

Narrativa penal e a democracia: cabe ao autor defender sua obra

Criminal narrative: the author's obligation to defend his work

Artigo recebido em 31/05/2023 e aprovado em 20/06/2023.

Pedro Aurélio Régis de Paiva Habib Fraxe

Pós-graduado em direito penal e criminologia pela PUCRS, graduado em direito pelo UniCeub. Advogado criminal.

"A literatura antecipa sempre a vida. Não a copia; amolda-a aos seus desígnios".

Oscar Wilde (1854-1900)

Resumo

O direito penal, processual e material, para a formação do convencimento do magistrado e para a reconfiguração do ocorrido, manifesta-se por meio de uma linguagem literária. A narrativa penal, além de respeitar as garantias constitucionais, deve fundamentar-se na apuração real e suficiente dos fatos e, prioritariamente, na reafirmação de um valor caro ao ordenamento jurídico, para ser entendida como razoável e coerente. Os atos antidemocráticos, entendidos como crimes contra o Estado democrático de direito, devem seguir essa sistemática, ao reafirmar e consolidar, no imaginário social, a ideia da democracia.

Palavras-chaves: direito penal; direito constitucional; democracia; coerência; crime de perigo abstrato; princípio do livre convencimento; obra literária; motivação.

Abstract

The procedural and material criminal law, for the formation of the magistrate's conviction and for the reconfiguration of what happened, manifests itself through a literary language. The criminal narrative must, in addition to respecting constitutional guarantees, be understood as reasonable and coherent and, therefore, must be based on the real and sufficient investigation of the facts and, primarily, on the reaffirmation of a value dear to the legal system, through the narrative. Anti-democratic acts, understood as crimes against the Democratic State of Law, must follow the systematic, by reaffirming and consolidating, in the social imaginary, the idea of democracy.

Keywords: constitutional criminal law; democracy; narrative; literature; storytelling; coherence; ethic; value; principle; abstract danger crimes; Law 14.197/2021; motivated free convincing.

1 Introdução

O direito, como norma aplicada, é a conclusão sobre um valor. O valor, por sua vez, brota da narrativa orientada.

A decisão judicial e, para a lente deste trabalho, o julgado penal, ainda que categoricamente neutro, detém uma estrutura literária, que surge da afirmação de um valor defensável sobre o fato em análise e se reafirma no próprio discurso jurídico.

É dizer, assim, que há um uso estético da linguagem, seja verbal ou escrita; uma imitação ou representação da realidade; a construção de um dizer humano, fundamentado nos princípios constitucionais e na ornamentação processual, que gera um desfecho dramático, literário, a favor ou contra o acusado.

A fundamentação do trabalho, de cunho dissertativo, investiga a natureza do juízo de valor na decisão penal, de acordo com as expectativas sociais, e analisa, no mais recente panorama político nacional, o conflito político (e de discurso) ocorrido nos últimos dois anos, no que tange aos atos antidemocráticos, de conteúdo criminoso, frente à ordem jurídica vigente.

As condutas, de alcance federal, têm se manifestado, e tendem a se avolumar, na esfera de atribuição jurisdicional, e permitem a investigação, sob o ponto de vista constitucional, da base de fundamentação que deve nortear o julgador ao comparar duas forças: a da revolta, individual ou coletiva, que tende a criar ou aumentar o risco de dano social e a da fundamentação jurídica que preserve sua autoridade, isto é, aquela que se manifesta e ampara a posição democrática na ciência do dever-ser.

A metodologia é investigativa, no sentido de compreender as características ou pressupostos de uma situação: a decisão penal, como exercício narrativo ou dramático, diante do risco à estabilidade das instituições, à regularidade eleitoral e à manutenção da tranquilidade pública.

A problemática central é a análise da decisão penal como identificadora da realidade ou, em seu lugar, como autora de um real inédito, isto é, se é reprodutora do passado ou criadora, independente, de sua própria narrativa. Na sequência, é investigada a motivação ou fundamentação em que se deve basear a decisão, sob o aspecto normativo e filosófico. Por fim, o trabalho relaciona a defesa do valor democrático com o panorama trazido pela Lei 14.197/2021 e os atos antidemocráticos de 8 de janeiro de 2022, do ponto de vista dogmático.

Há no artigo um processo dedutivo: partir de uma análise geral e atingir o conteúdo específico, por meio de uma estrutura lógica de assertivas e suas decorrências, ou seja, de premissas relacionadas em um sistema (o penal-constitucional) e sua respectiva conclusão. Dessa forma, esquematiza o processo político e social, discorre sobre os dispositivos normativos, materiais e processuais, e alcança um conteúdo abstrato ou valorativo, ao se posicionar sobre a natureza da fundamentação penal, com base, também, em casos concretos.

O método trazido é, majoritariamente, analítico: estuda fragmentos que, correlacionados em causa e efeito, formam um todo explicativo, seja por meio da multidisciplinaridade e da analogia, seja pela base normativa penal para, do fato concreto, partir à essência abstrata da discussão. É uma busca fenomenológica pela natureza da fundamentação: a fundação legítima da decisão penal frente aos atos antidemocráticos, relevada a estrutura narrativa ou fantástica do conhecimento jurídico, conforme o convencimento motivado do julgador e os valores que a expectativa social visa atingir.

2 A realidade e a interpretação

A dogmática penal, medida emergencial e última, fundamenta-se em valores imanentes como os da justiça, da ordem pública e da presunção de não culpabilidade; tendo como norte a pacificação social, organiza e pesa relatos e condutas; particulariza sujeitos e sujeitados e, em última instância, estabelece o discurso sobre a realidade encontrada. Essa análise surge de assegurar um valor, pressuposto da própria narrativa, seu fundamento teórico lógico e, conforme será demonstrado, intransponível.

Como ciência dogmática do dever-ser, o direito, somado a perspectivas filosóficas e sociológicas, por meio do raciocínio por premissas, habilita, pela demanda e pelo contraditório, uma conclusão literária, ao criar, na interpretação dos acontecimentos, um enredo austero e razoável, o qual é, de forma semântica, o logicamente plausível e demonstrável; aquilo que apresenta moderação, bom senso.

