



Licenciado sob uma licença Creative Commons
ISSN 2175-6058
DOI: <https://doi.org/10.18759/rdgf.v24i2.2100>

DO LIVRE CONVENCIMENTO À POSSIBILIDADE DE DECISÕES JUDICIAIS DISCRICIONÁRIAS: ESTUDO DE DECISÕES NO ÂMBITO DA EXECUÇÃO PENAL NO CONTEXTO DA PANDEMIA DE COVID-19

*FROM FREE CONVICTION TO THE POSSIBILITY OF
DISCRETIONARY JUDICIAL DECISIONS: STUDY OF
DECISIONS IN THE SPHERE OF PENAL EXECUTION
IN THE CONTEXT OF THE COVID-19 PANDEMIC*

Glenio Puziol Giuberti
Fiammetta Bonfigli

RESUMO

O estudo pretende demonstrar que a permissão do artigo 155 do Código de Processo Penal brasileiro, que trata do princípio do livre convencimento motivado, possibilita a prolação de decisões judiciais subjetivas. Para tanto, será utilizada como base teórica a Crítica Hermenêutica do Direito (CHD), que trabalha a decisão judicial em perspectiva não discricionária. Partindo da base teórica, será feita a análise de três decisões judiciais exaradas pelo Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo durante a pandemia de COVID-19 e que ganharam repercussão na mídia por denegarem direitos fundamentais de custodiados no âmbito da execução penal, sob argumentação subjetiva.

Palavras-chave: Processo penal. livre convencimento motivado. Crítica Hermenêutica do Direito.

ABSTRACT

The study intends to demonstrate that the permission of article 155 of the Brazilian Criminal Procedure Code, which deals with the principle of free motivated conviction, enables the rendering of subjective judicial decisions. Therefore, the Hermeneutic Critique of Law (CHD) will be used as a theoretical basis, which works with the judicial decision in a non-discretionary perspective. Based on the theoretical basis, an analysis will be made of three judicial decisions issued by the Court of Justice of the State of São Paulo during the COVID-19 pandemic and which gained media repercussion for denying fundamental rights of custodians in the context of criminal execution, under argument subjective.

Keywords: criminal proceedings. free motivated conviction. Hermeneutic Critique of Law.

INTRODUÇÃO

A Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 inaugurou um novo paradigma para o ordenamento jurídico pátrio, na medida em que positivou diversas garantias fundamentais do cidadão, dentre elas, o devido processo legal. No processo penal, essa garantia consubstancia-se na observância do contraditório, da ampla defesa, da presunção de inocência e na necessidade de fundamentação das decisões judiciais, conforme os artigos 5º, incisos LV e LVII, e 93, inciso IX.

Nesse contexto, a preservação dessas garantias depende de sua concretização no momento de aplicação do direito pelo julgador na decisão judicial. Ocorre que o direito processual penal pátrio permite, textualmente, no artigo 155 do Código de Processo Penal, que o julgador forme sua convicção pela livre apreciação da prova e, até mesmo, que determine, de ofício, a produção de provas, como previsto pelo artigo 156 do diploma processual penal.

Essa possibilidade de atuação pelo livre convencimento possibilita decisões judiciais com fundamentação jurídica deficiente, ou seja, não pautadas no debate entre as partes e no direito que a comunidade política firmou democraticamente, enfraquecendo as bases de um sistema

processual penal que se pretenda acusatório e desaguando na indesejável discricionariedade judicial.

Por isso, o presente estudo fará um breve resumo acerca do sistema de processo penal reconhecido no Brasil, de acordo com posições doutrinárias, para, a partir daí, lançar os pressupostos da Crítica Hermenêutica do Direito (CHD), que trabalha a decisão judicial em sua perspectiva não subjetiva, com ênfase na intersubjetividade dos atores judiciais e na autonomia do Direito, principalmente, dos princípios e garantias fundamentais postos na Constituição Federal.

Ato contínuo, a teoria será contextualizada com três decisões judiciais exaradas no âmbito da execução penal durante a pandemia de COVID-19, nas quais resta clara a subjetividade nos argumentos utilizados.

Finalmente, na óptica da Crítica Hermenêutica do Direito, será demonstrado que posições ligadas ao livre convencimento motivado do julgador não garantem ao cidadão o direito fundamental a uma decisão constitucionalmente fundamentada em direito, sendo por isso desejável, o quanto possível, a eliminação de posições discricionárias ou que acarretam arbitrariedades quando do julgamento dos casos criminais concretos.

PROCESSO PENAL BRASILEIRO E TRAÇOS INQUISITÓRIOS: O LIVRE CONVENCIMENTO MOTIVADO

Para início da discussão, necessário destacar o modelo de processo penal adotado no Brasil. Esta discussão pode até parecer repetitiva, porém, para se chegar a um modelo de processo penal mais democrático, ou seja, em um processo penal que respeite as garantias processuais fundamentais constitucionais, esse corte é de imperiosa importância.

Isso porque a separação entre as funções de acusador, julgador e defensor é fundamental para equilibrar a prática dos atores no processo, de modo a preservar a imparcialidade na tomada da decisão final.

Entretanto, o Código de Processo Penal brasileiro é datado da década de 1940, trazendo as influências daquele período na sua formulação, principalmente o contexto ditatorial nacional da década de 1930, com a

chamada Constituição Polaca, bem como de legislações estrangeiras, tais como o Código Rocco, na Itália, ambas as legislações com vieses autoritários.

Com efeito, não se tem uma unanimidade em relação ao sistema processual penal pátrio, havendo posições que dizem ser um sistema acusatório e outras que dizem ser um sistema misto¹, ou seja, que entrelaça características acusatórias e características inquisitórias, estas que retiram validade da Constituição Federal. A última posição pode ser vista no seguinte trecho da obra de Guilherme Nucci (2012, p. 126):

O sistema adotado no Brasil, embora não oficialmente, é o misto. Registremos desde logo que há dois enfoques: o constitucional e o processual. Em outras palavras, se fôssemos seguir exclusivamente o disposto na Constituição Federal, poderíamos até dizer que nosso sistema é acusatório (no texto constitucional encontramos os princípios que regem o sistema acusatório). Ocorre que nosso processo penal (procedimento, recursos, provas etc.) é regido por código específico, que data de 1941, elaborado em nítida ótica inquisitiva (encontramos no CPP muitos princípios regentes do sistema inquisitivo, como veremos a seguir).

Diferente disso, há autores que não concordam com a classificação do processo penal pátrio como sendo de sistema misto, na medida em que “dizer que um sistema é ‘misto’ é não dizer quase nada sobre ele, pois misto todos são. O ponto crucial é verificar o núcleo, o princípio fundante, e aqui está o problema” (LOPES JR., 2016, p. 47). Então, de acordo com essa parcela da doutrina, à qual se alinha este trabalho, o processo penal brasileiro possui traços inquisitórios, já que permite ao julgador adotar uma postura ativa na busca da prova, até mesmo de ofício, conforme extrai-se do artigo 156 do Código de Processo Penal, bem como decidir conforme seu livre convencimento, nos termos do artigo 155².

