

Positivismo, pós-positivismo e princípios: uma crítica ao princípio da confiança no juiz do processo (penal)

*Juliano Rafael Bogo**

Resumo

Em linhas gerais, o positivismo jurídico restringiu o conceito de direito à norma produzida pelo Estado, propondo uma ciência jurídica apartada dos valores, da ética, da moral, da economia e da política. Com o constitucionalismo do século XX, houve uma reaproximação entre o Direito e os valores compartilhados por uma comunidade, num determinado espaço e tempo, consolidados em princípios, dotados de normatividade. Entretanto, a criação e utilização discricionária de princípios tem gerado aquilo que Lenio Streck denomina de “pan-principiologismo”. Exemplo do emprego excessivo de princípios, como razão de decidir, é a utilização do princípio da confiança no juiz do processo, na área criminal. Esse tema, notadamente a falta de substrato legal para utilização desse princípio, parece merecer análise e crítica.

Palavras-chave: Positivismo. Pós-positivismo. Princípios. Pan-principiologismo.

Introdução

Este artigo aponta alguns traços marcantes do positivismo jurídico enquanto modelo teórico para o direito. Sem a pretensão de discutir a superação (ou não) do paradigma positivista, são apresentadas algumas críticas, tendentes a situar uma mudança significativa no pensamento jurídico. A expressão

<http://dx.doi.org/10.5335/rjd.v28i1.4836>

* Juiz de Direito do Tribunal de Justiça do Estado de Santa Catarina. Mestrando em Ciências Jurídicas pela Universidade do Vale do Itajaí. Email: bogo@tjsc.jus.br

pós-positivismo¹, aqui utilizada, designa a introdução de novas ideias na teoria do direito, a partir do constitucionalismo do século XX², que colocaram em discussão postulados básicos do positivismo, como a neutralidade, objetividade, formalismo, completude e a coerência do sistema jurídico. Nessa nova ordem de ideias, surge uma reaproximação entre o direito e os valores, representados por princípios, esses englobados no conceito de norma jurídica. Ou seja, passa-se a defender a coexistência de regras e princípios, ambas dotadas de normatividade, cada qual desempenhando função diferenciada no ordenamento jurídico.

É preocupante, contudo, o fato de alguns princípios estarem sendo usados como artifícios teóricos para escamotear a discricionariedade e a subjetividade de decisões judiciais. Instalou-se, no dizer de Streck, uma fábrica de princípios, que são manejados casuisticamente pelo julgador, seja pela reprodução acrítica de *standards*, seja pela criação específica de um princípio para reger um caso concreto.³

Esse fenômeno pode ser constatado na jurisprudência criminal catarinense, havendo inúmeros julgados que aludem ao princípio da confiança no juiz do processo (ou no juiz da causa) como fundamento (único ou de reforço) para manter a decisão de primeiro grau de jurisdição que decretou prisão cautelar.⁴

¹ A expressão pós-positivismo é polissêmica. Aqui, o sentido não é afirmar a superação do positivismo jurídico, mas tão-somente indicar o advento de uma nova teoria do direito que, em vários aspectos, representa uma ruptura com o modelo clássico positivista. Adota-se o sentido atribuído por Barroso, para quem “o pós-positivismo é a designação provisória e genérica de um ideário difuso, no qual se incluem a definição das relações entre valores, princípios e regras, aspectos da chamada nova hermenêutica e a teoria dos direitos fundamentais” (BARROSO, Luís Roberto. *Interpretação e aplicação da Constituição*. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 327).

² Trata-se de “um conjunto de posturas teóricas que adquiriram sentidos comuns ao tentar explicar o direito dos Estados constitucionais, especificamente aqueles que, a partir do segundo pós-guerra, em momentos históricos de repúdio aos recém-depostos regimes autoritários, adotaram constituições caracterizadas pela forte presença de direitos, princípios e valores e de mecanismos rígidos de fiscalização da constitucionalidade – manejados por um órgão jurisdicional especializado, normalmente o Tribunal Constitucional –, como as Constituições da Itália (1948), Alemanha (1949) e Espanha (1978), contexto qual as Constituições de Portugal (1976) e do Brasil (1988) inserem-se perfeitamente” (VALE, André Rufino do. *Estrutura das normas de direitos fundamentais: repensando a distinção entre regras, princípios e valores*. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 23).

³ STRECK, Lenio Luiz. Neoconstitucionalismo, positivismo e pós-positivismo. In: FERRAJOLI, Luigi et al. *Garantismo, hermenêutica e (neo) constitucionalismo: um debate com Luigi Ferrajoli*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012.

⁴ Afigura-se prudente destacar que não é objetivo deste artigo fazer qualquer crítica ao Tribunal de Justiça ou a qualquer órgão julgador, muito menos discutir o acerto ou equívoco de qualquer decisão judicial de segundo grau de jurisdição. Trata-se de trabalho acadêmico que busca analisar a pertinência da utilização do referido princípio como fundamento de decidir, dentro da proposta temática deste artigo.

Positivismo Jurídico

Sabendo-se dos riscos de uma simplificação, tenta-se alinhar, neste tópico, as características preponderantes do positivismo jurídico.

