

INTERPRETAÇÃO JUDICIAL CRIATIVA: ANÁLISE TEÓRICA E JURISPRUDENCIAL

Chiavelli Facenda Falavigno¹

RESUMO: O presente trabalho aborda o tema da interpretação judicial criativa em direito penal, o qual é bastante atual e polêmico, tanto no viés das competências do Poder Judiciário, quanto no atinente à limitação da legalidade em matéria penal. Para tanto, divide-se em duas partes. Na primeira, visa a analisar o instituto da interpretação judicial criativa, contextualizando o fenômeno dentro da ordem jurídica brasileira. Em um segundo momento, busca analisar a decisão proferida no processo judicial n. 70051788081, julgado pelo Tribunal de Justiça do estado do Rio Grande do Sul no ano de 2013. O objetivo do trabalho é lançar luz sobre o instituto e sua intersecção com a ciência penal, expressando, com o exemplo concreto, a conclusão de que sua ocorrência é viável sem ultrapassar os limites do ordenamento jurídico pátrio. A metodologia utilizada no artigo foi revisão bibliográfica e pesquisa jurisprudencial qualitativa.

Palavras-chave: interpretação judicial criativa, direito penal, jurisprudência.

CREATIVE JUDICIAL INTERPRETATION: THEORETICAL AND JURISPRUDENTIAL ANALYSIS

Abstract: The present article analyzes the creative judicial interpretation in criminal law. It is a current and controversial issue, because of the questions about the Judicial competences and the legality principle, an important norm in criminal law. The article is divided in two sections. The first section analyzes the institute of creative judicial interpretation in criminal law, placing the phenomenon in its context inside Brazilian legal order. In its second part, this article examines the decision rendered in the criminal procedure number 70051788081, judged in 2013 by the Court of Appeal of Rio Grande do Sul State, which exemplifies, in a concrete setting, the theory exposed in the first part of the article, concluding by its viability. The methodology used in the article was bibliographic and jurisprudential research.

Key-words: creative judicial interpretation, criminal law, jurisprudence.

INTRODUÇÃO

O presente trabalho visa a elucidar alguns aspectos sobre o fenômeno da interpretação judicial, principalmente quando este se encontra com procedimentos de caráter criativo. Já na introdução dessa pesquisa surge um dos principais questionamentos da hermenêutica jurídica: é possível distinguir a interpretação da criação? A criatividade é, então, elemento essencial à

¹ Graduada em Direito pela Universidade Federal do Rio Grande do Sul. Mestre em Ciências Criminais pela Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul. Professora de Direito Penal e Criminologia das Faculdades João Paulo II (Passo Fundo/RS). Advogada.

boa e justa interpretação jurídica, ou uma falha nessa atividade, que a desnatura e a desvia de sua real função?

A pertinência do estudo se deve a recentes decisões que tem surgido, ainda que pontualmente, nos tribunais brasileiros, as quais visam não a aplicar a lei de forma literal, mas sim a analisar o caso concreto em todas as suas nuances, aproximando ou, até mesmo, afastando o dispositivo legal quando se fizer necessário, de modo a buscar a solução mais adequada.

Nesse sentido, a presente análise se centra, primeiramente, na dissecação do instituto da interpretação judicial criativa, suas causas, influências, características e consequências, para introduzir o leitor ao debate acerca do tema em comento. Em um segundo momento, analisa-se, de modo fundamentado, uma das decisões que mais bem representa, na prática, o fenômeno estudado na parte teórica da pesquisa.

1 INTERPRETAÇÃO JUDICIAL CRIATIVA: UM NOVO DESAFIO NO DIREITO BRASILEIRO

A tarefa do intérprete é essencial ao desenvolvimento da ciência jurídica. Sabe-se, no entanto, que a família de direito ocidental a qual se filia o sistema jurídico pátrio, qual seja, a *Civil Law*, atribui um maior poder ao legislador que ao magistrado na realização dessa função. Contudo, o que se tem vislumbrado na prática hodierna é uma verdadeira releitura que tende à inversão desses papéis.