Com efeito, o livre convencimento motivado possibilita ao julgador a formação de sua convicção através da livre apreciação da prova, o que, quando não orientado pelos princípios constitucionais, quebra a necessária separação entre acusador, julgador e defesa que deve perdurar durante todo o processo, principalmente, na consideração das teses das partes na sentença, pois, “em outras palavras: o sistema acusatório somente assume relevância paradigmática nesse contexto. Se nele colocarmos o ‘livre convencimento do juiz’ e estiver não balizado

pelo processo constitucionalizado, retornaremos ao inquisitorialismo” (STRECK, 2011, p. 646).

A defesa do livre convencimento se pauta na superação da prova legal ou tarifada, sistema de valoração probatória que pré-determinava o peso de uma ou de outra prova, a exemplo do uso da confissão como a “rainha das provas”.

Neste sentido, Michelle Taruffo (1990, p. 1) aduz que “o primeiro e principal significado de ‘livre convencimento do juiz’ é definido por antítese com relação ao conceito de prova legal³⁻⁴, e envolve os métodos de determinação da eficácia da prova” (tradução nossa)⁵.

Entretanto, o livre convencimento ou persuasão racional como mera superação da prova tarifada não delinea um critério de valoração, mas, ao contrário, é “antes uma resignação diante da falta de uma alternativa melhor (*faute de mieux*) do que uma solução que se impõe por seus próprios méritos” (COSTA, 2013, p. 363).

Desse modo, o livre convencimento motivado reforça o contorno inquisitório do processo penal brasileiro, justamente porque, a par de o artigo 93, inciso IX da Constituição Federal impor, textualmente, a necessidade de fundamentação das decisões judiciais como garantia fundamental, possibilita decisões pautadas em justificações internas, não abrindo a possibilidade de conhecimento das razões de decidir quando a decisão é pautada na consciência do julgador.

Não se quer dizer que o julgador é neutro ou que não é tocado por influências externas, mas, de outro modo, que em uma decisão jurídica suas pré-compreensões e suposições não devem tomar o lugar daquilo que é entendido como direito, mormente em temas ligados à direitos e garantias fundamentais. Dito de outro modo, nos termos dos ensinamentos de Lenio Streck (2020, p. 216), “pelo ‘livre convencimento’, o juiz é livre para se ‘convencer’ de qualquer coisa. Porque se o convencimento é ‘livre’, qual é o limite? Qual é o constrangimento? Qual é a instância que regula a decisão judicial? Esse é o ponto”.

Portanto, traçadas as bases dos problemas que podem surgir do livre convencimento motivado no processo penal pátrio, que, misto ou inquisitório, ainda necessita de mudanças para ser considerado acusatório, passa-se ao estudo da Crítica Hermenêutica do Direito (CHD)

como forma de se demonstrar que essa possibilidade de livre convicção do julgador não é compatível com um processo penal que se pretenda acusatório em um Estado Democrático de Direito, que possui direitos e garantias fundamentais expressas no texto constitucional e, dentre elas, a necessidade de fundamentação das decisões judiciais.

A CRÍTICA HERMENÊUTICA DO DIREITO (CHD) E O COMBATE À DISCRICIONARIEDADE JUDICIAL

No contexto do que foi exposto no tópico acima, a teoria utilizada para dar os contornos de uma possível superação da discricionariedade judicial é a Crítica Hermenêutica do Direito (CHD), desenvolvida pelo professor Lenio Streck e que trabalha a noção de decisão jurídica não pautada em subjetividades, ligando-se, desse modo, ao objeto de estudo do presente trabalho. Em outras palavras:

A CHD entende a decisão jurídica como não-discricionária e procura desenvolver uma perspectiva teórica neste caminho, seja pela exigência hermenêutica em que todo o processo de compreensão é sempre intersubjetivo como também pela exigência democrática que requer decisões jurídicas que não espelhem vontades individuais, mas o direito construído pela/na comum-unidade. (STRECK, 2017a, p. 61)

A citada teoria trabalha a necessidade de adoção pela comunidade jurídica da viragem linguística ocorrida na filosofia, para, a partir daí, haver a superação do esquema sujeito-objeto que se deu, justamente, pelo “triunfo do juiz solipsista, que coloca o sujeito da relação sujeito-objeto como o ‘senhor dos sentidos’” (STRECK, 2020, p. 97), ou seja:

Trata-se, enfim, da elaboração de uma análise antimetafísica, isto porque, a partir da viragem linguística e do rompimento com o paradigma metafísico aristotélico-tomista e da filosofia da consciência, a linguagem deixa de ser uma terceira coisa que se interpõe entre um sujeito e um objeto, passando a ser condição de possibilidade. (STRECK, 2014, p. 21)

Nessa linha, ao se falar em decisão judicial, deve-se trabalhar com a faticidade do direito consubstanciado na Constituição Federal, para que o

jugador receba de antemão um sentido que se antecipa, a fim de que se possa frear interpretações que desconsiderem a historicidade do direito em face de argumentos puramente subjetivos, ou seja:

Essa superação, na linguagem hermenêutica, significa um *questionar originário da pergunta pelo sentido da Constituição*, isto é, pelo âmbito do projeto constitucionalizador e, conseqüentemente, pela verdade do ser da Constituição (*e do próprio Direito, razão de ser de nossa atividade de ser jurista!*). (STRECK, 2014, p. 393)

Para explicar esse conceito de faticidade, deve-se recorrer aos pensamentos de Martin Heidegger e Hans-Georg Gadamer, bases filosóficas trabalhadas pela Crítica Hermenêutica do Direito (CHD).

Nesse sentido, aquilo que se antecipa decorre do chamado “círculo hermenêutico” que a partir de Martin Heidegger, no século XX, introduziu a faticidade na hermenêutica como um novo campo de investigação (OLIVEIRA; TRINDADE, 2017, p. 316-317). Desse modo, conforme ensina Lenio Streck (2020, p. 40), “círculo hermenêutico quer dizer que sempre ingressamos em um ‘processo’ de compreensão com algo antecipado”.

Dito de outro modo, a interpretação se dá pelo “*previamente posseído, previamente visto y lo previamente ideado*” (OSUNA, 1992, p. 61), de modo que a interpretação e a aplicação não mais se fundem.

Seguindo Heidegger, a hermenêutica filosófica de Hans-George Gadamer (2002, p. 282), trata a faticidade como “aquilo do qual não se pode voltar atrás”, de modo que, a par das pré-compreensões inerentes à condição humana⁶, a interpretação se liga à tradição, justamente como forma de diálogo entre os preconceitos e a compreensão.

Nesse contexto, da hermenêutica filosófica, a Crítica Hermenêutica do Direito trabalha a noção de *applicatio*, que tem relação direta com a pré-compreensão, justamente porque há sempre um sentido antecipado (STRECK, 2020, p. 21). Então, a aplicação do direito não é separada da interpretação, ou seja, “*applicatio* quer dizer que desde sempre já estou operando com esse conjunto de elementos e categorias que me levam à compreensão. Mesmo quando raciocino com exemplos abstratos, estou aplicando” (STRECK, 2020, p. 21).

Em relação à legislação, certo é que o texto legal não basta em si próprio, porém, não se pode deixar de considerá-lo no momento de sua aplicação, naquele momento de concretização da norma, “porque o texto só será compreendido na sua norma, e a norma só será compreendida a partir do seu texto. E não há textos ‘sem coisas’” (STRECK, 2017b, p. 369).