Com inspiração no positivismo filosófico, o positivismo jurídico surge com a proposta de emprestar cientificidade ao direito, nos mesmos moldes das ciências naturais.⁵ A ciência jurídica passa a ser desenvolvida como uma relação sujeito-objeto, pautada pelos critérios da racionalidade e objetividade. Para garantir a (pretendida) neutralidade do sujeito cognoscente, afastam-se da ciência jurídica elementos estranhos como a moral, a ética, a filosofia, a economia e a política. Busca-se uma teoria pura do direito, na qual não cabem juízos valorativos sobre a norma, notadamente se é justa ou não.⁶ Essa discussão deve ser relegada a outros campos do conhecimento.

Com a contribuição destacada de Savigny, Kelsen, Hart e Bobbio (apenas para fins exemplificativos), o positivismo foi assentado, em linhas gerais, nas seguintes premissas:

- (i) a aproximação quase plena entre Direito e norma;
- (ii) a afirmação da estatalidade do Direito: a ordem jurídica é uma e emana do Estado;
- (iii) a completude do ordenamento jurídico, que contém conceitos e instrumentos suficientes e adequados para solução de qualquer caso, inexistindo lacunas;
- (iv) o formalismo: a validade da norma decorre do procedimento seguido para a sua criação, independentemente do conteúdo. Também aqui se insere o dogma da subsunção, herdado do formalismo alemão.⁷

O ordenamento jurídico é constituído por um sistema complexo de normas, organizadas de forma escalonada. No topo de uma pirâmide imaginária está a pressuposta norma fundamental (Kelsen e Bobbio). No nível mais baixo estão os regulamentos, destinados a executar as leis.⁸ Essa estrutura hierárquica é que proporciona a unidade do sistema.

Na observação de Engelmann, citando Kelsen:

⁵ BARROSO, Luís Roberto. *Interpretação e aplicação da Constituição*. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

⁶ KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito*. Tradução de João Baptista Machado. 6. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1998.

⁷ BARROSO, Luís Roberto. *Interpretação e aplicação da Constituição*. p. 325.

⁸ BOBBIO, Norberto. *Teoria do ordenamento jurídico*. Tradução Ari Marcelo Solon. São Paulo: Edipro, 2011.

Uma ordem jurídica é um sistema de normas gerais e individuais que estão ligadas entre si pelo fato de a criação de toda e qualquer norma que pertence a este sistema ser determinada por uma outra norma do sistema e, em última linha, pela sua norma fundamental.⁹

A validade de uma norma jurídica depende de ter sido criada em conformidade com a norma que lhe é superior. Em outras palavras, “o ordenamento jurídico é um ordenamento no qual a pertinência das normas é julgada com base em um critério meramente formal, isto é, independentemente do conteúdo”.¹⁰ Não se analisa a validade da norma pelo critério de justiça, porque isso foge da objetividade pretendida pela ciência jurídica. A validade de uma norma jurídica decorre de sua vigência e de sua conformidade (de criação) com a norma superior.

Por ser constituído em forma de sistema, o ordenamento jurídico não tolera antinomias. É necessário haver coerência, a qual é uns dos pilares do positivismo jurídico. Destarte, havendo no ordenamento normas incompatíveis, uma delas (ou eventualmente ambas) deve ser eliminada. Os critérios para resolver essas antinomias estão previstos no próprio ordenamento e nas regras de interpretação tradicionalmente utilizadas pela doutrina e jurisprudência.

Além da unidade e coerência, a completude é outra base fundamental do positivismo. O ordenamento jurídico deve ser completo, de forma que o juiz nele encontre sempre uma norma para regular o caso concreto. Não deve haver lacunas. Um ordenamento é completo “quando nunca se verifica uma situação na qual não se possa demonstrar a pertinência nem de uma determinada norma nem de sua norma contraditória”.¹¹ Conforme lição de Bobbio:

[...] a completude é uma condição necessária para aqueles ordenamentos em que valem estas duas regras: 1) o juiz é obrigado a julgar todas as controvérsias que se apresentam ao seu exame; 2) é obrigado a julgá-las com base em uma norma pertencente ao sistema.¹²

As lacunas, destarte, não podem subsistir num sistema jurídico. Na realidade, elas são sempre aparentes, porque há possibilidade de serem solucionadas pelo intérprete mediante o manejo dos métodos e ferramentas interpretativas. Segundo Bobbio:

⁹ Apud ENGELMANN, Wilson. *Crítica ao positivismo jurídico: princípios, regras e o conceito de direito*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2001. p. 55.

¹⁰ BOBBIO, Norberto. *Teoria do ordenamento jurídico*. p. 81.

¹¹ BOBBIO, Norberto. *Teoria do ordenamento jurídico*. p. 116.

¹² BOBBIO, Norberto. *Teoria do ordenamento jurídico*. p. 118.

Todo ordenamento prevê os meios ou as soluções capazes de penetrar nessa zona intermediária, de ampliar a esfera do regulado e relação à do não regulado. [...] Se um ordenamento jurídico não é, estaticamente considerado, completo, a não ser por meio da norma geral exclusiva, todavia, dinamicamente considerado, é completável.¹³

Para o positivismo jurídico, a atividade interpretativa é de conhecimento, entre sujeito (intérprete) e objeto (norma), traduzindo-se num procedimento lógico-formal de subsunção do fato à norma aplicável. Conforme Barroso:

O elemento básico na ideia de formalismo é a premissa de que a atividade do intérprete se desenvolve por via de um processo dedutivo, onde se colhe a norma no ordenamento jurídico e faz-se a subsunção dos fatos relevantes. Esse processo lógico-formal se concretiza através de um raciocínio silogístico, onde a lei é a premissa maior, a relação de fato é a premissa menor e a conclusão é a regra concreta que vai reger o caso.¹⁴

Com forte influência do paradigma cartesiano, o positivismo jurídico aposta na racionalidade e na neutralidade como elementos basilares da segurança jurídica.