Esse fenômeno se deve, indubitavelmente, a uma multiplicidade de fatores, dentre os quais está a crescente perda de credibilidade do Poder Legislativo brasileiro frente à população que o elege. Este tem sido costumeiramente lembrado apenas por sua morosidade na discussão dos projetos de leis, pelos vultosos gastos e salários, bem como pelos rotineiros escândalos de corrupção que envolvem sua atuação² conjuntamente com a dos membros do Poder Executivo.

Ainda, é importante salientar que o magistrado se encontra mais perto do caso concreto, possuindo um maior contato com a realidade local, pois geralmente reside na cidade em que atua. Os juízes não apenas ouvem, mas também veem as partes, na maioria dos casos, quando da realização de audiências. Isso, sem dúvida, lhes permite auferir com mais cuidado os aspectos singulares de cada caso, ainda que se encontrem, na maioria das comarcas,

² MIARELLI, Mayra Marinho; LIMA, Rogério Montai de. *Ativismo judicial e a efetivação de direitos no Supremo Tribunal Federal*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2012. p. 16

assoberbados de trabalho, pela excessiva judicialização de conflitos. Esse fato contribui, sem sombra de dúvida, para a produção de sentenças inovadoras, que buscam declarar o direito de forma a que este se encaixe perfeitamente à hipótese fática que visa regular.

Pode-se citar, ademais, e em uma visão mais ampla, a atual tendência à miscigenação das famílias de direito ocidentais, quais sejam, a Common Law e a Civil Law.³ É crescente o número de estudiosos que passam a relacionar ambos os sistemas de forma convergente. A enumeração de características opostas entre eles tem tido um viés muito mais teórico e didático, quando se pressupõe a pureza de cada sistema, do que prático e real.⁴

Por fim, há a questão da diversidade e do multiculturalismo das sociedades pós-modernas,⁵ o que torna cada vez mais difícil a adaptação da norma positiva à realidade social, em constante aceleração.

Logo, questiona-se: o magistrado pode ser protagonista em um procedimento de criação do direito por meio de sua decisão? A princípio, é o que tem ocorrido, muitas vezes, na prática, sendo a jurisprudência verdadeiro meio de atualização legislativa,⁶ restando então à doutrina a tarefa de estudar e limitar o fenômeno. O precedente judicial ganha, portanto, novos contornos pela sua importância, podendo ser considerado, sim, uma fonte do direito, mesmo nos países de família romano-germânica.

Dessa forma, torna-se pertinente que se reflita sobre o novo papel do magistrado na ordem constitucional brasileira, sendo ainda mais relevante esse questionamento quando se está diante da atuação judicial em matéria penal, a qual pressupõe, como norma máxima, o princípio da legalidade.

É importante atentar-se que a expansão do fenômeno para a seara penal traz, como inescapável consequência, seu embate com o referido princípio. Este visa, sobretudo, a limitar a atuação do aplicador da lei. Afinal, o indivíduo que comete o crime, realizando a conduta descrita no tipo penal, deve ter plena ciência da existência e da abrangência da norma que pune no momento da prática da infração - lei prévia, estrita, escrita e certa.⁷

Assim, os procedimentos de expansão de processos criativos podem tomar, de acordo não apenas com a legalidade, mas também com a farta principiologia que orienta o direito

³ CAPPELLETTI, Mauro. Juízes Legisladores? Tradução de Carlos Alberto Alvaro de Oliveira. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 1993. Reimpressão, 1999. p. 133/134

⁴ PARGENDLER, Mariana. The Rise and Decline of Legal Families. Disponível em: http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1975273. Acesso em 18.12.2013.

⁵ FALAVIGNO, Chiavelli. A interpretação judicial criativa pro reo em direito penal. Porto Alegre: Nuria Fabris, 2015. p.107

⁶ BOSCHI, Marcus Vinicius. Da retroatividade da jurisprudência penal mais benigna. Dissertação de Mestrado – PUCRS. Porto Alegre: 2003. p. 188

⁷ BATISTA, Nilo. Introdução crítica ao direito penal brasileiro. 9 ed. Rio de Janeiro: Renavam, 2004. p. 68

penal clássico, um rumo único, qual seja, o de afastar a aplicação literal da norma apenas quando isso se der em benefício do acusado.

