

REVISTA  
**LIBERDADES**

Edição nº 26 julho/dezembro de 2018





## Sumário

3 |  **EXPEDIENTE**

6 |  **APRESENTAÇÃO**

9 |  **ENTREVISTAS**  
1-) Cristiano Maronna entrevista  
**Beatriz Vargas**

17 |  **CRIME E SOCIEDADE**  
1-) Diálogo penal entre Hegel, Kafka e a psicanálise: uma incursão sobre a punição  
**Décio Franco David, Antonio Salomão Neto e Fernando Augusto Micaliski**

2-) A justiça popular no atual contexto social brasileiro: um estudo sobre a violência segundo Sigmund Freud  
**Esther Brito Martins**

3-) Privatização dos presídios: política de segurança pública?  
**Fernando Parente dos S. Vasconcelos**

4-) O tráfico de drogas e a análise das conversas armazenadas no aplicativo “WhatsApp” por policiais sem ordem judicial  
**Giovana Pereira Camacho**

5-) Crítica do valor e crítica estética na análise da seletividade penal – capitalismo, rap e forma jurídicas  
**Victor Silveira Garcia Ferreira**

103 |  **DIREITOS HUMANOS**  
1- ) A (in)compatibilidade do tribunal do júri com a convenção Americana de Direitos Humanos: análise e crítica sobre o duplo grau de jurisdição a partir de decisões da corte  
**Adilson Pires Ribeiro**  
  
2-) Os abusos e as violências do Estado contra o indivíduo: conceituação, presente e futuro  
**Maria Luiza Gorga**

143 |  **ESCOLAS PENAIIS**  
1-) As dificuldades de imputação e responsabilização da pessoa jurídica advindas da análise do texto legal proposto para o Novo Código Penal Brasileiro – PLS 263/2012  
**Glenio Puziol Giuberti**  
  
2-) A busca da verdade no processo penal  
**Muriel Amaral Jacob e Sander Silva Ferreira**

184 |  **RESENHAS DE LIVRO**  
1- ) Crimes de ódio – racismo, feminicídio e homofobia, de Regina Cirino Alves Ferreira de Souza  
**Cristiano Fragoso**  
  
2-) Criminologia e subjetividade no Brasil, de Cristina Rauter  
**Raíssa Vieira de Gouveia**



SUMÁRIO



EXPEDIENTE



APRESENTAÇÃO



ENTREVISTAS

01



CRIME E SOCIEDADE

01

02

03

04

05



DIREITOS HUMANOS

01

02



ESCOLAS PENAIAS

01

02



RESENHAS

01

02

## Expediente

### Diretoria Executiva

Presidente:

Cristiano Avila Maronna

1º Vice-Presidente:

Thiago Bottino

2ª Vice-Presidenta:

Eleonora Rangel Nacif

1º Secretário:

Renato Stanziola Vieira

2º Secretário:

Roberto Corcioli Filho

1º Tesoureiro:

Edson Luis Baldan

2º Tesoureiro:

Bruno Shimizu

Diretora Nacional das Coordenadorias Regionais e Estaduais:

Carla Cilene Gomes

### Assessora da Presidência

Jacqueline Sinhoretto

### Conselho Consultivo

Presidente

Andre Pires de Andrade Kehdi

Membros

Carlos Alberto Pires Mendes

Helios Alejandro Nogués Moyano

Mariângela Gama de Magalhães Gomes

Sérgio Salomão Shecaira



Publicação do  
Instituto Brasileiro  
de Ciências Criminais

Ouvidor

Rogério Fernando Taffarello

Coordenadores-chefes dos departamentos

*Amicus Curiae*

Maurício Stegmann Dieter

Atualização do vocabulário básico controlado

Roberto Portugal de Biazzi

Biblioteca

Renato Watanabe de Moraes

Boletim

Fernando Gardinali Caetano Dias

Comunicação

Gabriel de Freitas Queiroz

Concessão de bolsas de estudos e desenvolvimento acadêmico

Thayná Yaredy

Convênios

João Paulo Martinelli

Cooperação jurídica internacional

Maria Helena Rolim

Cursos

Yuri Felix

Estudos e projetos legislativos

Luis Guilherme Mendes de Paiva

Estudos sobre *Habeas Corpus*

Alberto Zacharias Toron

Infância e Juventude

Mariana Chies Santiago Santos

Iniciação Científica

Natália Macedo Sanzovo

Jornal de Ciências Criminais

Marina Pinhão Coelho Araújo

Justiça e Segurança Pública

Dina Alves

Mesas de Estudos e Debates

Maurides de Melo Ribeiro

Monografias

Frederico Normanha de Almeida

Núcleo de Pesquisas

Juliana de Oliveira Carlos

Política Nacional de Drogas

Luis Carlos Valois

Revista Brasileira de Ciências Criminais

Mariângela Gama de Magalhães Gomes

Revista Liberdades

Christiano Fragoso

Sistema Prisional

Paulo Cesar Malvezzi

22º Concurso de Monografias de Ciências Criminais - Ibccrim

Frederico Normanha de Almeida

24º Seminário Internacional

Silvio Luiz Almeida



SUMÁRIO



EXPEDIENTE



APRESENTAÇÃO



ENTREVISTAS

01



ARTIGOS

01

02

03

04

05



DIREITOS HUMANOS

01

02



ESCOLAS PENAS

01

02



RESENHAS

01

02

### Grupo de Estudos

Grupo de Estudos Sobre Ciências Criminais e Direitos Humanos

César Mortari Barreira

Grupo de Estudos Sobre Escolas Penais

Natália Macedo Sanzovo

Departamento IBCCRIM Coimbra Presidente

Rafael Serra de Oliveira

### Equipe do IBCCRIM

Supervisão Geral

Luciana Zaffalon

Equipe

Fernanda Costa Barreto

Núcleo Administrativo Financeiro Supervisão

Roberto Seracinskis

### Equipe

Andrea Pereira dos Santos

Alexandre Soledade de Oliveira

Bruna Vargas

Eliane Yanikian

Nadir Fernandes Almeida Silva

Priscila Nicastro

Vanessa dos Santos Lima

Victor de Souza Nogueira

Núcleo de Atuação Política Supervisão

Paulo Cesar Malvezzi Filho

Equipe

Gabriel Elias

Lorraine Carvalho Silva

Núcleo de Biblioteca Supervisão

Helena Curvello

Equipe

Anderson Fernandes Campos

Natalí de Lima Santos

Simone Camargo Nogueira

Núcleo de Comunicação Supervisão

Douglas Calixto

Equipe

Harumi Visconti

Rodrigo Pastore

Vitor Munis da Silva

Núcleo de Educação Supervisão

Amarilis Costa

Equipe

Andreza Martiniano da Silva

Ana Paula da Silva

Hegle Borges da Silva

Manuela Santos

Tânia Andrade

Núcleo de Publicações Supervisão

Willians Meneses

Equipe

Rafael Vieira

Taynara Lira





SUMÁRIO



EXPEDIENTE



APRESENTAÇÃO



ENTREVISTAS

01



CRIME E SOCIEDADE

01

02

03

04

05



DIREITOS HUMANOS

01

02



ESCOLAS PENAIAS

01

02



RESENHAS

01

02

## Coordenação da Revista Liberdades

### Coordenador-chefe

Christiano Fragoso

### Coordenadores-adjuntos

Camila Mendes Pinheiro

Leticia Galan Garducci

Marcela Diório

Milene Cristina Santos

Renato Gomes de Araujo Rocha

### Corpo de Pareceristas

Alexandre Moraes da Rosa

Allyne Andrade e Silva

Ana Carolina de Moraes Colombaroli

Ana Clara Gomes Costa

Ana Cristina Gomes

Ana Paula Pinto da Rocha

Anamaria Prates Barroso

Anderson Real Soares

Antonio Baptista Gonçalves

Brenno Moraes Miranda

Bruna Schlindwein Zeni

Bruna Stéfanni Soares de Araújo

Bruno Martins Torchia

Camila Mendes Pinheiro

Carolina Bessa Ferreira de Oliveira

Celeste Leite dos Santos

Christiany Pegorari Conte

Cristhovão Fonseca Gonçalves

Daniel Pacheco Pontes

Danilo Dias Ticami

Davi Rodney Silva

Décio Franco David

Eder Fernandes Santana

Elisiane Spencer Quevedo Goethel

Elizania Caldas Faria

Fábio Suardi D'Elia

Fernanda Carolina de Araujo Ifanger

Gabriela Wolff, Guilherme Ceolin

Guilherme Pereira Gonzalez Ruiz

Martins

Heloisa Chagas da Silva

Jonatan de Jesus Oliveira Alves

José Manuel de Sacadura Rocha

Josué Justino do Rio

Julia Hissa Ribeiro da Fonseca

Juliana Frei Cunha

Karinne Braga Ferreira

Larissa Nunes Cavalheiro

Leilane Nascimento dos Reis Santos

Lilian Dos Santos Lacerda

Lucas Minorelli

Madson Thomaz Prazeres Sousa

Marcelo de Almeida Silva,

Marcelo Santiago de Moraes Afonso

Maria Claudia Giroto do Couto

Milena Tarzia Barbosa da Silva

Milene Maurício

Mozart Gomes Moraes

Nelson Gomes de Sant'Ana e Silva

Junior

Patrick Lemos Cacicedo

Paulo Fernando Pinheiro

Rafhael Lima Ribeiro

Renan Antônio da Silva

Renato Silvestre Marinho

Renato Watanabe de Moraes

Ricardo Bispo Razaboni Junior

Rogério Reis dos Santos

Rômulo Souza de Araujo

Tatiana Lourenço Emmerich de Souza

Thiago Allisson Cardoso de Jesus

Valcelir Borges da Silva



SUMÁRIO



EXPEDIENTE



APRESENTAÇÃO



ENTREVISTAS

01



CRIME E SOCIEDADE

01

02

03

04

05



DIREITOS HUMANOS

01

02



ESCOLAS PENAIS

01

02



RESENHAS

01

02

## Apresentação

Apresentamos a mais nova edição da *Revista Liberdades*, que, composta por nove artigos, uma entrevista e duas resenhas, sob as mais diferentes abordagens, cumpre sua missão de ampliar o horizonte de discussões das ciências criminais por meio do pensamento crítico e de uma perspectiva interseccional entre os diversos saberes.

Para dar início a esse número, temos uma generosa entrevista concedida por **Beatriz Vargas**, doutora em Direito pela Universidade de Brasília (UnB) e professora do Centro de Estudos em Desigualdade e Discriminação da mesma universidade, na qual discorre sobre temas de extrema relevância para a compreensão do atual cenário brasileiro, como a politização do Poder Judiciário, a questão do proibicionismo e do encarceramento em massa e a situação de crianças e adolescentes em conflito com a lei.

Inaugurando a seção Crime e Sociedade, temos o artigo de **Décio Franco David**, **Antônio Salomão Neto** e **Fernando Augusto Micaliski**, *Diálogo penal entre Hegel, Kafka e a psicanálise: uma incursão sobre a punição*, em que convidam o leitor a se aprofundar no tema do sistema penal por meio da filosofia, literatura e psicanálise. Partindo de uma reflexão aprofundada, os autores buscam entrelaçar ao Direito essas três áreas de saberes, trabalhando a concepção de arte e artista em Hegel e o seu reflexo na obra literária de Kafka; expondo ainda, de maneira veemente, o conteúdo histórico e epistemológico de suas obras.

Em seguida, **Esther Brito Martins** nos convida a permanecer no tema da psicanálise em seu artigo *A justiça popular no atual contexto social brasileiro: um estudo sobre a violência segundo Sigmund Freud*, no qual analisa a violência urbana com enfoque em atos de justicamento popular a partir da perspectiva psicanalítica. Ao problematizar a violência dentro das comunidades periféricas brasileiras, a autora discorre acerca da omissão do Estado em sua tarefa de proteção dos direitos e garantias individuais, que leva ao desenvolvimento de um ambiente fértil aos indivíduos que, sob a bandeira de “justiça”, permitem-se a prática de atos bárbaros como forma de satisfação pessoal.

Em *Privatização dos presídios: política de segurança pública?*, **Fernando Parente dos S. Vasconcelos** nos leva a uma reflexão sobre experiências de privatização dos presídios em países como EUA e Inglaterra, que têm justificado a proposta brasileira de privatização de presídios. A partir daí, discute os projetos pilotos em andamento e até então realizados no Brasil, estabelecendo uma análise da viabilidade jurídica da sua adoção no Brasil diante da Constituição Federal e da Lei de Execução Penal (Lei 7.210/84).

**Gabriela Pereira Camacho**, por sua vez, também adentra por tema de grande atualidade em seu artigo *O tráfico de drogas e a análise das conversas armazenadas no aplicativo WhatsApp por policiais sem ordem judicial*, no qual discute a limitação do poder de polícia face ao acesso sem autorização judicial ao aplicativo Whatsapp em casos de prisão em flagrante por posse de drogas. Assim, realiza uma importante e necessária discussão, na qual aborda os debates sobre a presunção de inocência e o direito à privacidade, conectando-os ainda à Lei de Interceptação Telefônica.

Encerra a primeira seção o artigo *Crítica do Valor e crítica estética na análise da seletividade penal*, de **Victor Ferreira**, em que o autor busca demonstrar a lógica que conforma o estereótipo criminal na sociabilidade capitalista, apontando a estruturação do âmbito penal pelo Estado e pelo Direito a partir dos processos históricos de exclusão



SUMÁRIO



EXPEDIENTE



APRESENTAÇÃO



ENTREVISTAS

01



CRIME E SOCIEDADE

01

02

03

04

05



DIREITOS HUMANOS

01

02



ESCOLAS PENAIS

01

02



RESENHAS

01

02

das populações mais subalternizadas. Para tanto, sua reflexão se apoia em categorias essenciais ao marxismo – tais como a forma-valor, forma política estatal e sujeito de direito –, refletindo-as por meio da realidade trazida à tona por letras de rappers como RZO, Racionais, Emicida etc., que permitem evidenciar que é a pobreza, e não o delito, o verdadeiro objeto do aparato punitivo.

A seção Direitos Humanos, que abre espaço para discussões tão necessárias em uma época em que se verifica por todo o mundo o retrocesso de direitos, traz debates importantes levantados por **Adilson Pires Ribeiro** e **Maria Luiza Gorga**.

Ribeiro, que defende a tese da “(In)compatibilidade do Tribunal do Júri com a Convenção Americana de Direitos Humanos”, efetua uma análise do duplo grau de jurisdição a partir de decisões da corte, levantando as contradições da Constituição Federal e da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, na relação do Tribunal do Júri com a garantia do duplo grau de jurisdição, frente aos compromissos assumidos pelo Brasil ao ratificar a Convenção Americana de Direitos Humanos. A partir do debate sobre os direitos humanos, o autor questiona a prevalência da soberania dos veredictos do júri diante da força normativa das exigências constitucionais e internacionais do duplo grau de jurisdição e do acesso à justiça.

Já a reflexão de **Gorga** – *Os abusos e as violências do Estado contra o indivíduo* – denuncia a violência de Estado ao tratar da questão da responsabilização dos agentes estatais por violência arbitrária e abuso de poder, tendo como pano de fundo a Operação Lava Jato. A partir de exemplos como os vazamentos seletivos de escutas telefônicas e as conduções coercitivas para interrogatório de investigados no âmbito da operação, a autora aponta para a violação de direitos fundamentais que não vêm recebendo o tratamento adequado por parte do Estado, pelo contrário: têm encontrado respaldo diante da agenda moral engendrada no atual contexto de espetacularização das megaoperações levadas a cabo pelo Ministério Público e Polícia Federal.

Inaugurando a seção Escolas Penais, **Glenio Puziol Giuberti** trata das dificuldades de responsabilização penal no âmbito das pessoas jurídicas a partir do artigo *As dificuldades de imputação e responsabilização da pessoa jurídica advindas da análise do texto legal proposto para o Novo Código Penal Brasileiro – PLS 263/2012*. Adentra nas disputas sobre a adoção da teoria da autorresponsabilidade e da heterorresponsabilidade e seus reflexos sobre as teorias da conduta e da culpabilidade em Direito Penal e a mudança de posicionamento do STF a partir do Recurso Extraordinário 548.181, finalizando sua reflexão com um exame dos problemas para se determinar o bem jurídico penalmente relevante no Projeto de Lei 236/2012.

Encerramos a seção com *A busca da verdade no Processo Penal*, tema candente e atual no processo penal brasileiro, que é tratado sob o prisma do instituto da prova pelas autoras **Muriel Amaral Jacob** e **Sander Silva Ferreira**. Após a conceituação de “verdade” a partir de uma digressão dogmático-filosófica, as autoras discutem se seria possível a reconstrução do fato criminoso limitando-se o julgador aos meios de cognição processualmente disponíveis – e sem que isso prejudique direitos e garantias fundamentais dos acusados.

Finalmente, temos o fechamento da presente edição com as resenhas de **Cristiano Fragoso** e **Raíssa Vieira de Gouveia**. **Fragoso** apresenta o livro de **Regina Cirino Alves Ferreira de Souza**, intitulado *Crimes de ódio – racismo, feminicídio e homofobia*, ressaltando a atualidade e relevância de sua obra para a construção de uma sociedade verdadeiramente tolerante e democrática. **Gouveia**, por sua vez, apresenta o livro *Criminologia e subjetividade no*



*Brasil*, de **Cristina Rauter**. A resenha reconstrói em minúcias as análises críticas da obra acerca do nascimento e desenrolar da criminologia clínica e da psiquiatria, refletindo sobre conceitos como anormalidade e periculosidade do delinquente, os quais remanescem atuantes na prática jurídico-penal, reforçando o caráter seletivo, segregatório e estigmatizante do sistema de justiça criminal.

Encerramos agradecendo às autoras e aos autores dessa edição pela confiança depositada, assim como aos colaboradores e pareceristas que tornaram possível a publicação de mais esse número. Lembramos que a submissão de artigos, resenhas e contos para esse periódico são permanentes e que as políticas editoriais podem ser acessadas em nossa página.

Boa Leitura a todos!

**Equipe Revista Liberdades.**



SUMÁRIO



EXPEDIENTE



APRESENTAÇÃO



ENTREVISTAS

01



CRIME E SOCIEDADE

01

02

03

04

05



DIREITOS HUMANOS

01

02



ESCOLAS PENAIS

01

02



RESENHAS

01

02

## Cristiano Maronna entrevista Beatriz Vargas

Confira o vídeo da entrevista na íntegra, em nosso canal no Youtube, clique aqui!

**Data:** 30/10/18, 17h30 | Duração: de 42min

**Tema:** Democratização do Sistema de Justiça / Projeto JUSTA

**Cristiano Maronna:** Olá, eu sou Cristiano Maronna, presidente do IBCCRIM. Hoje estamos aqui, no dia 30 de outubro de 2018, para entrevistar a professora Beatriz Vargas, para a edição n.º 26 da Revista Liberdades. Hoje também, nós acabamos de realizar, aqui no IBCCRIM, a mesa de estudos e debates sobre criminalização dos movimentos sociais, que teve também a participação da professora Beatriz Vargas. A professora Beatriz Vargas é doutora em Direito pela Universidade de Brasília, professora adjunta e coordenadora no Centro de Estudos em Desigualdade e Discriminação da UnB, e ex-integrante do Conselho Nacional de Política Criminal e Penitenciária do Ministério da Justiça, entre 2013 e 2015. Professora, muito obrigado por aceitar o nosso convite. Vamos então a nossa entrevista!

**Beatriz Vargas:** Eu que agradeço!

**CM:** É possível observar, metodológica e academicamente, o fenômeno chamado de politização do judiciário? Quais são as implicações dessa politização no funcionamento do sistema de freios e contrapesos entre os três poderes do Estado?

**BV:** Esse fenômeno de politização, no meu modo de ver, é uma certa rebeldia aos limites que o próprio ordenamento jurídico, a Constituição, as leis federais colocam ao fazer do juiz. O juiz que não respeita os limites à sua atuação impostos por lei avança sobre a cena política de uma forma muito ativa; e acaba tendo um protagonismo importante em questões que são centrais na discussão pública política. É óbvio que não é possível fazer uma cisão absoluta entre político e jurídico, mas o processo político funciona de uma forma completamente diferenciada do processo jurídico, ou seja, o processo jurídico é intermediado por regras, necessariamente o resultado está em aberto. A politização do juiz implica uma previsão de um resultado, ele deixa de ser aberto, e essa politização, principalmente quando ela é excessiva, acaba se revertendo em descrédito para o Judiciário. A falta de confiança, o descrédito... A gente pode pensar no próprio Supremo Tribunal Federal, que é a cúpula do Judiciário, as ocasiões e as situações em que o Supremo avançou nessa cena política de uma forma manifestamente política e como isso rendeu críticas profundas a esse tribunal.

**CM:** E é interessante, porque o que caracteriza o devido processo na democracia é, justamente, a certeza quanto aos procedimentos e incerteza quanto aos resultados. Na politização ocorre o oposto, a certeza em relação aos resultados e incerteza em relação aos procedimentos.

**BV:** Exatamente, e é inclusive uma fala luhmanniana, Niklas Luhmann fazia essa diferenciação, dos dois esquemas funcionais.



SUMÁRIO



EXPEDIENTE



APRESENTAÇÃO



ENTREVISTAS

01



CRIME E SOCIEDADE

01

02

03

04

05



DIREITOS HUMANOS

01

02



ESCOLAS PENAIS

01

02



RESENHAS

01

02

**CM:** E Boaventura de Sousa Santos, que é um outro estudioso desse tema, também critica o que ele chama de “sistema de justiça que blinda amigos e persegue inimigos”.

**BV:** Exatamente.

**CM:** Professora, o Centro de Estudos em Desigualdade e Discriminação, coordenado pela senhora, na Faculdade de Direito da Universidade de Brasília, faz parte do Comitê Assessor de pesquisa do projeto JUSTA – Democratizando a Gestão da Justiça. Esse projeto foi iniciado este ano em conjunto com o IBCCRIM, e mais cinco organizações: o CEAPG, da Faculdade de Administração Pública da FGV de São Paulo, o CESEC, da Universidade Cândido Mendes, do Rio de Janeiro, o King’s College, de Londres, a Pastoral Carcerária Nacional e a Transparência Internacional. O que te animou a participar desse projeto e quais são suas expectativas pelo CEDD da UnB?

**BV:** O CEDD tem uma coordenação rotativa/periódica, hoje as coordenadoras formais são: eu, a professora Camila Prando, que trabalha também no projeto como pesquisadora, e a professora Janaína Penalva. Para nós, a ideia/filosofia do projeto tem muita aderência ao próprio grupo, porque nós pesquisamos, entre outras coisas, nós damos muita atenção para o sistema de justiça, para os processos decisórios: o que inspira o processo decisório, a argumentação judicial, ao que ele se vincula. Exatamente porque dentro do sistema de justiça o Judiciário alcança esse proscênio na cena política, nós achamos que o projeto JUSTA auxilia a compreender esses mecanismos de poder do Judiciário e a fazer essa vinculação do Judiciário como um órgão inserido nessa estrutura de Estado Democrático de Direito. São várias as temáticas e isso será esmiuçado na pesquisa; ela está no início, enfim, nos anima bastante esse olhar para o sistema de justiça.

**CM:** Até porque parece que, em relação aos demais poderes, o Poder Judiciário é o menos transparente, o menos conhecido em relação às suas práticas internas.

**BV:** Perfeito.

**CM:** Um dos instrumentos formais que o JUSTA está investigando é um dispositivo que o Judiciário pode usar para atuar politicamente, inclusive em muito pouco tempo, que é a chamada “Suspensão de Segurança”, prevista na Lei n. 8.437/92:

Art. 4º: Compete ao presidente do tribunal, ao qual couber o conhecimento do respectivo recurso, suspender, em despacho fundamentado, a execução da liminar nas ações movidas contra o Poder Público ou seus agentes, a requerimento do Ministério Público ou da pessoa jurídica de direito público interessada, em caso de manifesto interesse público ou de flagrante ilegitimidade, e para evitar grave lesão à ordem, à saúde, à segurança e à economia públicas.

Qual é o grau de subjetividade e poder que esse instrumento dá aos presidentes de tribunais?

**BV:** É imenso! Imenso! É muito poder. O interessante dessa temática da pesquisa é que o que se quer verificar é quais são as situações em que essa suspensão foi pedida; qual era o tema envolvido na segurança e qual foi o resultado, se foi negativo ou positivo; em análise quantitativa, quantas vezes; e também uma curiosidade sobre o conteúdo, sobre que tema essa suspensão veio ou não. Isso vai ajudar a fazer a descrição, a compreensão do processo de poder inserido nesse momento; sem dúvida nenhuma que é uma cláusula fortíssima de poder.