Pós-Positivismo e os princípios

O paradigma cartesiano sofre forte abalo com o perspectivismo de Nietzsche. Conforme pondera Divan, o pensamento de Nietzsche:

[...] auxilia no desmonte do cogito de Descartes, identificando a insuficiência do modelo cartesiano, trazendo a não unicidade racional na apreensão cognitiva, destronando a concepção apartada entre sujeito e objeto, e afastando de uma vez por todas a inverossímil teorização quanto à pureza racionalista na relação do sujeito cognoscente com esse objeto.¹⁵

O desenvolvimento da psicanálise e da psicologia traz elementos para uma crítica aos dogmas do positivismo jurídico, notadamente a neutralidade e racionalidade. Passa-se a questionar, se o investigador é capaz de se afastar de questões anímicas, psicológicas e ideológicas? O conhecimento pode ser neutro e puramente racional?

Na mesma onda de críticas, teorias marxistas descortinam o caráter ideológico do direito e sua utilização como instrumento de dominação.

¹³ BOBBIO, Norberto. *Teoria do ordenamento jurídico*. p. 142.

¹⁴ BARROSO, Luís Roberto. *Interpretação e aplicação da Constituição*. p. 281.

¹⁵ DIVAN, Gabriel Antinolfi. *Decisão judicial nos crimes sexuais: o julgador e o réu interior*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010. p. 43.

Assim, num ambiente de amplo debate impulsionado por novas ideias vindas de várias áreas do conhecimento, passa-se a criticar:

[...] o caráter científico do direito, por faltar-lhe a pretendida objetividade que decorreria de uma irreal aplicação mecânica da norma ao fato [...]; a alegada neutralidade política, ao denunciar sua função ideológica de reforçador e reprodutor das relações sociais estabelecidas; a pureza científica, a preconizar a interdisciplinaridade como instrumental indispensável à formação do saber jurídico.¹⁶

Em outras palavras, começa-se a questionar, na teoria jurídica: a) a pretensão de uma teoria pura do direito, de caráter científico, pautada na neutralidade e na objetividade; b) a concepção de que o direito se resume à norma escrita produzida pelo Estado, cabendo ao juiz, ao interpretar, descobrir seu significado.

Resumidamente, “o Direito, a partir da segunda metade do século XX, já não cabia no positivismo jurídico”.¹⁷ Nesse sentido, afirma Barroso:

A superação histórica do jusnaturalismo e o fracasso político do positivismo abriram caminho para um conjunto amplo e ainda inacabado de reflexões acerca do Direito, sua função social e sua interpretação. O pós-positivismo é a designação provisória e genérica de um ideário difuso, no qual se incluem a definição das relações entre valores, princípios e regras, aspectos da chamada nova hermenêutica e a teoria dos direitos fundamentais.¹⁸

O constitucionalismo do século XX traz profundas mudanças para o conhecimento jurídico. Marinoni aponta a reformulação do princípio da legalidade, que, na concepção clássica positivista, reduzia o direito à lei. O problema é que a lei, além de imperfeita, muitas vezes pode ser resultado da dominação transitória de uma minoria sobre a maioria. Aliás, “a própria história se encarregou de mostrar as arbitrariedades, brutalidades e discriminações procedidas por leis formalmente perfeitas”.¹⁹ Por isso é que se percebe a necessidade de:

[...] resgatar a substância da lei e, mais do que isso, encontrar os instrumentos capazes de permitir a sua limitação e conformação aos princípios de justiça. Tal substância e esses princípios tinham de ser colocados em uma posição superior e, assim, foram infiltrados nas Constituições. Essas Constituições, para poderem controlar a lei, deixaram de ter resquícios de flexibilidade – tornando-se ‘rígidas’, no sentido de escritas e não passíveis de modificação pela legislação ordinária – e passaram a ser vistas como dotadas de plena eficácia normativa. A

¹⁶ BARROSO, Luís Roberto. *Interpretação e aplicação da constituição*. p. 285.

¹⁷ BARROSO, Luís Roberto. *Interpretação e aplicação da constituição*. p. 327.

¹⁸ BARROSO, Luís Roberto. *Interpretação e aplicação da constituição*. p. 327.