Conclui-se, por conseguinte, que se pode definir a interpretação judicial criativa como o papel inovador dos tribunais ao contribuírem, com inovação, para a construção do direito, decidindo sobre as nuances do caso concreto e formando, em consequência, o precedente jurisprudencial, de forma não necessariamente vinculada à letra da lei.⁸

Contudo, é preciso atentar-se que tal procedimento encontra-se limitado na seara penal, a qual pode trazer consequências intoleráveis ao Estado Democrático de Direito quando se abre mão de garantias conquistadas a duras penas durante séculos de combate à expansão arbitrária do poder punitivo Estatal.

2 A DECISÃO PROFERIDA NO PROCESSO N. 70051788081

Conforme referido na primeira parte desse trabalho, a decisão proferida pelo Tribunal de Justiça do estado do Rio Grande do Sul, em julgamento ao recurso de apelação n. 70051788081, merece destaque como demonstração prática da teoria exposta até esse momento. Importante salientar que o voto analisado é de relatoria do Desembargador Diógenes Hassan Ribeiro, encontrando-se o processo, no presente momento, remetido à origem, onde aguarda decisão em sede de Agravo de Instrumento interposto após a negativa de seguimento de recurso especial e extraordinário.

Antes de iniciar-se a análise dos argumentos constantes no corpo da bem posta decisão, necessário descrever o caso concreto em julgamento. A acusada, ao realizar visita em estabelecimento prisional, levava, em suas partes íntimas, substâncias entorpecentes, quais sejam, 183,19 gramas de crack e 13,28 gramas de maconha, para entregar ao companheiro que lá se encontrava.

Tendo o relator, que restou vencido, optado pela condenação da ré, a ementa foi elaborada pelo prolator do voto que será analisado nesse artigo, nos seguintes termos:

APELAÇÃO-CRIME. TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES. TENTATIVA DE INGRESSO EM CASA PRISIONAL COM SUBSTÂNCIA ENTORPECENTE. Crime impossível. Verificada a ineficácia absoluta do meio utilizado para consumação do fato. A indispensável e rigorosa revista pessoal na entrada da casa prisional torna ineficaz o meio utilizado. Crime de mera conduta. A jurisprudência e a doutrina apontam expressões nucleares do tipo do art. 33 da Lei nº 11.343/2006 que possibilitam a forma tentada. Aplicação crítica da lei, não acrítica. Conforme o constitucionalismo contemporâneo, há

⁸ MIARELLI, Mayra Marinho; LIMA, Rogério Montai de. Ativismo judicial e a efetivação de direitos no Supremo Tribunal Federal. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2012.

uma reaproximação da ética ao Direito na aplicação. O princípio da razoabilidade serve de exemplo. Doutrina. Deficiência do Estado. A deficiência do Estado na sua infra-estrutura prisional não pode ser solucionada pela imposição de pena a fatos que, em sentido lógico e rigoroso, jamais seriam concretizados em ilícitos penais. A permissão de facções no interior de casas prisionais não pode ser esquecida, uma vez que o sistema prisional se auxilia da organização interna que permite nas casas prisionais. Interrogatório. Violação à ampla defesa, porque deve ser o último ato da instrução. Precedente do Supremo Tribunal Federal. Absolvição por fundamento diverso pelo vogal e Presidente. APELO PROVIDO. DECISÃO POR MAIORIA.⁹

Primeiramente, o julgador já afasta a hipótese condenatória pela classificação da conduta da ré como crime impossível. Ora, sabendo-se da extensa revista, principalmente íntima, a que são submetidos os familiares que se dispõem a visitar seus entes queridos em estabelecimentos prisionais, seria mera ingenuidade da acusada acreditar que os entorpecentes que portava não seriam, de pronto, descobertos.