Assim como a ciência natural interpreta a verdade numericamente, o convencimento no direito é a força do argumento: o fundamento demonstrado que é sensato na ilustração do fato. Esse amplo espaço de valoração, no direito romano-germânico, surge do equilíbrio no valor das provas. Essa natureza instrumental dá vazão à liberdade de convencimento do julgador que, persuadido racionalmente, soluciona o caso posto. E ele assim o faz redigindo um romance: a peça processual.

O enredo criminal expõe a latitude e a longitude do fato trazido: define o alcance da determinação que se sobrepõe à conduta individual. A opinião jurídica se constrói de uma impressão subjetiva, não a respeito da essência da coisa, mas da direção indicada pela virtude em que se escora.

Nesse ponto é que se dá a consistência e importância do *storytelling* processual. A ordenação dos eventos, alicerçada no que foi apurado, por meio dos atores jurídicos, oferece um desfecho coerente ao dilema; o recorte da realidade, por meio do peso do argumento, delimita o responsável, a maneira criminosa e em quais circunstâncias se deu a conduta.

O enredo penal possui linha temporal concatenada; a fundamentação sobre o fato criminoso, seja na absolvição ou condenação, depende de uma tratativa literária, ainda que pelo filtro da lei. A ponderação dos fatos, na construção do factível, ocorre na (re)leitura da realidade. Esta realidade é fictícia ou, inexoravelmente, romanceada. Em suma, o fato é a narrativa: a verdade vem da interpretação. O universo normativo forma opinião e cria, ou revela, o enredo.

Conforme Taruffo (2016, p. 58), as histórias contadas em juízo são fragmentos, combinados em um todo dotado de sentido, que fornece modelos de mundo. Para tanto, dadas as garantias constitucionais e partindo da veracidade da narrativa, o julgador constrói seu fundamento. Distinguidas realidade e direito, a narrativa é boa “[...] quando é coerente, confiável, normal, familiar, verossímil e, portanto, persuasiva.”

A crença em determinadas palavras gera convicção sobre os argumentos que a revelam; ao considerar algo como verídico, tomam-se como válidos os pressupostos de tais argumentos. A mente compreende conforme a orientação das palavras. Desse processo surge o conceito de causa e consequência, assim como a condição de resposta, indissociável na análise do real.

Não basta, contudo, a força da narrativa. Nesse sentido, o *storytelling* elucida o direito quando aliado à verdade cognoscível, motivada por um conteúdo simbólico. Não cabe a simples forma na análise penal; a leitura da prova é fundamentalmente ética, majoritariamente por se tratar da perspectiva de privar a liberdade do acusado. Assim, a afirmação é verdadeira ou falsa a despeito da certeza sobre o convencimento. Crucial, assim, a cadeia de custódia (art. 158 e ss. do Código de Processo Penal) para delimitar os fundamentos do julgador, ao identificar a dúvida além do razoável, segundo o critério racional da probabilidade. A apuração é baseada na isenção das provas: para tanto, a instrução deve ser suficiente e eficaz. No entanto, é necessário, sempre, que o fundamento seja crível.

Dworkin (1982) traz à esfera jurídica a ideia do “romance em cadeia”, isto é, o processo como uma narrativa composta por relatos de diferentes autores (em nosso caso, Ministério Público, polícia, defensor e juiz) que retomam de onde o antecessor parou, coesa e construtivamente.

Quando diverge da parte anterior do ‘romance’, o autor deve fazê-lo por meio do direito, isto é, sem a marca da impressão pessoal ou do fundamento, unicamente, moral. Para ele, “[...] as proposições jurídicas não são mera descrição histórica e nem mera valoração desligada da história legislativa: as proposições são interpretações da história legal, que combina elementos de descrição e de valoração [...]” (1982, p.181). Igualmente, o recorte interpretativo é sobre a totalidade do apurado; “Trata-se menos de interpretar elementos isolados, como uma ação específica de um personagem, e mais de ocupar-se do sentido da obra como um todo, o conjunto em que os elementos da obra terão sentido” (1982, p. 182).

Não raras vezes, é trabalhosa a subsunção do fato em uma regra de direito. A análise inicia no que é apto a ser demonstrado; depois, os fatos legítimos são escolhidos e justificados. Há proibidade na análise do colhido, para que não se supervalorize o favorável à argumentação e se diminua a persuasão da tese não acolhida.

É crucial que o trazido em juízo corresponda e se conecte à realidade. Importante relevar, conforme Taruffo (2016, p. 80), que “[...] uma pretensão de veracidade não é equivalente à veracidade de um enunciado [...] Na medida em que “[...] um fato da causa não é outra coisa senão uma história hipotética [...]” (p. 68). Igualmente, deve-se evitar, na narrativa, a criação de uma conduta ou um caráter estereotipado; nesse contexto, o processo passaria a ser “[...] uma idealização de personagens típicos que se comportam em modos típicos, como na *commedia dell’arte*”.

As informações são oferecidas em pequenas peças que, juntas, devem confeccionar um mosaico racional na decisão. A síntese é um produto ordenado e claro; as premissas contraditórias são extirpadas. De acordo com Taruffo (2016, p. 86), “[...] as narrativas são meios necessários e inevitáveis para compor fatos fragmentados em um contexto ordenado e plausível. Em síntese: as histórias são necessárias para interpretar as informações disponíveis [...]”.

Na interpretação da realidade, respeitado o princípio penal da legalidade, é inegável que o julgador se coloque como agente de seu tempo. Na qualidade de literatura dinâmica, o direito faz e se faz na realidade concreta.

Para Schopenhauer (2007), o conhecimento é o resultado da interação entre objeto e sujeito; a conclusão sobre o real é uma representação ou interpretação do mundo. A leitura subjetiva humana, a partir da vontade livre, gera a apreensão do que o cerca.