¹⁹ MARINONI, Luiz Guilherme. *Teoria geral do processo*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008. p. 45.

lei, dessa forma, perde o seu posto de supremacia, e agora se subordina à Constituição. Ao se dizer que a lei encontra limite e contorno nos princípios constitucionais, admite-se que ela deixa de ter apenas uma legitimação formal, ficando amarrada substancialmente aos direitos positivados na Constituição. A lei não vale mais por si, porém depende da sua adequação aos direitos fundamentais. Se antes era possível dizer que os direitos fundamentais eram circunscritos à lei, torna-se exato afirmar que as leis devem estar em conformidade com os direitos fundamentais.²⁰

Nessa perspectiva, complementa Barroso:

O constitucionalismo moderno promove, assim, uma volta aos valores, uma reaproximação entre ética e Direito. Para poderem beneficiar-se do amplo instrumental do Direito, migrando da filosofia para o mundo jurídico, esses valores compartilhados por toda a comunidade, em dado momento e lugar, materializam-se em princípios, que passam a estar abrigados na Constituição, explícita ou implicitamente. [...] A novidade das últimas décadas não está, propriamente, na existência de princípios e no seu eventual reconhecimento pela ordem jurídica. [...] O que há de singular na dogmática jurídica da quadra histórica atual é o reconhecimento de sua normatividade. Os princípios constitucionais, portanto explícitos ou não, passam a ser a síntese dos valores abrigados no ordenamento jurídico. Eles espelham a ideologia da sociedade, seus postulados básicos, seus fins. Os princípios dão unidade e harmonia ao sistema, integrando suas diferentes partes e atenuando tensões normativas. De parte isto, servem de guia para o intérprete, cuja atuação deve pautar-se pela identificação do princípio maior que rege o tema apreciado, descendo do mais genérico ao mais específico, até chegar à formulação da regra concreta que vai reger a espécie. Estes os papéis desempenhados pelos princípios: a) condensar valores; b) dar unidade ao sistema; c) condicionar a atividade do intérprete.²¹

O constitucionalismo do século XX coloca em evidência a Constituição, composta por regras e princípios, os quais condensam valores suprapositivos, com ênfase nos ideais de justiça e na realização dos direitos fundamentais.²²

Assim, a atividade de interpretar e aplicar o direito não pode se restringir à mera subsunção do fato à norma, como pregava o positivismo jurídico clássico. É necessário considerar o conjunto de regras e princípios, notadamente aqueles que possuem assento na Constituição.

Marinoni pondera:

Se a lei passa a se subordinar aos princípios constitucionais de justiça e aos direitos fundamentais, a tarefa da doutrina deixa de ser a de simplesmente descrever a lei. Cabe agora ao jurista, seja qual for a área da sua especialidade, em primeiro lugar compreender a lei à luz dos princípios constitucionais e dos

²⁰ MARINONI, Luiz Guilherme. *Teoria geral do processo*. p. 46.

²¹ BARROSO, Luís Roberto. *Interpretação e aplicação da constituição*. p. 328-329.

²² BARROSO, Luís Roberto. *Interpretação e aplicação da constituição*. p. 330.

direitos fundamentais. [...] Não há como negar, hoje, a eficácia normativa ou a normatividade dos princípios de justiça. Atualmente, esses princípios e os direitos fundamentais têm qualidade de normas jurídicas e, assim, estão muito longe de significar simples valores. Aliás, mesmo os princípios constitucionais não explícitos e os direitos fundamentais não expressos têm plena eficácia jurídica.²³

Sem o propósito de apresentar um conceito perfeito e acabado, haja vista o caráter polissêmico da expressão princípio, pode-se afirmar, nos limites da proposta deste texto, que os princípios:

[...] representam as linhas gerais do Direito, responsáveis pela formação de um sistema jurídico. Tais princípios podem ser constatados em regras, quando aparecem concretizadas em seus enunciados ou simplesmente como elementos constitutivos do fenômeno jurídico, mas, de qualquer forma, especificados através da intervenção interpretativa do Poder Judiciário.²⁴

Também merece registro a definição de Celso Antônio Bandeira de Mello, citado por Barroso:

Princípio é, por definição, mandamento nuclear de um sistema, verdadeiro alicerce dele, disposição fundamental que se irradia sobre diferentes normas compondo-lhes o espírito e servindo de critério para sua exata compreensão e inteligência, exatamente por definir a lógica e a racionalidade do sistema normativo, no que lhe confere a tônica e lhe dá sentido harmônico [...].²⁵

Os princípios são o alicerce, o ponto de partida do ordenamento jurídico. Toda regra jurídica traz em sua essência um princípio. Os princípios, destarte, são responsáveis pelo encadeamento do sistema, contribuindo para sua unidade e articulação.

Marinoni, distinguindo os princípios das regras, afirma:

Enquanto as regras se esgotam em si mesmas, na medida em que descrevem o que se deve, não se deve ou se pode fazer em determinadas situações, os princípios são constitutivos da ordem jurídica, revelando os valores ou os critérios que devem orientar a compreensão e a aplicação das regras diante das situações concretas.²⁶

Robert Alexy defende a normatividade dos princípios, colocando-os, ao lado das regras, como espécies do gênero norma jurídica. Para Alexy:

²³ MARINONI, Luiz Guilherme. *Teoria geral do processo*. p. 47.

²⁴ ENGELMANN, Wilson. *Crítica ao positivismo jurídico: princípios, regras e o conceito de direito*. p. 95.

²⁵ BARROSO, Luís Roberto. *Interpretação e aplicação da constituição*. p. 157.

²⁶ MARINONI, Luiz Guilherme. *Teoria geral do processo*. p. 49.