Contudo, em um segundo momento, o julgador toma a direção que, de fato, pretende utilizar como baliza para afastar a punição. Analisando teorias constitucionais que definem o princípio da razoabilidade e a função de *ultima ratio* da intervenção penal, o magistrado passa a questionar o que está além do texto positivo: a realidade dos presídios brasileiros. Estes em nada se adéquam à legislação que os regulamenta, como a Lei de Execuções Penais e a própria Constituição. Porém, em que pese a lei que protege não vem, há anos, sendo efetivada, não é o que ocorre com a lei que pune, principalmente quando esta incide sobre os velhos clientes do sistema penal brasileiro, quais sejam, os membros das classes desfavorecidas.

Assim analisa a situação prisional brasileira o digno julgador:

O sistema prisional brasileiro atualmente se estabelece em um verdadeiro caos de organização, ou seja, padece de uma deficiência absurda. Os presos ficam recolhidos em pavilhões, ou em espaços submetidos à sua própria facção ou organização interna. O Estado se ausenta. Existe, ainda, uma deficiência absurda de infra-estrutura de pessoal e de tecnologia. Tudo isso resulta na edição de uma lei e da sua aplicação, de forma genérica, que pretende dar a solução para a deficiência do Estado brasileiro. Assim, a lei, na sua aplicação, procura justificar o fato de o Estado, por suas instituições prisionais, não ter condições de, com segurança e num sistema lógico, concluir pela absoluta impossibilidade de ser localizada substância entorpecente nas casas prisionais. O Estado Brasileiro soluciona a sua deficiência punindo.

Ou seja, o Estado se desonera de sua função de prover condições mínimas de convivência nos estabelecimentos prisionais, deixando de zelar não apenas pela ilusória ressocialização, mas mesmo pela integridade física dos que se encontram sob sua guarda, e

⁹ Apelação Crime Nº 70051788081, Terceira Câmara Criminal, Tribunal de Justiça do RS, Relator: João Batista Marques Tovo, Julgado em 23/05/2013

que se encontram carentes de condições mínimas de higiene, saúde e alimentação. O Estado apreende estes cidadãos e, concomitantemente, os abandona a própria sorte, em um ambiente do qual não podem sair e, sabe-se, precisam submeter-se a todo tipo de negociação para sobreviver.

Mesmo que a manutenção dos presídios seja tarefa do poder Executivo, o que se tem no presente voto é a assunção da responsabilidade pelas falhas do Estado por um membro do Poder Judiciário, reconhecendo que, sendo parte do Poder Público, não pode simplesmente prejudicar o cidadão com base na divisão de tarefas, fechando os olhos para a injustiça premente que acabaria por cometer. O voto exposto representa a prevalência da análise voltada à realidade sobre a ilusão de que se cumpre um dever com a mera aplicação da letra da lei – reitera-se, da lei que pune, eis que a lei que protege permanece, há anos, apenas no papel.

Em um momento de rara sobriedade, e reconhecendo a discrepância que existe entre o disposto na lei e o que de fato ocorre nas penitenciárias brasileiras,¹⁰ consta no voto analisado:

E, ainda, como o Estado está ausente, é deficiente, os indivíduos presos ficam à mercê das facções que existem e são toleradas no interior das casas prisionais, até como auxiliares do sistema prisional. Devem, então, esses apenados tentar trazer substâncias entorpecentes para dentro do presídio, sob pena de sofrerem severas represálias pelos chefes das facções. E o Judiciário, noutras interpretações, com a máxima vênia, participa dessa simulação, aplicando o direito e prestando uma justiça que, no dizer de José Luís Barroso, decorre de uma interpretação “acrítica”.

Por aplicação “acrítica” da lei pode-se reconhecer toda forma de punição que deixa de analisar as reais nuances do caso concreto, que deixa de olhar com a mínima empatia para o acusado e para a vítima, limitando-se a impor o texto legal frio, desprovido de qualquer reflexão aprofundada. Desnudando o nosso falho sistema de justiça, o julgador o caracteriza como uma mera simulação, em que se segue um cruel ritual punitivo, fazendo incidir o direito penal com suas nefastas consequências sempre sobre o mesmo grupo de pessoas. Não se busca, de nenhuma forma, incluí-las em alguma margem de proteção, e sim puni-las, de forma reiterada e na esfera penal, por condutas que invariavelmente vão ser obrigadas a cometer para, no caso em tela, suprir uma deficiência do próprio Estado. E conclui:

¹⁰ Importante salientar que tal discrepância não se restringe ao campo penal e, mesmo neste, não se restringe à matéria de execução penal. São muitos os tipos penais que não passam de mera simbologia, sem qualquer eficácia ou conexão com a realidade, como já apontou a doutrina no caso da lei dos crimes ambientais. Ainda, há legislações que visam a reprimir de forma desigual, com grave dano à proporcionalidade, delitos cometidos por indivíduos oriundos de diversas classes sociais, como ocorre à sonegação fiscal e seus diversos mecanismos de negociação da pena em detrimento de crimes como furto, estelionato, etc.

Essa, portanto, a perversidade do sistema: prende, pune e condena mulheres que estavam tentando ingressar no presídio com substâncias entorpecentes. Vale dizer: prende pessoas em razão de outros presos e em razão da ineficiência do sistema prisional e do Estado.

Por fim, destaca-se que não cabe, nessa análise, classificar a decisão como exemplo literal de interpretação judicial criativa, ou mesmo de ativismo judicial. Afinal, o que se busca construir nesse artigo é justamente uma ideia avessa à necessidade de classificações cartesianas, que limitam o pensar e buscam, antes de refletir sobre o conteúdo de um pensamento inovador, garantir a segurança jurídica, encaixando-o em alguma hipótese positivada, e assegurando-se, assim, da nefasta hipótese de multiplicação ou vinculação ao precedente, que seria, para muitos, um mau exemplo de prevalência da liberdade sobre a punição.

Sabe-se que, pelas possibilidades argumentativas que a hermenêutica jurídica concede ao magistrado, se poderia arguir que a mesma decisão aqui tida como crítica e ativista caberia na hipótese positiva de impossibilidade de conduta diversa, absolvendo a ré, então, pela exclusão da culpabilidade. Contudo, é público e notório que tal hipótese raramente é aceita nos tribunais, sob pena de virar lugar comum na maioria dos casos, tendo em vista a realidade em que vive grande parte da população brasileira.¹¹

Ainda, o que se busca nesse trabalho não é verificar, de forma taxativa e limitada, por quais caminhos poderia o magistrado guiar-se até a absolvição da acusada. Pretende-se, sim, fazendo uso de um pensamento aberto e complexo,¹² analisar o caminho que este escolheu seguir, dentre tantas possibilidades existentes, com suas características próprias, vantagens e desvantagens.

Na forma de pensamento que prevalece na sociedade brasileira atual, principalmente quando se debate questões de natureza penal, qualquer decisão que afaste o arbítrio do Estado para preservar as liberdades individuais é vista com desconfiança, devendo ser fundamentada à exaustão.¹³ É difícil conceber que a população de um país que vivenciou, por aproximadamente vinte anos, uma ditadura militar como a brasileira, possa acreditar que a violência do Estado cause menos danos que a violência da criminalidade individual.

¹¹ Sabe-se que não são poucos os julgados que afastam a hipótese de inexigibilidade de conduta diversa alegada no caso de porte ou posse de arma de fogo quando o acusado reside em local de extreme perigo, no qual está ausente o policiamento. Ocorre, novamente, a incidência do direito penal em detrimento do cidadão, buscando corrigir omissão do Estado.

¹² MORIN, Edgar; CIURANA, Emilio Roger; MOTTA, Raúl Domingo. Educar na era planetária: o pensamento complexo como método de aprendizagem no erro e na incerteza humana. 2 ed. São Paulo: Corte; Brasília, DF: UNESCO, 2007. p. 48

¹³ Sobre a construção do pensamento social que teme a exacerbação da liberdade, incentivando de forma irracional o arbítrio do Estado punitivo, cita-se GARLAND, David. A cultura do controle: crime e ordem social na sociedade contemporânea. Rio de Janeiro: Revan, 2008. (Coleção Pensamento Criminológico, n. 16).