Inclusive, que fique claro que o artigo não defende o textualismo. Entretanto, conforme se verifica nas palavras de Lenio Streck (2010, p. 170): “[...] cumprir a ‘letra da lei’ é um avanço considerável. Lutamos tanto por democracia e por leis mais democráticas...! Quando elas são aprovadas, segui-las à risca é nosso dever. Levemos o texto jurídico a sério, pois!”. Dito de outra forma, não se deve invocar posições subjetivas para desconsiderar o texto legal.

Logicamente, o intérprete do texto jurídico detém suas pré-compreensões, conceitos já formados, conceitos prévios propriamente ditos. Apesar disso, “a compreensão somente alcança sua verdadeira possibilidade, quando as opiniões prévias, com as quais ela inicia, não são arbitrárias” (GADAMER, 1999, p. 403).

Isso quer dizer, no contexto do que vem sendo discutido neste tópico, que “uma consciência formada hermeneuticamente tem que se mostrar, desde o princípio, para a alteridade do texto” (GADAMER, 1999, p. 405). No campo do Direito não é diferente.

Por isso é que o texto constitucional somente poderá ser entendido através de sua aplicação concreta, através da intersubjetividade em sua compreensão, de modo que o intérprete deve se abster de sua subjetividade, deixando que a norma lhe diga algo, ou então, mais especificamente, na compreensão da Constituição como Constituição. Ou seja:

Assim, o texto da Constituição só pode ser entendido a partir de sua aplicação. *Entender sem aplicação não é um entender. A applicatio é a norma(tização) do texto constitucional. A Constituição será, assim, o resultado de sua interpretação (portanto, de sua compreensão como Constituição), que tem o seu acontecimento (Ereignis) no ato aplicativo, concreto, produto da intersubjetividade dos juristas, que emerge da complexidade das relações sociais. (STRECK, 2017b, p. 373)*

Então, a resposta a ser dada na decisão judicial é aquela em conformidade com as normas constitucionais e legais que garantem os direitos fundamentais do cidadão em face de possíveis arbitrariedades que possam vir a serem cometidas pelo Estado, enquanto detentor do *jus puniendi*. Normas estas que, no processo penal, consubstanciam-se, principalmente, na positivação do contraditório, da ampla defesa, da presunção de inocência e da necessidade de efetiva fundamentação das decisões judiciais, garantias processuais postas no artigo 5º, incisos LV e LVII, e no artigo 93, inciso IX, ambos da Constituição da República Federativa do Brasil.

Nessa perspectiva, para além da hermenêutica filosófica, a Crítica Hermenêutica do Direito (CHD) afirma, pautando-se pelo artigo 93, inciso IX, da Constituição Federal e pelo Direito como integridade de Ronald Dworkin, que o cidadão tem direito fundamental a uma decisão adequada à Constituição ou, em outras palavras, a uma resposta correta para seu caso concreto.

Isso porque Dworkin trata da história institucional do Direito, lançando mãos a argumentos de princípio, apontando para “os limites que devem haver no ato de aplicação judicial (por isso, ao direito não importa as convicções pessoais/morais do juiz acerca da política, sociedade, esportes etc.; ele deve decidir por princípios)” (STRECK, 2017b, p. 521).

Para que fique mais claro o que significa julgar por princípios, trazem-se as palavras de Lenio Streck em entrevista concedida à revista eletrônica Consultor Jurídico (*ConJur*), ocasião em que afirmou o seguinte sobre o tema:

Penso que a melhor resposta é dada por Ronald Dworkin, que sustenta que, não importa a causa, boa ou ruim, ou se o crime é grave ou não, a aplicação sempre deve ser por princípio. Na hermenêutica filosófica também pensamos desse modo. Logo, se a melhor resposta é a de que os princípios são deontológicos e que devemos julgar por princípios, devemos pagar (e cobrar) esse preço. Qual é o preço? O preço é o de, em sendo o caso, devemos contrariar a maioria. Aliás, a Constituição é um remédio contra majorias. Ela só tem sentido sendo lida desse modo. Direitos fundamentais só adquirem sentido quando postos à prova, no seu limite. Talvez nas piores violações é que se mede o coeficiente democrático de um país. (STRECK, 2012b)

O julgar por princípios tem ligação com a autonomia e com a integridade do Direito, de modo a se apresentar como “um conjunto de princípios que a comunidade impõe à maioria no sentido de respeitar os direitos individuais, enquanto decisões políticas passadas” (JEVEAUX, 2006, p. 145).

Em razão disso, a CHD trabalha com a noção de princípios, não como uma abertura para diversos significados, mas como fechamento interpretativo, ao introduzir o mundo prático no Direito, colocando-se contra subjetivismos, ou seja, a Crítica Hermenêutica do Direito:

[...] parte da tese de que os princípios introduzem o mundo prático no direito, “fechando” a interpretação, isto é, diminuindo – ao invés de aumentar – o espaço da discricionariedade do intérprete; além disso, o círculo hermenêutico e a diferença ontológica colocam-se como blindagem contra relativismos. (STRECK, 2017a, p. 57)

Nesse sentido, a blindagem contra relativismos visa ao tratamento dos jurisdicionados em igualdade de condições perante situações de interferência em direitos fundamentais, como é o caso da aplicação do direito penal por intermédio do devido processo legal, pautado em princípios constitucionais.

Dito de outro modo, as disposições constitucionais expressas no texto da Carta Magna impõem que todos os cidadãos levados a julgamento devem ter essas garantias preservadas, no intuito de garantir que direitos fundamentais não sejam violados por posições isoladas, de justificação interna. Nas palavras de Ronald Dworkin (2005, p. 101):

[...] o Tribunal deve tomar decisões de princípio, não de política – decisões sobre que direitos as pessoas têm sob nosso sistema constitucional, não decisões sobre como se promove melhor o bem-estar geral –, e que deve tomar essas decisões elaborando e aplicando a teoria substantiva da representação, extraída do princípio básico de que o governo deve tratar as pessoas como iguais.

Portanto, no contexto da Crítica Hermenêutica do Direito (CHD), em que o direito deve preservar seu grau de autonomia, contra relativismos, o combate à discricionariedade judicial é fundamental em um Estado

Democrático de Direito, na medida em que a discricionariedade permite arbitrariedades nos casos concretos.

Isso porque, “o que se chama de discricionariedade judicial nada mais é do que uma abertura criada no sistema para legitimar, de forma velada, uma arbitrariedade, não mais cometida pelo administrador, mas pelo Judiciário” (STRECK, 2020, p. 79).

Nessa linha de pensamento, após a explanação acerca da teoria base do presente estudo, passa-se à sua contextualização com a prática, por meio da análise do discurso em três decisões judiciais proferidas em âmbito de execuções penais, duas em primeiro grau de jurisdição e uma em segundo grau de jurisdição, no contexto da pandemia de COVID-19, como forma de demonstrar que a abertura para posições subjetivas no ato decisório possibilita espaço para a afronta, principalmente, do direito a uma decisão constitucionalmente fundamentada, enfraquecendo assim a autonomia do Direito e os direitos e garantias fundamentais do cidadão, consagrados na Constituição da República Brasileira de 1988.