Tanto regras quanto princípios são normas, porque ambos dizem o que deve ser. Ambos podem ser formulados por meio das expressões deônticas básicas do dever, razões para juízos concretos de dever-ser, ainda que de espécie muito diferente. A distinção entre regras e princípios é, portanto, uma distinção entre duas espécies de normas.²⁷

Quanto à distinção entre regras e princípios, anota Alexy:

O ponto decisivo na distinção entre regras e princípios é que princípios são normas que ordenam que algo seja realizado na maior medida possível dentro das possibilidades jurídicas e fáticas existentes. Princípios são, por conseguinte, mandamentos de otimização, que são caracterizados por poderem ser satisfeitos em graus variados e pelo fato de que a medida devida de sua satisfação não depende somente das possibilidades fáticas, mas também das possibilidades jurídicas. O âmbito das possibilidades jurídicas é determinado pelos princípios e regras colidentes. Já as regras são normas que são sempre ou satisfeitas ou não satisfeitas. Se uma regra vale, então, deve se fazer exatamente aquilo que ela exige; nem mais, nem menos. Regras contêm, portanto, determinações no âmbito daquilo que é fática e juridicamente possível. Isso significa que a distinção entre regras e princípios é uma distinção qualitativa, e não uma distinção de grau. Toda norma é ou uma regra ou um princípio.²⁸

O problema do pan-principiologismo

Para o positivismo, o direito se identifica com a norma produzida pelo Estado. Essa norma consiste na regra do “dever ser” positivada. Nesse modelo, não há espaço para princípios. Ao juiz cabe decidir, buscando a lei aplicável ao caso concreto, numa atividade hermenêutica de subsunção do fato à norma. Não pode decidir com base em princípios, porque esses não fazem parte do ordenamento jurídico.

Com as novas teorias surgidas a partir do constitucionalismo do século XX, ocorre uma reaproximação entre direito e valores morais. Passa-se a defender a normatividade dos princípios, afirmando-se, inclusive, que eles traduzem valores fundamentais, objetivos e postulados básicos de uma comunidade, servindo como alicerce de todo o ordenamento jurídico. Sustenta-se que, na hipótese de conflito de normas, a aplicação das regras se dá pela fórmula do tudo ou nada, enquanto que os princípios devem ser objeto de ponderação.

²⁷ ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. Tradução Virgílio Afonso da Silva. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2011. p. 87.

²⁸ ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. p. 90-91.

Ferrajoli denomina referido pensamento jurídico de constitucionalismo principialista, e a ele direciona críticas. Afirma que reconhecer os princípios como síntese dos valores significa promover uma indevida conexão entre direito e moral. Assevera que a distinção entre regras e princípios, e a aplicação desses segundo o critério ponderação resultam no enfraquecimento do caráter normativo das constituições, abrindo espaço para o decisionismo e o ativismo judicial²⁹.

Compartilhando de parte das críticas de Ferrajoli, Streck destaca o emprego incontável e incontrolável de princípios, num fenômeno que denominou de pan-principiologismo. Nas palavras de Streck:

Estamos, assim, diante de um considerável número de *standards* interpretativos, que mais se parecem com *topoi* ou axiomas com pretensões dedutivistas. Sua diversidade – e a absoluta falta de critérios até mesmo para a sua definição – dá mostras da dimensão dos problemas enfrentados pelas diversas teorias que tratam da construção das condições de possibilidade da institucionalização de princípios efetivamente de índole constitucional. Na verdade, no modo como são apresentados – pelo menos em sua expressiva maioria –, tais *standards* são originários de construções nitidamente pragmaticistas, mas que, em um segundo momento, adquirem foros de universalização. [...] Assim, está-se diante de um fenômeno que pode ser chamado de “pan-principiologismo”, caminho perigoso para um retorno à “completude” que caracterizou o velho positivismo novecentista, mas que adentrou ao século XX a partir de uma “adaptação darwiniana”: na “ausência” de “leis apropriadas” (a aferição desse nível de adequação é feita, evidentemente, pelo protagonismo judicial), o intérprete “deve” lançar mão dessa ampla principiologia, sendo que, na falta de um “princípio” aplicável, o próprio intérprete pode criá-lo.³⁰

A crítica de Streck é pertinente e denuncia o uso exagerado de princípios, criados casuisticamente como ferramentas retóricas, mas que acabam adquirindo conotação universalizante, muitas vezes sem o devido respaldo constitucional. Aliás, em muitos casos em clara ofensa aos direitos e garantias fundamentais previstas na Constituição.

Esse fenômeno, pan-principiologismo, pode ser ilustrado pelo **princípio da confiança no juiz do processo**, reiteradamente utilizado pela jurisprudência criminal catarinense. Vale conferir julgados do Tribunal de Justiça de Santa Catarina:

²⁹ FERRAJOLI, Luigi et al. *Garantismo, hermenêutica e (neo) constitucionalismo*: um debate com Luigi Ferrajoli.

³⁰ STRECK, Lenio Luiz. Neoconstitucionalismo, positivismo e pós-positivismo. In: FERRAJOLI, Luigi et al. *Garantismo, hermenêutica e (neo) constitucionalismo*: um debate com Luigi Ferrajoli. p. 66-67.