SUMÁRIO



EXPEDIENTE



APRESENTAÇÃO



ENTREVISTAS

01



CRIME E SOCIEDADE



DIREITOS HUMANOS

01 02



ESCOLAS PENAIS

01 02



RESENHAS

01 02

**CM:** E nos permite também avaliar o papel do Judiciário na efetivação dos direitos ou, justamente, ao não permitir que se efetivem.

**BV:** Exatamente. E qual o grau de fundamentação para isso. Qual é a fundamentação que acompanha a suspensão de segurança? A pesquisa está no início e já temos algumas hipóteses, que são colocadas no trabalho da professora Luciana Zaffalon. É importante estarmos abertos a encontrar essa justificativa, que me parece bastante sumária, quando não deveria ser. Numa disputa de poder tão forte, essa justificativa deveria ser muito consistente. Ao menos esse constrangimento argumentativo deveria acontecer.

**CM:** Em março de 2017, o IBCCRIM participou de um debate promovido pelo Instituto de Defesa do Direito de Defesa – (IDDD) sobre a constitucionalidade do artigo 28 da Lei de Drogas, que é justamente a norma que incrimina a posse de drogas para uso pessoal. Naquela ocasião, chamou atenção a sua observação sobre as fundamentações das decisões de prisão no Distrito Federal, de como era impressionante que naquela Unidade da Federação as sentenças não traziam grandes trechos de condenação moral aos réus – como vemos por exemplo em São Paulo. Ou seja, a política de segurança pública não tem tanta permeabilidade na atividade do Judiciário, pelo menos nessa questão. Isso teria a ver com a alternância de partidos nos poderes, que não cria um discurso de segurança pública hegemônico a ser repetido pelo Judiciário local? Lembrando que no DF há uma situação normativa específica, porque o DF não é um Estado, mas tem um governo que equivale também a um município, quer dizer, o governador do DF cuida também de Brasília, que é a capital. Aqui em São Paulo, agora findas as eleições, o PSDB vai para o sétimo mandato consecutivo à frente do governo do Estado. Isso em Brasília é ao contrário, era o DEM, depois passou pro PSB, agora parece que vem o MDB, enfim, é uma alternância maior no poder.

**BV:** O próprio PT...

**CM:** O próprio PT...

**BV:** O Paulo Agnelo, antes o senador Cristóvão Buarque... É uma hipótese muito rica, muito interessante essa. Acho que sim, que faz sentido, essa alternância de poder, portanto, uma maior independência, uma desvinculação com o discurso permanente de segurança. Na pesquisa, nós ainda não temos elementos, não reunimos dados que autorizem a dar essa resposta; acho que é uma resposta possível. O que eu percebi, sim, e que destoa de outras sentenças, como no Rio e em São Paulo: no DF a regra são sentenças mais, vamos dizer, técnicas, sem essa retórica bélica, moralista. Na minha interpretação, é como se essa fosse uma situação dada, “você já sabem de quem estou falando, é o traficante”, ou “eu não preciso fazer um discurso demonizador, moralista, basta que eu aplique a regra”. Mas acho muito interessante a hipótese levantada na pergunta.

**CM:** Até porque esse discurso moralizador muitas vezes surge com o intuito de suprir lacunas de fundamentação. Na ausência de fatos capazes de justificar a decretação da prisão, por exemplo, lança-se mão de recursos como esse. Discursos moralizantes, que atribuem todos os males da sociedade à questão das drogas. Uma ideia muito comum, que enxergamos nas sentenças judiciais, é a argumentação de que as drogas estão na base dos crimes violentos, corrompem os valores da sociedade, causam desassossego à parcela ordeira da comunidade.

**BV:** Exatamente! Bastante interessante a sua colocação, como se fosse para suprir uma insuficiência probatória.



SUMÁRIO



EXPEDIENTE



APRESENTAÇÃO



ENTREVISTAS

01



CRIME E SOCIEDADE

01

02

03

04

05



DIREITOS HUMANOS

01

02



ESCOLAS PENAIS

01

02



RESENHAS

01

02

**CM:** Em relação à pauta de drogas, em sua tese de doutorado é apresentado um conceito muito significativo: a ilusão do proibicionismo. Qual é o impacto do regime de proibições para o sistema penal brasileiro? É possível construir uma alternativa ao encarceramento a partir da desconstrução do proibicionismo?

**BV:** Esse título, “Ilusão do proibicionismo”, eu dei ao trabalho muito em função do trabalho da professora Vera Andrade, onde ela fala da ilusão do Direito Penal. A ideia que está por trás disso é sim a demonstração de que o aparato penal, o sistema penal, dentre as ferramentas à disposição da sociedade para o controle da criminalidade, é uma das mais fracas. O sistema penal pode muito pouco, ao contrário do que parece, ao contrário do que o senso comum acredita, pode muito menos do que principalmente hoje em dia ele apregoa. A outra ideia é que o proibicionismo é gerador do encarceramento em massa. As penas são exageradas, elas implicam não só um alto grau de prisionização, mas também a permanência mais demorada desses indivíduos condenados no estabelecimento penal. E, do ponto de vista empírico, o encarceramento em massa não reduziu em nada a curva da criminalidade, não só dentro da questão de drogas, mas em função da criminalidade violenta no seu conjunto. Por isso essa expressão “a ilusão”. É como se o Direito Penal servisse mesmo como um ilusionismo, uma mágica, uma cortina de fumaça, um paliativo, uma panaceia. Não estou dizendo que o Direito Penal, ou que o sistema penal, não tenha função; tem uma função, mas está completamente inflado, está superdimensionado, e funciona mal porque hoje, onde há violência, homicídios, feminicídios, crimes de roubo, ou estupros, crimes sexuais graves, é aí onde o Direito Penal mais falha. Já falha na investigação, pois existem poucos recursos voltados para uma boa investigação desses crimes. A quantidade, o seguimento, a parcela de pessoas condenadas por esses delitos no mapa do sistema prisional é muito menor – a não ser no caso dos crimes patrimoniais, que historicamente sempre foram os que mereceram mais atenção da autoridade, da persecução penal. Mas se nós somarmos, se nós verificarmos a quantidade de crimes de roubo e compararmos com tráfico, o tráfico supera, ele é muito maior, ele aprisiona muito mais, ao passo que a nossa ideia é de que essa é uma questão de saúde pública e que há alternativas a esse sistema puramente proibicionista para controlar – que ninguém nega que haja um problema de saúde pública, nem sempre ele se revela também como problema de saúde pública, há muitos usuários funcionais...

**CM:** A maioria inclusive...

**BV:** A maioria inclusive, e de drogas várias que não chegaram a receber o rótulo da ilegalidade. Dentre ou entre essas drogas, a que mais nós podemos vincular com tragédias, com dramas familiares, enfim, é o álcool; e que, no entanto, não é ilícita.

**CM:** Ao contrário, é uma droga que admite inclusive a promoção comercial, muito pouco regulada, talvez pelo fato de que a indústria da cerveja seja muito poderosa economicamente.

**BV:** Sim, de fato.

**CM:** Em relação à questão do encarceramento em massa, a senhora conduziu um projeto de pesquisa sobre a construção de políticas penais capazes de contribuir para o desencarceramento, a ideia de penas alternativas, que são tão mal aceitas dentro do Judiciário. Se a gente fizer um retrospecto de alterações legislativas, há inúmeras leis com o objetivo de ampliar a possibilidade de aplicação de penas alternativas, mas nós temos um



SUMÁRIO



EXPEDIENTE



APRESENTAÇÃO



ENTREVISTAS

01



CRIME E SOCIEDADE

01

02

03

04

05



DIREITOS HUMANOS

01

02



ESCOLAS PENAIS

01

02



RESENHAS

01

02

Judiciário muito resistente para aplicar essas regras. Você poderia citar alguns resultados dessa pesquisa, que foi realizada entre 2011 e 2016? É possível construir um caminho de desencarceramento no Brasil?

**BV:** Acho que um primeiro esclarecimento importante é que essa pesquisa não foi completamente concluída. Nós tivemos algumas dificuldades, que implicaram resultados parciais. Basicamente, o que nós apresentamos foi a utilização que os juízes fazem da prisão preventiva e a análise judicial sobre a substituição da medida de prisão preventiva por outra medida cautelar, que não prisional. A partir daí nós conseguimos, sim, um saldo de resultados mais interessantes. O que a pesquisa mostra? Que há uma cultura tradicional, punitivista, que domina, que predomina. É muito mais fácil o juiz optar pelo encarceramento do que o contrário. Em situações em que ele poderia, inclusive, ter essa dúvida, ele acaba decidindo pela prisão, e são poucas as vezes em que ele realmente se dá ao trabalho de examinar a possibilidade de substituição dessa cautelar. A lei que modificou o Código de Processo Penal nesse aspecto tinha uma pretensão de que isso fosse realmente corresponder a uma fração de desencarceramento muito significativa; e na prática ela esbarrou nesse hábito do Judiciário, nessa postura conservadora. Por um outro lado também, e isso é só um retrato do problema mais complexo, que é muito maior, nós temos que pensar que nesse campo são mais que urgentes medidas legislativas, medidas ainda no campo da previsão da norma, da redução, aumento das hipóteses de cautelares diversas da prisão, maior controle, maiores requisitos para a decretação da prisão. Esse é um processo, quando você pergunta Cristiano... Você está me chamando de senhora o tempo todo, não é preciso... (risos)

**CM:** Desculpa, perdão! (risos) Até porque somos amigos... (risos) É que é o roteiro, vou abandonar o roteiro. Vou me dirigir a você por "você".

**BV:** Vou quebrar o protocolo e te chamar pelo primeiro nome, Cristiano Maronna.

**CM:** Ótimo! Excelente! (risos)

**BV:** Sobre essa questão da possibilidade de se mudar esse modelo, possibilidade há. Nós temos inúmeras pesquisas empíricas, pesquisas no campo do sistema prisional, que mostram não só a necessidade, mas a urgência de medidas nesse sentido. Nós temos todo um acúmulo de reflexão, de discussão sobre isso: o abuso da prisão. Em um desenho de segurança pública, a prisão, o aprisionamento, aparece como o núcleo desse sistema e um absoluto fracasso. Esse fracasso está mais do que relatado, fotografado, ilustrado... Então o que nós vemos? Que aqui há uma forte divisão. As pessoas que observam e que acompanham essas decisões pelas universidades, os pesquisadores – tanto do campo jurídico quanto fora dele – e o sistema, extremamente resistente a, inclusive, fazer uma autocrítica, um sistema amedrontado com qualquer tipo de mudança. Parece que é um sistema autoprotetivo. Cobra-se do sistema de justiça, e principalmente do Judiciário, um referencial de qualidade que é por produção, número de sentenças, e não qualidade, conteúdo da sentença, ou qualidade da justiça.

**CM:** Interessante isso que você está dizendo, porque de fato o Judiciário é um poder, aliás, as instituições do sistema de justiça em geral, são muito pouco afeitas a crítica, e menos ainda a autocrítica. Interessante que você mencionou também, nós temos aí várias leis que entraram em vigor para ampliar a aplicação de penas alternativas, de medidas cautelares alternativas à prisão, mas há uma cultura punitiva que impede que isso se aplique. Você menciona também a questão do abuso na prisão cautelar, você acha que falta na nossa legislação um instrumento mais efetivo para responsabilizar especialmente os juízes por conta desse abuso? Porque o que a gente percebe hoje é que os juízes



SUMÁRIO



EXPEDIENTE



APRESENTAÇÃO



ENTREVISTAS

01



CRIME E SOCIEDADE

01

02

03

04

05



DIREITOS HUMANOS

01

02



ESCOLAS PENAIS

01

02



RESENHAS

01

02

estão muito à vontade para abusar de seu poder, os juízes que correm riscos são os garantistas, são aqueles que têm uma preocupação de, de fato, aplicar de forma moderada a lei penal, de acordo com o que a Constituição determina. Esse paradoxo pode ser invertido? Ele pode ser resolvido de alguma forma?

**BV:** Eu acho que sim, eu acho que a gente tem que tentar fazer isso. Quer dizer, empurrar esse Judiciário para um lugar de defensor dos direitos fundamentais, de limitador do poder punitivo. Quando a gente ouve, por exemplo, presidentes de tribunais irem a público em entrevistas, de mídias massivas, dizer que o papel do juiz é o controle da violência, o combate à violência, isso é uma distorção absurda. Para isso nós temos a polícia – se é que essa expressão “combate” está correta; não gosto da palavra, que é uma palavra que vem de um glossário, do vocabulário bélico, e essa não é a relação da segurança. Mas se é que a gente pode falar nisso, nesse combate como algo defensável; isso não pertence ao Judiciário. O juiz é aquele que zela pelo limite, aquele que impõe limites ao poder punitivo. Na verdade, é uma dificuldade muito grande, um problema extremamente complexo, exatamente porque ele atinge a questão cultural, a cultura da instituição. Quando o problema diz respeito à cultura da instituição, ele é muito mais difícil de ser enfrentado. Mas quando você coloca, por exemplo, você exemplifica, medidas de responsabilização do juiz, sim, acho que nós podemos pensar esses mecanismos desde a lei, pensar medidas de responsabilidade do juiz, pensar também medidas de responsabilidade de implicação com o problema no seu todo, do legislador também.

**CM:** Sem dúvidas. A questão da responsabilidade político-criminal; quer dizer a política criminal é pensada no Legislativo e aplicada na prática no Judiciário.

**BV:** Então Cristiano, me permite? Só uma coisa. Os legisladores se comportam com um alto grau de criatividade; basta a gente fazer uma análise do repertório dos projetos de lei, de iniciativa tanto da Câmara, quanto do Senado, no campo da segurança pública, do Direito Penal. É como se a atividade deles não obedecesse a nenhum comando, nenhum mecanismo constitucional, como se eles fossem absolutamente livres para sair fazendo mágica no mundo com uma varinha de condão, dizendo “vire crime, vire crime”, sem pensar nas consequências disso para o Estado. Consequências que nós podemos dizer que são sociais e consequências também de toda ordem, inclusive financeira...

**CM:** Aliás, voltando um pouquinho àquilo que nós já havíamos conversado, é muito interessante perceber a diferença de postura que a gente encontra no Judiciário, quando a questão é efetivar direitos para pessoas presas e quando a questão, por exemplo, é garantir benefícios remuneratórios, muitas vezes acima do teto constitucional. Como há uma ginástica retórica para suprimir direitos, para que os direitos dos presos não sejam efetivamente colocados em prática, e no caso dos benefícios remuneratórios, há toda uma ginástica retórica para que esses benefícios sejam concedidos. O que mostra que nós temos instituições do sistema de justiça que funcionam em favor de si mesmas e contra o interesse público muitas vezes. Uma questão importante, relacionada ao seu histórico, foi a sua “anticandidatura” ao Supremo Tribunal Federal em 2017. Após o falecimento do Ministro Teori Zavascki, um grupo de juristas lançou a sua “anticandidatura”. Queria que você falasse um pouco sobre isso e de como você viu o desfecho que acabou redundando na nomeação de Alexandre de Moraes para aquela.

**BV:** Fizemos um movimento político, por intermédio desse mecanismo da apresentação do meu nome, onde houve uma discussão sobre quem poderia; eu topei. Eu não advogo, não teria dificuldades, sou professora e pesquisadora, não me vi com nenhum tipo de constrangimento de emprestar o meu nome para um movimento político; nós fizemos um ruído nessa cena pública. Qual era a pretensão? Catalisar as críticas, as análises sobre o comportamento do



SUMÁRIO



EXPEDIENTE



APRESENTAÇÃO



ENTREVISTAS

01



CRIME E SOCIEDADE

01

02

03

04

05



DIREITOS HUMANOS

01

02



ESCOLAS PENAIS

01

02



RESENHAS

01

02

Judiciário e principalmente a partir desse mecanismo de indicação de um ministro para o órgão máximo do sistema Judiciário, que é o Supremo Tribunal Federal. A nossa maior indignação nasceu com a colocação do nome do ministro Ives Gandra, porque ele vinha com um discurso de que a mulher não tem autonomia. É uma pessoa com um modelo de pensamento, um discurso, evidentemente machista. E isso nos deixou extremamente indignados, ou indignadas; nesse movimento havia tanto feministas quanto ativistas de toda linha, profissionais. Na sequência, o nome que acaba sendo escolhido é o do atual ministro, Alexandre de Moraes, que com essa sua aceitação ao cargo rompeu com uma tese que ele mesmo havia defendido na Universidade de São Paulo, de que um integrante do governo daquele Executivo, que faria a nomeação, não poderia se legitimar a essa mesma disputa. Nessa ocasião, a gente aproveitou para discutir o próprio procedimento, o próprio mecanismo de indicação, de discussão dessa indicação pelo Senado, fizemos várias críticas, então, de que esse processo é pouco transparente, é um processo de bastidor. Nós não conhecemos, a rigor, o pensamento daquelas pessoas que vão ocupar esse lugar na Suprema Corte. Essa foi uma experiência política muito interessante, a gente fez um ruído bacana e a gente se divertiu muito.

**CM:** O mais interessante é que há uma referência histórica à anticandidatura do Ulisses Guimarães, que foi candidato contra o candidato da Ditadura, sabendo que não tinha chances de vencer, mas apenas para marcar posição e mostrar a ausência de democracia naquele processo. Nesse sentido há uma semelhança muito grande...

**BV:** Proposital! Nós fizemos de propósito, pegamos essa estética do que já aconteceu, pela semelhança mesmo, pela denúncia, enfim, foi muito interessante. Acho que produziu sim, algumas boas discussões, que voltam para uma pauta muito importante, que é: reformas necessárias no poder Judiciário, na estrutura do Judiciário; a indicação é uma delas.

**CM:** Sem dúvidas, Beatriz. Hoje é dia 30 de outubro de 2018, Jair Bolsonaro foi eleito Presidente da República, e uma das propostas que ele vem apresentando é a da redução da maioria penal. Segundo ele, a idade de 14 anos seria adequada para marcar o início da imputabilidade penal. Em termos de cultura infanto-juvenil, qual é a diferença conceitual entre “responsabilização” e “punição”? Como você avalia o Estatuto da Criança e do Adolescente e por qual razão, no Brasil, predomina hoje a ideia de que é melhor punir as crianças e adolescentes do que submetê-las a medidas socioeducativas de caráter não punitivo?

**BV:** Uma pergunta bastante complexa essa. Não sei se eu teria condições de nesse espaço fazer uma análise que pudesse abranger tudo isso, mas tentando me colocar, essa é uma discussão que pra mim é muito cara, muito importante. Ela não é nova; há muitos anos, mesmo antes da entrada em vigor do Estatuto da Criança e do Adolescente, que aconteceu em 90, antes disso sempre houve esse discurso de redução da idade de responsabilidade penal. Esse discurso é insuflado, acaba que ele tem um lastro numa atitude típica de uma certa mídia sensacionalista que sempre coloca o holofote, o foco, em grandes tragédias que têm como personagens jovens, meninos, ainda de idade inferior a 18 anos. Há uma campanha punitivista que tem essa fé na medida de pena; e um dos falsos argumentos dessa campanha é de que um jovem, na idade de 16-17 anos, já tem a capacidade de distinguir o caráter ilícito do fato, de se comportar de acordo com esse entendimento, que ele, por exemplo, tem o desenvolvimento cognitivo de um adulto. Enfim, não é essa a questão, essa é uma falsa questão; a questão verdadeira, correta, na cena política, qual é? O jovem é um ser em fase de desenvolvimento, de introjeção da norma social. Não é que ele tenha déficit cognitivo, ninguém diz isso, pelo contrário, ele tem plena capacidade intelectual e cognitiva; o que ele ainda não tem é maturidade, essa é a palavra: maturidade. O que a gente quer dizer? Cada sociedade sabe como tratar, toma uma opção, faz uma escolha sobre como tratar a sua juventude nesse momento de contato com a norma penal. Nós acreditamos sim numa responsabilização, na implicação



SUMÁRIO



EXPEDIENTE



APRESENTAÇÃO



ENTREVISTAS

01



CRIME E SOCIEDADE

01

02

03

04

05



DIREITOS HUMANOS

01

02



ESCOLAS PENAIS

01

02



RESENHAS

01

02

do adolescente com o próprio ato. O esquema tradicional da justiça não o implica, ao contrário, poupa o acusado de olhar para o rosto da vítima, de assumir, ou seja, aquele momento educativo, aí sim socioeducativo, aí faz sentido essa fala toda, essa filosofia. O que a gente quer para o adolescente em conflito com a lei é uma verdadeira experiência de implicação com seu ato, de aprendizado e de amadurecimento. E não que ele seja colocado prematuramente em uma cela; nós sabemos como são as celas do sistema penitenciário brasileiro, a barbárie que é, e ter o seu futuro absolutamente interrompido, qualquer possibilidade de projetar um futuro. Nós sabemos que esse jovem é um jovem pobre, em sua maioria um jovem negro, ele tem cor, ele tem lugar social, porque desde muito antes do Estatuto da Criança e do Adolescente nós sabemos que os conflitos que envolvem os jovens de classe média, de classe média alta são resolvidos de outra forma, sem a intervenção da polícia, do juiz criminal, da pena criminal.

**CM:** Em um país em que direitos sociais como saúde e educação são tão mal distribuídos, e especialmente os jovens mais pobres têm muita dificuldade de acesso a eles, é realmente paradoxal que esse Estado mínimo em relação aos direitos sociais seja o Estado penal máximo, a ponto de encarcerar crianças e adolescentes.

**BV:** Sim. Eu penso que em uma atitude dialógica, em uma atitude de disputa política por uma nova formulação de uma nova estrutura jurídica para enfrentar essa questão, é possível a gente pensar em discutir o Estatuto da Criança e do Adolescente. Por exemplo, o aumento do tempo de internação, mas desde que isso seja feito com efetivo acompanhamento socioeducativo. Ou seja, há margens e possibilidades de melhoria e ajustes que não necessariamente devem passar imediatamente por aquela régua da redução da idade de responsabilidade; antes disso, inúmeras outras políticas podem ser promovidas e realizadas.

**CM:** Até porque, se isso de fato acontecer, e se forem superados obstáculos jurídicos, trata-se de uma cláusula pétrea, que, em tese, não poderia ser alterada. Mas se de fato houver essa modificação e se, passado algum tempo, se perceber que isso não deu resultado, é difícil de ser revertido, é uma medida praticamente com consequências irreversíveis.

**BV:** E são esses jovens as principais vítimas da violência, até numericamente; eles não são os autores. Não é que não haja...

**CM:** Sim, as pesquisas mostram que crimes violentos praticados por menores de 18 anos é uma porcentagem muito baixa.

Eu queria agradecer a professora Beatriz Vargas, minha querida amiga Bia Vargas, deixando de lado esse formalismo chato! Que o mundo do Direito muitas vezes nos impõe, mas a gente tem que se rebelar contra isso, porque essas armaduras nos afastam; e temos que estar próximos. Queria aqui demonstrar meu afeto, minha admiração por você, Bia, que é uma companheira importante, que vem fazendo um trabalho dos mais sérios, dos mais relevantes no campo das Ciências Criminais, analisando, pesquisando e ensinando. Tarefas que são essenciais para um país que busca a emancipação política e social; nós temos uma grande dívida social, uma grande desigualdade, são pessoas como você que nos permitem sonhar com um futuro melhor. Queria agradecer mais uma vez a você, Bia, grande prazer ter essa oportunidade de bater esse papo, tenho certeza de que os que vão nos assistir e os que vão ler essa entrevista na Revista Liberdades certamente poderão compartilhar dessa opinião. Muito obrigado!

**BV:** Eu que agradeço... Recíproca admiração, simpatia, empatia, respeito. Muito obrigada!



SUMÁRIO



EXPEDIENTE



APRESENTAÇÃO



ENTREVISTAS

01



CRIME E SOCIEDADE



DIREITOS HUMANOS

01

02



ESCOLAS PENAIS

01

02



RESENHAS

01

02

## DIÁLOGO PENAL ENTRE HEGEL, KAFKA E A PSICANÁLISE: UMA INCURSÃO SOBRE A PUNIÇÃO

### *DIALOGUE BETWEEN HEGEL, KAFKA AND PSYCHOANALYSIS: AN INCURSION ON PUNISHMENT*

**Décio Franco David**

Doutorando em Ciência Jurídica pela Universidade Estadual do Norte do Paraná. Mestre em Direito Penal pela Universidade de São Paulo. Mestre em Ciência Jurídica pela Universidade do Norte do Paraná. Professor de Direito Penal da FAE Centro Universitário e da Faculdade de Educação Superior do Paraná (FESPPR).

[decio.david@gmail.com](mailto:decio.david@gmail.com)**Antonio Salomão Neto**

Bacharel em Direito pela Universidade Estadual de Ponta Grossa (UEPG).

**Fernando Augusto Micaliski**

Bacharel em Direito pela Universidade Estadual de Ponta Grossa (UEPG).