Dessa maneira, o que se infere objetivamente surge a partir da experiência individual do observador. O mundo exterior repercute o mundo interno; a essência do significado, para o filósofo alemão, surge a partir de uma impressão histórica e momentânea, e se manifesta não por meio da razão, mas da vontade do sujeito, que se move ou pensa intuitivamente.

Como ciência social aplicada, o direito depende, para ultrapassar a mera convicção subjetiva ou parcial, de um fundamento hipotético; além de um sistema de garantias e prerrogativas, respeitados os parâmetros da norma, a solução penal elucida, por meio de fatos objetivos, o conflito real entre a conduta repudiada e o objeto protegido, guiada por valores amparados. Os pilares da decisão são os fundamentos constitucionais imanentes (BRASIL, 1988, art. 1º). Todos se sustentam pelo seu fundamento: a preservação do regime democrático de direito.

Pelo exposto, a decisão penal é inafastável da narrativa; essa, por sua vez, legitima-se quando fundada em um bem jurídico de eminência.

A norma penal, sob o enfoque constitucional, coexiste com o fato concreto, a partir do valor extraído de sua corporificação. Reale (1994), juspositivista eclético, trata justamente da elasticidade da norma de acordo com a significação do contexto; seu sentido é extraído da experiência, não somente pelo aspecto da validade, mas pela sua legitimidade ou repercussão objetiva, ou seja, da relação autêntica entre forma e matéria.

A nomogênese jurídica decorre do entendimento de que a norma, orientada por um alicerce principiológico, realiza-se no plano concreto, diante de obstáculos reais e da dinamicidade na mudança. A força normativa surge do amálgama entre regras e princípios que, por meio da disposição positivada, determinam-se sobre sujeitos reais, diante de um dilema concreto: a criação ou incremento de um risco social. A norma é, assim indissociável do valor absorvido, que se impõe sobre o fato normatizado.

Como apontado por Ulrich (2011), a sociedade de riscos, surgida dos avanços tecnológicos, pulveriza as ameaças sociais na coletividade. Em um mundo de incertezas não calculáveis, os sujeitos produzem e administram sua carga de riscos. E o direito penal responde ao anseio: preserva a coesão e ampara o Estado democrático; soberanamente, submete-se às mesmas regras que editou, e a reproduz ao solucionar o dilema concreto. Em suma, o Estado reage frente ao risco recriando histórias.

2.1 Leitura e significado

Conforme Hessen (2012), o método jurídico analisa a fenomenologia, ou seja, o direito é método para trazer à luz os fatos concretos sobre o objeto, e não sua essência. A verdade cognoscível surge da relação do observador com o objeto, ainda que ambos sejam, por definição, separados e ininteligíveis, a não ser a partir de si mesmos.

Ainda que se pretenda ontológica, isto é, plena e integral, a representação do mundo é parcial, a não ser quando se esgota em uma principiologia; um dado sistema de valores a guiar o olhar do observador sobre o fato técnico. Nesses termos, torna-se legítima, porque se faz desejável ou defensável.

Segundo Guimarães Filho (2017, p. 2), é por meio de como os fatos são contados que os efeitos almejados surgem ao receptor; nesse caso, o cidadão. Em suma, “[...] Os fatos assim o são, mas necessitam da narrativa para que sejam transmitidos, conhecidos, compreendidos e interpretados”.¹

Para Candido (2011, p. 180), o escritor, ao elaborar seu texto, “[...] nos propõe um modelo de coerência, gerado pela força da palavra organizada”. (p. 179). Conforme o sugerido, “[...] o conteúdo só atua por causa da forma, e

¹ Rubem Fonseca (1925-2020), romancista policial vencedor do Prêmio Camões e de seis prêmios Jabuti, escrevia, constantemente, na intertextualidade. Contrastava linguagens (formal e coloquial, tal qual na diferença entre a linguagem escorreita do inquérito policial e a técnica das fases processuais) e idiomas (prioritariamente o latim, como se faz na doutrina especializada). De acordo com a intenção, alterava o foco narrativo das obras, entre agentes da segurança pública e criminoso ou agente da conduta e vítima. Oscilava o eixo do raciocínio entre a resolução do delito pelo investigador e a realização do tipo criminoso; distribuía, fragmentariamente, evidências do crime para revelar, pouco a pouco, as motivações do responsável. Nesse sentido, suas obras pontuam a importância dos olhares e narrativas sobre a construção da resposta adequada ao caso concreto, a partir da visão de cada observador. Rubem Fonseca era bacharel em direito pela UFRJ, especialista em direito penal e trabalhou nos anos cinquenta como comissário de polícia.

a forma traz em si, virtualmente, uma capacidade de humanizar devido à coerência mental que pressupõe e que sugere.”

As peças judiciais exercem função metalinguística: explicitam o código ao emissor com o próprio dispositivo. Analogamente à literatura, o “tema” da peça é delimitado pelas garantias constitucionais. A intertextualidade surge da exploração dos conceitos e das observações de outros textos; no nosso caso, dos precedentes e da doutrina especializada, bem como pela perícia técnica e pela versão de cada envolvido.

Em “O direito à literatura”, Candido (2011, p. 177) trata a literatura como manifestação universal. A fabulação sobre a realidade apreensível é um movimento que não se extingue. A literatura, como “sonho acordado das civilizações”, reafirma o homem em sua humanidade; assegura o equilíbrio social e permite a interpretação do mundano.²

Prado (2017, p. 3-4), versando sobre a incompletude dos fatos materiais, aduz que, ainda que o raciocínio abstrato se dê por estimativa, e que o mundo concreto assim não o seja, “[...] na realidade da nossa vida mental, nem empregamos puramente o raciocínio concreto, nem empregamos puramente o raciocínio abstrato”. Não seria, contudo, prudente ao direito, segundo o autor, ao citar Fernando Pessoa, olvidar-se das pistas da literatura. Na epistemologia jurídica e probatória, há “[...] um misto de ficção e realidade”, mais próximo do real conhecimento do que da conjectura.