DA TEORIA À PRÁTICA: O EXEMPLO DAS DECISÕES JUDICIAIS QUE DENEGARAM DIREITOS NAS EXECUÇÕES PENAIS NO CONTEXTO DA PANDEMIA DE COVID-19

No contexto do que foi exposto, é importante deixar claro que o presente artigo não pretende fazer acusações aos magistrados enquanto pessoas insertas na comunidade e que, obviamente, possuem suas compreensões de mundo, mas, de outro modo, trazer um debate acerca da responsabilidade política do Poder Judiciário no momento de prolação de uma decisão judicial, justamente pelo fato de que, mesmo juízes probos e honestos, não podem sobrepor suas convicções pessoais àquilo que a comunidade política fixou como direito.

Acerca disso, é esclarecedora a passagem de Fernando Vieira Luiz, ao afirmar o seguinte:

“[...] Sou juiz, minha mãe é juíza, meus amigos juízes e promotores, com os quais convivo, são todos honestos, probos e justos. Interessante é que, quando nos reunimos para falar sobre os casos que decidimos, chegamos

à conclusão que, embora a nossa honestidade, probidade e sentimento de justiça, damos sentenças tão diferentes umas das outras, em casos, por vezes, muito, muito similares”. Por isso, continuou, “cheguei à conclusão de que havia algo errado. Não basta ser honesto, probo e ter sentimento do justo. Todos, eu, minha mãe, meus amigos, decidimos conforme nossas consciências. Só que as decisões são tão discrepantes... Por isso, fui estudar ‘teoria da decisão’ [...]”. (LUIZ, 2013, p. 9)

Dito de outro modo, “a decisão judicial exige exercício prático, senso de dever, capacidade de se adotar uma atitude reflexiva em relação às próprias pré-compreensões, garantia de coparticipação dos destinatários da decisão no processo deliberativo, aprendizado institucional e debate público” (STRECK, 2020, p. 215).

É nesse contexto que serão utilizadas três decisões judiciais proferidas no âmbito das execuções penais, no contexto da pandemia, para exemplificar o que seria uma fundamentação pautada em argumentos descolados do direito posto, pautadas em opiniões pessoais acerca de possibilidade ou não de cumprimento de pena fora do estabelecimento prisional no âmbito da pandemia de COVID-19.

Tais decisões judiciais ganharam repercussão na mídia⁷, justamente por conta de seu conteúdo, o que motivou a sua escolha e análise no presente trabalho como forma de exemplificar, através da prática, o que a CHD pretende combater quando defende uma decisão judicial não discricionária e pautada na intersubjetividade.

O primeiro caso a ser analisado trata de decisão proferida no processo nº 1005171-32.2020.8.26.0482 pelo Juízo da 1ª Vara das Execuções Criminais da Comarca de Presidente Prudente, no Estado de São Paulo, ocasião em que a justificativa apresentada para a negativa do pedido, ao citar a luta de Winston Churchill contra Hitler, foi a seguinte (grifos do autor):

[...] No velho mundo durante os anos 20 e especialmente os anos 30 do século XX – naquilo que hoje poder-se-ia afirmar como sendo uma postura politicamente correta – inúmeras lideranças e pessoas formadoras de opinião adotaram uma atitude apaziguadora, complacente, benevolente, afável, compassível, condescendente com a figura do nascente e finalmente ditador tedesco.

Uma das poucas vozes contra este estado de coisas – inclusive em dissonância com os seus próprios partidários – foi a pessoa de Winston Churchill. [...]

Churchill teimosamente – mais uma vez em dissonância com alguns de seus próprios partidários – conseguiu manter a Grã Bretanha lutando sozinha neste momento com mais uma de suas frases inspiradoras: “*now this is not the end. It is not even the beginning of the end. But it is, perhaps, the end of beginning*”. Numa tradução livre: “*agora não é o fim. Nem mesmo é o começo do fim. Mas, talvez, o fim do começo*”. [...]

Desse modo as deficiências do sistema penitenciário não são discrepantes ou mesmo anômalas aos demais serviços estatais e, portanto, não pode servir de argumento para desencarcerar quem ainda por determinação de lei deve estar recolhido em estabelecimento penal.

Aliás, ao ensejo, tal medida não encontra amparo legal. Muito ao contrário a prisão domiciliar é exceção e só deve ser concedida para quem se encontra em regime aberto (art. 117 da LEP).

Posto isto, ***fica indeferido o pedido***. (SÃO PAULO, 2020a)

Para que o estudo da supracitada decisão fique mais claro, ressaltase que a mesma trata de requerimento da defesa para cumprimento da pena, decorrente de condenação transitada em julgada, em regime domiciliar em razão da pandemia do COVID-19 e dos riscos de contaminação à época do pedido.

Com efeito, o Conselho Nacional de Justiça (CNJ) havia editado a Recomendação nº 62/2020 (BRASIL, 2020a), que previa a possibilidade de concessão de regime domiciliar a cidadãos do grupo de risco, na medida em que a doença se espalhava com muita facilidade no interior das unidades prisionais.

Referida recomendação tratava de requisitos objetivos para a concessão do regime domiciliar, tais como a relação de doenças que comporiam o grupo de risco, bem como o artigo 14 da Lei de Execução Penal (Lei nº 7.210/84), a garantir que a assistência à saúde do preso e do internado de caráter preventivo e curativo, compreenderá atendimento médico, farmacêutico e odontológico.

Entretanto, conforme se verifica do discurso adotado pela decisão objeto de análise, destacam-se a alusão a uma postura “politicamente correta”, a comparação do sistema carcerário com os demais serviços

estatais e, por fim, a “teimosia” de Winston Churchill em manter a Grã-Bretanha lutando contra “este estado de coisas”, em referência ao politicamente correto.

Então, a par da Lei de Execução Penal e da recomendação do CNJ em relação aos riscos trazidos pela pandemia aos grupos vulneráveis em termos de saúde, a decisão se preocupa em descrever questões periféricas que nada tem a ver com o direito posto a discussão, qual seja, a tutela da saúde do condenado que cumpre seu processo de execução penal sob custódia do Estado.

A segunda decisão judicial analisada consta do processo nº 2061058-72.2020.8.26.0000, também do Estado de São Paulo, em que, a pretexto de indeferir o pedido de liminar em *habeas corpus*, o Desembargador relator fez comparação entre os cidadãos que postulavam a prisão domiciliar em razão da pandemia do coronavírus e os astronautas que estavam na estação espacial internacional quando da prolação da decisão, nos seguintes termos (grifos do autor):

[...] A questão relativa ao COVID-19 tem sido alegada de forma tão indiscriminada que sequer mereceria análise detalhada. Dos cerca de 7.780.000.000 de habitantes do Planeta Terra, apenas 3 (três): ANDREW MORGAN, OLEG SKRIPOCKA e JESSICA MEIER, ocupantes da estação espacial internacional, o primeiro há 256 dias e os outros dois há 189 dias, portanto há mais de 6 meses, por ora não estão sujeitos à contaminação pelo famigerado CORONA VIRUS.