**Resumo:** O presente artigo é uma investigação dialética dos meandros entre Filosofia, Literatura e Direito Penal. Trabalha-se a perspectiva de Hegel, mais precisamente na concepção de arte como manifestação do absoluto; e de artista como aquele que, encarnando o *páthos*, escolhe um lugar para despejar sua dor. Tais conceitos remetem à literatura de Franz Kafka. E as mesmas leituras nos oferecem ferramentas conceituais para uma análise crítica da pena. Utilizaram-se para tal investigação os conceitos que estão presentes na *Fenomenologia do Espírito*, de Hegel; os textos *O Veredicto*, *A Metamorfose* e *Na Colônia penal*, de Kafka; além de estudos variados de psicanálise. Trabalhou-se com as figuras kafkianas do pai, do filho, da família, da máquina, do oficial, do explorador, entre outras, dentro do mundo literário; e também como se desenvolvem as relações sociais e psicológicas entre elas. Finalmente, a partir de uma detalhada visualização das obras, tentou-se extrair as relações conceituais análogas ao funcionamento do sistema penal.

**Palavras-chave:** Pena. Hegel. Kafka. Psicanálise. Direito Penal.

**Abstract:** The present article contains a dialectical investigation between Philosophy, Literature and Penal Right. Working the perspective of Hegel, precisely the conception of art, as a manifestation of the absolut, and artist, as the one that taking inside the *phátos*, choose a place to put out his pain. This conceptions turns into the litterature of Franz Kafka, and, finally, those lectures brings us the conceitual tools for a critical analisys of the punishment. The concepts used are present in the Phenomenology of Spirit of Hegel, the texts *The Veredict*, *The Metamorphosis* and *In the Penal Colony* of Kafka, and variated studies of psycholanalysis for this investigation. Has been worked with the kafkianian figures of the father, the son, the family, the machine, the officer, the explorer, and others, inside the literarian world,



SUMÁRIO



EXPEDIENTE



APRESENTAÇÃO



ENTREVISTAS

01



CRIME E SOCIEDADE

01

02

03

04

05



DIREITOS HUMANOS

01

02



ESCOLAS PENAIS

01

02



RESENHAS

01

02

and how the social and psychological between them has been desolved. Finally, from a detailed visualization of the works try to extract the conceptual relations related with the functioning of the punishment system.

**Key-words:** Penalty. Hegel. Kafka. Psychoanalysis. Criminal Law.

**Sumário:** 1. Movimento dialético do universal ao contingente: da filosofia, literatura e do direito a Hegel, Kafka e à pena. – 2. Hegel e a arte como manifestação do absoluto; o conceito de arte e artista em Hegel. – 3. Franz Kafka: Da sua literatura ao conceito kafkiano. – 4. As punições de Franz Kafka. – 5. Hegel como leitor de Kafka, Kafka como leitor de Hegel. – 6. O inconsciente como julgador: suicídio ou matar-a-si. 7. Gregor e sua metamorfose: da passagem do Eu ao vazio. – 8. A título conclusivo: Na colônia penal e na ordem simbólica. – Referências.

## 1 MOVIMENTO DIALÉTICO DO UNIVERSAL AO CONTINGENTE: DA FILOSOFIA, LITERATURA E DO DIREITO A HEGEL, KAFKA E À PENA

Como relacionar ou entrelaçar áreas que parecem completas em si mesmas como Filosofia, Literatura e Direito, seja por cada uma ser ramo específico da atividade do intelecto, seja por cada uma possuir objetos, métodos e fins de desenvolvimento próprios? A resposta surge de maneira simples, mas afigura-se complexa: por um movimento dialético. Em outras palavras, por meio de uma expansão conceitual da Filosofia, da Literatura e do Direito, como que um afastamento tão amplo que nos permita ver aqueles pequenos sistemas “fechados” agora se encontrarem em pontos tangentes.<sup>1</sup> Ao alcançar tal vislumbre e reconhecer que esses pontos “estão lá”, ou melhor, “lá já estavam”, basta enfocá-los minuciosamente para que realmente se efetive o enlace entre as linhas tortas de cada um desses grandes ramos em relação aos demais.

Esse movimento nos garante uma dupla análise. De um lado, a visão global, cada conjunto de manifestações, o castelo das respectivas construções (intelectuais, sociais, culturais, etc.), suas estruturas e seus princípios basilares. Por outro lado, o enfoque minucioso de certos pontos, de uma ou mais características específicas ou contingentes que se encontram quase na marginalidade de cada construção, mas da mesma forma que qualquer outra parte – seja no cerne ou no ramo – são uma expressão desse todo. Essa dupla análise garante a segurança metodológica do presente estudo. Com a visão “global” afasta-se o perigo de cair em grandes contradições, ou melhor, em análises infrutíferas decorrentes do descompasso do olhar para a noção geral que cada construção já traz em seu bojo e na qual se estrutura. Por outro lado, com por uma visão “pontual” se afasta o perigo do embate ou do choque direto entre cada construção, ou a chamada “crítica de fora”. Também afasta a análise crítica baseada apenas nos aparatos internos, que muitas vezes é exaltada, mas nasce morta, como uma “crítica acrítica”. É, pois, no final desse movimento, que se abre um espaço inteiramente novo e rico de possibilidades para estudo e engendramento conceitual, no qual uma análise crítica ganha seu caráter mais radical.<sup>2</sup> Assim, é com a perspectiva dialética, que conjuga o “dentro e fora” de

<sup>1</sup> A própria concepção de um sistema heteropoiético como base de um Direito adequado ao Estado Democrático necessita de incursões como a mencionada neste trabalho. Sobre o assunto, FERRAJOLI, 2010, p. 746 e ss. [(uma visão monopolita dos instrumentos jurídicos resulta em um vicioso ciclo de pensar o sistema como algo fechado, conforme se verificam nas críticas pontuais de Tomás Salvador Vives Antón (2011, p. 457-459)].

<sup>2</sup> Na perspectiva crítica de raciocínio no Direito, é sempre necessário repensar no mínimo quatro categorias, conforme defende Luiz Fernando Coelho (2003, p. 111-158): sociedade, ideologia, alienação e práxis.



cada sistema, que se torna possível uma uniformidade de pensamento em cada conjunto, bem como das intrincadas relações entre eles.

Aqui se faz necessário um pequeno parêntese: explicar como foi utilizada a psicanálise no presente artigo. Diferente da perspectiva anterior (sobre Filosofia, Literatura e Direito), não se tomou a psicanálise como um “castelo”; desse modo, foi possível assegurar que o tema central não se perdesse em muitos novos caminhos dialéticos que surgiriam. Optou-se, porém, por sua instrumentalização, ou seja, pelo uso dos estudos e dos trabalhos psicanalíticos como ferramentas conceituais. Tais ferramentas mostram-se necessárias, não para *tecer os nós*, mas para melhor esclarecer certas peculiaridades que em cada nó se apresentam de forma espontânea.

## 2. HEGEL E A ARTE COMO MANIFESTAÇÃO DO ABSOLUTO E O CONCEITO DE ARTE E ARTISTA EM HEGEL

Como todo tema trabalhado por George W. F. Hegel, a arte não escapa do engendramento típico desse autor e de suas múltiplas abordagens. Hegel estudou o conceito de arte nas obras *Fenomenologia do Espírito*, *Enciclopédias das Ciências Filosóficas III – Filosofia do Espírito* (INWOOD, 1997, p. 52) e em *Sistemas das Artes*. Também nos escritos de estética, apesar de não abordar a arte de um modo direto, Hegel traz análises sobre o belo e sobre a beleza objetivamente, tratando esta como um produto do *Espírito*,<sup>3</sup> considerando-a mais bela do que a própria natureza (INWOOD, 1997, p. 52).

Optou-se, no presente estudo, por abordar o que Hegel expõe sobre a arte na *Fenomenologia do Espírito*, obra em que mostra, por meio da dialética entre as formas de arte (escultura, poesia, hino, esporte e literatura), como a “obra de arte espiritual” é a forma de arte mais elevada, uma vez que é aquela que melhor representa o *espírito*; é quando se nota que na “imperfeição do mundo esportivo [...] não há verdadeira satisfação” (KOJÉVE, 2014, p. 238). Então, a partir dessa insatisfação, nesse contexto, *nasce* a literatura.

Como já se disse, a primeira aproximação entre arte e filosofia se dá com o caminho oferecido por Hegel na *Fenomenologia do Espírito*. Em verdade, o engendramento proposto por Hegel é oriundo de uma ideia que este compartilha com Schelling e Fichte (INWOOD, 1997, p. 52). Hegel estava convencido de que o conjunto de determinações presentes em certas épocas determinava o surgimento de formas específicas de arte. Disso resulta que “um gênero de arte, embora ocorra em todos os períodos, é dominante num período e está associado a um determinado estilo” (INWOOD, 1997, p. 53). Quer dizer, Hegel não justifica o aparecimento de um estilo de arte por acaso, ele o faz através da manifestação do *Espírito Absoluto*. Em outras palavras, ele afirma que a estrutura da sociedade e da *polis* grega foi o que cedeu substrato para o surgimento da arte helênica.

Porém, Hegel nega, apesar de ter vivido na época de grandes artistas como Goethe, e de ter amizade íntima com Höderlin, a posição suprema da arte que Schelling, por exemplo, admitia (INWOOD, 1997, p. 53). Igualmente, alerta

<sup>3</sup> O conceito de Espírito para Hegel é a “substância e a essência universal, igual a si mesma e permanente: o inabalável e irreduzível fundamento e ponto de partida do agir de todos, seu fim e sua meta, como [também] o *Em-si* pensado de toda a consciência-de-si. Essa substância é igualmente a obra universal que, mediante o agir de todos e de cada um, se engendra como sua unidade e igualdade, pois ela é o *ser-para-si*, o Si, o agir”. (...) “O espírito é a *vida ética* de um povo, enquanto é a *verdade imediata*: o indivíduo que é um mundo. O espírito deve avançar até a consciência do que ele é imediatamente; deve supracumir a bela vida ética, e atingir, através de uma série de figuras, o saber de si mesmo. São figuras, porém, que diferem das anteriores por serem os espíritos reais, efetividades propriamente ditas; e [serem] em vez de figuras apenas da consciência, figuras de um mundo”. (HEGEL, 2014, p. 299-300).



01



01

02

03

04

05



01

02



01

02



01

02

que “a arte em geral expressa o absoluto menos adequadamente do que a religião e a filosofia, uma vez que a intuição é um veículo inferior para a concepção e o pensamento” (INWOOD, 1997, p. 53).

Portanto, o conceito de *Arte* pode ser definido como aquela representação do absoluto que está condicionada por relações históricas e culturais. No entanto, não é a representação mais adequada; é superada pela religião e pela filosofia.

Mas como o conceito de *Arte* em Hegel desemboca na literatura? Na *Fenomenologia do Espírito*, o professor de Jena traça um percurso dialético, que vai da escultura (perpassando pela poesia, o hino e o esporte) até chegar à epopeia e à tragédia, para encontrar sua grande síntese na comédia (KOJÈVE, 2014, p. 238). Não cabe aqui explicar as minúcias do caminho fenomenológico, bastando apenas saber que “toda literatura cria um mundo. O mundo literário pagão (religioso) nasce com a epopeia, vive na tragédia e morre com a comédia” (KOJÈVE, 2014, p. 238). A literatura é, para Hegel, a chamada *Obra de Arte Espiritual*. Em outras palavras, ela é superior à *Obra de Arte Abstrata* (escultura) e à *Obra de Arte Viva* (esporte), pois faz uso da linguagem; e, na sua última forma de Obra de Arte Espiritual (literatura) a comédia, “é a realização do particular como particular” (KOJÈVE, 2014, p. 243).

Para se entender melhor o conceito de Arte, se faz necessário apresentar o conceito de artista adotado pelo *velho filósofo*. Hegel demonstra que artista é aquele que encarna o *páthos* e escolhe um lugar para despejar a sua dor. A obra emerge, então, como unidade entre o *páthos* como conteúdo e a consciência-de-si do sujeito (HEGEL, 2014, p. 464). Assim, o epicentro artístico surge de um sujeito que não trabalha (que não transforma a natureza) [não sabe trabalhar], mas que almeja reconhecimento. A tensão dialética entre inércia e reconhecimento leva ao mal-estar, ao desconforto do senhor frente ao belo trabalho do escravo.<sup>4</sup> Portanto, a arte é um misto de sofrimento e mal-estar, no qual o artista deposita seu sentimento e sua consciência para realizar a fuga do mundo e criar um mundo profano, ainda que mantenha as linhas gerais do mundo da realidade. A literatura kafkiana tem a ver com esse conceito hegeliano, pois reflete a essência de um homem desgastado e frustrado com sua vida, não apenas (ou talvez não no sentido) pessoal e profissional, mas com seu interior e exterior, seu universo íntimo e seu universo de relações com o mundo em si (relações do *Espírito*). Por isso, a abordagem do presente trabalho realiza esse recorte.<sup>5</sup>

### 3 FRANZ KAFKA: DA SUA LITERATURA AO CONCEITO KAFKIANO

Franz Kafka (1883-1924), um dos escritores mais lidos e comentados da literatura alemã (KAFKA, 2011, p. 7), figura entre os maiores escritores da literatura ocidental do século XX. Para além de convenções artísticas e psicológicas, Kafka foi capaz de expressar o que viveu por meio de um estilo próprio, correspondendo assim à mais alta exigência da *Weltliteratur* – a literatura do mundo goethiano (KAFKA, 2011, p. 13).

Cada momento histórico contém o seu próprio “passado puro”, afirma o filósofo Slavoj Žižek. Em verdade, Kafka foi um evento [conforme significado atribuído por Alain Badiou a essa palavra (BADIOU, 2006, p. 200-202)], um

<sup>4</sup> “Mas por que uma religião da arte? O senhor só é reconhecido como tal por causa da escravidão. O que diferencia o senhor do escravo é o lazer. Não só o senhor não pode trabalhar, mas também não deve trabalhar. Deve, no entanto, fazer alguma coisa: as artes. (Ele trabalha sem trabalhar: trabalhador intelectual.) Deve não apenas do ponto de vista moral (Aristóteles), pois não pode fazer de outro modo: ele não sabe trabalhar.” (KOJÈVE, 2014, p.230).

<sup>5</sup> Essa correlação também é indicada por Safatle na apresentação da obra *As piadas de Žižek*, p. 9.



SUMÁRIO



EXPEDIENTE



APRESENTAÇÃO



ENTREVISTAS

01



CRIME E SOCIEDADE

01

02

03

04

05



DIREITOS HUMANOS

01

02



ESCOLAS PENAIS

01

02



RESENHAS

01

02

acontecimento que cria retroativamente suas próprias condições de existência. Nesse sentido, Zizek mostra a análise precisa feita por Borges sobre a relação de Kafka com seus múltiplos precursores: nos textos de cada precursor encontra-se a idiossincrasia de Kafka, mas se ele nada tivesse escrito, não a perceberíamos, ou melhor, ela não existiria; assim, Kafka cria seus próprios precursores, seu trabalho modifica a concepção do passado, como modificará a do futuro (ZIZEK, 2013a, p. 50).

Sobre a “literatura-em-si” de Kafka, ou seja, sobre seus elementos constitutivos próprios, destacam-se a relação entre ficção e realismo, o narrador e a metáfora. Primeiramente, sua ficção não deve ser entendida, como à primeira vista pode parecer, como algo sobrenatural ou místico. Segundo Theodor Adorno, “(...) se a arte de Kafka parece “metafísica”, a culpa não é dela, mas do universo de onde ela derivou” (KAFKA, 2011, p. 15). Quando Kafka, por exemplo, demonstra em seus textos de que forma os sujeitos usam, ou melhor, se relacionam com seus objetos dentro de tal universo literário, torna-se clara a relação de estranhamento que reside entre eles. Mas essa relação não se apresenta como um truque, e sim como um fenômeno encoberto da vida cotidiana. Os elementos estritamente ficcionais de Kafka contêm na verdade uma forte ligação com – e uma convicta posição perante – a concretude da realidade. Se a ficção quer permanecer fiel à sua herança realista – mais uma vez Adorno – e procurar dizer como realmente são as coisas, ela precisa renunciar a um tipo de realismo que, ao reproduzir apenas uma fachada, só contribui para a tarefa de enganar (KAFKA, 2011, p. 16). Em segundo lugar, a metáfora entendida como um instrumento constitutivo da linguagem é usada por Kafka exatamente nesse sentido. Seu interesse não recai sobre a metáfora em si, mas sobre seu uso, sobre seu efeito artístico e de conhecimento, que faz dela aquilo que exatamente é. Trata-se pois de um dispositivo básico da construção “enigmática” de Kafka. Seu narrador também assume um papel essencial, ele modela o mundo narrado, ele apresenta um mundo moderno e complexo, múltiplo em detalhes e fragmentado. É por meio desse narrador insciente, que não sabe nada, ou quase nada, que o leitor toma conhecimento concreto da alienação (ou falsa consciência) das coisas, pois a única coisa que lhe é apresentada de forma clara é propriamente essa alienação que precisa ser decifrada (KAFKA, 2011, p. 18).

Em contrapartida, é a “literatura-para-com-o-outro” de Kafka, ou seja, sua transmissão e recepção, que se apresenta como ponto chave para entender a complexidade de sua obra. Onde está, no leitor, o ponto de impacto dos escritos de Kafka? Precisamente no incômodo, na angústia, na desorientação, na opressão, na resignação, no horror que sua leitura causa. Mas quais características possibilitam, nesse processo, a transmissão dessa subjetividade em seu verdadeiro sentido? Por uma *análise material*, Kafka executa sua tarefa de forma dialética, pois apresenta situações as mais absurdas de maneira totalmente aceitável; a anormalidade é aceita como a mais pura normalidade, o incomum, o estranho, o bizarro e o sem sentido recebem o mesmo tratamento que qualquer outro pequeno acontecimento da vida cotidiana receberia. Por uma *análise ideal*, com sua obra de arte, o artista Franz Kafka consegue transmitir um conjunto muito particular, um complexo muito subjetivo, suas visões, reflexões e inquietudes acerca de vários aspectos da vida. O leitor não recebe de Kafka respostas, muito pelo contrário, recebe problemas, seus problemas, não apenas em um sentido particular de sua vida, mas no sentido dos enfrentamentos de seu espírito subjetivo. Além disso, Kafka consegue atingir tão alto grau de manifestação artística que objetiva seu próprio *páthos*. Qualquer leitor comprometido, aquele que realmente mergulha nos textos de Kafka, descobre-se em situação desconfortável: não é ele quem adentra o interior da literatura kafkiana; a literatura kafkiana é que adentra o interior de seu ser.

A literatura de Franz Kafka, com seus elementos “em-si” e “para-com o-outro”, e vista na totalidade de sua obra, atinge o máximo da capacidade artística de manifestação do absoluto, torna-se “em-si” e “para-si”, precisamente



SUMÁRIO



EXPEDIENTE



APRESENTAÇÃO



ENTREVISTAS

01



CRIME E SOCIEDADE

01

02

03

04

05



DIREITOS HUMANOS

01

02



ESCOLAS PENAIS

01

02



RESENHAS

01

02

quando cria o conceito de “kafkiano”. É apenas com a leitura da obra de Franz Kafka que o conceito de kafkiano pode ser plenamente alcançado pelo sujeito; e é precisamente quando alcançado que passa a corresponder tanto a uma visão do passado como a uma visão do futuro. Em outras palavras, de forma dialética, o sujeito que apreende o conceito kafkiano pode aplicá-lo a qualquer objeto, o qual, se condizente ao próprio conceito, não apenas se torna kafkiano, mas retroativamente já o era. Afirma-se, por exemplo, que: “O Direito Penal é kafkiano, ou o processo penal é kafkiano, ou o sistema prisional é kafkiano, etc.”.

#### 4 AS PUNIÇÕES DE FRANZ KAFKA

Sem perder de vista a totalidade da obra literária de Kafka, um recorte foi necessário para a análise que se pretende com este artigo; tal recorte se dará sobre três contos específicos do escritor, que serão tratados como um mesmo livro, pois “em 1915, *Na Colônia penal* devia ter sido publicada com *O Veredicto* e *A Metamorfose* num único volume sob o título *Punições*” (KAFKA, 2011, p. 61).

*O Veredicto* é um pequeno conto que começa apresentando o melhor amigo do protagonista, Georg Bendemman, sua vida solitária e infeliz na Rússia e sua relação com esse amigo<sup>6</sup>, a qual se dá apenas por correspondência. Em seguida é apresentada a relação de Georg com sua noiva, e algumas poucas características da moça, em diálogos. O conflito interno de Georg Bendemman, personagem principal da obra, se inicia com uma dúvida sobre escrever ou não sobre seu noivado a seu amigo, com receio de que tal notícia pudesse afetar seu ânimo negativamente. Quando Georg decide finalmente por lhe escrever, vai à busca de seu pai para contar sobre a decisão. O pai de Georg vive com seu filho na mesma casa, porém passa os dias reclusos em seu quarto, após a morte da esposa. Toda grande problemática da narrativa se acentua de maneira radical com a conversa dos dois. Georg conclui que seu pai, de idade avançada, tem vivido sem ter atendidas suas necessidades básicas, de modo mesmo negligente. O embate entre pai e filho se dá de forma feroz, mas apenas na esfera psicológica, num diálogo recheado de indignações, ironias, acusações, arrependimentos e remorsos. Por fim, o pai baixa sua sentença: “eu o condeno à morte por afogamento!” (KAFKA, 2011, p. 42). Georg prontamente dirige-se à ponte e afirma, em voz baixa: “Queridos pais, eu sempre os amei” e se deixa cair.

*A Metamorfose*, célebre novela de Kafka, começa assim: “Quando certa manhã Gregor Samsa acordou de sonhos intranquilos, encontrou-se em sua casa metamorfoseado num inseto monstruoso” (KAFKA, 2011, p. 226) com o cediço e famoso desfecho.

*Na Colônia penal*, longo e chocante conto, narra as experiências vividas pelo “explorador” em uma colônia. O texto começa com o “oficial” apresentando a “máquina”, o instrumento de punição do local, que se encontra no meio de um vale, e explicando detalhadamente suas partes e seu procedimento ao explorador. A máquina é composta por três elementos: 1) *Desenhador*: onde é inserido o desenho, o texto da norma infringida; 2) *Rastelo*: mecanismo dentado que inscreve o desenho nas costas do apenado; e, 3) *Cama*: de algodão, com correntes para braços e pernas e uma mordaca; na “cama” o condenado deita-se de bruços. O procedimento se resume em: o condenado deita nu sobre a cama, são atados seus braços e pernas, e sua boca posicionada frente à mordaca; coloca-se no desenhador o plano do desenho, que contém a norma infringida escrita em arabesco quase indecifrável; o rastelo desce até ficar em contato com as costas do apenado; em movimentos de vibração, começa a seguir o desenho, inscrevendo-o na

<sup>6</sup> Ressalta-se que em nenhum momento Kafka esclarece quem é o sujeito, preservando-se, portanto, seu cinismo peculiar.



01



01 02



01 02



01 02

carne; o sangue escorre e desce por canaletas, caindo em um poço próximo. O processo torturante dura 12 horas e é exatamente na sexta hora, afirma o “oficial”, que ocorre a “iluminação”: é quando o apenado finalmente consegue descobrir o que está sendo inscrito em seu corpo, pelo que foi acusado, porque foi condenado e por qual motivo está sofrendo punição que termina com sua morte. O “oficial” defende a eficácia do método, explica que ele mesmo é acusação, defesa, e juiz do réu (que só toma conta do que precisamente desrespeitou no meio do procedimento de punição).<sup>(7)</sup> Nas falas do “oficial” encontra-se alusões ao “antigo comandante” da colônia (criador da máquina), nostalgia do tempo em que o procedimento era acompanhado com grande interesse pelo público, reclamações sobre o “novo comandante” (que se mostrou contrário ao uso da máquina) e o pedido para que o “explorador” intervenha a favor do método punitivo na reunião com os altos funcionários da administração. Porém, o “explorador” se nega; e afirma ser contrário à barbárie. Eis o clímax: frente à resposta, o “oficial” mostra uma inscrição dada a ele por seu antigo comandante: “Seja justo”, coloca o desenho na máquina, tira suas roupas, deita-se e liga o aparelho. Porém, logo no início do procedimento, a máquina entra em colapso, suas peças disparam pelos ares, e a agulha atravessa o corpo do “oficial”. Nesse ato, o explorador viu o rosto do cadáver: “não se descobria nele nenhum sinal da prometida redenção; o que todos os outros haviam encontrado na máquina, o oficial não encontrou” (KAFKA, 2011, p. 96).