As decisões mesclam tipos textuais: ora descritivos (enumeram características, ações e elementos), ora narrativos (revelam a ótica do narrador, em uma sequência temporal, em local determinado). Quando fundamenta, o julgador opta pela abordagem dissertativo-argumentativa. A depender da necessidade, as varas e os tribunais se utilizam da intertextualidade, alterando o foco entre narrador e observador ou, ainda, determinando o ponto de vista de cada envolvido na demanda, com sua respectiva versão dos fatos. No ponto, a decisão criminal, circular e autorreferente, iguala-se ao universo das letras, e não sem motivo: o conhecer do mundo jurídico é literário.

Salvo nos casos de imprescindibilidade da prova técnica (exame de corpo de delito, nos arts. 158, 159, 167 e 184, bem como nos crimes contra a propriedade imaterial, no art. 525, todos do Código Penal), em que a omissão gera nulidade absoluta, o juiz tem amplo espectro racional de valoração para compor os vestígios que, processados como indícios, venham a integrar a decisão.

Para tanto, deve haver suficiência probatória (por meio documental, testemunhal, assecuratório... A leitura é exemplificativa). Contudo, em última análise, cabe tão somente ao prolator da decisão sopesar, no espectro do colhido, o que é relevante para a fundamentação.

Na preleção dos fatos, a descrição deve ser eloquente, apta ao convencimento, atrelada à verdade comprovável. Para tanto, é necessário, inevitavelmente, engajar o julgador. O engajamento, material e processualmente válido, deve basear-se em uma virtude cara ao corpo social, apta a ser objeto jurídico amparável.

Tratar a argumentação jurídica como construção literária não é filosofia separada, à parte do próprio texto constitucional; a prática é mais comum em solo norte-americano, em decorrência da menor quantidade de textos normativos e, em especial, da extração de sentido a partir da força dos precedentes. Nada impede, no entanto, que se perceba os sinais narrativos, em nossas próprias decisões penais, com o objetivo de encontrar e confrontar valor imanente e sentido concreto no desfecho judicial. A prática é universal e, nesse sentido, não se restringe a um ou outro sistema legal; é insita ao pensar e conhecer o direito. Para a resolução de conflitos, objetivo último, o autor do romance processual se vale da palavra, escrita ou falada, a partir do fato e considerando a norma.

² Ariano Suassuna (1927-2014), graduado em direito, escritor e dramaturgo, titulado pela Academia Brasileira de Letras, desenrola suas obras, psicologicamente, a partir do homicídio, de natureza política, do pai nos anos 30, na Paraíba. A tragédia gera um ímpeto pela construção do valor justiça; sua obra, simultaneamente messiânica e regional, reconstrói a imagem paterna e protesta contra o desigual no mundo. Acima do potencial narrativo, seja em prosa ou verso, há a tentativa de amparo a uma virtude, a justiça além do mundano. A conclusão do autor é pela construção de um espaço sacralizado que sintetize a cultura e os valores de um povo, conceituados nos seus trabalhos como “Ilumiaras”. O conceito aclara o anseio universal, pontuada a realidade local, pelo cerne de valores que guiam o sistema tradicional de ordem e controle. A narrativa do real se dá a partir da premissa metafísica do imperturbável ou imodificável: um plano superior de consciência que fundamenta a coerência e a coesão do mundo exterior. O pilar da premissa hipotética embasa, a partir de seus personagens, a narrativa construída.

2.2 Decisão e valor

Para Dworkin (1982), o objetivo do direito é gerar o entendimento sobre as intenções de um “agir coletivo”; esse agir depende da soma de ações individuais e da criação de um significado comum diante de casos complexos. É, assim, asseverar uma lógica de princípios: desenvolver o consenso coletivo sobre o agir social, alcançar um núcleo consentido de valores que se concretizem no agir do poder público.

Guimarães Filho e Matos (2019, p. 13) enxergam uma hipótese política no direito, assim como há uma hipótese estética na arte. Toda descrição de ordenamento possui um valor ou propósito. Transcrevendo o excerto, “[...] toda teoria da interpretação no direito tem por fundo uma teoria normativa que valora a prática social, a partir da qual os fatos relevantes para o direito podem ser identificados”.

Se isso foi verdade ao longo do século XX, mais ainda em nosso tempo, diante de riscos sociais que em muito ultrapassam os geridos nas outras décadas. Excesso de informação, avanço tecnológico, interações transfronteiriças; o aumento do risco da omissão e da capacidade humana de ação difusa. O contexto ressalta a necessidade de o julgador instilar, quando o risco é potencialmente superior, o amparo à democracia na construção narrativa. Sem a manutenção da estrutura cívica, pressuposto do sistema judicial, a decisão deixa de ser racional; passa ao plano do arbítrio. A narrativa bem fundamentada, nesse sentido, é aquela que resguarda seus pressupostos.

O caráter literário da decisão penal não elimina seu fundamento, nem gera incongruência na decisão; é processo natural do conhecer humano a reescrita fantástica, ainda que ponderada, de situações relacionadas para alcançar a coesão e, prospectivamente, desvendar o passado.

Respeitadas as regras materiais e processuais e ponderado o *standard* probatório, chega-se a uma narrativa propícia, seja na decisão favorável ou na condenatória. Nesses termos, Prado (2017, p. 2) entende que a punição legítima “[...] reclama a rigorosa adoção de um sistema de controles epistêmicos que é essencial à própria noção de devido processo legal. “É essencial, nas palavras de Prado (2019), a função de *gatekeeper* do magistrado: ser o encarregado de fiscalizar as provas que ingressam ilicitamente e bloquear o acesso a provas que, indevidamente, interfiram no convencimento motivado.

É usual que a relação com o familiar, ou com o inesperado, venha a se tornar embotada. Deve haver a busca consciente pelo valor imaterial em que se pauta a decisão; em nosso caso, a manutenção do Estado democrático, base da decisão justa e coerente. Esse primórdio epistemológico não é perpétuo, mas um dilema que, narrativamente, reassegura a cada parecer. O valor democrático, tão intelectualmente embrenhado no sistema jurídico, passa despercebido, como se fosse inerente ou como brotasse *ex nihilo*. É, no entanto, trabalho incessante rememorar o pilar principiológico da resolução de conflitos pelo Estado: trazer consciência sobre sua imprescindibilidade, malgrado passe por imperceptível; ou, pior, seja tratado, indevidamente, como inócuo.