HABEAS CORPUS. PACIENTE DENUNCIADO PELA PRÁTICA, EM TESE, DO DELITO DE ESTUPRO DE VULNERÁVEL, COM EXERCÍCIO DE AUTORIDADE SOBRE A VÍTIMA (ART. 217-A, § 1º, C/C ART. 226, II, AMBOS DO CÓDIGO PENAL). PRÁTICA DE ATO LIBIDINOSO DIVERSO DA CONJUNÇÃO CARNAL. PRISÃO EM FLAGRANTE CONVERTIDA EM PREVENTIVA. ALEGADA AUSÊNCIA DE REQUISITOS PARA A MANUTENÇÃO DA PRISÃO CAUTELAR. NÃO ACOLHIMENTO. PRESSUPOSTOS DO ART. 312 DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL EVIDENCIADOS. INDÍCIOS SUFICIENTES PARA SUSTENTAR A ACUSAÇÃO FEITA AO PACIENTE. NECESSIDADE DE SEGREGAÇÃO PARA GARANTIA DA ORDEM PÚBLICA. DECISÃO FUNDAMENTADA EM ELEMENTOS CONCRETAMENTE EVIDENCIADOS NOS AUTOS. EXISTÊNCIA DE BONS PREDICADOS QUE NÃO OBSTAM A MANUTENÇÃO DA PRISÃO PREVENTIVA. **PRINCÍPIO DA CONFIANÇA NO JUIZ DA CAUSA.** ALEGADO EXCESSO DE PRAZO NA FORMAÇÃO DA CULPA. ATOS PROCESSUAIS CUMPRIDOS REGULARMENTE. PROXIMIDADE DO FIM DA INSTRUÇÃO, ALIADA ÀS DEMAIS CIRCUNSTÂNCIAS DO CASO CONCRETO, QUE AFASTAM A OCORRÊNCIA DE EXCESSO DE PRAZO. CONSTRANGIMENTO ILEGAL NÃO EVIDENCIADO. ORDEM DENEGADA. [...] 4. **Cumpre lembrar o princípio da confiança no juiz da causa, que, por estar mais próximo dos fatos e das pessoas envolvidas, melhor pode avaliar a necessidade da providência cautelar.** [...] ³¹

HABEAS CORPUS. ROUBO CIRCUNSTANCIADO TENTADO. MÉRITO. NEGATIVA DE AUTORIA. INVIABILIDADE DE ANÁLISE PELA VIA ELEITA. NÃO CONHECIMENTO, NO PONTO. PRISÃO PREVENTIVA. EXIGÊNCIAS DO ART. 312 DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL PREENCHIDAS. GARANTIA DA ORDEM PÚBLICA. DECISÃO FUNDADA EM ELEMENTOS CONCRETOS. MODUS OPERANDI QUE, ADEMAIS, DEMONSTRA A PERICULOSIDADE CONCRETA DO AGENTE. **PRINCÍPIO DA CONFIANÇA NO JUIZ.** PEDIDO DE ORDEM DENEGADO. ³²

HABEAS CORPUS. ROUBO DUPLAMENTE CIRCUNSTANCIADO. CONCURSO DE AGENTES E USO DE ARMA DE FOGO. PRISÃO EM FLAGRANTE CONVERTIDA EM PREVENTIVA. ALEGADO CONSTRANGIMENTO ILEGAL EM FACE DO INDEFERIMENTO DE PEDIDO DE CONCESSÃO DE LIBERDADE PROVISÓRIA COM ARBITRAMENTO DE FIANÇA. DECISÃO FUNDAMENTADA EM DADOS CONCRETOS DOS AUTOS PARA GARANTIA DA ORDEM PÚBLICA. INVIABILIDADE DE CONCESSÃO DE LIBERDADE PROVISÓRIA. INSTRUÇÃO DO PROCESSO QUE SE AVIZINHA DO SEU TÉRMINO. **PRINCÍPIO DA CONFIANÇA NO JUIZ DA CAUSA.** CONSTRANGIMENTO ILEGAL NÃO OCORRENTE. ORDEM DENEGADA. ³³

³¹ Estado de Santa Catarina. *Tribunal de Justiça. Habeas Corpus n. 2013.080569-9*, de Lages, rel. Des. Paulo Roberto Sartorato, j. 17-12-2013, grifo.

³² Estado de Santa Catarina. *Tribunal de Justiça. Habeas Corpus n. 2013.068667-3*, de Brusque, rel. Des. Moacyr de Moraes Lima Filho, j. 29-10-2013, grifo.

³³ Estado de Santa Catarina. *Tribunal de Justiça. Habeas Corpus n. 2013.047934-6*, de Balneário Camboriú, rel. Des. Newton Varela Júnior, j. 15-08-2013, grifo.

Nos acórdãos citados³⁴, o princípio da confiança no juiz do processo é utilizado como um dos fundamentos para indeferir pedido de *habeas corpus* e, consequentemente, manter a prisão cautelar determinada em primeiro grau de jurisdição. Com esse princípio, sustenta-se a ideia de que o juiz de primeiro grau, por estar mais próximo dos fatos e das pessoas envolvidas na causa, teria melhor condições de avaliar a necessidade da prisão cautelar. Logo, se o juiz do processo decretou prisão cautelar é porque constatou a existência de motivos para isso.