### 5 HEGEL COMO LEITOR DE KAFKA, KAFKA COMO LEITOR DE HEGEL

A essência do conceito que se pretende demonstrar neste artigo pode ser ilustrada pela figura de *Schindler*, do filme de Spielberg.<sup>(8)</sup> Nesse caso, o protagonista é tomado por um *páthos* que, além de ser insuficiente para retratar um evento que realmente ocorreu, é insuficiente para se mostrar como uma representação do real. Em outras palavras, o que se demonstra no filme é uma tragédia, mas não a do povo judeu; a do próprio *Schindler*, um intelectual que encarna o mal-estar do senhor hegeliano. O senhor é aquele que não trabalha [diferente do escravo], mas que

<sup>7</sup> É perceptível a comparação do procedimento descrito com a hipótese de Franco Cordero. Afinal, o procedimento processual e punitivo descrito na obra de Kafka nada mais é que um “quadro paranoico” (CORDERO, 1986, p. 51). A constatação de Cordero é a de que o magistrado cria uma hipótese sobre a qual ele busca, ao longo da instrução, apenas fatos ou significantes confirmadores da acusação, dispensando qualquer elemento diverso. O mesmo raciocínio está presente em CORDERO, 2003, p. 25. Na psicanálise de Freud, encontramos passagem semelhante quando ele trata de afastar o *sofrimento da realidade*: “Se já neste procedimento é nítida a intenção de tornar-se independente do mundo exterior, buscando suas satisfações em processos internos, psíquicos, as mesmas características surgem mais fortemente no próximo. Nele o vínculo com a realidade é ainda mais frouxo, a satisfação é obtida de ilusões que a pessoa reconhece como tais, sem que a discrepância entre elas e a realidade lhe perturbe a fruição. O âmbito de que se originam tais ilusões é aquele da vida da fantasia; quando ocorreu o desenvolvimento do sentido da realidade e ficou destinado à satisfação de desejos dificilmente concretizáveis. Entre essas satisfações pela fantasia se destaca a fruição de obras de arte, que por intermédio do artista torna acessível também aos que não são eles mesmos criadores. Quem é receptivo à influência da arte nunca a estima demasiadamente como fonte de prazer e consolo para a vida. Mas a suave narcose em que nos induz a arte não consegue produzir mais que um passageiro alheamento às durezas da vida, não sendo forte o bastante para fazer esquecer a miséria real. Mais energético e mais radical é um outro procedimento, que enxerga na realidade o único inimigo, a fonte de todo sofrimento, com a qual é impossível viver e com a qual, portanto, devem-se romper todos os laços, para ser feliz em algum sentido. O eremita dá as costas a este mundo, nada quer saber dele. Mas pode-se fazer mais, pode-se tentar refazê-lo, construir outro em seu lugar, no qual os aspectos mais intoleráveis sejam eliminados e substituídos por outros conformes aos próprios desejos. O indivíduo que, em desesperada revolta, encetar este caminho para a felicidade, normalmente nada alcançará; a realidade é forte demais para ele. Torna-se um louco, que em geral não encontra quem o ajude na execução de seu delírio. Mas diz-se que cada um de nós, em algum ponto, age de modo semelhante ao paranoico, corrigindo algum traço inaceitável de mundo de acordo com o seu desejo e inscrevendo esse delírio na realidade. É de particular importância o caso em que grande número de pessoas empreende conjuntamente a tentativa de assegurar a felicidade e proteger-se do sofrimento através de uma delirante modificação da realidade” (FREUD, 2010, p. 37-38).

<sup>8</sup> *A lista de Schindler*. Direção: Steven Spielberg. Produção: Steven Spielberg; Gerald R. Molen; Branko Lustig. Produtora: Amblin Entertainment, 1993.



SUMÁRIO



EXPEDIENTE



APRESENTAÇÃO



ENTREVISTAS

01



CRIME E SOCIEDADE

01

02

03

04

05



DIREITOS HUMANOS

01

02



ESCOLAS PENAIS

01

02



RESENHAS

01

02

também não luta [assim como o escravo]. *Schindler*, porém, não representa um senhor qualquer. Ele é o senhor burguês (KOJÈVE, 2014, p. 241), que “salva” os judeus usando-os como escravos em suas fábricas. Afinal, “o que a tragédia revela? Que, em sua ação de intuito universalista, o senhor age de fato como particular” (KOJÈVE, 2014, p. 242). A incorporação do sentimento trágico não se realizou. É dessa hipocrisia do representar trágico do senhor que a tragédia tende a desaparecer como gênero literário (KOJÈVE, 2014, p. 242).

Assim, faz todo sentido o que afirma Zizek: certo “horror que existe é tão profundo que não pode mais ser ‘sublimado’ em dignidade trágica, e por essa razão só é possível abordá-lo por uma estranha duplicação/imitação da própria paródia” (ZIZEK, 2013b, p. 76). Portanto, para representar a encarnação do *páthos*, algo diferente da tragédia tem que surgir. Algo que seja profano como a comédia (KOJÈVE, 2014, p. 242-243), contudo mais ridículo. E é na comicidade obscena do horror para além da tragédia que a qualidade kafkiana da risada estranha irrompe. Em outras palavras, trata-se de compreender a tragédia, lida aqui como comédia; haja vista que qualquer representação do universo jurídico e do Direito se identifica, de forma sobreposta, com a tragédia (SBIZERA, 2017, p. 243), isto é, uma expressão tragicômica.

## 6 O INCONSCIENTE COMO JULGADOR: SUICÍDIO OU MATAR-A-SI

Como já foi elucidado, no conto *O Veredicto*, Kafka apresenta uma tensa relação entre pai e filho. Além de essa relação ser, ao menos para Freud, uma das muitas causas de distúrbios patológicos, ela reflete também a relação de autoridade e do “ser-através-do-outro”. Afinal, o que Kafka nos mostra com o pai que [ordena] condena o filho à morte por afogamento?

Começando pelos *elementos constitutivos do subjetivo* de Georg: o amor pela noiva e o [suposto] amor repentino pelo pai. Não é raro, assim como Freud mostrou, em casos de neurose obsessiva, que a relação com o pai na infância seja condição para um recalcado futuro. Então, aqui, vamos engendrar a relação apresentada por Kafka a partir de um caso de neurose obsessiva estudada por Freud em 1909, que ficou conhecido como “O homem dos ratos”.<sup>9</sup> Parafraseando Freud, pode-se dizer que: se o pai, no *Veredicto* de Franz Kafka, encarna o inconsciente do filho, a decepção é quase certa. Uma análise do impulso suicida do filho deixará isso claro. Antes, é necessário entender como o desejo súbito de cuidar do velho pai e o medo de seu falecimento corresponde ao antigo desejo recalcado da morte do pai.

Assim, Freud explicou ao seu paciente que temia o falecimento paterno: “digo-lhe, esse medo corresponde a um desejo antigo, agora reprimido, de modo que devemos supor justamente o contrário do que ele assevera. [...] o inconsciente seria o exato oposto do consciente” (FREUD, 2013, p. 40). Ora, se o paciente relacionava tudo com a morte do pai (o desejo de ver mulheres nuas, o pagamento de uma pequena quantia, o castigo dos ratos exposto pelo tenente, etc.) e isso contribuía para seu medo, o real desejo recalcado era a morte do pai. Justamente por isso, não raramente, ele pensava: “se meu pai morresse eu teria dinheiro o suficiente para esposar minha amada” (FREUD, 2013, p. 13-113). Esses são momentos em que impulsos vindos do inconsciente se tornam conscientes. Assim ocorre na relação entre pai e filho na obra de Kafka: o filho deixara o pai à deriva, suas roupas íntimas sujas, não o visitava com frequência, pensava em se casar e abandoná-lo. Quando o filho percebe isso, não o faz por si, mas através da “atividade-do-

<sup>9</sup> Resumidamente, Freud apresenta, nesse caso, um sujeito que sofre com ideias obsessivas, para quem tudo está relacionado com a figura do pai e de crianças, representando sua infância. Freud esclarece o caso analisando desde o impulso sexual infantil reprimido pelo pai até como o neurótico relacionou a palavra rato ao fato de seu pai ser viciado em jogos de azar.



outro”, pois é o pai que se mostra póstumo em vida. Assim, o amor súbito surge como forma de recalcar o ódio e o desejo de morte do pai. É curioso como, mesmo percebendo o estado de apodrecimento simbólico pelo qual o pai estava passando, o filho, repentinamente, volta a desejar a morte do pai.

O momento de encarnação do inconsciente se dá quando o pai condena o filho à morte por afogamento. Contudo, se assim o for, não foi o pai quem desejou a morte do filho; inversamente, foi o filho quem desejou sua própria morte por desejar a morte de seu pai. É como Freud demonstra: o filho deseja a morte do pai. Caso o filho cometa parricídio, vai desejar sua morte logo em seguida. O desejo obsessivo gera um ataque de fúria inconsciente e, quando todo o processo chega à consciência, sendo acompanhado pelo mais veemente afeto, a ordem estabelecida é a inversa: primeiro a punição por desejar a morte do pai (suicídio), depois a menção do desejo que foi causa da condenação (FREUD, 2013, p. 48-49). Portanto, o filho é condenado pelo seu próprio *Eu* a “matar-a-si” como forma de punição ao desejo recalçado. Com esse ato, o filho reconhece a merecida pena de morte. Mas como essa relação, descaradamente interpessoal, é projetada no Direito penal? Aqui, precisamos lembrar-nos de Hegel. O impulso do suicídio, por desejar a morte do pai, não é exatamente o que Hegel concebia quando afirmava que o criminoso [deseja] quer a pena por entendê-la como justa?

Quando Hegel analisa o crime, o próprio criminoso faz parte da reafirmação do Direito como sistema da Liberdade na História. A ideia aqui é usar da tensão dialética subjetiva-objetiva para que se realize a *encarnação do universal*<sup>10</sup>. Isto é, o criminoso que deseja a pena, por entender suas ações como conflitantes com a Liberdade racional, é um sujeito consciente de si. Daí a conformidade com Freud, ao dizer que quando o processo de desejar a morte do pai e o suicídio chega à consciência, a ordem é invertida. Assim, o criminoso quer a pena, pois entende que sua vontade nada representa perante a Liberdade, e toda espécie de pena é o reenquadramento no Direito. Entretanto, esse desejo já não está viciado pela própria ordem simbólica, aqui representada pelo Direito que encarna a Liberdade sistêmica na História? E, não há ainda um sublime desejo de manter a ordem simbólica? Quer dizer: o criminoso não deseja a pena apenas como forma de ter sua vontade enquadrada no Direito, mas a deseja além, para manter o Direito. Então, o criminoso deseja dentro da ordem simbólica, sua própria manutenção, ainda que de forma predeterminada (DAVID; SALOMÃO NETO, 2017, p. 120-137).

Indo além, não seria isso (o inconsciente julgador) que o juiz encarna no momento da sentença? O juiz age como um sujeito que supostamente sabe o segredo do réu, tentando fazer com que esse se desmascare para si próprio, projetando o sentimento de culpa ao consciente. Em uma relação analista-paciente, aquele tem de evitar a armadilha de ser o *Outro* final, aquele que vai responder o que realmente se deseja (ZIZEK, 2010, p. 52). Porém, o *prazer* do juiz é dizer ao réu o que ele realmente fez, o que ele realmente é, e o que ele realmente deseja (DAVID, SALOMÃO NETO, 2016, p. 1-17).

## 7 GREGOR E SUA METAMORFORSE: DA PASSAGEM DO EU AO VAZIO

Como já explicado, no texto *A Metamorfose* há uma espécie de guinada do protagonista. Ele passa por uma transformação radical. Em uma leitura superficial da novela, pode-se acreditar que essa mudança é apenas corpórea ou comportamental. Mas em verdade, é para além disso, uma mudança no âmago de viver em uma estrutura

<sup>10</sup> Conforme bem explicado na obra *Fenomenologia do Espírito*, no capítulo “A religião”, mais precisamente no subcapítulo “A religião manifesta”; no qual a própria substância universal ou o conceito de Deus encarna em um *Dasein* peculiar, isto é, um Deus encarnado (Jesus).



SUMÁRIO



EXPEDIENTE



APRESENTAÇÃO



ENTREVISTAS

01



CRIME E SOCIEDADE

01

02

03

04

05



DIREITOS HUMANOS

01

02



ESCOLAS PENAIS

01

02



RESENHAS

01

02

simbólica. Kafka faz questão de ser literal ao afirmar que, antes da metamorfose, Gregor trabalhava para sustentar sua família, se comportava normalmente, era um ser humano. Basicamente, depois de sua transformação, Gregor tem sua humanidade negada a partir-do-outro, quer dizer, a mudança acontece apenas com ele, a realidade continua sendo a mesma, nada mudou na estrutura da ordem simbólica. Entretanto, a verdadeira mudança ocorre por Gregor tornar-se um sujeito a-simbólico praticamente, como se a linguagem nunca lhe tivesse sido apresentada. Eis o grande triunfo do metamorfoseado: ser um sujeito que, apesar de viver em uma ordem simbólica, nega essa existência. Com isso, explica-se a súbita falta de entendimento no comportamento de Gregor após sua transformação. Os outros continuaram a tentar compreendê-lo *por* e *através* da ordem simbólica, contudo, ele já não mais se adequava a ela.

O *Eu* de Gregor já não podia ser visto como tal. Pode-se dizer que o Gregor metamorfoseado sequer passa por uma dialética de reconhecimento com sua família. Como lembra Hegel, se o reconhecimento exige uma relação do eu com os outros (de uma consciência de si com outra consciência de si) e, no entanto, o papel de outro é negado a Gregor (e com isso sua humanidade), sua família pode (e realmente tenta) acabar com sua existência a-simbólica.

Portanto, *Gregor* é, mas *não é* humano, pois a simbologia de humanidade lhe é negada (como há muito o sistema penal faz com os detentos). Todavia, o próprio Gregor nega a existência da ordem simbólica de forma radical: para de se alimentar até morrer.<sup>(11)</sup> Assim, o ato de Gregor de negar a ordem simbólica reflete no ato de negarem-lhe humanidade. Mas não é exatamente isso que acontece com os presidiários? Não é o fato de suas ações negarem a ordem simbólica, aqui representada pelo Direito Penal, que lhe é negada a humanidade?<sup>(12)</sup> Quando o criminoso se comporta como se a ordem simbólica não existisse, as pessoas e a própria estrutura dessa ordem simbólica negam-lhe a humanidade, pois essa não passa de uma mera insígnia. Resta aqui uma pergunta: o que é o Eu sem humanidade? A resposta, Kafka nos ofereceu simplesmente com um nome: Gregor Samsa. É exatamente isso que ele, o inseto monstruoso, representa: a indiferença frente à “humanidade-do-outro”.

## 8 A TÍTULO CONCLUSIVO: NA COLÔNIA PENAL E NA ORDEM SIMBÓLICA

Na *Colônia penal* expressa a ideia kafkiana de Estado, com estrutura burocratizada, dois modelos de líderes e uma estrutura social. Na figura do explorador introduz-se o *Outro*. Quanto à máquina, qual o seu significado e o que ela representa? Numa análise superficial, pode parecer estranho o papel de um objeto, ou seja, como um objeto pode transcender, em significado, para além da condição de coisa. A resposta é simples: a colônia penal está estruturada com base na ordem simbólica e em insígnias de titulação. Isso quer dizer que há um traço, uma espécie de marca que representa os sujeitos (ZIZEK, 2010, p. 46). Exatamente por esse motivo, tudo nesse conto de Kafka demonstra como tal ordem simbólica obtém seu gozo: seja no saudosismo do “oficial” para com o “antigo comandante”, na iluminação que a máquina permite os criminosos alcançarem ou, ainda, na indireta relação que o “novo comandante” tem com a máquina. Tudo isso representa como a estrutura simbólica influencia o cotidiano dos personagens. Contudo, a

<sup>11</sup> Basta lembrar o que Zizek diz sobre Claude Lévi-Strauss. Para este, “o modo de preparação dos alimentos (cru, assado, cozido) funcionam como triângulo semiótico: nós os usamos para *simbolizar* [grifo nosso] a oposição básica entre a natureza (‘cru’) e a cultura (‘assado’), bem como mediação entre dois opostos (no procedimento do cozimento)”. Então, o ato de alimentação é completado por um significante e assim encontra-se em uma ordem simbólica (ZIZEK, 2010, p. 25-26).

<sup>12</sup> Sobre as precárias situações das cadeias públicas e penitenciárias, é válida a menção a dois casos de interdição no Estado do Paraná: TJPR, 5ª C.Criminal, MS 814172-6, Ponta Grossa, Rel.: Jorge Wagih Massad, J. 02.02.2012; TJPR, 5ª C.Criminal, MS 1173255-1, Foz do Iguaçu, Rel.: Jorge Wagih Massad, J. 27.03.2014.



SUMÁRIO



EXPEDIENTE



APRESENTAÇÃO



ENTREVISTAS

01



CRIME E SOCIEDADE

01

02

03

04

05



DIREITOS HUMANOS

01

02



ESCOLAS PENAIAS

01

02



RESENHAS

01

02

passagem mais angustiante e peculiar é o ato de o operador da máquina se submeter à suposta “iluminação”. Kafka faz questão de relatar que o processo de iluminação realizado pela máquina é muito lento e extremamente doloroso, como se antes do gozo da “iluminação” fosse necessária redenção através da tortura (a redenção após a pena corpórea, tal como uma prisão do próprio *Eu* e a libertação pelo sofrimento; ou simplesmente o mecanismo como próprio presídio do *Eu*). Entretanto, quando o próprio operador tenta experimentar tal processo, a máquina entra em colapso (devido à falta de cuidados, já que o “novo comandante” não arcava mais com sua manutenção) e o processo acaba por matá-lo rapidamente.

Todavia, o real significado da morte do operador e da falha da máquina em gerar “iluminação” expressa a inexistência do *grande Outro*. Como a ordem simbólica funciona como um ideal pelo qual as pessoas dariam a vida (ZIZEK, 2010, p. 17), quando o sacrifício se consuma se percebe que há ordem simbólica, mas que ela não existe. O “oficial” tinha fé no *grande Outro*, representando a si mesmo apenas enquanto o era dentro da ordem simbólica. Não seria assim, precisamente, no que se refere aos aplicadores do Direito Penal? Estes encarnam não só o operador como também o “novo comandante” e também aqueles que secretamente jubilam com o procedimento da máquina (*a comicidade da tragédia do Direito*). Os “novos comandantes” são os críticos pertencentes ao campo da “crítica a-crítica”, que não apoiam o sistema penal como um todo, apesar de não cederem a novos rumos, nem ao planejamento para sua reestruturação (eles estão esperando “a máquina quebrar”). Os “operadores da máquina” são poucos e refletem aqueles defensores do discurso pelo qual o sistema penal faz ressurgir a insígnia humana no, até então, mero condenado. Os mais preocupantes, e que realmente contribuem para a perduração da máquina, são aqueles que secretamente acreditam no seu funcionamento. Esses adotam discursos defensores das garantias do condenado, mas apesar disso são instrumentos da *jouissance* do *grande Outro*, pois intimamente ainda *agem* como se o *grande Outro* existisse. Nessa ótica, a única forma de contato (ainda que superficial) com a inexistência do *grande Outro* é a submissão a seu instrumento predileto de gozo. Apesar de contraditório, aquele que sacrifica sua vida pela ordem simbólica nota, enfim, que ela não existe. Do mesmo modo, aquele que experimenta a realidade do cárcere, na situação de condenado, sabe que a estrutura simbólica<sup>13</sup> básica da pena (seja redenção, ressocialização, reestruturação do sistema do Direito, etc.) em verdade não existe. Em outras palavras, a pena não passa da expressão de dilaceração do “Eu”.

## REFERÊNCIAS

BADIOU, Alain. *Being and event*. Trad. Oliver Feltham. Londres e Nova Iorque: Continuum, 2006.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado do Paraná. *Mandado de Segurança nº 814172-6*, 5ª Câmara Criminal, Comarca de Origem: Ponta Grossa, Relator Desembargador Jorge Wagih Massad, Julgamento em: 02.02.2012.

\_\_\_\_\_. Tribunal de Justiça do Estado do Paraná. *Mandado de Segurança nº 1173255-1*, 5ª Câmara Criminal, Comarca de Origem: Foz do Iguaçu, Relator Desembargador Jorge Wagih Massad, Julgamento em: 27.03.2014.

COELHO, Luiz Fernando. *Teoria crítica do direito*. 3. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2003.

CORDERO, Franco. *Guida alla procedura penale*. Torino: UTET, 1986.

\_\_\_\_\_. *Procedura penale*. 7. ed. Milano: Giuffrè, 2003.

<sup>13</sup> Em sentido teórico.



SUMÁRIO



EXPEDIENTE



APRESENTAÇÃO



ENTREVISTAS

01



CRIME E SOCIEDADE

01

02

03

04

05



DIREITOS HUMANOS

01

02



ESCOLAS PENAIS

01

02



RESENHAS

01

02

DAVID, Décio Franco; SALOMAO NETO, Antônio. Fetichismo e pena: reflexões sobre psicanálise no direito penal. *Revista O Mal-Estar no Direito*, v. 2, n. 2, p. 1-17, set./2016.

\_\_\_\_\_. Reflexões sobre a pena em Hegel. In: VI Simpósio Internacional de Análise Crítica do Direito, 2017, Jacarezinho. *Anais do VI Simpósio Internacional de Análise Crítica do Direito*. Jacarezinho: UENP, 2016. v. 1. p. 120-137.

FERRAJOLI, Luigi. *Direito e razão*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

FREUD, Sigmund. *Obras Completas*. v. 9: Observações sobre um caso de neurose obsessiva [“O homem dos ratos”], uma recordação de infância de Leonardo da Vinci e outros textos (1909-1910). São Paulo: Companhia das Letras, 2013.

\_\_\_\_\_. *Obras Completas*. v. 18: O mal-estar na civilização, novas conferências introdutórias à psicanálise e outros textos (1930-1936). São Paulo: Companhia das Letras, 2010.

HEGEL, Georg Wilhelm Friedrich. *Fenomenologia do Espírito*. 9. ed. Petrópolis: Vozes, 2014.

INWOOD, Michael. *Dicionário Hegel*. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 1997.

KOJÈVE, Alexandre. *Introdução à leitura de Hegel*. Rio de Janeiro: Contraponto, 2014.

KAFKA, Franz. *Essencial Franz Kafka*. São Paulo: Penguin Classics Companhia das Letras, 2011.

SBIZERA, José Alexandre Ricciardi. *Linguagem, direito e literatura: estilhaços heurísticos para pensar as relações entre o riso, o jurista e o leitor*. 2017. 348 p. Tese (Doutorado em Direito) – Universidade Federal de Santa Catarina, Florianópolis, Santa Catarina.

SAFATLE, Vladimir. Apresentação. In: ZIZEK, Slavoj. *As piadas de Zizek*. São Paulo: Três Estrelas, 2015.

VIVES ANTÓN, Tomás Salvador. *Fundamentos del sistema penal: acción significativa y derechos constitucionales*. 2. ed. Valencia: Tirant lo blanch, 2011.

ZIZEK, Slavoj. *Menos que nada: Hegel e a sombra do materialismo dialético*. São Paulo: Boitempo, 2013a.

\_\_\_\_\_. *Alguém disse totalitarismo? Cinco intervenções no (mau) uso de uma noção*. São Paulo: Boitempo, 2013b.

\_\_\_\_\_. *Como ler Lacan*. Rio de Janeiro: Zahar, 2010.



SUMÁRIO



EXPEDIENTE



APRESENTAÇÃO



ENTREVISTAS

01



CRIME E SOCIEDADE

01

02

03

04

05



DIREITOS HUMANOS

01

02



ESCOLAS PENAIS

01

02



RESENHAS

01

02

## A JUSTIÇA POPULAR NO ATUAL CONTEXTO SOCIAL BRASILEIRO: UM ESTUDO SOBRE A VIOLÊNCIA SEGUNDO SIGMUND FREUD

*THE POPULAR JUSTICE IN THE CURRENT BRAZILIAN SOCIAL CONTEXT: A VIOLENCE STUDY BY SIGMUND FREUD*

**Esther Brito Martins**

Pós-graduanda em Ciências Penais pela PUCRS. Graduada em Direito pela Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul. Advogada.

[esthermartins15@hotmail.com](mailto:esthermartins15@hotmail.com)

**Resumo:** O presente artigo tem como objetivo principal discorrer acerca da atual situação jurídica no Brasil em relação ao “*jus puniendi*” do Estado e sobre como a sociedade tem legitimado a prática de barbáries para resolver seus litígios, buscando sua própria “justiça” através de atos de justicamentos, como os linchamentos. Será feita uma análise do indivíduo sob uma perspectiva psicanalítica, buscando entender os instintos agressivos do homem, que estão implícitos, ou até mesmo explícitos na sociedade e que marcam a história da humanidade. Além disso, o estudo tem por objetivo investigar a problemática da violência no país, bem como fazer uma análise reflexiva das punições aplicadas por particulares. Tal comportamento, de justiça pelas próprias mãos, distancia-se do ordenamento jurídico brasileiro, no qual deve prevalecer o Estado Democrático de Direito.