Em suma, a decisão judicial é o exercício, progressivo, da valoração comunitária de condutas incentivadas e repudiadas, preservada a segurança jurídica. Para efeito deste trabalho, a virtude base, que dá sentido à narrativa penal, é o amparo ao Estado democrático. Sem ela, os demais bens jurídicos, por si, não subsistem. É, assim, a trama base da narrativa jurídica que se sustenta.

3 O objeto penal

A ligação do direito penal a valores indeterminados é ínsita ao neoconstitucionalismo. A força dos valores e o alcance das expectativas sociais se manifestam pelo teor social, promulgado e teleológico da lei maior. A força normativa, a autoridade do princípio e o cerne ético das decisões reforçam a proteção do Estado como instituição democrática. Ponderadas a atuação lícita e legítima do Judiciário, a criação da narrativa fundamentada concatena conjectura e realidade. Daí a alta carga de conceitos jurídicos indeterminados, da infinidade de tipos mistos alternativos e da variedade de elementos subjetivos e normativos na caracterização da conduta penal.

É alta, no caráter morfológico, a incidência de adjetivos e advérbios no diploma penal (“meio cruel”, “por razões da condição do sexo feminino”; “manifestação crítica”, etc). O espaço abstrato para interpretar a realidade é amplo. E o é porque é da fundamentação intelectual abstrata que o ser humano produz veredicto.

Não há como expor a fundamentação penal sem o elemento literário, a partir do reconhecimento e afirmação de um valor, de acordo com as expectativas sociais, por quem e para quem o direito se produz. A fundamentação principiológica é própria do penal-constitucionalismo e do sistema da fundamentação motivada. O processo permite ao juiz (re)conhecer e, dadas as provas, coerente e proporcionalmente, fundamentar a argumentação. O arrebatamento se eleva à medida que ascende, em igual grandeza, a perplexidade com o caso concreto. Esse fenômeno é visível quando o fato repercute, diretamente, nos receios mais ínsitos ao momento histórico, como, no caso em análise, o atentado à base democrática nos últimos anos e, conseqüentemente, a aprovação da Lei 14.197/2021.

Não se trata de uma defesa do direito penal meramente simbólica, isto é, ineficiente e reativa, mas da constatação do momento social que anima o poder punitivo. Seu exercício, se proporcional e razoável, pelo parâmetro humano, reconstrói a verdade por meio de uma visão lírica.

A expansão do direito penal é inegável; sua espiritualização, ao tipificar tentativas e planejamentos, e ao determinar novos bens jurídicos, vagos e intangíveis, é um processo manifesto. Resta à norma penal compreender o momento e, amparada nos direitos fundamentais, construir seu argumento pela qualidade do valor amparado.

Quando a defesa do bem jurídico é sólida, a medida penal, pontuadas as garantias, é legítima. Dessa forma, o panpenalismo desarrazoado se transforma na necessidade da solução penal.

Geraldo Prado (2019, p. 13), ao tratar da cadeia de custódia, necessária para fundar a decisão, assevera que a responsabilidade penal é uma experiência social; como método impositivo, produz e reproduz conhecimento. Essa dimensão epistêmica, para o autor, é incontornável.

A fundamentação literária e persuasiva reforça a justa causa penal; reafirma ou afasta a materialidade e a autoria e gera prestação jurisdicional efetiva e suficiente, porque contempla, no argumento, uma perspectiva ética, um valor a ser alcançado.

O fortalecimento da democracia é pressuposto axial para a narrativa penal. De fato, a preservação do regime democrático possibilita alcançar e solidificar a quarta dimensão de direitos fundamentais, aí incluídos o direito à informação e o pluralismo (político, étnico e cultural), como decorrência lógica do sistema. O conceito de democracia íntegra, além da prerrogativa de representação política e da liberdade de convicção, coletiva e individual, a preservação da liberdade individual, que se manifesta pelo múnus da segurança pública, direito e responsabilidade de todos (BRASIL, 1988, art. 144) e pela necessidade de manutenção da ordem, majoritariamente pela via judicial, diante de conduta que exija pacificação.

A ética é a essência normativa das prescrições sociais: são os preceitos últimos que orientam o comportamento, além de qualquer transitoriedade.

A experiência democrática, no exercício do poder punitivo, imbuí as palavras de conteúdo ou essência. Sem essa fecundação, a sanção, ainda que constitucionalizada, nasce natimorta.

3.1 Sociedade e resposta penal

Em 8 de janeiro de 2023, centenas de extremistas políticos procederam à invasão e depredação do STF, Palácio do Planalto e Congresso Nacional. Dentre dezenas de ônibus interestaduais e mais de mil manifestantes no Quartel General do Exército, a invasão em massa decorreu do questionamento do resultado eleitoral. Os ânimos já se acirraram há meses, com a implantação, inclusive, de um explosivo em um veículo próximo ao aeroporto de Brasília, com o objetivo de causar terror generalizado e suscitar a necessidade de intervenção militar.

A Segurança Pública do DF levou horas para retomar os edifícios; houve decretação de intervenção federal na Segurança Pública, estendida até 31 de janeiro.

O STF, à época, entendeu por afastar o então governador do DF por noventa dias. Uma CPI foi instaurada; centenas de pessoas foram conduzidas à Polícia Federal. A cobertura midiática foi vasta. A repercussão internacional foi, e tem sido, enfática. Os periódicos internacionais (Inglaterra, por meio da BBC; os EUA, por meio do *New York Times*; o *Clarín*, diário argentino) conceituaram os atos como extremos e terroristas. No ponto, o interesse repressivo

ultrapassa delimitações geográficas, e sugere a ideia de um eixo total de proteção, a ser sustentado independente da norma interna.