Importante lembrar que os que estão há menos tempo fora do planeta, dele saíram em 25 de setembro de 2019, cerca de dois meses antes das notícias acerca da pandemia que se iniciou nas China. Portanto, à exceção de três pessoas, todas demais estão sujeitas a risco de contaminação, inclusive os que estavam na Estação Espacial Internacional e retornaram à terra no princípio de setembro de 2019. *Portanto, o argumento do risco de contaminação pelo COVID19 é de todo improcedente e irrelevante.*

Inúmeras pessoas que vivem em situação que pode ser considerada privilegiada, tais como: o Príncipe Albert de Mônaco, o Príncipe Charles da Inglaterra, primeiro da ordem de sucessão ao trono, o Presidente do Senado Federal Davi Alcolumbre etc. foram contaminados e estão em tratamento.

Lembre-se também das pessoas que, para o bem de inúmeras outras, ficam expostas a evidente e sério risco e mesmo com equipamentos de proteção (roupas, luvas, máscaras etc), rígidas regras de higiene e etc, são infecta-

das pelo COVID 19. Assim, todos, à exceção dos três acima mencionados, estão em efetivo risco, daí porque a liminar, por esta razão fica **indeferida**. (SÃO PAULO, 2020c)

Da leitura da decisão acima, verifica-se que a pretensa fundamentação chama a atenção já pelo seu início, ocasião em que se afirma, a par da recomendação do CNJ e da disposição da Lei de Execução Penal, que a questão relativa a COVID-19 “sequer mereceria análise detalhada”.

Ato contínuo, o magistrado⁸ faz a comparação entre os astronautas da estação espacial e o restante da população mundial, no sentido de que somente os três astronautas estariam imunes ao contágio do coronavírus, destacando, ainda, que pessoas da primeira linhagem de sucessão ao trono da família real Inglesa, bem como o então Presidente do Senado Federal, foram contaminados e estavam em tratamento da doença. Com base nesses argumentos, a liminar foi indeferida.

Apesar da decisão juridicamente descontextualizada em relação ao pedido e ao direito discutido, a 7ª Câmara de Direito Criminal do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo confirmou a decisão liminar e denegou o *habeas corpus*, em decisão também pautada pela utilização de argumentos utilitaristas e extrajurídicos, tais como o seguinte:

Há por parte de muitos uma grande preocupação com os presos ou adolescentes internados, pessoas que praticaram delitos e estão respondendo a processo ou cumprindo penas ou medidas socioeducativas.

Mas, existem outras que nada de mal fizeram. Ao contrário, são vítimas de toda sorte de infortúnios e estão segregadas da sociedade claro que para o bem delas, mas inquestionavelmente segregadas e não vejo qualquer preocupação maior ou que seja dada importância à situação delas, inclusive pelos meios de comunicação. (SÃO PAULO, 2020b)

Também esse acórdão do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, terceira decisão judicial analisada, utiliza argumentação no sentido de que existe muita preocupação com presos ou adolescentes internados, em detrimento de pessoas que “nada de mal fizeram”, mas estão segregadas, de modo que o julgador não observa a mesma preocupação em relação a elas.

O que se quer demonstrar das decisões expostas é que a permissão ao julgador para decidir conforme seu livre convencimento possibilita

a utilização de posições subjetivistas no Direito, desaguando na discricionariedade judicial, ou seja, em uma decisão judicial produto da consciência do magistrado, sem a devida contextualização com o que a comunidade política entende como direito válido.

Este é o âmbito de estudo da CHD em face de subjetivismos, no intuito de garantir a intersubjetividade no ato de concretização de um direito quando de sua aplicação na decisão judicial.

A intersubjetividade ganha maior relevância no âmbito de uma Constituição como a brasileira, que trata, expressamente, de direitos e garantias fundamentais processuais, dentre elas, a necessidade de fundamentação da decisão judicial. Não obstante isso, toda a legislação infraconstitucional extrai a sua validade das normas da Carta Magna.

Nesse contexto, por exemplo, o fato de os serviços públicos em geral serem considerados, pelo juiz, deficientes ou, então, o fato de somente as três pessoas que estavam na estação espacial internacional não correrem risco de serem contaminadas ou, ainda, a suposta ausência de preocupação com os não encarcerados, não podem se sobrepor ao que se tem de normas referentes à execução penal, ao processo penal e à situação da pandemia nos estabelecimentos prisionais.

Isso porque os argumentos utilizados são opiniões pessoais dos julgadores, não pautadas pela situação concreta e pelo que as normas relativas à execução penal determinam. São decisões que desconsideram a intersubjetividade, portanto.

O objetivo proposto não é criticar o resultado das decisões e do acórdão, qual seja, o indeferimento dos pedidos, mas a argumentação utilizada para o indeferimento, que, conforme se demonstrou, nada tem a ver com o direito posto.

O indeferimento poderia se dar por razões concretas do caso analisado, tais como a não verificação de doença que caracterize grupo de risco, por exemplo. Não foi o que ocorreu no caso concreto.

Certo é que em um Estado Democrático de Direito já se tem um sentido do que se entende pelo direito posto, em contraposição à fundamentação de caráter justificativo interno, subjetivo, sentido este que se retira das normas, principalmente, das constitucionais fundamentais, ou, em outras palavras:

A ideia de uma ordem judicial implica que a sentença do juiz não surja de arbitrariedades imprevisíveis, mas de uma ponderação justa do conjunto. A pessoa que se tenha aprofundado na plena concreção da situação estará em condições de realizar essa ponderação justa. É por isso que existe segurança jurídica em um estado de direito, ou seja, podemos ter uma ideia daquilo com que estamos às voltas. (GADAMER, 2011, p. 433)

Nessa linha, a fundamentação judicial deve possibilitar às partes conhecer das razões de fato e de direito, ou seja, a qualificação jurídica dos fatos postos à discussão quando da decisão judicial.

Não basta, então, que a decisão judicial seja fundamentada através de algum método, mesmo que racional, que não reflita o direito posto a julgamento, principalmente porque fato e direito não se distinguem, assim como decisão e fundamentação, distinção que permite que o julgador decida para depois justificar sua “boa” decisão, “e, com isso, ele acaba aceitando que o verdadeiro fundamento, aquele que acompanhou a decisão, seja mascarado por uma justificação posterior fundada em critérios jurídico-rationais, ou seja, coerentes e universalizáveis” (RAATZ; STRECK, 2017, p. 168), mas não jurídicos.

É por isso que a fundamentação a que faz referência o artigo 93, inciso IX, da Constituição Federal, na óptica da CHD, somente será respeitada quando a autoridade julgadora “se desincumbir do ônus de demonstrar que sua decisão é correta, que está fundada em prejuízos legítimos e que sua subjetividade não se sobrepôs ao direito a sua história institucional, levando-se em consideração o contexto circunstancial dos fatos definidor do caso concreto” (RAATZ; STRECK, 2017, p. 169).

Desse modo, o livre convencimento, como possibilidade legal (na esteira do artigo 155 do Código de Processo Penal) de convicção pela livre apreciação de fatos e provas, não preenche o dever de fundamentação jurídica, justamente porque permite ao julgador escolher uma justificação tomada subjetivamente, como nas decisões tratadas neste trabalho.