**Palavras chave:** Jus puniendi. Legitimidade. Justiça pelas próprias mãos.

**Abstract:** The main objective of this present work is to discuss the current Brazilian legal situation in relation to the State’s “*jus puniendi*” and how society has legitimated itself to practice barbarism to solve its litigation, seeking their own “justice”, through acts of punishment, the lynching. An analysis was made of the individual from a psychoanalysis perspective, seeking to understand man’s aggressive instincts, that is implicit, or even explicit in the society and in the history of humanity. In addition, the study aims to exalt the problem of violence in the country, as well as do a reflexive analysis of the punishments applied by individuals. Such behavior, like “justice into their own hands”, must take distance from the Brazilian legal system, in which the Democratic Rule of Law must prevail.

**Key words:** Jus Puniendi. Legitimacy. Justice into their own hands.

**Sumário:** 1.Introdução. 2. A evolução do Direito Penal. 3. Da legitimidade do direito de punir e o respeito às garantias fundamentais. 4. Linchamentos – a crueldade no contexto contemporâneo brasileiro. 5. A violência segundo Sigmund Freud; Conclusão; Bibliografia.



SUMÁRIO



EXPEDIENTE



APRESENTAÇÃO



ENTREVISTAS

01



CRIME E SOCIEDADE

01

02

03

04

05



DIREITOS HUMANOS

01

02



ESCOLAS PENAIS

01

02



RESENHAS

01

02

## 1 INTRODUÇÃO

Esta pesquisa abordará o tema da violência urbana contemporânea, trazendo a análise de atos de justiçamentos populares, mais conhecidos como linchamentos. É possível identificar uma crescente modalidade de crimes e de conflitos interpessoais que resultam em desfechos fatais. O número de crimes desse tipo aumentou, e eles se tornaram mais graves e mais violentos. As manifestações públicas de medo e insegurança social ganharam intensidade e passaram a ocupar posição de destaque na sociedade tanto quanto a violência. A partir disso, será feito um estudo sobre os linchamentos, suas motivações, suas consequências e possíveis formas de prevenção.

O crescimento acelerado da criminalidade urbana violenta e as dificuldades das instituições públicas de controle social em garantir segurança pública favorecem o ambiente em que os indivíduos agressores se permitem praticar atos de barbárie como forma de alcançar sua própria “justiça”. O presente trabalho tem como objetivo trazer à baila essa importante questão que está presente nas comunidades periféricas brasileiras.

Busca-se também focar na legitimidade do *ius puniendi*, cabendo ao estado punir de forma justa com expressa determinação da lei, e na importância da aplicação das garantias fundamentais. Outrossim, o estudo tem como base a teoria psicanalítica de Sigmund Freud, problematizando a violência dentro das comunidades e centrando-se no indivíduo que age de forma específica quando inserido em um determinado grupo social. Freud é o pai da psicanálise e desenvolveu a teoria da personalidade e a teoria dos instintos, nas quais basearemos a pesquisa.

## 2 A EVOLUÇÃO DO DIREITO PENAL

Preliminarmente, antes de adentrar no tema proposto para o artigo, qual seja, a justiça popular, é necessário fazer uma breve análise acerca da evolução histórica da pena dentro do Direito Penal, a qual faz-se indispensável para que se entenda a vingança privada nos dias atuais e sua correlação com a crueldade no contexto contemporâneo brasileiro, uma vez que possibilita a análise da evolução do pensamento jurídico, das diversas concepções do direito de punir, da responsabilidade penal e da pena.<sup>1</sup>

Ao analisar o tema, Miguel Reale Jr., assim dispõe:

Pode-se mesmo dizer que o progresso da cultura humana, que anda *pari passu* com o da vida jurídica, obedece a esta lei fundamental: verifica-se uma passagem gradual na solução dos conflitos, do plano da força bruta para o plano da força jurídica.<sup>2</sup>

A pena é vista como uma consequência natural imposta pelo Estado diante da prática de uma infração penal. Quando é praticado um fato típico, ilícito e culpável, cabe ao Estado exercer seu *Ius Puniendi* sobre o indivíduo infrator.<sup>3</sup>

Luigi Ferrajoli discorre acerca da história das penas com o seguinte entendimento:

<sup>1</sup> CAVALCANTE, Karla Karênina Andrade Carlos. Evolução histórica do direito penal. *Âmbito Jurídico*. Disponível em: <[http://www.ambitojuridico.com.br/site/index.php?n\\_link=revista\\_artigos\\_leitura&artigo\\_id=4756](http://www.ambitojuridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=4756)>. Acesso em out de 2017.

<sup>2</sup> REALE, Miguel. *Lições preliminares de direito*. 23. ed. São Paulo: Saraiva, 1996. p.75.

<sup>3</sup> GRECO, Rogério: *Curso de direito penal parte geral*. 18. ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2016. p. 581.



01



01 02 03 04 05



01 02



01 02



01 02

A história das penas é, sem dúvida, mais horrenda e infamante para a humanidade do que para a própria história dos delitos: porque mais cruéis e talvez mais numerosas do que as violências produzidas pelos delitos têm sido produzidas pelas penas e porque, enquanto o delito costuma ser uma violência ocasional e às vezes impulsiva e necessária, a violência imposta por meio da pena é sempre programada, consciente, organizada por muitos contra um.<sup>4</sup>

Corroborar nesse sentido Claus Roxin conceituando a missão da pena como “unicamente fazer com que o autor desista de cometer futuros delitos”.<sup>5</sup> Dessa forma, entende-se que a pena deve ter caráter repressivo e ressocializador somente, para inibir o agente do cometimento de outros delitos.

Este capítulo será dedicado a discorrer, de forma sucinta, sobre as fases de evolução da pena no Direito Penal. Para Magalhães Noronha,<sup>6</sup> os historiadores de Direito Penal consideram que a pena passou por uma evolução destacada em quatro períodos históricos vividos pela humanidade: a vingança privada, vingança divina, vingança pública e período humanitário. Porém, tais períodos não se sucederam uns aos outros, ou seja, houve a existência concomitante dos princípios característicos de cada um nas diferentes fases.

O período de vingança no Direito Penal teve início nos tempos primitivos e prolongou-se até meados do século XVII. Nos primórdios da humanidade, não havia ordem social, leis ou princípios que regessem a conduta dos indivíduos. Nesse contexto, a pena era considerada como legitimação da vingança indistinta, ou seja, a vingança era a única sanção para o ilícito.

Para Rogério Greco,<sup>7</sup> a vingança privada era a pura e simples retribuição a alguém pelo mal praticado. Tal modalidade de vingança poderia ser exercida pela vítima do dano, como também por seus familiares ou pelo grupo social em que a vítima se encontrava inserida. Em muitas situações, prevalecia a lei do mais forte.

No que tange à fase da vingança divina, essa é resultado da grande influência exercida pela religião na sociedade dos povos antigos. Mas a sanção ficava a cargo dos sacerdotes que, como mandatários dos deuses, encarregavam-se da justiça, aplicando penas bárbaras e desumanas. Segundo Magalhães Noronha,<sup>8</sup> a punição era rigorosa, cruel, pois o castigo deveria equivaler à grandeza do deus ofendido.

Por fim, ocorreu a última fase da vingança, a vingança pública, na qual o direito de punir era privativo do soberano, representando os interesses da comunidade em geral. A pena, portanto, perde seu caráter sagrado para transformar-se em uma sanção imposta em nome de uma autoridade pública.

Conforme a evolução da sociedade, assim também evoluía o Direito Penal. Segundo esclarece João Mestiere:

A vingança divina cede naturalmente lugar à vingança pública, produto da paulatina afirmação do direito no contexto sociocultural. As várias sociedades, já politicamente organizadas, contam com um poder central, procurando por todos os meios se afirmar e manter a coesão e a disciplina do grupo social. Leis severas são ditadas e a sociedade não demora

<sup>4</sup> FERRAJOLI, Luigi. *Direito e razão*. Teoria do Garantismo Penal. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. p.310.

<sup>5</sup> ROXIN, Claus. *Derecho penal*. Parte general. Madrid: Civitas, 1997. p.85.

<sup>6</sup> NORONHA, Magalhães. *Direito penal: parte geral*. V. 1. 33. ed. São Paulo: Saraiva, 1998. p.20

<sup>7</sup> GRECO, Rogério. *Curso de direito penal parte geral*. 18. ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2016. p. 17.

<sup>8</sup> NORONHA, Magalhães. *Direito penal: parte geral*. V. 1. 33. ed. São Paulo: Saraiva, 1998. p.21.



SUMÁRIO



EXPEDIENTE



APRESENTAÇÃO



ENTREVISTAS

01



CRIME E SOCIEDADE

01

02

03

04

05



DIREITOS HUMANOS

01

02



ESCOLAS PENAIAS

01

02



RESENHAS

01

02

muito a sentir a enorme perda que está sofrendo dia a dia, com a aplicação da justiça. As mortes e as mutilações apenas enfraqueciam a tribo, sendo necessário então outra retribuição.<sup>9</sup>

À medida que a sociedade evolui, o homem também progride de forma sistemática. Mesmo na era primitiva, o homem sempre se organizou em grupos ou sociedades. Isso se deu através da evolução da razão, que permitiu o desenvolvimento social e promoveu a obediência moral aos regramentos impostos a todos. No entanto, a interação dentro das comunidades nem sempre é harmônica, pois nela o homem revela o seu lado instintivo: a agressividade.

### 3 DA LEGITIMIDADE DO DIREITO DE PUNIR E O RESPEITOS ÀS GARANTIAS FUNDAMENTAIS.

Neste capítulo, será analisada a importância das garantias fundamentais, bem como o conceito de “*jus puniendi*” no atual ordenamento jurídico brasileiro. Será abordada a soberania do Estado e sua importância para efetivo cumprimento da segurança e ordem social.

A soberania do Estado, de acordo com Bodin, é una e indivisível. Corroborando essa afirmação, Miguel Reale Junior destaca que o Estado se põe como soberano ao afirmar a positividade do próprio Direito, ou seja, “declara em última instância o Direito que regula a sociedade, ao mesmo tempo em que traz para si a função de dizer o Direito no caso concreto, exercendo o monopólio da jurisdição”.<sup>10</sup> Dessa forma, o Estado exerce seu poder de aplicar o Direito.

Miguel Reale Jr. se refere à concepção do poder-dever de punir do Estado, que seria a aplicação do Direito Penal e a execução das sanções decorrentes de sua aplicação concreta. Afirma o autor que o Estado é garantidor da harmonia social, sendo imprescindível sua atuação, não podendo deixar aos particulares sua efetividade, pois, do contrário, haveria uma *capitis diminutio*, uma “fragilização da soberania”, ou seja, um enfraquecimento da autoridade estatal, que resultaria em profunda insegurança jurídica para a sociedade.<sup>11</sup>

Para Tobias Barreto,<sup>12</sup> a própria sociedade exige do Estado a punição como resultado de uma necessidade imposta pelo organismo social para que este possa se desenvolver; ao sacrificar os direitos do infrator em benefício da comunhão social, está buscando a ordem dentro da sociedade.

Nessa linha de intelecção, Miguel Reale Jr.<sup>13</sup> afirma que o Estado não poderia renunciar a seu poder-dever de punir, uma vez que isso nos levaria aos tempos de vingança privada. Destaca o autor que o poder de punir se apresenta como um “dado de realidade inafastável”, no sentido de que representa interesses vitais para a organização e desenvolvimento da sociedade; reconhece ainda a necessidade de uma proteção promovida de forma organizada pelo Estado.

Sabe-se que o direito de punir pertence única e exclusivamente ao Estado. Assim é o posicionamento de Tourinho Filho, “o *Jus Puniendi*, pertence, pois, ao Estado, como uma das expressões mais características de sua soberania”.<sup>14</sup>

<sup>9</sup> MESTIERE, João, *Manual de direito penal*. Parte geral. v. 1. Rio de Janeiro: Forense, 1999. p. 26.

<sup>10</sup> REALE JR, Miguel. *Instituições de direito penal*. Parte Geral. Rio de Janeiro: Forense, 2006. p. 14.

<sup>11</sup> Ibidem, p. 15.

<sup>12</sup> BARRETO, Tobias. Algumas ideias sobre o chamado fundamento do direito de punir. In: *Estudos de filosofia*. São Paulo: Grijalbo, 1977. p. 229.

<sup>13</sup> REALE JR, Miguel. *Instituições de direito penal*. Parte Geral. Rio de Janeiro: Forense, 2006. p. 17.

<sup>14</sup> TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. *Manual de processo penal*. 16. ed. rev. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 46 – 47.



SUMÁRIO



EXPEDIENTE



APRESENTAÇÃO



ENTREVISTAS

01



CRIME E SOCIEDADE



DIREITOS HUMANOS

01

02



ESCOLAS PENAIAS

01

02



RESENHAS

01

02

Na ocorrência de uma infração penal, cabe ao Estado, por meio de seus órgãos, tomar a iniciativa *motu próprio*, para assegurar a observância da lei. O direito de punir os infratores cabe somente ao Estado (que é a própria sociedade politicamente organizada). Tourinho Filho continua: “No fundo quem pune é a própria sociedade. Ninguém desconhece que a prática de infrações penais transtorna a ordem pública, e a sociedade é a principal vítima; por isso mesmo, tem o direito de prevenir e reprimir aqueles atos que são lesivos a sua existência”.<sup>15</sup>

Segundo a concepção de Frederico Marques,<sup>16</sup> o poder-dever de punir estatal estende-se a três momentos diferentes, quais sejam: na edição da norma penal incriminadora, na aplicação da norma por meio do processo e na execução da pena concretizada na sentença condenatória. Miguel Reale Jr., assim dispõe:

Nos três momentos realiza-se um conflito entre o poder-dever de punir do Estado e os direitos do cidadão, que constituem limites do poder do Estado [...], pois não pode o Estado exigir senão a omissão do estritamente proibido pela dicção legal, sendo permitido tudo que não for proibido; de outra parte tem o acusado o direito ao processo (*nulla poena sine iudicio*) e direito ao processo regular, ao devido processo legal; por fim, tem o condenado direitos durante a execução da pena, também sujeita ao princípio da legalidade, e ao devido processo.<sup>17</sup>

É cediço que o direito de punir pertence ao Estado, bem como que a pena só poderá ter imposta pelo órgão jurisdicional por meio do regular processo, com a intenção de obter a aplicação da *sanctio juris* ao infrator. Essa atividade é denominada de *persecutio criminis*, e tal direito pertence tão somente ao Estado, para lograr um dos fins essenciais da própria constituição do Estado (segurança e reintegração da ordem pública).

Seguindo essa linha de pensamento, para Aury Lopes Junior,<sup>18</sup> o processo penal é um caminho necessário para se alcançar a pena e também para se condicionar o exercício do poder de penar (essência do poder punitivo) à estrita observância de uma série de diretrizes que compõem o devido processo legal. Sustenta que o surgimento da titularidade do direito de punir por parte do Estado acontece no momento em que se suprime a vingança privada e se implantam os critérios de justiça.

Assim como dito no capítulo anterior, a evolução do processo penal está diretamente relacionada com a evolução da pena. Nessa mesma perspectiva, J. Goldschmidt afirma:

los principios de la política procesal de una nación no son otra cosa que segmentos de su política estatal en general. Se puede decir que la estructura del proceso penal de una nación no es sino el termómetro de los elementos corporativos o autoritarios de su Constitución. Partiendo de esta experiencia, la ciencia procesal ha desarrollado un número de principios opuestos constitutivos del proceso.<sup>19</sup>

Segundo leciona Aury Lopes Jr, deve-se respeitar as regras e garantias fundamentais:

<sup>15</sup> Ibidem, p. 46

<sup>16</sup> MARQUES, Frederico. *Elementos de Direito Processual Penal*. V. I. Campinas: Books, 2001. p. 3 e 55.

<sup>17</sup> REALE JR. op. cit., p. 20.

<sup>18</sup> LOPES JR, Aury. *Direito processual penal*. 12 ed. São Paulo: Saraiva, 2015. p. 33-34.

<sup>19</sup> GOLDSCHMIDT, James. *Problemas jurídicos y políticos del proceso penal*. Barcelona: Bosch, 1935. p. 67.



SUMÁRIO



EXPEDIENTE



APRESENTAÇÃO



ENTREVISTAS

01



CRIME E SOCIEDADE

01

02

03

04

05



DIREITOS HUMANOS

01

02



ESCOLAS PENAIAS

01

02



RESENHAS

01

02

o processo não pode ser mais visto como um simples instrumento a serviço do poder punitivo (direito penal), senão que desempenha o papel de limitador do poder e garantidor do indivíduo a ele submetido. Há que se compreender que o respeito às garantias fundamentais não se confunde com impunidade, e jamais se defendeu isso. O processo penal é um caminho necessário para chegar-se, legitimamente, à pena. Daí por que somente se admite sua existência quando ao longo desse caminho forem rigorosamente observadas as regras e garantias constitucionalmente asseguradas (as regras do devido processo legal).<sup>20</sup>

Outra perspectiva sobre o reconhecimento de deveres de proteção por parte do Estado encontra-se na declaração de Ingo Sarlet:

[...] no sentido de que a este incumbe zelar, inclusive preventivamente, pela proteção dos direitos fundamentais dos indivíduos não somente contra os poderes públicos, mas também contra agressões providas de particulares e até mesmo de outros Estados. Esta incumbência, por sua vez, desemboca na obrigação de o Estado adotar medidas positivas da mais diversa natureza (por exemplo, por meio de proibições, autorizações, medidas legislativas de natureza penal etc.), com o objetivo precípua de proteger de forma efetiva o exercício dos direitos fundamentais.<sup>21</sup>

Assim, como bem destaca Ingo Sarlet, cabe ao Estado tomar medidas positivas para a proteção dos direitos fundamentais. Dessa forma, está nas mãos do Estado a segurança e o zelo pela vida e integridade dos seus cidadãos.

Segundo Sérgio Adorno e Wânia Pasinato, o uso da violência é autorizado em circunstâncias determinadas, somente por aqueles que detêm a permissão para fazer uso da mesma, em obediência ao império da lei, isto é, aos constrangimentos impostos pelo ordenamento jurídico. Assim é o Estado, que detém o dever de assegurar as medidas cabíveis para a resolução de conflitos de forma confiável aos cidadãos, gerando assim uma relação de confiabilidade. Esse é o posicionamento de Adorno e Pasinato sobre o assunto:

Legitimidade identifica-se, por conseguinte, com legalidade, e legalidade constitui, por conseguinte, o fundamento de um sistema jurídico confiável, isto é, um sistema cuja funcionalidade e operações garantem previsibilidade de ações e resolução de conflitos segundo regras reconhecidas como legítimas. Não sem razão, nesse arcabouço jurídico político assegurar a paz constitui talvez a mais elevada tarefa do governante político.<sup>22</sup>

Ao aprofundar o tema e analisar as garantias constitucionais, a Constituição Federal de 88 assim dispõe, em seu art. 144: “A segurança pública, dever do Estado, direito e responsabilidade de todos, é exercida para a preservação da ordem pública e do patrimônio, [...]”.<sup>23</sup> Assim, verifica-se que o Estado tem o dever de proteger e zelar pela segurança dos cidadãos, sendo essa uma forma do exercício de sua soberania.

Por oportuno, destacam-se ainda na Carta Magna outras garantias inerentes a todo e qualquer indivíduo, assim disposto no art. 5º, incisos LIII, LIV e LV, da CF:

LIII – ninguém será processado nem sentenciado senão pela autoridade competente;

<sup>20</sup> LOPES JR., op. cit., p. 35.

<sup>21</sup> SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*. 9. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007. p. 165.

<sup>22</sup> ADORNO, Sérgio e PASINATO, Wânia. *A justiça no tempo, o tempo da justiça*. Revista Tempo Social v. 19, n. 2, p. 134.

<sup>23</sup> BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil*. Brasília, DF: Senado, 1988.



SUMÁRIO



EXPEDIENTE



APRESENTAÇÃO



ENTREVISTAS

01



CRIME E SOCIEDADE

01

02

03

04

05



DIREITOS HUMANOS

01

02



ESCOLAS PENAIAS

01

02



RESENHAS

01

02

LIV – ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal;

LV – aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes;

Ora, dentro dessas garantias constitucionais, os princípios possuem fundamental importância. Ricardo Guastini se refere aos princípios como “normas que revestem uma especial importância ou que aparecem como normas caracterizantes do ordenamento jurídico ou de uma das suas partes, essenciais para identidade ou fisionomia”.<sup>24</sup>

Por outro viés, é de extrema importância destacar a interpretação constitucional sobre o assunto. Segundo Barroso,<sup>25</sup> deve-se iniciar pela identificação do princípio maior que rege o tema a ser apreciado, partindo do mais genérico ao mais específico, com intuito de formular a regra concreta que vai reger a espécie. Para Barroso, os princípios constitucionais indicam o ponto de partida e os caminhos a serem percorridos, unificam as premissas básicas de uma dada ordem jurídica, propagando-se por todo o sistema.

Lima corrobora esse entendimento quando assegura que os princípios são como alicerces do ordenamento jurídico, seus núcleos fundamentais, uma vez que servem como diretrizes para a interpretação, pelo fato de definirem a lógica e a racionalidade do próprio sistema e, sustentando toda a construção normativa do ordenamento jurídico. Por isso é que se fala do caráter fundamental dos princípios, tanto por conta da sua importância estruturante no sistema jurídico como por seu papel norteador. Estabelece ainda o autor que, entre as normas constitucionais, os princípios são as linhas mestras, os núcleos fundamentais da Constituição; mantêm superioridade em face das regras e ocupam posições privilegiadas na Constituição.<sup>26</sup>

Nesse contexto, um Estado que se intitula Democrático de Direito não pode desrespeitar seus princípios, devendo a Constituição Federal, como lei suprema, assegurar a realização das garantias, direitos e liberdades fundamentais.

Dessa forma os princípios resguardados na Constituição têm papel norteador, servindo de estrutura para o Estado Democrático de Direito, aproximando, por sua vez, o Direito da justiça.

#### 4 LINCHAMENTOS – A CRUELDADE NO CONTEXTO CONTEMPORÂNEO BRASILEIRO.

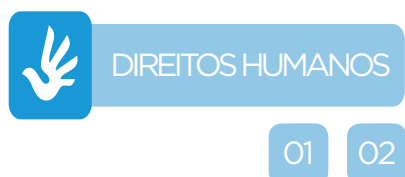
Segundo o entendimento de Cesar Barreira,<sup>27</sup> é notório o surgimento recente de práticas cruéis e desumanas entre indivíduos, com uso de castigo físico e tortura; tal comportamento foge ao poder de controle das autoridades, mesmo em uma sociedade modernizada em seus aparatos de repressão. Essa “justiça pelas próprias mãos”, segundo Barreira, evidencia a persistência do que poderia ser designado por crueldade, num contexto de legitimidade institucional e vigilância.

<sup>24</sup> GUASTINI, Ricardo. *Distinguendo*. Barcelona: Gedisa, 1999. p. 151.

<sup>25</sup> BARROSO, Luís Roberto. *Interpretação e aplicação da constituição: fundamentos de uma dogmática constitucional transformadora*. São Paulo: Saraiva, 2009. p.155-157.

<sup>26</sup> LIMA, Alberto Jorge C. Barros. *Direito penal constitucional: A imposição dos princípios constitucionais penais*. São Paulo: Saraiva, 2012. p.54.

<sup>27</sup> BARREIRA, Cesar. Crueldade: a face inesperada da violência difusa. In: *Revista Sociedade e Estado*, v.1, n.1, jan./abr., 2015.



Daí a necessidade de uma reflexão acerca do problema da crueldade no contexto brasileiro contemporâneo, registrando-se práticas delituosas que não apresentam explicações evidentes e que se utilizam de formas peculiares de violência. Assim também considera Michel Wieviorka,<sup>28</sup> ao denominar o fenômeno de “violência pela violência”.

Inicialmente, faz-se mister destacar o conceito de linchamento e como a população em geral busca fazer justiça pelas próprias mãos, com sede de vingança irreparável:

Um linchamento é um assassinato (ou uma tentativa) cometido por um grupo grande de pessoas, cujas motivações conjugam a ideia de execução sumária, justiça social e vingança. Os contextos podem variar, mas o caráter coletivo da ação, a ideia de justiça com as próprias mãos e os preconceitos que geralmente orientam esse tipo de comportamento são elementos comuns na maioria dos episódios.<sup>29</sup>

Pesquisadores da área corroboram esse entendimento, ao afirmar que “o linchamento constitui uma das formas de justiça com as próprias mãos, assim como justiça popular, as quais vão de encontro à justiça oficial estatal, que proíbe esses atos bárbaros”.<sup>30</sup>

Segundo Ariadne Natal, do Núcleo de Estudos da Violência da USP, em entrevista concedida à BBC, o perfil das vítimas de linchamento é muito similar ao das vítimas de homicídio: 95% homens, jovens, a maior parte entre 15 e 30 anos, que vivem em áreas periféricas, são desempregados ou têm ocupações de baixo status social.<sup>31</sup>

Afirma a socióloga que quem lincha “sabe que tem respaldo social para isso no Brasil. Quem está ali linchando sabe que não haverá depoimentos de testemunhas nem maiores investigações ou punições”. Para parte da população, “linchar se tornou algo aceitável” e conseqüentemente banalizado.