Dos atos preparatórios e executórios que culminaram no noticiado surgiram operações policiais de contenção e responsabilização, tal como a Operação Lesa Pátria, que visa alcançar os financiadores e estimuladores do movimento. A apuração, que já conta com mais de dez fases, indica o envolvimento de empresários, políticos, produtores e agentes de segurança.

O contingente de presos que depuseram e tiveram sua restrição examinada por ministros e autoridades chegou a ultrapassar 700 indivíduos. 1.390 foram denunciados pela Procuradoria-Geral da República como coautores ou partícipes. Destacam-se, dentre as figuras penais, as previstas nos arts. 359-L e 359-M do Código Penal, bem como os crimes de dano qualificado, associação criminosa, emprego de substância inflamável e atentado contra a segurança de outro meio de transporte.

O STF tem se posicionado pelo recebimento das denúncias; não as considera genéricas, entende pela existência de justa causa e não vislumbra, nos fatos, o simples exercício de liberdade de convicção. Não há, segundo a corte, espaço de debate para sustentar a própria derrocada do neoconstitucionalismo. Em relação ao tema, o pretório, em 2022, entendeu que a liberdade de expressão existe para a manifestação de opiniões contrárias, jocosas ou satíricas, mas não para opiniões criminosas, discursos de ódio ou para tentativas de atentado contra o Estado posto (AP 1.044/DF).

A reação legislativa ao extremismo perpassa diversos dispositivos, desde a encerrada CPI das *fake news* até a recente CPI mista dos atos golpistas. Nos últimos anos, diversas reformas legislativas penais derivam do contínuo ataque às bases democráticas, por meio, prioritariamente, do discurso político. O aumento de pena nos crimes contra a honra (art. 141, I e II) e no crime de invasão de dispositivo informático (art. 154, §5º e seus incisos) enfoca a difusão de pronunciamentos inflamados contra agentes da estabilidade pública. A releitura dos currículos escolares envolve, inclusive, a educação midiática das crianças e adolescentes, em relação à desinformação e à subinformação. Do processo desidiioso entre a opinião e a informação é que surge, inclusive, a polêmica, mas iminente, regulação das mídias sociais, por meio do Projeto de Lei 2.630/2020.

A resposta do direito aos fatos consiste na sanção, de cunho restritivo e pecuniário, com fundamento dissuasório, preventivo e repressivo e, a longo prazo, pedagógico. É a construção, pela persecução penal, do epílogo desejado, na reescrita da história: asseverar o espírito de corpo cívico.

3.2 Narrativa e democracia

Há uma tensão crescente entre narrativas de mundo. Prevalece a coerência da narrativa que opta pela preservação do núcleo democrático essencial, qual seja, a legitimidade e estabilidade das instituições públicas.

Os crimes contra o Estado democrático de direito foram incluídos pela Lei 14.197/2021, e se dividem topograficamente em cinco capítulos. Alguns crimes inovaram na ordem jurídica; outros perpetuaram a tipicidade normativa. Houve a revogação da Lei de Segurança Nacional e de alguns dispositivos da Lei de Contravenções Penais.

Os crimes se sujeitam à competência federal; há incidência de crimes de atentado ou empreendimento (como “tentar, com emprego de violência ou grave ameaça, abolir o Estado democrático de direito”, art. 359-L). As sanções são de reclusão, com penas máximas significativas. Em sua maioria, são crimes de perigo abstrato. A doutrina se posiciona pela possibilidade de caracterização da tentativa. Não há, por ora, consenso doutrinário a respeito da existência, objetiva ou subjetiva, de crimes políticos no ordenamento nacional.

Os bens jurídicos protegidos, por sua vez, são a integridade territorial e a soberania nacional, o regime representativo e democrático, o Estado democrático de direito, a segurança nacional e, por fim, a lisura do processo eleitoral. Vale pontuar que, caso cometidos por grupo armado, civil ou militar, contra a ordem constitucional e o Estado democrático, os atos são inafiançáveis e imprescritíveis (BRASIL, 1988, art. 5º, XLIV).

A previsão legal dos crimes citados não pretende esgotar o discurso, nem o exercício de resistência da opinião contrária. A tipificação não detém substância ideológica, nem se respalda na censura. É um sistema de autoproteção;

confronta narrativas que deturpam os pilares do regime. É nesse sentido que a manifestação crítica aos poderes constitucionais, seja por meio de reivindicação popular ou atividade jornalística, não incide nos tipos citados (BRASIL, 1988, art. 359-T). É na eterna busca pela neutralidade das decisões que Prado (2017) afirma ser o direito, idealmente, aplicado da mesma forma para conhecidos, desconhecidos e adversários. O silêncio diante da intenção revanchista deve ser um fator característico da cultura democrática.

O TRF1 tem avaliado a manutenção ou substituição das medidas cautelares privativas de liberdade. Quanto aos envolvidos nos crimes da Lei 14.197/2021, os réus são majoritariamente primários, com residência fixa e ocupação lícita (HC 1042555-78.2022.4.01.0000, publicado em 04/04/2023 e HC 1040166-23.2022.4.01.0000, publicado em 16/12/2022, ambos da Quarta Turma).

Dessa forma, o tribunal tem-se posicionado, nos casos em tela, pela conversão da prisão preventiva em medida diversa: proibição de se afastar da comarca, comparecimento periódico em juízo e restrição de localidade. As medidas têm sido sopesadas com a adequação, a ponderação e a necessidade de cada caso. Até o fechamento deste trabalho, não havia condenação transitada em julgado relacionada aos crimes da lei.

Vale salientar que, nos próximos meses, será elevado o número de precedentes que, surgidos por via recursal ou por prerrogativa de foro, serão julgados pelo TRF1, relacionados aos crimes contra o Estado democrático de direito. As decisões poderão ser, no futuro, parâmetro para o estabelecimento da linha decisória do tribunal e da estrutura delitiva dos atos antidemocráticos, isto é, da ponte entre o fato incognoscível e a interpretação adotada pelas turmas.