Em outras palavras, o órgão de segundo grau de jurisdição utiliza desse princípio para manter a prisão cautelar decreta pelo juiz da causa, porque este:

[...] próximo dos fatos, das pessoas neles envolvidas, é conhecedor das peculiaridades de sua jurisdição, dispõe de elementos mais seguros à formação de uma convicção, e está em melhores condições de avaliar a necessidade da medida extrema, considerando as circunstâncias da ação criminosa e todos os demais elementos coligidos aos autos.³⁵

O que se deve questionar é: a confiança do Tribunal na atividade desempenhada pelo juiz de primeiro grau autoriza estabelecer uma presunção de acerto na análise dos pressupostos para decretação da prisão cautelar? O Tribunal pode utilizar o princípio da confiança no juiz do processo como fundamento para indeferir pedido de *habeas corpus*? Parece que não.

O *habeas corpus* é uma garantia constitucional destinada a proteger a liberdade de locomoção de qualquer pessoa vítima de uma ilegalidade ou abuso de poder.

Lopes Jr. consigna:

O *habeas corpus* brasileiro é uma ação de natureza mandamental com status constitucional, que cumpre com plena eficácia sua função de proteção da liberdade de locomoção dos cidadãos frente aos atos abusivos do Estado, em suas mais diversas formas, inclusive contra atos jurisdicionais e coisa julgada. A efetiva defesa dos direitos individuais é um dos pilares para a existência do Estado de Direito, e para isso é imprescindível que existam instrumentos processuais de fácil acesso, realmente céleres e eficazes.³⁶

O *habeas corpus* consiste numa ação de natureza mandamental, com um procedimento sumário e cognição limitada. Entretanto, “não há que se con-

³⁴ Há vários outros acórdãos que, no mesmo sentido, fazem referência ao princípio da confiança no juiz do processo (ou no juiz da causa), os quais não serão mencionados para não tornar o texto demasiadamente extenso.

³⁵ Estado de Santa Catarina. *Tribunal de Justiça. Habeas Corpus n. 2013.047934-6*, de Balneário Camboriú, rel. Des. Newton Varella Júnior, j. 15-08-2013.

³⁶ LOPES JR, Aury. *Direito processual penal*. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 1329.

fundir sumariedade na cognição com superficialidade da discussão”³⁷. Isto é, o procedimento do *habeas corpus* não permite a produção de provas nem uma cognição aprofundada como aquela necessária para proferir uma sentença de mérito. Contudo, é inarredável, no julgamento do *habeas corpus*, a plena análise da prova pré-constituída existente.

No sistema acusatório, o ônus de requerer medidas cautelares e comprovar a existência dos pressupostos legais, no caso concreto, é da acusação. Se presentes os requisitos da prisão preventiva, cabe ao órgão judicial motivar e justificar a sua decretação.

Dessa forma, quando, por meio de *habeas corpus*, o acusado impugna a decretação de sua prisão cautelar pelo juiz de primeiro grau, cabe ao Tribunal analisar, com base nos fatos e no acervo probatório produzido até o momento, se a prisão está ou não revestida dos pressupostos legais. Nessa tarefa, o Tribunal deve analisar de forma plena a prova pré-constituída, consistente nos elementos probatórios do inquérito policial e em eventuais provas já produzidas em juízo. Se necessárias informações e documentos, o Tribunal pode solicitá-los ao juiz de primeiro grau, conforme previsão legal.

Logo, afigura-se inconsistente a afirmação de que o juiz de primeiro grau está, comparativamente ao Tribunal, mais próximo dos fatos e das pessoas envolvidas no processo, tendo, assim, melhores condições de avaliar os pressupostos da prisão cautelar. Colocar o juiz de primeiro grau numa posição privilegiada, em termos de cognição, é argumento frágil e incompatível com a legislação de regência.

As decisões judiciais devem ser fundamentadas (artigo 93, inciso IX, da Constituição Federal). O *habeas corpus* impetrado contra decisão de juiz de primeiro grau visa combater uma possível ilegalidade ou abuso de poder. Ao Tribunal cabe julgar a legalidade da prisão cautelar decretada, valendo-se, em cognição sumária, de todos os elementos probatórios existentes nos autos. O princípio da confiança no juiz do processo (primeiro grau) não pode ser utilizado como argumento para decidir, para ratificar a decisão impugnada.

Esse princípio não tem respaldo legal e, notadamente, constitucional. Sua utilização, como razão de decidir, viola o dever constitucional de fundamentar as decisões. Esse falso princípio funciona, na maioria das vezes, como um álibi teórico ou artifício retórico para amparar uma decisão que, na realidade, está

³⁷ LOPES JR, Aury. *Direito processual penal*. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 1327.

desprovida da necessária motivação. Ou seja, utiliza-se o princípio da confiança no juiz do processo como falácia argumentativa, não raro para mascarar a subjetividade da decisão.