José de Souza Martins,<sup>32</sup> pesquisador da temática, argumenta que “o linchamento [...] resulta da decisão quase sempre repentina, impensada, de motivação súbita e, de modo geral, imprevisível”. Destaca o autor que os linchadores na maioria dos casos, ao praticar tais atos de barbárie, se motivam pela emoção de assumir o ponto de vista da vítima de um dano irreparável, diante do qual a vítima estava em uma situação de impotência, nos casos de assassinato ou estupro, por exemplo.

Para José de Souza Martins, os linchamentos são como “um ato de punição coletiva, regido por uma concepção de castigo que já não mais existe nos nossos códigos e leis, que são expressões da Razão”. Em outras palavras, o autor quer dizer que esse tipo de punição afronta as leis, como se estas não correspondessem ao sentimento popular que recomenda que se puna de modo mais rigoroso.<sup>33</sup>

<sup>28</sup> WIEVIORKA, Michel. O novo paradigma da violência. Tempo Social. In: *Rev. Sociol. USP*, São Paulo, n. 9(1), p. 5-41, mai. 1997.

<sup>29</sup> FREITAS, Ana. Justiça com as próprias mãos: uma realidade cotidiana. 2015. In: *NEXO*. Disponível em: <<https://www.nexojornal.com.br/explicado/2016/03/15/Justi%C3%A7a-com-as-pr%C3%B3prias-m%C3%A3os-uma-realidade-cotidiana>>. Acesso em: out. 2018.

<sup>30</sup> DE MORAIS, Cristiani Pereira. Direito de Punir: Legitimidade do Estado, e não dos Particulares. In: *Revista Jurídica UEPN*. V. 8, n. 3, 2016. Disponível em: <<http://revista.uepb.edu.br/index.php/datavenia/article/viewFile/504/302>>. Acesso em: 07 out. 2018.

<sup>31</sup> PUFF, Jeferson. “Quem lincha sabe que tem respaldo social no Brasil”, diz pesquisadora. In: *BBC Brasil*. Disponível em: <[http://www.bbc.com/portuguese/noticias/2015/07/150722\\_linchamentos\\_jp\\_tg](http://www.bbc.com/portuguese/noticias/2015/07/150722_linchamentos_jp_tg)> Acesso em: out. 2017.

<sup>32</sup> MARTINS, José de Souza. *Linchamentos, a justiça popular no Brasil*. 2. ed. São Paulo: contexto, 2015. p. 51.

<sup>33</sup> Ibidem, p. 112.



01



01 02



01 02



01 02

Faz-se mister uma análise aprofundada sobre os linchamentos, uma vez que vão muito além de um problema social, e que são expressões de um complicado processo de degradação social. Como menciona Martins, “são expressões [...] de busca de um padrão de sociabilidade diferente daquele que anuncia através das tendências sociais degradadoras”. Ocorre que tais atos vão muito além de “manifestações de conservadorismo”;<sup>34</sup> estão diretamente ligados ao medo e à busca pelos processos de mudança social.

O questionamento que se faz é: por que ocorrem linchamentos? Ao fazer uma análise mais profunda sobre os linchamentos e seus desdobramentos, Martins chegou à seguinte conclusão:

A partir do conhecimento que se tem de diferentes modalidades de linchamento em diferentes lugares do país, a hipótese mais provável é a de que a população lincha para punir, mas sobretudo para indicar seu desacordo com alternativas de mudança social que violam concepções, valores e normas de conduta tradicionais, relativas a uma certa concepção do humano. Uma hipótese decorrente é a de que o linchamento é uma forma incipiente de participação democrática na construção (ou reconstrução) da sociedade, de proclamação e afirmação de valores sociais, incipiente e contraditória porque afirma a soberania do povo, mas nega a racionalidade impessoal da justiça e do direito.<sup>35</sup>

Por outro lado, de acordo com Sérgio Adorno e Wânia Pasinato, há uma crescente desconfiança da população quanto às políticas de combate à violência e sua real efetividade dentro das comunidades. Segundo o entendimento de ambos: “Parece haver correspondência entre o declínio de confiança e a intensificação dos conflitos sociais cuja resolução não conhece a mediação das instituições públicas democráticas, inclusive graves violações de direitos humanos e a escalada do crime urbano”.<sup>36</sup>

Nesse sentido, o argumento que prevalece diante dos debates públicos sobre o assunto é no sentido de “quanto maior a impunidade, menor a confiança nas instituições encarregadas de aplicar as leis”. Tudo indica que as crescentes taxas de impunidade significam que essas instituições não estão cumprindo as tarefas para as quais foram originalmente criadas e formalizadas em suas constituições.<sup>37</sup>

Dessa forma, a relevância dos linchamentos está no fato de revelarem a realidade mais profunda de uma sociedade, seus nexos mais ocultos e ativos.<sup>38</sup> O Brasil está entre os países que mais lincham no mundo. Nos últimos 60 anos, estima-se que mais de um milhão de brasileiros já participaram de ações de justiça nas ruas. Essas ações, motivadas por atos gravíssimos de estupros de crianças e por roubos que vitimam pessoas pobres e desvalidas, culminam no trucidamento violento dos acusados. Dessa forma, os linchamentos evidenciam a crise da ordem social.

Ainda nas palavras de José de Souza Martins:

<sup>34</sup> Ibidem, p. 114.

<sup>35</sup> MARTINS, José de Souza. As condições do estudo sociológico dos linchamentos. In: *Estudos avançados*. v. 9, n. 25, 1995. p. 299.

<sup>36</sup> ADORNO, Sérgio e PASINATO, Wânia. *A justiça no tempo, o tempo da justiça*. Revista Tempo Social v. 19, n. 2, p. 135.

<sup>37</sup> Ibidem, p. 136.

<sup>38</sup> MARTINS, José de Souza. *Linchamentos, a justiça popular no Brasil*. 2. ed. São Paulo: contexto, 2015. p. 41.



SUMÁRIO



EXPEDIENTE



APRESENTAÇÃO



ENTREVISTAS

01



CRIME E SOCIEDADE

01

02

03

04

05



DIREITOS HUMANOS

01

02



ESCOLAS PENAIAS

01

02



RESENHAS

01

02

Embora no geral seja curta a duração do ódio que move essas ações, não é pequeno o elenco dos momentos do ato de linchar. Eles vão da perseguição ao apedrejamento, ao espancamento, à mutilação do linchado e, não raro, ao seu extermínio pelo fogo, estando ainda vivo.<sup>39</sup>

Em seu livro *Linchamentos, a justiça popular no Brasil*, Martins<sup>40</sup> traz um quadro demonstrativo da distribuição dos índices de participação, conforme o motivo do linchamento ou tentativa de linchamento no ano de 1994.

| Motivo                                 | Alta atrocidade | Baixa<br>atrocidade | Todos |
|----------------------------------------|-----------------|---------------------|-------|
| Fútil                                  | 6,7             | 12,3                | 9,7   |
| Crime contra a pessoa                  | 57,9            | 34                  | 47,9  |
| Crime contra a pessoa e<br>propriedade | 22              | 11,3                | 15,1  |
| Crime contra a propriedade             | 23,4            | 38,6                | 23,7  |
| Sem indicação                          | -               | 3,8                 | 3,6   |
| Total (N=100%)                         | (164)           | (106)               | (689) |

Fazendo uma análise desse quadro demonstrativo, tem-se que os crimes contra a pessoa revelam maior índice de reprovação pela população; são exemplos estupro, homicídios ou de crimes que envolvem pessoas vulneráveis. Nesses casos, os linchamentos são praticados de forma muito mais degradante e desumana.

É válido ressaltar que no Código Penal brasileiro há um artigo que regula a justiça com as próprias mãos. Vejamo-lo:

Fazer justiça com as próprias mãos, para satisfazer pretensão, embora legítima, salvo quando a lei o permite: Pena – detenção, de 15 (quinze) dias a 1 (um) mês, ou multa, além da pena correspondente à violência. Parágrafo único. Se não há emprego de violência, somente se procede mediante queixa. (art. 345, CP).<sup>41</sup>

Como vemos, a justiça com as próprias mãos constitui crime e está devidamente tipificada pelo artigo 345 do CP. Porém, de certa forma, não especifica de fato a prática de “linchar”. Dentro do atual ordenamento jurídico brasileiro, busca-se individualizar a ação de cada pessoa, por não haver crimes coletivos. Um caso de linchamento pode ser registrado como uma tentativa de homicídio, um homicídio propriamente dito ou até mesmo uma lesão corporal, dependendo da natureza do delito praticado. Dessa maneira, é muito mais difícil condenar os agressores.

Por todo o exposto, a conclusão a que se chega é que os linchamentos não podem ser vistos pela sociedade como forma aceitável de punir um indivíduo infrator, acusado de um crime. Trata-se de uma outra forma de violência,

<sup>39</sup> MARTINS, José de Souza. *Linchamentos, a justiça popular no Brasil*. 2. ed. São Paulo: contexto, 2015. p. 111.

<sup>40</sup> Ibidem, p. 40.

<sup>41</sup> BRASIL. *Código penal*. Organização Revista dos Tribunais (Org.). São Paulo: Atlas, 2017.



SUMÁRIO



EXPEDIENTE



APRESENTAÇÃO



ENTREVISTAS

01



CRIME E SOCIEDADE

01

02

03

04

05



DIREITOS HUMANOS

01

02



ESCOLAS PENAIAS

01

02



RESENHAS

01

02

outro crime praticado, que merece igual investigação. O linchamento tem que ser problematizado como algo tão condenável quanto o ato praticado pelo infrator, e os responsáveis precisam ser punidos da mesma forma.

### A VIOLÊNCIA SEGUNDO SIGMUND FREUD

Neste capítulo será feito um estudo sobre a psicogênese da violência sob a perspectiva freudiana, analisando o indivíduo que se permite praticar atos de barbárie como forma de alcançar satisfação pessoal.

Início o estudo abordando questões sobre a prática da vingança, gerada muitas vezes pela insegurança resultante da ausência do Estado: essa prática pode ser definida como “incontinência”.<sup>42</sup> Corrobora esse sentimento o filósofo grego Aristóteles quando ensina que “quando a razão ou a imaginação nos mostra que fomos insultados ou desconsiderados, a cólera se inflama imediatamente, depois de raciocinar – digamos assim – que qualquer coisa desse tipo deve ser revidada”.<sup>43</sup>

O ato de vingar-se possui, ainda que minimamente, suas justificativas. É eminentemente humano, demonstrando-se através de manifestações positivas acerca da paixão, do amor, ou negativas como o ódio. O ser humano carrega dentro de si sentimentos de intensidades variadas, que são potencializados quando este se sente acuado ou em perigo. Sob essa perspectiva, ele reage e revida da mesma forma da agressão recebida ou até mesmo para além da que sofreu.<sup>44</sup>

Sigmund Freud<sup>45</sup> propôs três hipotéticas instâncias da personalidade: id, ego e superego. Freud parte da premissa de que o “id” é regido pelo princípio do prazer, o qual deriva do inconsciente, das pulsões, buscando satisfação imediata a esses impulsos, sem levar em consideração as consequências advindas dos mesmos. O ego, por sua vez, é uma evolução do “id” e relaciona-se com o consciente, sendo regido pelo princípio da realidade, em que os impulsos inadequados do id são reprimidos. E, por fim, a última instância da personalidade abordada por Freud é o superego, aquele que é responsável pelo discernimento do indivíduo, encerrando valores familiares e sociais, sendo considerado como o juiz interior. Relaciona-se com as renúncias às pulsões; nesse momento é o superego que informa ao indivíduo que o delito é social, moral e juridicamente reprovável.

O superego, de uma certa forma, protege o ego dos impulsos do id, este um sistema psíquico inconsciente e regido pelo princípio do prazer, que não leva em consideração a lógica, a moral, os valores ou princípios institucionais.<sup>46</sup>

Assim é o entendimento de Freud acerca das renúncias do superego:

<sup>42</sup> SUECKER KRAUSE, Betina Heike. *Princípios para a justificação do dever de punir (privação da liberdade) no Estado Democrático de Direito: A retribuição possível*. 2010. 64 f. Tese (Doutorado em Direito) – Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul, Porto Alegre.

<sup>43</sup> ARISTÓTELES. *Ética e Nicômacos*. 3. ed. Brasília: UnB, 1985. p. 139.

<sup>44</sup> SUECKER KRAUSE, Betina Heike. *Princípios para a justificação do dever de punir (privação da liberdade) no Estado Democrático de Direito: A retribuição possível*. 2010. 64 f. Tese (Doutorado em Direito) – Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul, Porto Alegre.

<sup>45</sup> FREUD, Sigmund. (1923). O Ego e o Id. In: FREUD, S. *Edição standard brasileira das obras psicológicas completas de Sigmund Freud*. v. 19. Rio de Janeiro: Imago, 1990. p. 80-83.

<sup>46</sup> SUECKER KRAUSE, op. cit.



SUMÁRIO



EXPEDIENTE



APRESENTAÇÃO



ENTREVISTAS

01



CRIME E SOCIEDADE

01 02 03 04 05



DIREITOS HUMANOS

01 02



ESCOLAS PENAIAS

01 02



RESENHAS

01 02

Não é verdade que a mente humana não tenha passado por qualquer desenvolvimento desde os tempos primitivos e que, em contraste com os avanços da ciência e da tecnologia, seja hoje a mesma dos primórdios da história. Podemos assinalar, de imediato, alguns desses progressos mentais. Acha-se em consonância com o curso do desenvolvimento humano que a coerção externa se torne gradativamente internalizada, pois um agente mental especial, o superego do homem, a assume e a inclui entre seus mandamentos.<sup>47</sup>

Ao analisar mais a fundo o superego, é possível considerar que esse seria o comportamento esperado para a sociedade em geral, uma vez que se dirige à irrealização de uma conduta não aceita pelo sistema de valores, de moralidade social. Assim, o superego está diretamente ligado ao respeito às regras e aos valores. Uma série de psicopatologias atribuídas a criminosos têm como característica um superego frágil ou praticamente inexistente; em outras palavras, há certos indivíduos em que a busca do prazer (id) se sobrepõe aos valores moralmente aceitáveis dentro de uma sociedade.<sup>48</sup>

Consoante o entendimento de Bráulio Marques acerca da reprovação social, há quebra do pacto social, ou seja, de um modelo adequado a ser seguido pela sociedade:

Quando alguém da comunidade sofre uma injustiça, há uma identificação imediata de todos com o injustiçado, num pacto invisível de denúncia do contrato rompido, irmanados no temor de que cada um poderá vir a ser o próximo atingido. Dessa forma, começa a contestação da validade da renúncia imposta a uma das partes sem compensação e as forças instintivas reprimidas dão vazão às mais variadas formas contestatórias.<sup>49</sup>

O indivíduo infrator é o destinatário do sentimento de vingança social, como um bode expiatório. Segundo Betina Heike:

Esse criminoso encontra na sociedade uma luta diária entre as forças vingativas, vitimadoras e punitivas, as quais, em muitos casos, o tratam como a criminologia crítica intitula de bode expiatório, transferindo para o delinquente a necessidade consciente do castigo.<sup>50</sup>

Feita essa breve análise acerca do sentimento de vingança no indivíduo, ressalta-se a importância das obras de Sigmund Freud para o entendimento da violência na sociedade. Destaco a correspondência entre Albert Einstein e Sigmund Freud sobre a violência humana, em meados de 1932, às vésperas da invasão nazista à Áustria, quando Einstein indaga Freud sobre questões relativas à guerra e à hostilidade dos homens. Ele assim questiona: “Como os mecanismos de poder conseguem despertar nos homens um entusiasmo extremado, a ponto de sacrificarem suas vidas?” e “É possível controlar a evolução da mente do homem de modo a torná-lo à prova das psicoses do ódio e da destrutividade?”.<sup>51</sup>

<sup>47</sup> FREUD, Sigmund. *O futuro de uma ilusão*. Rio de Janeiro: Imago, 1997. p. 19.

<sup>48</sup> SUECKER KRAUSE, Betina Heike. *Princípios para a justificação do dever de punir (privação da liberdade) no Estado Democrático de Direito: A retribuição possível*. 2010. 64 f. Tese (Doutorado em Direito) – Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul, Porto Alegre.

<sup>49</sup> MARQUES, Bráulio. A efetividade da norma penal. Abordagem psicanalítica, In: FAYET JÚNIOR, Ney e WEDY, Miguel Tedesco (Org.). *Estudos críticos de direito e processo penal*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004. p. 33.

<sup>50</sup> SUECKER KRAUSE, op. cit.

<sup>51</sup> FREUD, Sigmund. *Novas conferências introdutórias sobre psicanálise – II Por que a guerra? e outros trabalhos*. Rio de Janeiro: Imago, 1969. p. 119.



01



01 02 03 04 05



01 02



01 02



01 02

Einsten, ao indagar Freud sobre os problemas que a civilização da época enfrentava, enfatiza o seu diagnóstico científico:

o homem encerra dentro de si um desejo de ódio e destruição. Em tempos normais, essa paixão existe em estado latente, emerge apenas em circunstâncias anormais; é, contudo, relativamente fácil despertá-la e elevá-la à potência de psicose coletiva. Talvez aí esteja o ponto crucial de todo o complexo de fatores que estamos considerando, um enigma que só um especialista na ciência dos instintos humanos pode resolver.<sup>52</sup>

Em resposta a Einsten, Freud afirma que “é, pois, um princípio geral que os conflitos de interesses entre os homens são resolvidos pelo uso da violência”.<sup>53</sup> Enfatiza que a guerra é uma consequência das “pulsões”, do ódio e do desejo de destruição, e que a sociedade vive em constante transformação da violência. Em muitos indivíduos, segundo Freud, existem agressividade e crueldade. Nas palavras do autor acerca da violência nas comunidades:

(...) A violência podia ser derrotada pela união, e o poder daqueles que se uniam representava, agora, a lei, em contraposição à violência do indivíduo só. Vemos assim, que a lei é a força de uma comunidade. Ainda é violência, pronta a se voltar contra qualquer indivíduo que se lhe oponha; funciona pelos mesmos métodos e persegue os mesmos objetivos. A única diferença real reside no fato de que aquilo que prevalece não é mais a violência de um indivíduo, mas a violência da comunidade(...). O reconhecimento de uma identidade de interesses levou ao surgimento de vínculos emocionais entre os membros de um grupo de pessoas unidas – sentimentos comuns, que são a verdadeira fonte de sua força.<sup>54</sup>

Nesse sentido, entende-se que os indivíduos em comunidade possuem sentimentos comuns, características que os unem de forma a se fortalecerem e criarem vínculos emocionais. No que se refere ao atual cenário de violência no Brasil, José de Souza Martins sustenta que “é a violência coletiva e episódica que pode nos remeter aos significados da disseminada violência no Brasil. Nela se expressam os valores profundos de referência da sociedade inteira, que estão na raiz dos processos sociais violentos que nos assombram”.<sup>55</sup>

Segundo Freud, as leis são feitas por e para os membros integrantes do governo; para aqueles que se encontram em estado de sujeição, no entanto, não há espaço. Ele afirma ainda que a comunhão de uma comunidade ocorre por dois fatores: um deles é a força coercitiva da violência e o outro são os vínculos emocionais (identificações) entre seus membros.<sup>56</sup>

Ao analisar o ser humano, Freud desenvolveu a chamada teoria dos instintos, na qual faz menção a apenas dois deles, quais sejam: “aqueles que tendem a preservar e a unir – que denominamos de “emotivos” – e aqueles que tendem a destruir e matar, os quais agrupamos como instinto agressivo ou destrutivo”.<sup>57</sup>

<sup>52</sup> Ibidem, p. 119.

<sup>53</sup> Ibidem, p. 120.

<sup>54</sup> Ibidem, p. 124.

<sup>55</sup> MARTINS, José de Souza. *Linchamentos, a justiça popular no Brasil*. 2. ed. São Paulo: contexto, 2015. p. 111.

<sup>56</sup> FREUD, Sigmund. *Novas conferências introdutórias sobre psicanálise – II Por que a guerra?* e outros trabalhos. Rio de Janeiro: Imago, 1969. 127.

<sup>57</sup> Ibidem, p. 128.



01



01

02



01

02



01

02

Freud destaca que a sociedade, quando incitada à guerra, pode ter uma série de motivos para se deixar levar (uns nobres, outros vis). Todavia, aquele que sempre está presente é o desejo de agressão e destruição, que cotidianamente, no decorrer da história da humanidade, atestou sua existência e força. Relata o autor que a satisfação desses impulsos destrutivos é favorecida pela mistura deles com outros motivos de natureza “emotiva e idealista”.<sup>58</sup>

Freud enfatiza que “não há uma maneira de eliminar totalmente os impulsos agressivos do homem; pode-se tentar desviá-los num grau tal que não necessitem encontrar expressão na guerra”.<sup>59</sup> Ou seja, para ele, os impulsos de violência são intrínsecos ao ser humano e não podem ser eliminados, mas sim desviados.

No tocante à agressividade do homem, o autor continua:

O elemento de verdade por trás disso tudo, elemento que as pessoas estão tão dispostas a repudiar, é que os homens não são criaturas gentis que desejam ser amadas e que, no máximo, podem defender-se quando atacadas; pelo contrário, são criaturas entre cujos dotes instintivos deve-se levar em conta uma poderosa quota de agressividade. Em resultado disso, o seu próximo é, para eles, não apenas um ajudante potencial ou um objeto sexual, mas também alguém que os tenta a satisfazer sobre ele a sua agressividade, a explorar sua capacidade de trabalho sem compensação, utilizá-lo sexualmente sem o seu consentimento, apoderar-se de suas posses, humilhá-lo, causar-lhe sofrimento, torturá-lo e matá-lo.<sup>60</sup>

O instinto destrutivo do homem permanece o mesmo, seja no século XIX ou no XXI. Freud destaca que, em decorrência da mútua hostilidade primária dos seres humanos, a sociedade está caminhando para a desintegração. Ele assim dispõe:

A existência da inclinação para a agressão, que podemos detectar em nós mesmos e supor com justiça que ela está presente nos outros, constitui o fator que perturba nossos relacionamentos com o nosso próximo e força a civilização a um tão elevado dispêndio [de energia]. Em consequência dessa mútua hostilidade primária dos seres humanos, a sociedade civilizada se vê permanentemente ameaçada de desintegração.<sup>61</sup>

Continua a se referir aos instintos do homem como algo originário de sua natureza quando afirma: “Em tudo o que se segue, adoto, portanto, o ponto de vista de que a inclinação para a agressão constitui, no homem, uma disposição instintiva original e autosubsistente, e retorno à minha opinião, ver de que ela é o maior impedimento à civilização”.<sup>62</sup>

Adiante será feita uma análise sobre os grupos psicológicos, segundo o entendimento de Freud e Gustavo Le Bon. A partir de estudos feitos por ambos, tentaremos explicar o comportamento inesperado de um indivíduo dentro de um determinado grupo social. Assim dispõe Freud:

Esclareçamos mais uma vez o assunto. Se uma psicologia – interessada em explorar as predisposições, os impulsos instintuais, os motivos e os fins de um indivíduo até as suas ações e suas relações com aqueles que lhe são mais próximos – houvesse atingido completamente seu objetivo e esclarecido a totalidade dessas questões, com suas interconexões,

<sup>58</sup> Ibidem, p. 129.

<sup>59</sup> Ibidem, p. 131.

<sup>60</sup> FREUD, Sigmund. 1856-1939. *O mal-estar na civilização*. Rio de Janeiro: Imago, 1997. p. 67.

<sup>61</sup> Ibidem, p. 68.

<sup>62</sup> Ibidem, p. 81.