No que concerne ao conteúdo protetivo da decisão penal, é certo que o poder público atua como guardião, segundo o parâmetro da ordem pública, frente ao risco de dano dos itens considerados fundamentais ou valiosos. Luhmann (1994) entende que o direito, na qualidade de sistema, valida-se na sociedade; afasta riscos estruturais e, como estrutura imunológica do organismo social, reduz riscos ao atingir as expectativas normativas.

A coletividade, para o autor, é o ambiente em que o direito é contido e se exterioriza. Entender o mundo pelo direito se liga a dotá-lo de um sentido ou propósito, qual seja, atingir uma expectativa, diminuindo a contingência do mundo. Consoante essa ideia, o sistema jurídico, quando se expressa, é autopoietico, isto é, reafirma e consolida ao apresentar seu próprio sistema; assim, reconhece seus próprios elementos e repele o que nele não se enxerta.

É o procedimento, paralelamente, que o autor segue quando, ao rascunhar sua obra, depara com elementos que fazem oscilar o propósito da trama ou o significado de sua conclusão. É a preservação do próprio sentido, interno e autofágico, da narrativa.

Quanto à consumação abreviada dos crimes previstos na Lei 14.197/2021, é relevante que os atos, até então tidos pela norma tradicional como preparatórios, sejam entendidos como finais, do ponto de vista da tipicidade. De fato, a tentativa de abolir a ordem democrática, por meio de matizes políticos, eleitorais ou individuais, é punível, pela relevância do objeto jurídico, na própria tentativa de empreendimento; ainda que se estenda no tempo, o poder punitivo se manifesta quando de sua identificação imediata.

Tal fenômeno ocorre na medida em que os eventos criminosos, para serem dotados de sentido, são analisados em perspectiva, ou seja, olhando para o passado. Dessa forma, não basta à preservação da norma aguardar pelo desfecho criminoso que, quando ocorre, denota a obviedade, ou previsibilidade, de sua ocorrência. Tal conclusão só ocorre diante do momento presente, depois de sopesadas causas e concausas, e denota, pela quantidade de informação armazenada e pela análise histórica, nas palavras de Taleb (2021), uma falácia narrativa.

Para o autor, o evento inesperado, de alto efeito, compreendido como certo e, posteriormente, previsível induz à ilusão de controle daquele que o interpreta. A falácia narrativa surge da tentativa de compreender o passado por meio da visão parcial do presente. A necessidade posterior de explicação leva à soberba da conclusão linear, não raro a partir de eventos não relacionáveis. É no contexto que se dá a solidez da resposta penal; a partir de um valor imbuído, a construção da condenação ou absolvição é sistemática, a partir de premissas colhidas e instruídas processualmente que gerem homogeneidade, antes que o ato antidemocrático, de fato, manifeste-se por inteiro. A explicação sobre o fato tende à falha; a aplicação do valor sobre o caso concreto, ainda que não esgotado, evita a disrupção dos próprios pilares do ordenamento. Sem a democracia, o direito imparcial carece de significado.

Reconhecido o potencial narrativo do direito e a decisão criminal como última resistência da ordem pública, é essencial assinalar a importância da argumentação fundada em valores claros e sólidos nos crimes contra o Estado democrático. A referência é a decisão fundada na proteção de objetos jurídicos caros à democracia. A fundamentação deve, para tanto, superar o posicionamento ideológico, particular ou dúbio. Deve possuir contraditório efetivo e argumentação suficiente, de acordo com a norma.

A decisão judicial é solução narrativa; absolutória ou coercitiva, forjada para o e pelo coletivo. É necessário, portanto, que seja crível, fundamentada, coerente, razoável. E não há defesa mais razoável do que sustentar seu pilar principiológico. Sem o esteio democrático, não há Estado moderno; a justiça, nesse contexto, seria, quando muito, nominal.

A ponderação, dado que inexistente direito absoluto, funda-se no razoável e proporcional diante do caso concreto. Para tanto, cabe ao juiz, na redação, ser um autor coeso. Ao escritor cabe desenvolver aparato que resguarde sua própria narrativa: não há obra crível que se contradiga, isto é, que ponha abaixo, voluntariamente, sua impressão dos fatos.

O eixo legítimo do direito narrativo, pelo exposto, é a manutenção e consolidação do Estado democrático, na qualidade de ferramenta que imbui, ao poder punitivo, direção e sentido.

4 Considerações finais

A democracia, como exercício da soberania popular, provém da confiança na solidez das instituições. A crença na sobriedade institucional, por sua vez, é conteúdo eminentemente simbólico. Em outros termos, a construção da democracia é processo dinâmico de autoafirmação, atrelado ao exercício constante de sua carga principiológica.

O direito criminal, defesa subsidiária e fragmentária por excelência, reproduz e assevera a estrutura democrática; constrói sua narrativa sobre essa conjectura e, fora dela, torna-se pessoal, arbitrário.

Entender, compreender e aceitar o fundamento da decisão penal depende da transparência do poder público; a transparência, por sua vez, implica o regime democrático; este só se sustenta se amparado pelo próprio Estado. Cabe, portanto, ao narrador realimentar e amparar sua narrativa. Disto surge a importância dos objetos jurídicos tratados: a soberania e integridade nacionais, o regime representativo, a segurança nacional e o processo eleitoral regular. Sem tais pressupostos, não há narrador legítimo.

Paralelamente, não há história jurídica que brote sem respaldo, qual seja, a clareza no exercício da democracia. A afirmação unívoca desse valor se sobrepõe a qualquer enviesamento; a sociedade democrática responde com seu repertório técnico de magistrados, contra o regresso ao regime autocrático ou a mudança em direção a um Estado alegórico. Sem esse pilar de coesão, qual seja, a afirmação do arsenal democrático, não há narrativa que se sustente, por ser parcial ou incompleta. E é no ponto que se justificam as previsões da Lei 14.197/2021: é incumbência do autor, o Estado, por meio de seus representantes, defender os fundamentos de sua própria obra.