Por fim, insta salientar que o terceiro desembargador que compareceu ao julgamento do caso analisado, Dr. Nereu Giacomolli, acompanhou o voto que absolvía a acusada, porém por motivos diversos, que também merecem destaque nesse texto, o qual visa a privilegiar a variedade dos modos de pensar e analisar uma mesma situação – ideia esta tão distante da nossa realidade jurídica atual, na qual prevalece a cultura dos manuais, do esquematizado, dos votos prontos, da produção mecânica do direito.

No último voto, portanto, a absolvição se baseia na consideração da ilicitude da prova, obtida por meio de revista íntima. Para o julgador, destoa da hipótese constitucional, que exige mandado para a busca domiciliar e para a interceptação telefônica, que a revista minuciosa no própria corpo, inclusa as partes íntimas da acusada, possa ser feita sem qualquer análise jurisdicional. Considerando, em posicionamento minoritário, a inconstitucionalidade da feitura não apenas desta, mas de qualquer revista íntima para o ingresso em estabelecimento prisional, sem o devido mandado judicial, julgou o magistrado pelo afastamento da condenação.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Concluindo a análise realizada nesse trabalho, depreende-se que a mera aplicação da lei positiva mostra-se, cada vez mais, insuficiente para abarcar as nuances do caso concreto, produzindo decisão que traga, de fato, a melhor e mais justa solução ao caso sob julgamento.

O que se espera, com o estudo da interpretação judicial criativa e do ativismo judicial, não é novamente classificar, e sim operar no sentido contrário, qual seja, apresentando possibilidades à árdua tarefa judicial de, em uma sociedade cada vez mais complexa, de riscos e de massas, interpretar a lei sem reducionismos, atentando à riqueza de visões que o ato de julgar proporciona, principalmente quando este se dá de forma compartilhada.¹⁴

Na área penal, respeitadas as limitações principiológicas próprias da matéria, o magistrado que cria pode, muitas vezes, ser a única possibilidade de se adequar a distante e antiquada legislação aos intrincados e complexos contornos da triste realidade penal e prisional brasileiras.

REFERÊNCIAS

¹⁴ Sobre a importância da visão compartilhada no ato de julgar: POZZEBON, Fabrício Dreyer de Ávila. Reflexos da crise do conhecimento moderno na jurisdição: fundamentos da motivação compartilhada no processo penal. Porto Alegre, 2005.

Apelação Crime Nº 70051788081, Terceira Câmara Criminal, **Tribunal de Justiça do RS**, Relator: João Batista Marques Tovo, Julgado em 23/05/2013.

BATISTA, Nilo. **Introdução crítica ao direito penal brasileiro**. 9 ed. Rio de Janeiro: Renavam, 2004.

BOSCHI, Marcus Vinicius. **Da retroatividade da jurisprudência penal mais benigna**. Dissertação de Mestrado – PUCRS. Porto Alegre: 2003.

CAPPELLETTI, Mauro. **Juízes Legisladores?** Tradução de Carlos Alberto Alvaro de Oliveira. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 1993. Reimpressão, 1999.

FALAVIGNO, Chiavelli. **A interpretação judicial criativa *pro reo* em direito penal**. Porto Alegre: Nuria Fabris, 2015.

GARLAND, David. **A cultura do controle: crime e ordem social na sociedade contemporânea**. Rio de Janeiro: Revan, 2008. (Coleção Pensamento Criminológico, n. 16)

MIARELLI, Mayra Marinho; LIMA, Rogério Montai de. **Ativismo judicial e a efetivação de direitos no Supremo Tribunal Federal**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2012.

MORIN, Edgar; CIURANA, Emilio Roger; MOTTA, Raúl Domingo. **Educar na era planetária: o pensamento complexo como método de aprendizagem no erro e na incerteza humana**. 2 ed. São Paulo: Corte; Brasília, DF: UNESCO, 2007.

PARGENDLER, Mariana. **The Rise and Decline of Legal Families**. Disponível em: http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1975273. Acesso em 18.12.2013.

POZZEBON, Fabrício Dreyer de Ávila. **Reflexos da crise do conhecimento moderno na jurisdição: fundamentos da motivação compartilhada no processo penal**. Porto Alegre, 2005.