01



01 02



01 02



01 02

defrontar-se-ia então subitamente com uma nova tarefa, que perante ela se estenderia incompleta. Seria obrigada a explicar o fato surpreendente de que, sob certa condição, esse indivíduo, a quem havia chegado a compreender, pensou, sentiu e agiu de maneira inteiramente diferente daquela que seria esperada. Essa condição é a sua inclusão numa reunião de pessoas que adquiriu a característica de um ‘grupo psicológico’. O que é, então, um ‘grupo’? Como adquire ele a capacidade de exercer influência tão decisiva sobre a vida mental do indivíduo? E qual é a natureza da alteração mental que ele força no indivíduo?<sup>63</sup>

A análise do grupo psicológico é de extrema importância para o objetivo deste estudo, uma vez que traz ao entendimento a distinção do comportamento dos indivíduos quando estes agem isoladamente e em grupo. Segundo o entendimento de Gustavo Le Bon:

A peculiaridade mais notável apresentada por um grupo psicológico é a seguinte: sejam quem forem os indivíduos que o compõem, por semelhantes ou dessemelhantes que sejam seu modo de vida, suas ocupações, seu caráter ou sua inteligência, o fato de haverem sido transformados num grupo coloca-os na posse de uma espécie de mente coletiva que os faz sentir, pensar e agir de maneira muito diferente daquela pela qual cada membro dele, tomado individualmente, sentiria, pensaria e agiria, caso se encontrasse em estado de isolamento. Há certas ideias e sentimentos que não surgem ou que não se transformam em atos, exceto no caso de indivíduos que formam um grupo. O grupo psicológico é um ser provisório, formado por elementos heterogêneos que por um momento se combinam, exatamente como as células que constituem um corpo vivo formam, por sua reunião, um novo ser que apresenta características muito diferentes daquelas possuídas por cada uma das células isoladamente.<sup>64</sup>

Para a melhor compreensão do tema, é importante fazer outra comparação para entender o indivíduo dentro de um grupo:

Além disso, pelo simples fato de fazer parte de um grupo organizado, um homem desce vários degraus na escada da civilização. Isolado, pode ser um indivíduo culto; numa multidão, é um bárbaro, ou seja, uma criatura que age pelo instinto. Possui a espontaneidade, a violência, a ferocidade e também o entusiasmo e o heroísmo dos seres primitivos.<sup>65</sup>

Freud faz suas próprias observações acerca da teoria dos grupos psicológicos argumentando que “se os indivíduos do grupo se combinam numa unidade, deve haver certamente algo para uni-los, e esse elo poderia ser precisamente a coisa que é característica de um grupo”.<sup>66</sup>

A partir dessa afirmação de Freud, é possível associar a ideia de grupos psicológicos aos fundamentos trazidos por José de Souza Martins,<sup>67</sup> quando este sustenta que os linchamentos são uma forma extremada de vingança social, bem como o reatamento das relações sociais rompidas pelo crime que motivou o ato de linchar. Ou seja: os indivíduos

<sup>63</sup> FREUD, Sigmund. *Psicologia de grupo e a análise do ego*, 1920. Rio de Janeiro: Imago, 1996. (Edição standard brasileira das obras psicológicas completas de Sigmund Freud, 18). p. 11-75.

<sup>64</sup> LE BON, Gustavo. *Psychologie des foules*. Lisboa: Edição da typographia de Francisco Luis Gonçalves, 1920. p. 20.

<sup>65</sup> Ibidem, p. 36.

<sup>66</sup> FREUD, Sigmund. op. cit.

<sup>67</sup> MARTINS, José de Souza. *Linchamentos, a justiça popular no Brasil*. 2. ed. São Paulo: contexto, 2015. p. 65.



SUMÁRIO



EXPEDIENTE



APRESENTAÇÃO



ENTREVISTAS

01



CRIME E SOCIEDADE

01

02

03

04

05



DIREITOS HUMANOS

01

02



ESCOLAS PENAIS

01

02



RESENHAS

01

02

de um determinado grupo social que se permitem praticar atos de barbárie são movidos por um sentimento comum de vingança.

Gustavo Le Bon aprofunda e detalha com precisão as características desses grupos que se apresentam de tal forma como:

[...] excessivamente emocional, impulsivo, violento, inconstante, contraditório e extremado em sua ação, apresentando apenas as emoções rudes e os sentimentos menos refinados; extremamente sugestível, descuidado nas deliberações, apressado nos julgamentos, incapaz de qualquer forma que não seja a mais simples e imperfeita das formas de raciocínio; facilmente influenciado e levado, desprovido de autoconsciência, despido de autorrespeito e de senso de responsabilidade, e apto a ser conduzido pela consciência de sua própria força, de maneira que tende a produzir todas as manifestações que aprendemos a esperar de qualquer poder irresponsável e absoluto.<sup>68</sup>

Na concepção de Gustavo Le Bon, os impulsos dentro de um grupo variam de acordo com as circunstâncias, podendo ser generosos ou cruéis, heroicos ou covardes, mas são sempre tão imperiosos que nenhum interesse pessoal, nem mesmo o da autopreservação, pode fazer-se sentir. Destaca o autor que as ações do grupo não são premeditadas, da mesma forma como sustenta José de Souza Martins, quando relata que “o linchamento, resulta da decisão quase sempre repentina, impensada, de motivação súbita e, de modo geral, imprevisível”.<sup>69</sup>

Ao instinto de agressão e destruição característico dessa sociedade instável e fadada à degradação, Sigmund Freud propõe uma solução: contrapor-lhe o “eu” antagonista mais poderoso, Eros, o instinto do amor. Nas palavras do autor: “Tudo o que favorece o estreitamento dos vínculos emocionais entre os homens deve atuar contra a guerra”; e ainda sustenta que “a civilização tem de utilizar esforços supremos a fim de estabelecer limites para os instintos agressivos do homem e manter suas manifestações sob controle por formações psíquicas reativas”.<sup>70</sup>

Para alcançar a evolução da civilização Freud assim dispõe:

Agora, penso eu, o significado da evolução da civilização não mais nos é obscuro. Ele deve representar a luta entre Eros e a Morte, entre o instinto de vida e o instinto de destruição, tal como ela se elabora na espécie humana. Nessa luta consiste essencialmente toda a vida, e, portanto, a evolução da civilização pode ser simplesmente descrita como a luta da espécie humana pela vida. E é essa batalha de gigantes que nossas babás tentam apaziguar com sua cantiga de ninar sobre o Céu.<sup>71</sup>

Diante do exposto, constata-se que, para Freud, o homem possui instintos agressivos inatos, ou seja, que estão com ele desde seu nascimento e que é necessário desviá-los por meio do fortalecimento do superego, aquela instância responsável pelo discernimento do indivíduo, que encerra valores familiares e sociais.

<sup>68</sup> LE BON, Gustavo. *Psychologie des foules*. Lisboa: Edição da typographia de Francisco Luis Gonçalves, 1920. p. 45.

<sup>69</sup> MARTINS, José de Souza. *Linchamentos, a justiça popular no Brasil*. 2. ed. São Paulo: contexto, 2015. p. 51.

<sup>70</sup> FREUD, Sigmund. 1856-1939. *O mal-estar na civilização*. Rio de Janeiro: Imago Ed., 1997. p. 83.

<sup>71</sup> Ibidem, p. 76.



SUMÁRIO



EXPEDIENTE



APRESENTAÇÃO



ENTREVISTAS

01



CRIME E SOCIEDADE

01

02

03

04

05



DIREITOS HUMANOS

01

02



ESCOLAS PENAIAS

01

02



RESENHAS

01

02

## CONCLUSÃO

Um dos maiores desafios dentro do campo da Justiça Penal é combater a criminalidade de forma célere e justa, buscando um equilíbrio entre o crime e a pena. Assim o é desde o século XVIII, quando Marques de Beccaria<sup>72</sup> se dedicava a estudar a criminalidade crescente da época, e quando destacou que tão importante quanto assegurar que não se cometam delitos é a necessidade de que haja proporcionalidade em relação ao mal causado à sociedade. Com o crescimento das taxas de violência criminal no Brasil, acentuado ao longo da década passada, ampliou-se o descompasso entre o volume de ocorrências e a capacidade de intervenção judicial, o que causou abarrotamento do judiciário e, conseqüentemente, impunidade. Os linchamentos ocorrem também por omissão do Estado na sua tarefa de proteção dos direitos e garantias individuais, inclusive do direito à segurança.

Dada a importância do assunto, é necessário analisar os linchamentos como um problema social que está diretamente ligado à ausência do Estado em desenvolver e fiscalizar políticas públicas efetivas e em processar e julgar crimes que deixam a sociedade à mercê da violência, gerando assim insegurança e desconfiança nas instituições. O anseio de justiça é motivado ademais pela emoção de se assumir o ponto de vista da vítima de um dano irreparável.

O presente artigo, além de abordar a concepção dos instintos agressivos do homem, destacou também o estudo dos grupos psicológicos segundo Freud, relevante pois explica o comportamento inesperado de um indivíduo dentro de um determinado grupo social e como este age em grupo e isoladamente.

Pode-se concluir que a única e legítima titularidade do direito de punir pertence ao Estado. E que os conflitos concernentes à vingança privada e à justiça pelas próprias mãos são assunto de grande importância, que não se esgota nesta revisão de literatura. A ideia aqui foi problematizar a crise das instituições sociais, da democracia representativa, do campo jurídicosocial e sobretudo, da crença no Estado de Direito como a salvaguarda da sociedade.

## REFERÊNCIAS

ADORNO, Sérgio e PASINATO, Wânia. A justiça no tempo, o tempo da justiça. *Revista Tempo Social*, v. 19, n. 2, p. 131-155.

ARISTÓTELES. *Ética e Nicômacos*. 3. ed. Brasília: UnB, 1985.

BARREIRA, Cesar. Crueldade: a face inesperada da violência difusa. *Revista Sociedade e Estado*, v.1, n.1, jan./abr., 2015.

BARRETO, Tobias. Algumas ideias sobre o chamado fundamento do direito de punir. *Estudos de filosofia*. São Paulo: Grijalbo, 1977.

BARROSO, Luís Roberto. *Interpretação e aplicação da constituição: fundamentos de uma dogmática constitucional transformadora*. São Paulo: Saraiva, 2009.

BECCARIA, Cesare. *Dos delitos e das penas*. São Paulo: Martin Claret, 2001.

BRASIL. *Código penal*. Revista dos Tribunais (Org.). São Paulo: Atlas, 2017.

<sup>72</sup> BECCARIA, Cesare. *Dos delitos e das penas*. São Paulo: Martin Claret, 2001. p.53.



SUMÁRIO



EXPEDIENTE



APRESENTAÇÃO



ENTREVISTAS

01



CRIME E SOCIEDADE

01

02

03

04

05



DIREITOS HUMANOS

01

02



ESCOLAS PENAIS

01

02



RESENHAS

01

02

BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil*. Brasília, DF: Senado, 1988.

CAVALCANTE, Karla Karênina Andrade Carlos. Evolução histórica do direito penal. *Âmbito Jurídico*. Disponível em: <[http://www.ambitojuridico.com.br/site/index.php?n\\_link=revista\\_artigos\\_leitura&artigo\\_id=4756](http://www.ambitojuridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=4756)>. Acesso em: out. 2018

DE MORAIS, Cristiani Pereira. Direito de punir: legitimidade do Estado, e não dos particulares. *Revista Jurídica UEPN*, v. 8, n. 3, 2016. Disponível em: <<http://revista.uepb.edu.br/index.php/datavenia/article/viewFile/504/302>>. Acesso em: 07 out. 2018.

FERRAJOLI, Luigi. *Direito e razão*. Teoria do garantismo penal. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

FREITAS, Ana. Justiça com as próprias mãos: uma realidade cotidiana. 2015. In: *NEXO*. Disponível em: <<https://www.nexojornal.com.br/explicado/2016/03/15/Justi%C3%A7a-com-as-pr%C3%B3prias-m%C3%A3os-uma-realidade-cotidiana>>. Acesso em: out. 2017.

FREUD, Sigmund. *Novas conferências introdutórias sobre psicanálise – II Por que a guerra? e outros trabalhos*. Rio de Janeiro: Imago, 1969002E

\_\_\_\_\_. (1923). *O ego e o id*. Edição standard brasileira das obras psicológicas completas de Sigmund Freud. v. 19. Rio de Janeiro: Imago, 1990.

\_\_\_\_\_. *O futuro de uma ilusão*. Rio de Janeiro: Imago, 1997.

\_\_\_\_\_. 1856-1939. *O mal-estar na civilização*. Rio de Janeiro: Imago, 1997.

\_\_\_\_\_. *Psicologia de grupo e a análise do ego*, 1920. Rio de Janeiro: Imago, 1996. (Edição standard brasileira das obras psicológicas completas de Sigmund Freud, 18).

GOLDSCMIDT, James. *Problemas jurídicos y politicos del processo penal*. Barcelona: Bosch, 1935.

GRECO, Rogério. *Curso de direito penal parte geral*. 18. ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2016.

GUASTINI, Ricardo. *Distinguendo*. Barcelona: Gedisa, 1999.

LE BON, Gustavo. *Psychologie des foules*. Lisboa: Edição da typographia de Francisco Luis Gonçalves, 1920.

LIMA, Alberto Jorge C. Barros. *Direito penal constitucional: A imposição dos princípios constitucionais penais*. São Paulo: Saraiva, 2012.

LOPES JR, Aury. *Direito processual penal*. 12 ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

MARQUES, Bráulio. A efetividade da norma penal. Abordagem psicanalítica. In: FAYET JÚNIOR, Ney; WEDY, Miguel Tedesco (Org.). *Estudos críticos de direito e processo penal*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004.

MARQUES, Frederico. *Elementos de direito processual penal*. v. I. Campinas: Books, 2001.

MARTINS, José de Souza. As condições do estudo sociólogo dos linchamentos. In: *Estudos avançados*. v. 9, n. 25, 1995.



SUMÁRIO



EXPEDIENTE



APRESENTAÇÃO



ENTREVISTAS

01



CRIME E SOCIEDADE

01

02

03

04

05



DIREITOS HUMANOS

01

02



ESCOLAS PENAIS

01

02



RESENHAS

01

02

\_\_\_\_\_. *Linchamentos, a justiça popular no Brasil*. 2. ed. São Paulo: contexto, 2015.

MESTIERE, João. *Manual de direito penal*. Parte geral. v. 1. Rio de Janeiro: Forense, 1999

NORONHA, Magalhães. *Direito penal: parte Ggeral*. v. 1. 33. ed. São Paulo: Saraiva, 1998.

PABLOS DE MOLINA, Antonio Garcia; GOMES, Luiz Flávio. *Criminologia*. 4. ed. São Paulo: RT, 2002.

PUFF, Jeferson. "Quem lincha sabe que tem respaldo social no Brasil", diz pesquisadora. In: *BBC Brasil*. Disponível em: <[http://www.bbc.com/portuguese/noticias/2015/07/150722\\_linchamentos\\_jp\\_tg](http://www.bbc.com/portuguese/noticias/2015/07/150722_linchamentos_jp_tg)> Acesso em: out. 2018.

REALE, Miguel. *Lições preliminares de direito*. 23. ed. São Paulo: Saraiva, 1996.

REALE JR., Miguel. *Instituições de direito penal*. Parte Geral. Rio de Janeiro: Forense, 2006.

ROXIN, Claus. *Derecho penal*. Parte general. Madrid: Civitas, 1997.

SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*. 9. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

SUECKER KRAUSE, Betina Heike. *Princípios para a justificação do dever de punir (privação da liberdade) no Estado Democrático de Direito: a retribuição possível*. 2010. 64 f. Tese (Doutorado em Direito) – Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul, Porto Alegre.

TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. *Manual de processo penal*. 16. ed. rev. São Paulo: Saraiva, 2013.

WIEVIORKA, Michel. O novo paradigma da violência. *Tempo Social*. In: *Rev. Sociol. USP*, São Paulo, n. 9(1), p. 5-41, mai. 1997.



SUMÁRIO



EXPEDIENTE



APRESENTAÇÃO



ENTREVISTAS

01



CRIME E SOCIEDADE

01

02

03

04

05



DIREITOS HUMANOS

01

02



ESCOLAS PENAIS

01

02



RESENHAS

01

02

## PRIVATIZAÇÃO DOS PRESÍDIOS: POLÍTICA DE SEGURANÇA PÚBLICA?

### PRIVATIZATION OF PRISONS: IS IT A PUBLIC SECURITY POLICY?

Fernando Parente dos S. Vasconcelos

Doutorando em Processo Penal pela Universidade de São Paulo – USP. Mestre em Direito e Políticas Públicas pelo Centro Universitário de Brasília – UniCEUB (2014). Pós-graduado em Direito Médico pelo Centro Brasileiro de Pós-Graduações – CENBRAP (2012). Pós-graduado em Direito (lato sensu) pela Fundação Escola Superior do Ministério Público do Distrito Federal e Territórios – FESMDFT (2010). Graduado em Direito pelo Centro Universitário de Brasília – UniCEUB. Especialização acadêmica e profissional em Direito Penal e Processual Penal. Professor do Centro Universitário de Brasília – UniCEUB. Advogado sócio fundador do escritório Guimarães Parente Advogados. Membro do IBCCRIM. Membro da ABRACRIM.

[fernandoparente@guimaraesparente.com.br](mailto:fernandoparente@guimaraesparente.com.br), [fernandopsv@gmail.com](mailto:fernandopsv@gmail.com)

**Resumo:** O presente artigo estuda a privatização dos presídios. Para tanto, expõe os argumentos favoráveis e contrários, apresenta as modalidades de privatização existentes e as experiências estrangeiras sobre o tema, principalmente em países do sistema *common law*. Na sequência, discorre sobre a proposta brasileira de privatização dos presídios e os projetos pilotos até então realizados ou em andamento, bem como faz análise da viabilidade jurídica ou não da sua adoção no Brasil diante da Constituição Federal e da Lei de Execução Penal (Lei 7.210/84). Por fim, faz uma análise jurídico-social e aponta questionamentos a respeito da adoção de tal política de segurança pública. Para tanto, valeu-se da metodologia bibliográfica nacional e internacional.

**Palavras-chave:** Prisão. Privatização. Política. Segurança pública.

**Abstract:** This article studies the privatization of prisons exhibiting favorable and contrary arguments, the existing privatization modalities and the foreign experiences, especially countries of the common law system. In the sequence, analyzes Brazilian proposal of privatization of prisons and pilot projects realized or in progress in Brazil, as well as analyzes if it is allowed by Federal Constitution and the Law of Criminal Execution (Lei n. 7.210 / 84). Finally, it makes a social legal analysis and points out questions about the adoption of such public security policy. For that, it was used national and international bibliography.

**Keywords:** prison – privatization – politics – public safety.

**Sumário:** 1. Introdução 2. Argumentos favoráveis 2. Modalidades 4. Cenário nos Estados Unidos da América (EUA) 4. Análise dos sistemas de privatização penitenciária nos EUA e Inglaterra 6. A proposta brasileira 7. A experiência brasileira 8. Fundamentos outros contra a privatização das prisões 9. Fundamentos legais 10. Legitimidade para a execução penal 11. Análise jurídico social 12. Questionamentos Conclusão.



## 1 INTRODUÇÃO

A prisão, inicialmente, era instrumento utilizado para manter o acusado sob a custódia estatal até o julgamento, no qual não estava prevista, a título de punição, a pena de prisão privativa da liberdade. Posteriormente surgiram os sistemas da Filadélfia (sistema celular dos *Quackers*) e de Auburn (*silent system*).<sup>1</sup> Mais adiante, teve origem o sistema progressivo.

No seu conceito moderno, as prisões eram ferramentas da necessária disciplina, voltada para o trabalho, e tinham como público alvo os pobres em geral, criminosos ou não, na visão de Bentham. Esse período foi denominado de iluminista e qualificado de humanitário, mas, na realidade, era utilitarista, eis que o corpo passou a ser visto como força produtiva útil, o que fez com que as penas saíssem do corpo (físicas, de sofrimento) e passassem para a alma (físicas, mas sem sofrimento e de produção). Foi a passagem do Antigo Regime para o Estado Liberal na Europa. Em seguida nasceu a Escola Positiva Italiana, com a ideologia da ressocialização da pena.<sup>2</sup>

Prisão, já alcunhada de crepúsculo de uma era,<sup>3</sup> é descrita como “um cadinho de violência e de humilhações cotidianas, um vetor de desagregação familiar, de desconfiança cívica e de alienação individual”.<sup>4</sup> E, nos dizeres de um carcereiro citado por Chauvenet: “A reintegração não se dá na prisão. Aí já é tarde demais. Para reintegrar é preciso dar trabalho, igualdade de oportunidades, escola. Essa é que é a reintegração. Medidas do tipo ‘social’ podem ser tentadas, mas já pouco adiantam”.<sup>5</sup> Quanto ao sistema penitenciário, nas palavras de Chantraine, o “funcionamento dos presídios caracteriza-se pela completa disjunção entre a pena proferida pelo discurso judiciário e a que é de fato aplicada”.<sup>6</sup>

Em face desse quadro, foi (re)discutida nos EUA a entrega do sistema penitenciário à iniciativa privada em fins dos anos 1960 e início dos 1970 por ocasião da “guerra contra a pobreza” do presidente Lyndon Johnson.<sup>7</sup> Contudo, a exploração dos presídios por particulares não é novidade. Na Inglaterra medieval já houve experiência da exploração da prisão pela iniciativa privada. Os efeitos nefastos de tal medida também já são conhecidos, eis que naquela oportunidade os resultados foram desastrosos, com sistemas injustos e que davam margem a maus-tratos em relação aos detentos. Tanto que depois os sistemas penitenciários foram retomados pelo Estado e as legislações proibiram os sistemas de arrendamento e contrato então vigentes.<sup>8</sup>

Em singela lição, Laurindo Dias Minhoto retrata a atuação da iniciativa privada no sistema penitenciário:

<sup>1</sup> FOUCAULT, Michel. *Vigiar e punir*. 39. ed. Petrópolis: Vozes, 2011. p. 217 e 225.

<sup>2</sup> ZACKSESKI, Cristina. Relações de trabalho nos presídios. In: CONGRESSO NACIONAL DO MINISTÉRIO PÚBLICO DO TRABALHO, 1., maio, 2001, São Paulo. Disponível em: <<http://www.criminologiacritica.com.br/arquivos/1312905926.pdf>>. Acesso em: 12 set. 2012.

<sup>3</sup> LEAL, César Barros. *Prisão: crepúsculo de uma era*. 2. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2001. p. 171 e seguintes.

<sup>4</sup> WACQUANT, Loïc. A aberração carcerária à moda francesa. *DADOS – Revista de Ciências Sociais*, Rio de Janeiro, v. 47, n. 2, p. 220, 2004. Disponível em: <<http://www.scielo.br/pdf/dados/v47n2/a01v47n2.pdf>>. Acesso em: 12 set. 2012.

<sup>5</sup> Apud WACQUANT, 2004, p. 220.

<sup>6</sup> Idem.

<sup>7</sup> MINHOTO, Laurindo Dias. *Privatização de presídios e criminalidade: a gestão da violência no capitalismo global*. São Paulo: Max Limonad, 2000. p. 108.

<sup>8</sup> Ibidem, p. 96-100.



01



01

02

03

04

05



01

02



01

02



01

02

a. a interação entre público e privado é recorrente historicamente no campo da modernidade correcional; b. o modo específico como se articulam condensa processos culturais, políticos e econômicos mais abrangentes, variando historicamente segundo o padrão de relações sociais em que ocorre; c. um primeiro grande movimento histórico ocorre no sentido da publicização do sistema prisional, já que a administração privada era a regra; d. no âmbito desse movimento, nos termos da clássica formulação weberiana, afirma-se o monopólio do uso legítimo da força pelo Estado, a partir do esforço em tornar mais nítida a demarcação entre as esferas pública e privada; e. um segundo grande movimento histórico ocorre no sentido da (re-) privatização de parte do sistema prisional; f. no âmbito desse segundo movimento, opera-se uma crescente interpenetração das esferas pública e privada, acarretando o desenvolvimento e a extensão complementares de mecanismos públicos e privados de controle social, abrindo o caminho para a consolidação do “arquipélago carcerário” foucaultiano, em que a razão disciplinar que informa as práticas de administração do cárcere se espriam progressivamente em direção ao corpo social.<sup>9</sup>

Isso nos leva a reafirmar a já pública e notória falência da prisão e o não funcionamento dos sistemas prisionais, não só no Brasil, mas também em outros países como EUA e Inglaterra. Ademais disso, tem-se claro que a atuação da iniciativa privada no sistema penitenciário, seja em que modalidade for, já é instituto antigo e que foi retomado e remodelado nos tempos contemporâneos.

Não obstante, permanece a prisão como medida de controle social para afastar dos privilegiados a classe dos pobres e não desejados.<sup>10</sup>

Por isso mesmo, em uma tentativa de reafirmar o sistema e manter sob domínio o povo não desejado é que (re)surge a privatização do sistema penitenciário como solução dos problemas que o afligem, razão pela qual o nosso problema é a privatização dos presídios. Para tanto, mediante uso da metodologia bibliográfica nacional e internacional, versamos sobre os temas abaixo, todos referentes ao nosso objeto, para, ao final, concluir sobre a indicação ou não, enquanto política de segurança pública, e possibilidade jurídica ou no ordenamento jurídico brasileiro, da privatização dos presídios.