5 Referências

8 de janeiro: o que se sabe sobre os ataques golpistas em Brasília após um mês da invasão. *Estadão*, São Paulo. Disponível em: <https://www.estadao.com.br/politica/8-janeiro-mes-ataques-golpistas-invasao-brasilia-o-que-se-sabe/>. Acesso em: 12 maio 2023.

A IMPRENSA internacional repercute os atos golpistas no Brasil. *Brasil de Fato*, São Paulo, 8 de janeiro de 2023. Disponível em: <https://www.brasildefato.com.br/2023/01/08/imprensa-internacional-repercute-atos-golpistas-no-brasil-extremistas>. Acesso em: 18 maio 2023.

ALFARO, Luis Miguel Reyna. *Persuasión y storytelling aplicados a la defensa penal: nuevas expresiones de la litigación*. San Sebastián: Instituto Vasco de Derecho Procesal, 2015.

AMATO, Fábio; CAMARGO, Isabela. PF faz buscas em nova fase da operação contra envolvidos nos atos golpistas. *G1*, São Paulo, 11 maio 2023. Disponível em: <https://g1.globo.com/politica/noticia/2023/05/11/pf-faz-buscas-em-nova-fase-da-operacao-contr-envolvidos-nos-atos-golpistas.ghtml>. Acesso em: 12 maio 2023.

BECK, Ulrich. *Sociedade de risco: rumo a uma outra modernidade*. 2. ed. São Paulo: Editora 34, 2011.

BOBBIO, Norberto. *Teoria do ordenamento jurídico*. São Paulo: Edipro, 2019.

BRASIL. Decreto-lei n. 3.689, de 3 de outubro de 1941. Código de processo penal. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/CCIVIL/Decreto-Lei/Del3689.htm>. Acesso em: 2 jun. 2023.

BRASIL. Decreto-lei n. 2.848, de 7 de dezembro de 1940. Código penal. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm. Acesso em: 2 jun. 2023.

BRASIL. Lei n. 13.964 de 24 de dezembro de 2019. Lei anticrime. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/ato2019-2022/2019/lei/L13964.htm. Acesso em: 5 jun. 2023.

BRASIL. [Constituição (1988)]. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Brasília, DF: Presidência da República. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm. Acesso em: 2 jun. 2023.

CANDIDO, Antonio. *Vários escritos: o direito à literatura*. 5. ed. Rio de Janeiro: Ouro sobre Azul, 2011.

DERRIDA, Jacques. *Força de lei: o fundamento místico da autoridade*. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

DWORKIN, Ronald. Law as interpretation. *Critical inquiry*, v. 9, n. 1, p. 179-200, 1982.

GERSCHMAN, S. A construção da democracia: algumas questões históricas e teóricas. In: *A democracia inconclusa: um estudo da reforma sanitária brasileira*. 2. ed. Rio de Janeiro: FIOCRUZ, 2004.

GUIMARÃES FILHO, Gilberto; MATOS, Saulo Monteiro Martinho de. O papel da narratividade na teoria do direito de Ronald Dworkin: há uma teoria narrativa em como o Direito se assemelha à literatura? *Anamorphosis – Revista Internacional de Direito e Literatura*, v. 5, n. 2, jul./dez., 2019.

HESSE, Konrad. *A força normativa da constituição*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1991.

HESSEN, Johannes. *Teoria do conhecimento*. 3. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2012.

HOUAISS, Antônio. *Dicionário Houaiss da língua portuguesa*. Rio de Janeiro: Parábola editorial, 2021.

JUSTIÇA do DF condena envolvidos em tentativa de atentado a bomba no aeroporto de Brasília. *Carta Capital*, São Paulo. Disponível em: <https://www.cartacapital.com.br/cartaexpressa/justica-do-df-condena-envolvidos-em-tentativa-de-atentado-a-bomba-no-aeroporto-de-brasilia/>. Acesso em: 11 maio 2023.

LOEWENSTEIN, Karl. *Teoria de la constitución*. Tradução: Alfredo Gallego Anabitarte. 2. ed. Barcelona: Ariel, 1976.

LUHMANN, Niklas. *O enfoque sociológico da teoria e prática do direito*. Sequência, n. 28, Ano 15, jun. 1994.

PRADO, Geraldo. *A cadeia de custódia da prova no processo penal*. São Paulo: Marcial Pons, 2019.

PRADO, Geraldo. *Juízas e juízes pela democracia em tempos autoritários*. Disponível em: <https://geraldoprado.com.br/artigos/juizas-e-juizes-pela-democracia-em-tempos-autoritarios/>. Acesso em: 2 jun. 2023.

PRADO, Geraldo. *Os fatos são coisas duvidosas. Contra argumentos não há fatos. Os dilemas da prova penal*. Disponível em: <https://geraldoprado.com.br/artigos/os-fatos-sao-coisas-duvidosas-contr-argumentos-nao-ha-fatos-os-dilemas-da-prova-penal-diz-geraldo-prado/>. Acesso em: 3 jun. 2023.

REALE, Miguel. *Teoria tridimensional do direito*. 5. ed. São Paulo: Saraivajur, 1994.

ROSA, Alexandre Morais da; BECKER, Fernanda Nöthen. *Na porta do tribunal: uma história de como se criam realidades*. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2017-set-30/diario-classe-porta-tribunal-historia-criam-realidades>. ISSN: 1809-2829. Acesso em: 3 jun. 2023.

SCHOPENHAUER, Arthur. *O mundo como vontade e representação*. São Paulo: Contraponto, 2007.

SILAS FILHO, Paulo. *Os crimes literários e as narrativas sobre os crimes*. Disponível em: <http://www.salacriminal.com/home/os-crimes-literarios-e-a-narrativa-sobre-os-crimes>. Acesso em: 2 jun. 2023.

TALEB, Nassim Nicholas. *A lógica do cisne negro: o impacto do altamente improvável*. São Paulo: Objetiva, 2021.

TARUFFO, Michele. *Uma simples verdade: o juiz e a construção dos fatos*. Rio de Janeiro: Marcial Pons, 2016.