A questão se torna ainda mais problemática quando verificado que os tribunais superiores chancelam a aposta no livre convencimento motivado do juiz, deixando a escolha sobre qual a tese mais relevante ou o fundamento da decisão exclusivamente a cargo do julgador, conforme

se verifica, por exemplo, do seguinte trecho em acórdão do Superior Tribunal de Justiça (BRASIL, 2020b):

[...] Acerca da não apreciação de todas as teses defensivas, ressalte-se que, conforme a consolidada jurisprudência desta Corte, o órgão julgador não está obrigado a se manifestar sobre todos os pontos alegados pela parte, mas somente sobre aqueles necessários ao deslinde da controvérsia, de acordo com o livre convencimento motivado. Nesse sentido, os seguintes julgados: EDcl no AgRg no HC 514.943/SC, Rel. Ministro JOEL ILAN PACIORNIK, QUINTA TURMA, julgado em 23/06/2020, DJe 29/06/2020, e EDcl no AgRg no HC 520.357/SP, Rel. Ministro NEFI CORDEIRO, SEXTA TURMA, julgado em 10/12/2019, DJe 12/12/2019.

Ou ainda, em outro acórdão do STJ, dessa vez em análise dos critérios para a fixação da pena-base do recorrente, ocasião em que foi utilizado como razão de decidir, o seguinte: “Outrossim, o legislador não delimitou parâmetros para a sua fixação, de forma que a majoração fica adstrita ao prudente arbítrio do Magistrado, que deve observar o princípio do livre convencimento motivado” (BRASIL, 2020c).

Também nessa linha vem decidindo o Supremo Tribunal Federal (STF), conforme se verifica, por exemplo, do seguinte trecho retirado de julgamento de agravo regimental em *habeas corpus*: “Afirmo, com efeito, que a decisão ora questionada alinhava-se perfeitamente à jurisprudência desta Suprema Corte, no sentido de que o magistrado julga a causa de acordo com a sua convicção a respeito das provas produzidas legalmente no processo” (BRASIL, 2020d).

Com efeito, não se espera do Poder Judiciário, em uma democracia, a opinião pessoal dos julgadores, tampouco seu “prudente arbítrio”, mas, ao contrário, que seja efetivado o direito fundamental do cidadão a uma decisão constitucionalmente fundamentada, de acordo com o que traz o artigo 93, inciso IX, da Constituição Federal, na medida em que “é necessário que a resposta apresentada para o caso permita à sociedade democrática conhecer os motivos que levaram o tribunal àquela interpretação e não a outras” (TRINDADE, 2017, p. 93).

É nesse sentido que a autonomia do Direito, também tratada pela CHD, tem ligação direta com a democracia, visto que “um elevado grau de autonomia do Direito é condição de possibilidade para que o

Constitucionalismo Contemporâneo propague uma atuação democrática do Estado” (STRECK, 2020, p. 32).

Outrossim, a integridade do Direito impõe decisões por princípios para que os jurisdicionados sejam tratados de forma isonômica pelo Estado, quando submetidos, principalmente, ao processo penal, ante a intensidade de interferência nos direitos fundamentais da intimidade, da liberdade e da presunção de inocência, de modo a garantir a aplicação dos direitos e garantias fundamentais independentemente de opiniões pessoais, mas através dos direitos postos pela comum-idade política para sua aplicação e reconhecimento. Em outras palavras, “a integridade é diferente da justiça e da equidade, mas está ligada a elas da seguinte maneira: a integridade só faz sentido entre pessoas que querem também justiça e equidade” (DWORKIN, 1999, p. 314).

Nesse contexto, através da CHD e sua aposta na linguagem como condição de possibilidade para a intersubjetividade no direito, bem como pela autonomia e pela integridade de garantias fundamentais do cidadão quando da aplicação do direito através do processo penal, é possível pôr à discussão uma teoria da decisão judicial que supere a aposta na subjetividade, como requisito de um processo penal no Estado Democrático de Direito.

Por isso, mais do que trazer inúmeras decisões, o presente estudo teve como objetivo tocar nesse assunto delicado que é o combate, por exemplo, ao “livre convencimento motivado” do juiz, por meio da demonstração dos argumentos utilizados nas decisões supracitadas, estes fora do direito posto, mais especificamente da Recomendação nº 62/2020 do CNJ e das regras processuais penais e de execução penal, em detrimento de subjetividades, tais como o fato de somente os três ocupantes da estação espacial estarem imunes ao COVID-19, para denegar benefícios previstos em lei aos custodiados pelo Estado, acarretando em decisões judiciais discricionárias.

Portanto, de nada adianta o dever de fundamentar se essa fundamentação advier do subjetivo do juiz e não da construção da decisão levando em conta o direito da comunidade política e o argumento das partes, pautando-se na intersubjetividade, como forma de garantir e não violar direitos fundamentais constitucionalmente assegurados, em

detrimento de tentativas de correções de direitos por argumentos de justificação interna.

CONCLUSÃO

Conforme foi demonstrado no presente estudo, o processo penal pátrio, a par da discussão acerca de ser sistema misto ou inquisitório, ainda possui traços que não permitem conformá-lo como um sistema acusatório e, dentre esses traços, chama a atenção a possibilidade de o julgador decidir livremente de acordo com sua consciência ou, até mesmo, determinar a produção de provas de ofício, com fulcro nos artigos 155 e 156^o, ambos do Código de Processo Penal.

Isso reforça a crença da comunidade do direito na subjetividade do magistrado no momento da decisão ou na determinação da produção da prova, o que coloca em xeque sua imparcialidade, na medida em que atua fora dos limites da separação entre acusador, defensor e julgador, permitindo, com isso, que exista a possibilidade de prolação de decisões judiciais dissociadas dos debates das partes ou do próprio direito posto pela comunidade política.

Essa crença advém da não admissão pelo direito da viragem ontológico-linguística da filosofia que, se aplicada ao direito, significa que no direito não se pode dizer qualquer coisa sobre qualquer coisa para depois buscar uma justificativa (STRECK, 2012a), mas há uma linguagem pública, limites institucionais para a aplicação do direito, sendo por isso, uma blindagem contra voluntarismos e subjetivismos.

Nesse sentido, a Crítica Hermenêutica do Direito, partindo da hermenêutica filosófica de Hans-George Gadamer e do direito como integridade de Ronald Dworkin, entende a aplicação do direito na decisão judicial como algo não discricionário, afirmando, ainda, ser um direito fundamental do cidadão obter uma decisão judicial constitucionalmente fundamentada, de acordo com o artigo 93, inciso IX, da Constituição, e com o debate das partes, além daquilo que a comunidade política entende por direito.

Nesse contexto, foram citadas três decisões judiciais que denegaram os direitos aos custodiados, inclusive em segundo grau de jurisdição, como exemplo do que pode ocorrer quando a lei processual penal permite a decisão conforme o livre convencimento do juiz, de acordo com a sua consciência, o que é reforçado pelos tribunais superiores, desaguando na discricionariedade judicial, em decisões arbitrárias, ausentes de fundamentação que leve em conta o debate das partes no processo, bem como a interpretação/aplicação do direito de acordo com o que a comunidade política entende como tal, através da inserção da legislação, em conformidade com a Constituição, no ordenamento jurídico.