O uso reiterado do princípio da confiança no juiz do processo expressa o senso comum teórico dos juristas, constituído por “um campo de estipulações prévias que normatizam a produção dos saberes, tentando tornar os acontecimentos repetíveis [...]”³⁸. Isso é:

[...] um discurso [...] que é vivido pelos usuários como um discurso universal, natural, óbvio, cuja tipicidade não é percebida e com relação ao qual todo o “exterior” é relegado a categoria de margem ou desvio: discurso-lei que não é percebido como lei. [...] sistema de ideias-frases, de ideias fraseadas, de argumentos-fórmulas, portanto objeto linguageiro essencialmente copiável e/ou repetível, portanto fenômenos muito importantes de mimetismo.³⁹

Conforme lembra Moraes da Rosa, citando Luis Alberto Warat:

[...] os juristas contam com um emaranhado de costumes intelectuais que são aceitos como verdades de princípios para ocultar o componente político da investigação de verdades. Por conseguinte se canonizam certas imagens e crenças, para preservar o segredo que esconde as verdades. O senso comum teórico dos juristas é o lugar do secreto. As representações que o integram pulverizam nossa compreensão do fato de que a história das verdades jurídicas é inseparável (até o momento) da história do poder.⁴⁰

É forçoso reconhecer, portanto, que o princípio da confiança no juiz do processo não se coaduna com um processo penal democrático, regido pelos princípios constitucionais. Esse princípio é exemplo do criticado pan-principiologismo, denunciado por Streck, fenômeno que enfraquece a normatividade da Constituição e a efetivação dos direitos e garantias fundamentais nela estabelecidos.

Considerações finais

Parece que na atual quadra do conhecimento jurídico não é mais possível pensar o direito com a visão do positivismo clássico: direito se resume à norma produzida pelo Estado; objetividade; neutralidade; coerência e completude; in-

³⁸ WARAT, Luis Alberto. *A rua grita Dionísio: direitos humanos da alteridade, surrealismo e cartografia*. Tradução Vivian Alves de Assis, Júlio Cesar Marcelino Jr. e Alexandre Moraes da Rosa. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010. p. 27.

³⁹ STRECK, Lenio Luiz. *Hermenêutica jurídica e(m) crise: uma exploração hermenêutica da construção do direito*. 6. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005. p. 81.

⁴⁰ ROSA, Alexandre Moraes da. *O que é garantismo jurídico: teoria geral do direito*. Florianópolis: Habitus, 2003. p. 87.

interpretação e aplicação do direito por meio de um processo silogístico de subsunção do fato à norma.

A tarefa de pensar, interpretar e aplicar o direito não pode prescindir da consideração dos princípios. Ainda que não haja unanimidade na sua conceitualização, os princípios, dotados de normatividade, condensam valores, representam o alicerce, o ponto de partida, os postulados básicos de qualquer ordenamento jurídico, servindo para dar unidade e harmonia ao sistema e orientar a interpretação jurídica.

Os princípios, entretanto, não podem ser criados sem respaldo legal e constitucional. Não podem ser utilizados como álibis teóricos para decisões judiciais (decisionismo), escamoteando a subjetividade e a discricionariedade do julgador. Os princípios devem atuar como fechamento interpretativo⁴¹, contribuindo para a efetivação dos direitos e das garantias fundamentais previstos na Constituição.

Positivism, post-positivism, and principles: a critique of the confidence in the judge of the case principle (in criminal litigation)

Abstract

In general, legal positivism restricted the concept of law to legal norms enacted by the State, proposing a legal science apart from values, ethics, morality, economics, and politics. With the constitutionalism of the twentieth century, there was a rapprochement from the law and the values shared by a community in a given space and time, consolidated into principles, endowed with normativity. However, the discretionary creation and use of principles has generated what Lenio Streck calls “pan-principiologismo”. Example of excessive use of principles, as reason to decide, is the use of the confidence in the judge of the case principle, in criminal litigation. This theme, especially the lack of legal substrate for use of this principle, seems to deserve analysis and critique.

Keywords: Positivism. Post-positivism. Principles. “Pan-principiologismo” (excess principles).

⁴¹ STRECK, Lenio Luiz. Neoconstitucionalismo, positivismo e pós-positivismo. In: FERRAJOLI, Luigi et al. *Garantismo, hermenêutica e (neo) constitucionalismo: um debate com Luigi Ferrajoli*.

Referências

- ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2011.
- BARROSO, Luís Roberto. *Interpretação e aplicação da Constituição*. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.
- BOBBIO, Norberto. *Teoria do ordenamento jurídico*. Tradução de Ari Marcelo Solon. São Paulo: Edipro, 2011.
- DIVAN, Gabriel Antinolfi. *Decisão judicial nos crimes sexuais: o julgador e o réu interior*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.
- ENGELMANN, Wilson. *Crítica ao positivismo jurídico: princípios, regras e o conceito de direito*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2001.
- FERRAJOLI, Luigi *et al.* *Garantismo, hermenêutica e (neo) constitucionalismo: um debate com Luigi Ferrajoli*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012.
- KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito*. Tradução João Baptista Machado. 6. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1998.
- LOPES JR, Aury. *Direito processual penal*. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.
- MARINONI, Luiz Guilherme. *Teoria geral do processo*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.
- ROSA, Alexandre Moraes da. *O que é garantismo jurídico: teoria geral do direito*. Florianópolis: Habitus, 2003.
- STRECK, Lenio Luiz. *Hermenêutica jurídica e(m) crise: uma exploração hermenêutica da construção do direito*. 6. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.
- VALE, André Rufino do. *Estrutura das normas de direitos fundamentais: repensando a distinção entre regras, princípios e valores*. São Paulo: Saraiva, 2009.
- WARAT, Luis Alberto. *A rua grita Dionísio: direitos humanos da alteridade, surrealismo e cartografia*. Tradução de Vivian Alves de Assis, Júlio Cesar Marcelino Jr. e Alexandre Moraes da Rosa. Rio de Janeiro: Lumen Iuris, 2010.