da ala mais garantista dos juristas. Ela possibilitava o encarceramento indefinido, por vezes sem qualquer fundamento, sem que houvesse trânsito em julgado da sentença condenatória, consistindo em verdadeiras penas antecipadas, afrontando o artigo 5º, LVII, da Constituição.

Infelizmente, as prisões preventivas, em certos casos, são utilizadas como instrumento de pressão para a realização de delações premiadas, muitas vezes sem qualquer elemento concreto que justificasse sua aplicação ou, ainda, com base em fatos ocorridos há anos.

Nesse sentido, o pacote anticrime prestou excelente serviço à democracia ao incluir ao artigo 316, parágrafo único, do CPP, que torna obrigatória a revisão pelo órgão emissor, a cada 90 dias, da necessidade de sua manutenção, mediante decisão fundamentada. Referido dispositivo explicitou a impossibilidade da prisão preventiva automática (que, na verdade, nunca foi permitida para quem lia o CPP à luz da Constituição).

Mais: a revisão independe de provocação e sua ausência torna a prisão ilegal, o que nos remete ao artigo 9º da Lei de Abuso de Autoridade, que tipificou a decretação de medida de privação da liberdade em manifesta desconformidade com as hipóteses legais.

5. Algumas conclusões

Argumentos vazios não enfrentam fatos, e de fatos (também) se faz o direito. A facticidade é ínsita até à ficção. O pacote "anticrime", especialmente nas mudanças que enfrentamos acima, atua como



catalisador desse nosso encontro marcado com os fatos do caso concreto.

O pacote "anticrime" trouxe inegáveis avanços, mas sua elaboração também pode nos ensinar algo sobre política. Diversos dos institutos benéficos sequer constavam do projeto inicial; outros, extremamente prejudiciais, foram retirados durante a tramitação. Isso só foi possível por meio do diálogo entre partidários de diversas colorações políticas que, em conjunto, construíram um produto legislado melhor.

Ao menos nesse caso específico, parcela da oposição abandonou o jogo do “tudo ou nada” e preferiu o diálogo. Colhemos, agora, os bons frutos disso.

Iniciamos o presente texto com uma citação, baseada no pensamento kantiano, onde Jeremy Waldron faz incisiva defesa da dignidade da legislação. O Direito produzido pelo Legislativo, diz Waldron, foi durante séculos negligenciado pela teoria do Direito, por ser produto de um processo explicitamente político, onde, supomos, não estivessem em jogo questões de princípio, mas antes os interesses escusos dos parlamentares..

No Brasil, é evidente a necessidade de luta pela dignidade da legislação. Afinal, não é apenas a população que desconfia do Legislativo: o próprio Judiciário também o faz.

Portanto, em face das recentes reformas legislativas, consideramos imprescindível uma hermenêutica integrativa que dignifique a nova legislação (artigo 489 do CPC + artigos 20/30 da Lindb 20/30 + artigo 315 do CPP), para que assim se consolide uma teoria da decisão viabilizadora da independência do Judiciário. Tal garantia não se trata de um convite para a prática de subjetivismos, ativismos e discricionariedades de toda ordem, mas da condição *sine qua non* de julgamentos pautados pelo respeito à legalidade e pela autonomia do direito.

Só avançaremos como uma democracia constitucional quando nos for claro que só haverá independência do Judiciário se a dignidade da lei e a submissão dos juízes ao direito forem erguidas a estatura de valores civilizatórios inegociáveis. Afinal, juízes devem ser independentes para julgar de acordo com o direito e não se tornarem reféns de qualquer outra força, venha ela de onde for.

[1] Jeremy Waldron. *A dignidade da legislação*, Martins Fontes, 2003, p. 73. Grifos nossos.

[2] Georges Abboud. *Processo Constitucional Brasileiro*, 3ª edição, RT, 2019, item 10.2.1, p. 1330 et seq.

[3] John L. Austin. *How to do things with words*. 2.ed. Cambridge: Harvard University Press, 1975, p. 4 et seq.

[4] Georges Abboud. *Processo Constitucional Brasileiro*, 3ª edição, RT, 2019, item 1.13.5.5.4, p. 381 et seq.

[5] Ver Georges Abboud. *Consequencialismo jurídico: o lugar da análise de consequências em direito e os perigos do ativismo judicial consequencialista*, em Revista dos Tribunais, vol. 1009/2019, nov/2019.



[6] Cf. <https://www.conjur.com.br/2019-dez-27/limite-penal-entenda-impacto-juiz-garantias-processo-penal>.

Date Created

10/01/2020