Portanto, para que a autonomia do Direito não seja substituída por argumentos subjetivos, moralistas ou utilitaristas, deve-se combater a discricionariedade judicial, principalmente no processo penal, objeto do estudo, a fim de se preservarem os direitos e garantias fundamentais processuais e tentar, o quanto possível, conformar o processo penal brasileiro à óptica democrática, através da efetivação do direito fundamental do cidadão a uma decisão judicial constitucionalmente fundamentada, com fulcro no artigo 93, inciso IX, e nos demais direitos fundamentais expressamente previstos na Constituição Cidadã.

NOTAS

- ¹ Nesse sentido: Edilson Mougnot Bonfim (2014, p. 75): “Nossa posição: Em que pese a divergência, fato é que a persecução penal no sistema brasileiro cinde-se em duas partes, configurando-se em sistema misto. A fase investigatória tem, em regra, caráter inquisitivo, a ela não se aplicando todas as garantias inerentes ao processo, porque não é um processo”. Ainda, Rogério Lauria Tucci (2002, p. 38): “O moderno processo penal delinea-se inquisitório, substancialmente, na sua essencialidade; e, formalmente, no tocante ao procedimento desenrolado na segunda fase da persecução penal, acusatório”.
- ² “Art. 155. O juiz formará sua convicção pela livre apreciação da prova produzida em contraditório judicial, não podendo fundamentar sua decisão exclusivamente nos elementos informativos colhidos na investigação, ressalvadas as provas cautelares, não repetíveis e antecipadas”.
- ³ No mesmo sentido, Carlos Alberto Alvaro de Oliveira (2004, p. 225): “Aliás, se bem atentarmos à lição da história, constatar-se-á que as grandes mudanças do processo sempre ocorreram no terreno da prova. Verifique-se, por exemplo, a passagem do sistema da prova legal para o da persuasão racional [...]”.
- ⁴ No campo processual civil: “[...] veja-se o art. 131 do CPC/1973, que fala em apreciação ‘livre’ da prova e da indicação dos motivos que formaram o ‘convencimento’ do julgador. Daí se pode extrair, tão somente, uma ruptura com o antigo e defasado sistema tarifário de provas, onde havia regras legais para a valoração de umas e outras espécies probatórias” (SCHMITZ, 2015, p. 5).

- ⁵ No original: *“il primo e principale significato di ‘libero convincimento del giudice’ si definisce per antitesi rispetto al concetto di prova legale, ed investe le modalità di determinazione dell’efficacia delle prove”*.
- ⁶ Neste sentido, Heidegger explica que: “Não há ausência de preconceito, isto é uma utopia. A ideia de não ter preconceito nenhum é em si o maior preconceito. [...] Livre não de preconceitos, mas sim na possibilidade de abandonar um preconceito no momento decisivo, na base do encontro crítico com o assunto em questão. Essa é a forma de existência de um homem de ciência” (HEIDEGGER, 2005, p. 2).
- ⁷ Neste sentido, conferir: ANGELO, 2020a; ANGELO, 2020b; MACEDO, 2020; CNJ, 2020.
- ⁸ Que fique claro que a crítica não é pessoal, se relacionando ao contexto do presente trabalho, qual seja, a crítica de decisões judiciais que apresentem justificacão fora do direito discutido e que permanecem na subjetividade do julgador.
- ⁹ Apesar de o artigo 156 do Código de Processo Penal reforçar a ótica inquisitória, o trabalho concentrou as suas críticas mais especificamente em relação ao artigo 155, que trata do livre convencimento motivado.

REFERÊNCIAS

ANGELO, Tiago. Domiciliar é negada porque “só astronautas estão livres do coronavírus”. **Revista Consultor Jurídico (ConJur)**, São Paulo, 1º abr. 2020a. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2020-abr-01/domiciliar-negada-porque-astronautas-livres-coronavirus>. Acesso em: 26 abr. 2022.

ANGELO, Tiago. Juiz nega domiciliar e compara decisão à luta de Churchill contra Hitler. **Revista Consultor Jurídico (ConJur)**, São Paulo, 13 abr. 2020b. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2020-abr-13/juiz-nega-domiciliar-citando-luta-churchill-hitler>. Acesso em: 26 abr. 2022.

BONFIM, Edilson Mougenot. **Curso de Processo Penal**. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. **Recomendação nº 62, de 17 de março de 2020a**. Disponível em: <https://atos.cnj.jus.br/files/original160026202003305e82179a4943a.pdf>. Acesso em: 11 abr. 2022.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (Sexta Turma). **Agravo Regimental no Agravo em Recurso Especial nº 488.883/MS**. Relator: Min. Ribeiro Dantas, julgado em 22 set. 2020, DJe 30 set. 2020b. Disponível em: https://processo.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=1985688&num_registro=201400598431&data=20200930&peticao_numero=202000578247&formato=PDF. Acesso em: 9 maio 2022.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (Sexta Turma). **Agravo Regimental no Recurso Especial nº 1.832.192/SC**. Relatora: Min. Laurita Vaz, julgado em

15 set. 2020, DJe 29 set. 2020c. Disponível em: https://processo.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=1982266&num_registro=201902425011&data=20200929&peticao_numero=202000631279&formato=PDF. Acesso em: 9 maio 2022.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Segunda Turma). **Agravo Regimental no Habeas Corpus nº 178.198/SP**. Relator: Min. Ricardo Lewandowski, julgado em 20 dez. 2019, DJe 13 fev. 2020d. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=15342354552&ext=.pdf>. Acesso em: 9 maio 2022.

CNJ pede que magistrado esclareça decisão na qual afirmou que só astronautas estão livres do coronavírus. **Migalhas**, 2 abr. 2020. Disponível em: <https://www.migalhas.com.br/quentes/323463/cnj-pede-que-magistrado-esclareca-decisao-na-qual-afirmou-que-so-astronautas-estao-livres-do-coronavirus>. Acesso em: 26 abr. 2022.

COSTA, Guilherme Racena. Livre convencimento e *standards* de prova. In: ZUFELATO, Camilo; YARSHELL, Flávio Luiz (org.). **40 anos da teoria geral do processo no Brasil**: passado, presente e futuro. São Paulo: Malheiros, 2013.

DWORKIN, Ronald. **O império do direito**. São Paulo: Martins Fontes, 1999.

DWORKIN, Ronald. **Uma questão de princípio**. São Paulo: Martins Fontes, 2005.

GADAMER, Hans-Georg. **Los caminos de Heidegger**. Barcelona: Herder, 2002.

GADAMER, Hans-Georg. **Verdade método**: traços fundamentais de uma hermenêutica filosófica. 11. ed. Petrópolis: Vozes, 2011.

GADAMER, Hans-George. **Verdade e método**: traços fundamentais de uma hermenêutica filosófica. 3. ed. Petrópolis: Vozes, 1999.

HEIDEGGER, Martin. **Introduction to Phenomenological Research (GA 17)**. Translated by Daniel Dahlstrom. Bloomington: Indiana University Press, 2005.

JEVEAUX, Geovany Cardoso. A Constituição e os direitos adquiridos na teoria dos direitos: entre o positivismo e o pós-positivismo. **Revista Brasileira de Direito Constitucional**, v. 7, n. 1, p. 134-159, 2006.

LOPES JR., Aury. **Direito processual penal**. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 2016.

LUIZ, Fernando Vieira. **Teoria da decisão judicial**: paradigmas de Ricardo Lorenzetti à resposta adequada à Constituição de Lenio Streck. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013.

MACEDO, Fausto. Desembargador diz que somente astronautas estão livres do coronavírus e mantém presa em semiaberto. **Estadão**, 1º abr. 2020. Disponível em <https://politica.estadao.com.br/blogs/fausto-macedo/desembargador-diz-que-so-astronautas-estao-livres-do-coronavirus-e-mantem-presas-em-semiaberto/>. Acesso em: 26 abr. 2022.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de processo penal e execução penal**. 9. ed. rev., ampl. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.

OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de. Livre apreciação da prova: perspectivas atuais. **Cadernos do Programa de Pós-Graduação em Direito – PPGDir./UFRGS**, Porto Alegre, v. 2, n. 4, p. 225-234, 2004. Disponível em: <https://seer.ufrgs.br/index.php/ppgdir/article/view/49195/30827>. Acesso em: 9 maio 2022.

OLIVEIRA, Rafael Tomaz de; TRINDADE, André Karam. Crítica Hermenêutica do Direito: do quadro referencial teórico à articulação de uma posição filosófica sobre o Direito. **Revista de Estudos Constitucionais, Hermenêutica e Teoria do Direito**, v. 9, n. 3, p. 311-326, set./dez. 2017. Disponível em: <http://www.revistas.unisinos.br/index.php/RECHTD/article/view/rechtd.2017.93.09>. Acesso em: 9 maio 2022.

OSUNA, Antonio Hernandez-Largo. **Hermenêutica jurídica**: em torno a la hermenêutica jurídica de Hans-Georg Gadamer. Valladolid: Universidad de Valladolid, 1992.

RAATZ, Igor; STRECK, Lenio Luiz. O dever de fundamentação das decisões judiciais sob o olhar da crítica hermenêutica do direito. **Revista Opinião Jurídica**, Fortaleza, ano 15, n. 20, p. 160-179, jan./jun. 2017. Disponível em: <https://periodicos.unichristus.edu.br/opiniaojuridica/article/viewFile/1400/461>. Acesso em: 9 maio 2022.

SÃO PAULO. Tribunal de Justiça (1ª Vara das Execuções Criminais da Comarca de Presidente Prudente). **Decisão judicial**. Processo nº 1005171-32.2020.8.26.0482, 03 abr. 2020a. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/dl/juiz-nega-domiciliar-compara-decisao.pdf>. Acesso em: 18 out. 2020.

SÃO PAULO. Tribunal de Justiça (7ª Câmara de Direito Criminal). **Acórdão**. *Habeas corpus* nº 2061058-72.2020.8.26.0000. Relator: Des. Alberto Anderson Filho, 24 abr. 2020, Diário da Justiça, 28 abr. 2020b. Disponível em: <https://esaj.tjsp.jus.br/cjsg/getArquivo.do?cdAcordao=13511923&cdForo=0>. Acesso em: 18 out. 2020.

SÃO PAULO. Tribunal de Justiça (7ª Câmara de Direito Criminal). **Decisão liminar**. *Habeas corpus* nº 2061058-72.2020.8.26.0000. Relator: Des. Alberto Anderson Filho, 1º abr. 2020c. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/dl/juiz-nega-domiciliar-compara-decisao.pdf>. Acesso em: 18 out. 2020.

SCHMITZ, Leonard Ziesemer. Entre produzir provas e confirmar hipóteses: o risco do argumento da “busca da verdade real” na instrução e fundamentação das decisões. **Revista de Processo**, São Paulo, v. 250, dez. 2015. Disponível em: https://www.academia.edu/download/52475720/RTDoc_16-1-21_8_56_PM.pdf. Acesso em: 9 maio 2022.

STRECK, Lenio Luiz. A Crítica Hermenêutica do Direito e a questão da discricionariedade judicial. In: STRECK, Lenio Luiz (org.). **Coleção hermenêutica, teoria do direito e argumentação**. Salvador: Juspodivm, 2017a.

STRECK, Lenio Luiz. Aplicar a “letra da lei” é uma atitude positivista?. **Revista NEJ - Eletrônica**, v. 15, n. 1, p. 158-173, jan./abr. 2010.

STRECK, Lenio Luiz. Como se prova qualquer tese em Direito. **Revista Consultor Jurídico (ConJur)**, São Paulo, 26 abr. 2012a. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2012-abr-26/senso-incomum-prova-qualquer-tese-direito>. Acesso em: 18 out. 2020.

STRECK, Lenio Luiz. **Dicionário de hermenêutica**: 50 verbetes fundamentais da Teoria do Direito à luz da Crítica Hermenêutica do Direito. 2. ed. Belo Horizonte: Letramento, 2020.

STRECK, Lenio Luiz. Dogmática jurídica, senso comum e reforma processual penal: o problema das mixagens teóricas. **Pensar - Revista de Ciências Jurídicas**, Fortaleza, v. 16, n. 2, p. 626-660, jul./dez. 2011. Disponível em: <https://periodicos.unifor.br/rpen/article/view/2165/1766>. Acesso em: 10 maio 2022.

STRECK, Lenio Luiz. Entrevista “Direito não pode ser corrigido por valores morais”. Entrevistador: Pedro Canário. **Revista Consultor Jurídico (ConJur)**, São Paulo, 2 abr. 2012b. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2012->

abr-02/valores-morais-nao-podem-nortear-principios-juridicos-lenio-streck.
Acesso em: 18 out. 2020.

STRECK, Lenio Luiz. **Hermenêutica jurídica e(m) crise: uma exploração hermenêutica da construção do Direito**. 11. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2014.

STRECK, Lenio Luiz. **Verdade e consenso**. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2017b.

TARUFFO, Michelle. Libero convincimento del giudice. *In: Enciclopedia Giuridica Treccani*, Roma, v. XVII, 1990.

TRINDADE, André Karam. Garantismo e decisão judicial. *In: STRECK, Lenio Luiz (org.). Coleção hermenêutica, teoria do direito e argumentação*. Salvador: Juspodivm, 2017.

TUCCI, Rogério Lauria. **Teoria do Direito Processual Penal**. São Paulo: RT, 2002.

Recebido em: 8 – 6 - 2022

Aprovado em: 29 – 6 - 2023

Glenio Puziol Giuberti

Mestre em Direito Processual pela Universidade Federal do Espírito Santo – UFES. Pós-graduado em Ciências Criminais pela Faculdade de Direito de Vitória – FDV. Pós-graduado em Direito Penal Econômico pelo IBCCRIM em conjunto com a Universidade de Coimbra. Formado em Direito pela Faculdade de Direito de Vitória – FDV. E-mail: gleniopg@hotmail.com

Fiammetta Bonfigli

Doutora em Direito pela Università degli Studi di Milano (Italia). Mestre em Sociologia Jurídica pelo International Institute for the Sociology of Law (IISJ/ Pais Vasci, Espanha). Professora do Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal do Espírito Santo (UFES). E-mail: fiammettabonfigli@msn.com

Universidade Federal do Espírito Santo - Ufes

Av. Fernando Ferrari, 514, Goiabeiras

Vitória - ES - CEP 29075-910