## 2 ARGUMENTOS FAVORÁVEIS

Os custos de manutenção e a superpopulação são as principais razões elencadas para justificar a privatização do sistema carcerário, segundo os governos dos EUA e da Inglaterra,<sup>11</sup> bem como o *wishful thinking* de que uma “fertilização cruzada” entre os setores público e privado poderia viabilizar sinergia capaz de fazer com que uma esfera aprendesse e se beneficiasse com a incorporação dos métodos e técnicas de gestão da outra.<sup>12</sup>

<sup>9</sup> Ibidem, p. 123-124.

<sup>10</sup> ZACKESKI, Cristina. *Relações de trabalho nos presídios*. In: CONGRESSO NACIONAL DO MINISTÉRIO PÚBLICO DO TRABALHO, 1., maio, 2001, São Paulo. Disponível em: <<http://www.criminologiacritica.com.br/arquivos/1312905926.pdf>>. Acesso em: 12 set. 2012.

<sup>11</sup> MINHOTO, Laurindo Dias. *Privatização de presídios e criminalidade: a gestão da violência no capitalismo global*. São Paulo: Max Limonad, 2000. p. 66.

<sup>12</sup> MINHOTO, Laurindo Dias. As prisões do mercado. *Lua Nova*, n. 55-56, p. 137 e 140-141, 2002. Disponível em: <<http://www.scielo.br/pdf/ln/n55-56/a06n5556.pdf>>. Acesso em: 12 set. 2012.



SUMÁRIO



EXPEDIENTE



APRESENTAÇÃO



ENTREVISTAS

01



CRIME E SOCIEDADE

01

02

03

04

05



DIREITOS HUMANOS

01

02



ESCOLAS PENAIS

01

02



RESENHAS

01

02

No Brasil a linha de argumentação é outra. Nas palavras de Fernando Capez, ao ser indagado a respeito do tema, a privatização dos presídios

é melhor que este lixo que existe hoje. Nós temos depósitos humanos, escola de crime, fábrica de rebeliões. O Estado não tem recursos para gerir, para construir os presídios, a privatização deve ser enfrentada não do ponto de vista ideológico ou jurídico, se sou a favor ou contra. Tem que ser enfrentada como uma necessidade absolutamente insuperável. Ou privatizamos os presídios, melhoramos as condições de vida e da readaptação social do preso sem necessidade do investimento do Estado, ou vamos continuar assistindo essas cenas que envergonham nossa nação perante o mundo. Portanto, a privatização não é questão de escolha, mas uma necessidade indiscutível, é um fato.<sup>13</sup>

Por sua vez, Luiz Flávio D'Urso entende que

“[...] no modelo francês – o qual preconizo para o Brasil –, o Estado permanece junto com a iniciativa privada gerenciando o presídio, isto é, o administrador vai gerir os serviços daquela unidade prisional – alimentação, vestimenta, higiene, lazer, etc. – enquanto que o Estado administra a pena, cuidando do homem sob o aspecto jurídico, punindo-o em casos de faltas ou premiando-o quando merecer. É o Estado que, detendo a função jurisdicional indelegável, continua a determinar quando um homem vai preso, quanto tempo permanece segregado e quando será libertado. Trata-se de uma verdadeira terceirização, a qual seria interessante para o nosso. [...] Sou contrário a uma privatização total e absoluta dos presídios. Mas, temos duas experiências no País de terceirização, onde terceirizou-se apenas alguns setores, algumas tarefas. Essas experiências foram no Paraná e no Ceará, experiências muito positivas. Terceirizaram os serviços de segurança, alimentação, trabalho, etc. Há uma empresa cuidando da alimentação de todos, dando trabalho e remunerando nesses presídios, que possuem cerca de 250 presos cada um. O preso está se sentindo mais humano, está fazendo pecúlio, mandando para a família e então está se sentindo útil, humano. Óbvio que este é o caminho. Sou favorável à terceirização dos presídios”.<sup>14</sup>

Nota-se, portanto, que os argumentos se cingem ao menor custo operacional da iniciativa privada para administrar o sistema carcerário – o que reduziria os gastos do erário –, à superpopulação de prisioneiros e à falência dos atuais presídios por incapacidade do Estado na gestão das atividades necessárias ao desempenho da função de execução penal.

### 3 MODALIDADES

As modalidades de atuação da iniciativa privada no sistema penitenciário são: a) o financiamento da construção de novos estabelecimentos; b) a administração do trabalho prisional (prisões industriais); c) a provisão de serviços penitenciários, tais como educação, saúde, profissionalização, alimentação, vestuário etc.; e d) a administração total de estabelecimentos penitenciários, que pode ser contratada somente para a gestão de presídios já existentes, ou, combinando as várias modalidades, para o financiamento, construção e operação de novos estabelecimentos (*DCFM contracts*).<sup>15</sup>

<sup>13</sup> CAPEZ, Fernando. Teoria da imputação objetiva, privatização dos presídios e reformas na legislação penal. *Revista DATA VENIA*, Entrevista, a. 6, n. 55, mar. 2002. Disponível em: <<http://www.datavenia.net/entrevistas/000012032002.htm>>. Acesso em: 12 set. 2012.

<sup>14</sup> Apud FIGUEIREDO, Mariana Hirai. Terceirização das prisões como: uma proposta de política de direitos humanos. *Encontro de Iniciação Científica*, São Paulo, v. 5, n. 5, p. 17-18, 2009. Disponível em: <<http://intertemas.unitoledo.br/revista/index.php/ETIC/article/view/2042/2166>>. Acesso em: 12 set. 2012.

<sup>15</sup> MINHOTO, Laurindo Dias. *Privatização de presídios e criminalidade: a gestão da violência no capitalismo global*. São Paulo: Max Limonad,



SUMÁRIO



EXPEDIENTE



APRESENTAÇÃO



ENTREVISTAS

01



CRIME E SOCIEDADE

01

02

03

04

05



DIREITOS HUMANOS

01

02



ESCOLAS PENAIS

01

02



RESENHAS

01

02

Em quaisquer dessas quatro formas estar-se-á diante da privatização dos presídios, ainda que de forma mais direta uma em relação à outra.

#### 4 CENÁRIO NOS EUA

Após analisar os aspectos antes tratados, necessária se faz a imersão no cenário do país que mais adota e que (re) iniciou a contemporânea privatização do sistema carcerário no mundo, os EUA.

Eric Lotke descreve o quadro da privatização dos presídios naquele país da seguinte maneira:

Oito companhias administram atualmente mais de 100 presídios em 19 estados. É uma indústria que cresceu vertiginosos 34 pontos percentuais nos últimos cinco anos. Existem hoje aproximadamente 70.000 presos em presídios privados. Em 1984 o número era de 2.500. [...] A indústria líder no mercado, a Corrections Corporation of America, a primeira companhia privada a comercializar suas ações, foi aclamada em 1993 (pelos analistas financeiros) como o grande investimento dos anos 90.<sup>16</sup>

Por sua vez, Loïc Wacquant<sup>17</sup> assinala que os EUA, no auge da “bulimia penitenciária da década de 80”, tinham 700 presos para cada 100.000 habitantes. Enquanto isso, Laurindo Dias Minhoto afirma que

Nos EUA, a população penitenciária cresceu 250% desde 1950. Apenas no período compreendido entre 1976 e 1986 ela mais que dobrou. Atualmente, um em cada 350 norte-americanos está atrás das grades e nada menos que 2,8% da população adulta do país vivem sob algum tipo de supervisão penal. Entre 1982 e 1992, o gasto do governo norte-americano com o sistema penitenciário subiu 248%.<sup>18</sup>

Acrescenta, em outra oportunidade, que

a explosão da população carcerária, a consequente degradação das condições dos presídios, os gastos para a manutenção do sistema penitenciário e a cobrança da população por penas mais rígidas, mas, paradoxalmente, sua recusa em autorizar os recursos financeiros necessários a cumprir tal demanda, é o que leva os EUA a apresentar a privatização dos presídios como solução para seu problema carcerário.<sup>19</sup>

Tal atividade mercantil é capitaneada nos EUA pela Associação Correccional Americana, organismo fundado em 1879 e que promove os interesses das empresas do setor.<sup>20</sup>

2000, p. 70.

<sup>16</sup> Apud MOREIRA, Rômulo de Andrade. *A privatização das prisões*. Sistema de Bibliotecas da UFSC. Disponível em: <[http://www.bu.ufsc.br/privatizacao.html#\\_ftnref1](http://www.bu.ufsc.br/privatizacao.html#_ftnref1)>. Acesso em: 12 set. 2012.

<sup>17</sup> WACQUANT, Loïc. A aberração carcerária à moda francesa. *DADOS – Revista de Ciências Sociais*, Rio de Janeiro, v. 47, n. 2, p. 217, 2004. Disponível em: <<http://www.scielo.br/pdf/dados/v47n2/a01v47n2.pdf>>. Acesso em: 12 set. 2012.

<sup>18</sup> MINHOTO, Laurindo Dias. As prisões do mercado. *Lua Nova*, n. 55-56, p. 137, 2002. Disponível em: <<http://www.scielo.br/pdf/ln/n55-56/a06n5556.pdf>>. Acesso em: 12 set. 2012.

<sup>19</sup> MINHOTO, Laurindo Dias. *Privatização de presídios e criminalidade: a gestão da violência no capitalismo global*. São Paulo: Max Limonad, 2000, p. 64.

<sup>20</sup> MINHOTO, Laurindo Dias. As prisões do mercado. *Lua Nova*, n. 55-56, p. 134, 2002. Disponível em: <<http://www.scielo.br/pdf/ln/n55-56/a06n5556.pdf>>. Acesso em: 12 set. 2012.



O mercado de empresas do ramo é dominado pela *Corrections Corporation of America* (CCA) e pela *Wackenhut Corrections Corporation*, que são as duas maiores empresas atualmente no ramo de administração de prisões e atuam, além de nos EUA, no Canadá, Inglaterra, França, Alemanha, Austrália e Porto Rico, detendo 49,32% e 25,81% do mercado, respectivamente. E suas previsões são de extensão das atividades para o Leste Europeu e América Latina.<sup>21</sup>

Com efeito, tal atividade é extremamente rentável e, além disso, nos EUA, o presidiário é mão de obra barata, eis que o trabalho forçado, por vezes, pode estar vinculado à duração da pena.<sup>22</sup>

### 5 ANÁLISE DOS SISTEMAS DE PRIVATIZAÇÃO PENITENCIÁRIA NOS EUA E INGLATERRA

Muito se tem discutido a eficiência das privatizações e a efetiva redução de custos; bem como se tem questionado a constitucionalidade dessa política de segurança pública. Nos EUA e Inglaterra, há demonstrativos da ausência de redução de custos e da falta de eficiência da privatização do sistema carcerário, que reproduz os mesmos problemas estruturais da administração pública desse setor. Também se observa, na prática, que gradualmente o encarceramento de adultos – o “núcleo duro” do sistema prisional –, é uma espécie de “fertilização cruzada” às avessas. Isso ocorre na medida em que mais e mais as prisões privadas se veem às voltas com os mesmos problemas dos estabelecimentos públicos, regime disciplinar desumano e contexto avesso às estratégias de reabilitação dos condenados, principalmente se houver superlotação. Diante disso, está fadada ao fracasso a promessa privatizante nos moldes em que é defendida.<sup>23</sup>

Em razão das várias modalidades, as estimativas de aferição da real extensão no sistema penitenciário da privatização nos EUA são raras e pouco confiáveis, haja vista a variação do critério para definição de instituição privada. Nos EUA, a redução de custos não foi comprovada. Ademais, a privatização está na chamada “ponta leve” do sistema, enquanto que o Estado continua a atuar nos estabelecimentos de segurança máxima e em outros de alto risco e custo. Assim, para se chegar a um comparativo financeiro, utilizam-se critérios que não pertencem à mesma classe. Pelo contrário, há informação veiculada no jornal *New York Times* no sentido de que a Casa Branca e os oficiais do Departamento de Justiça “afirmam não haver estudos que comprovem que a política de privatização de presídios irá economizar dinheiro, e, em alguns casos, o Departamento tem afirmado inclusive que prisões administradas em bases têm custado mais”.<sup>24</sup>

É de se ressaltar que os problemas da administração privada de presídios nos EUA têm ocorrido também na Inglaterra.<sup>25</sup>

<sup>21</sup> Ibidem, p. 135.

<sup>22</sup> ZACKSESKI, Cristina. *Relações de trabalho nos presídios*. In: CONGRESSO NACIONAL DO MINISTÉRIO PÚBLICO DO TRABALHO, 1., maio, 2001, São Paulo. Disponível em: <<http://www.criminologiacritica.com.br/arquivos/1312905926.pdf>>. Acesso em: 12 set. 2012.

<sup>23</sup> MINHOTO, Laurindo Dias. As prisões do mercado. *Lua Nova*, n. 55-56, p. 140, 2002. Disponível em: <<http://www.scielo.br/pdf/ln/n55-56/a06n5556.pdf>>. Acesso em: 12 set. 2012.

<sup>24</sup> MINHOTO, Laurindo Dias. *Privatização de presídios e criminalidade: a gestão da violência no capitalismo global*. São Paulo: Max Limonad, 2000, p. 76 e 82-83.

<sup>25</sup> Ibidem, p. 86.



SUMÁRIO



EXPEDIENTE



APRESENTAÇÃO



ENTREVISTAS

01



CRIME E SOCIEDADE

01

02

03

04

05



DIREITOS HUMANOS

01

02



ESCOLAS PENAIAS

01

02



RESENHAS

01

02

Segundo Geisa de Assis Rodrigues<sup>26</sup> não há provas conclusivas de que as prisões privadas sejam mais baratas que as públicas, que o aspecto econômico não foi corroborado, eis que a economia foi de somente 1% (um por cento) nos EUA, segundo uma comissão do Congresso norte americano, a GAO (*General Accounting Office*); além disso, a alegação de ausência de rebelião é precipitada, pois os presídios administrados pela iniciativa privada não estão com sua capacidade lotada, os prisioneiros são triados antes de seu ingresso, além de que pode haver a “devolução” do preso para sua prisão de origem. Isso já ocorreu no Brasil, na Penitenciária do Cariri (CORREIO BRAZILIENSE, 2001, p. 21).<sup>27</sup>

Disso se conclui que os problemas são os mesmos, e os resultados também, ainda mais quando se trabalha com os males verdadeiros do sistema, que são os presídios onde estão recolhidos adultos, mais ainda os de alta periculosidade. Não obstante, a ideologia e os negócios nessa área de “comércio” continuam em franca expansão.

## 6 A PROPOSTA BRASILEIRA

O Conselho Nacional de Política Criminal e Penitenciária, em 1992, na “Proposta de regras básicas para o programa de privatização do sistema penitenciário do Brasil”, já foi a favor da privatização do sistema carcerário. Proposta este resultado do *lobby* da empresa de segurança privada chamada Pires Segurança Ltda., e na qual se elencou, para tanto, os seguintes motivos:

Num contexto de superpopulação, violência endêmica e condições absolutamente subumanas de alojamento, em que o estupro, o espancamento e os Carandirus fazem parte da paisagem, o Conselho Nacional de Política Criminal e Penitenciária (CNPCC), órgão do Ministério da Justiça encarregado da formulação de linhas diretrizes para a área, propõe formalmente, em janeiro de 1992, a adoção das prisões privadas no Brasil.

Em sintonia com a confluência contemporânea entre discurso penitenciário e empresarial, a proposta, “oriunda de reflexões sobre as modernas e recentes experiências, que vêm sendo colocadas em prática em estabelecimentos prisionais dos Estados Unidos, da França, da Inglaterra e da Austrália”, representaria “uma verdadeira retomada de sonhos”, destinada, entre outras coisas, a

(a) atender aos preceitos constitucionais da individualização da pena e de respeito à integridade física e moral do preso; (b) lançar uma política ambiciosa de reinserção social e moral do detento, destinada a confiar nos efeitos da reabilitação e a refrear a reincidência; (c) introduzir, no sistema penitenciário, um modelo administrativo de *gestão moderna*; (d) reduzir os encargos e gastos públicos; (e) favorecer o desenvolvimento de salutar política de prevenção da criminalidade, mediante a participação organizada da comunidade nas tarefas de execução da pena privativa de liberdade; (f) aliviar, enfim, a dramática situação de superpovoamento no conjunto do *parque penitenciário nacional*” (minhas ênfases).<sup>28</sup>

<sup>26</sup> RODRIGUES, Geisa de Assis. Privatização de prisões: um debate necessário. In: ARAUJO JUNIOR, João Marcello de (Coord.). *Privatização das prisões*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995. p. 30.

<sup>27</sup> ZACKESKI, Cristina. *Relações de trabalho nos presídios*. In: CONGRESSO NACIONAL DO MINISTÉRIO PÚBLICO DO TRABALHO, 1., maio, 2001, São Paulo. Disponível em: <<http://www.criminologiacritica.com.br/arquivos/1312905926.pdf>>. Acesso em: 12 set. 2012.

<sup>28</sup> MINHOTO, Laurindo Dias. As prisões do mercado. *Lua Nova*, n. 55-56, p. 147-148, 2002. Disponível em: <<http://www.scielo.br/pdf/ln/n55-56/a06n5556.pdf>>. Acesso em: 12 set. 2012.



SUMÁRIO



EXPEDIENTE



APRESENTAÇÃO



ENTREVISTAS

01



CRIME E SOCIEDADE

01

02

03

04

05



DIREITOS HUMANOS

01

02



ESCOLAS PENAIAS

01

02



RESENHAS

01

02

Percebe-se que a primeira proposta brasileira, apresentada pelo órgão administrativo máximo da execução penal no nosso país, seria a de sistema de gestão mista, que não se pode afirmar que seja privatização, mas sim “terceirização”.

Tal sistema se aproxima do francês, segundo Mariana Hirai de Figueiredo.<sup>29</sup> Entretanto, Alexandre Alves, Eliane Santos e Rosângela Borges<sup>30</sup> entendem que não há na França privatização das prisões no sentido que se quer atribuir no Brasil, o que torna a privatização brasileira insustentável.

Em razão dessa e/ou de outros fatores, a proposta de privatização foi abandonada pouco mais de uma década depois. Na oportunidade, o então Ministro da Justiça, Márcio Thomaz Bastos, rechaçou a adoção da privatização dos presídios brasileiros ao argumento de que a experiência não deu certo na maioria dos países nos quais foi adotada e que, em geral, sucumbe à necessidade de caixa das empresas que exploram a atividade, além de que algumas atividades não podem ser delegadas pelo Estado, e uma delas é o sistema prisional. Não o fez sem, contudo, ressaltar a admissão da terceirização,<sup>31</sup> posteriormente reafirmada pelo Departamento Penitenciário Nacional do Ministério da Justiça.<sup>32</sup>

## 7 A EXPERIÊNCIA BRASILEIRA

Não obstante, houve e há no Brasil experiências de administração de presídios pela iniciativa privada.

O primeiro ente federal a adotar tal medida foi o Estado do Paraná, que, todavia, encerrou a experiência no ano de 2006. À proposta também aderiram os Estados de Santa Catarina, Espírito Santo, Bahia, Ceará e Amazonas, sendo que, ao final do ano de 2008, eram 16 os presídios brasileiros terceirizados.<sup>33</sup> A mais recente dessas experiências é realizada em Ribeirão das Neves, região metropolitana de Belo Horizonte, mas que ainda não foi analisada em razão de ter sido iniciada em 2013.

A Penitenciária Industrial de Guarapuava (PIG),<sup>34</sup> no Paraná, era administrada pela *Humanitas*, empresa privada que ganhou o direito de operacionalizar os serviços na penitenciária. Entretanto, cabia ao Governo do Estado a indicação do diretor, do vice-diretor e do chefe de segurança, e a fiscalização do trabalho da empresa.

<sup>29</sup> FIGUEIREDO, Mariana Hirai. Terceirização das prisões como: uma proposta de política de direitos humanos. *Encontro de Iniciação Científica*, São Paulo, v. 5, n. 5, p. 17-18, 2009. Disponível em <<http://intertemas.unitoledo.br/revista/index.php/ETIC/article/view/2042/2166>>. Acesso em: 12 set. 2012.

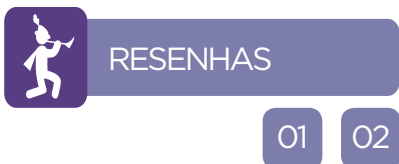
<sup>30</sup> ALVES, Alexandre Ferreira de A. et al. O modelo de privatização francês. In: ARAUJO JUNIOR, João Marcello de (Coord.). *Privatização das prisões*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995. p. 86.

<sup>31</sup> AGÊNCIA BRASIL. Thomaz Bastos diz que é radicalmente contra privatização de penitenciárias. *Agência Brasil*, 21 maio 2004. Disponível em: <<http://agenciabrasil.ebc.com.br/noticia/2004-05-21/thomaz-bastos-diz-que-e-radicalmente-contra-privatizacao-de-penitenciarias>>. Acesso em: 22 set. 2012.

<sup>32</sup> MACEDO, Lourival. Governo não vai privatizar segurança e administração de presídios. *Agência Brasil*, 5 jul. 2004. Disponível em: <<http://agenciabrasil.ebc.com.br/noticia/2004-07-06/governo-nao-vai-privatizar-seguranca-e-administracao-de-presidios>>. Acesso em: 22 set. 2012.

<sup>33</sup> CABRAL, Sandro; LAZZARINI, Sérgio G. Impactos da participação privada no sistema prisional: evidências a partir da terceirização de prisões no Paraná. *Revista de Administração Contemporânea – RAC*, Curitiba, v. 14, n. 3, p. 397, maio/jun. 2010. Disponível em: <<http://www.anpad.org.br/rac>>. Acesso em: 12 set. 2012.

<sup>34</sup> FARIA, Elizania Caldas. *Trabalho e pena: o desvelamento do discurso crítico pela penitenciária industrial de Guarapuava*. 2008. 160 f. Dissertação (Mestrado em Direito)–Programa de Pós-Graduação em Direito, Direitos Humanos e Cidadania, Universidade Federal do Paraná, Curitiba, 2008, p. 128-131. Disponível em: <<http://dspace.c3sl.ufpr.br/dspace/bitstream/handle/1884/17099/elizania.PDF?sequence=1>>. Acesso em: 12 set. 2012.



Na realidade, no Brasil, trata-se de terceirização, por meio da qual cabe ao Estado a construção do local em que será instalado o presídio e a execução das funções de direção e segurança externa da unidade. A empresa privada é responsável pelo fornecimento dos demais serviços necessários ao funcionamento do estabelecimento penal, o que inclui alimentação, vestuário, serviços de vigilância interna, assistência médica, jurídica e social, bem como atividades que visam à reinserção do interno, tais como: trabalho prisional, cursos profissionalizantes, ensino fundamental e médio, dentre outros. E a remuneração da empresa tem por base o número de internos custodiados no estabelecimento penal.<sup>35</sup>

## 8 FUNDAMENTOS OUTROS CONTRA A PRIVATIZAÇÃO DAS PRISÕES

Por ser o objeto do presente estudo a privatização dos presídios no que tange ao tema da segurança pública brasileira, abordaremos prioritariamente argumentos contrários à adoção de tal medida que sejam de outro viés que não o legal-positivista.

Ao versar sobre o assunto, Cristina Zackseski afirma que a prisão “não serve mais para retirar do convívio social os verdadeiramente perigosos; tem sido utilizada como instrumento de controle de determinado segmento social”,<sup>36</sup> além de entender que a separação espacial é forma antiga de reagir às diferenças, mais ainda àquelas não passíveis de adequação; pondera também que a existência de pessoas presas desperta a preocupação com a dignidade delas, o que, todavia, não é a preocupação dos responsáveis pela proposta de privatização do sistema carcerário.

Diante disso, indaga a pesquisadora se conseguiríamos resistir à pressão das empresas que exploram tal atividade por penas maiores e por novas condutas criminosas, o que aumentaria sua clientela, consoante ocorre nos EUA com a *Corrections Corporation of America* e *Wackenhut Corrections*.<sup>37</sup>

Entende a ilustre professora que a privatização dos presídios significa o abandono do ideal de reabilitação em razão da finalidade lucrativa, que se desvia desse objetivo, e o distanciamento ainda maior do envolvimento efetivo da comunidade na execução penal, facultado pela LEP, no art. 4º. Acresce, ainda, que contraria o princípio da política criminal da intervenção mínima, haja vista que o empresariado sonha com o detento bem comportado e que não tenha sido condenado por crime violento, enquanto que esse tipo de condenado não deveria estar preso.<sup>38</sup>

Noutro viés, Loïc Wacquant<sup>39</sup> aduz que nos EUA, segundo pesquisa de vitimização, no ano de 1994, os presos em razão de crimes equivaleram a 3% (três por cento) do total de 4 milhões de delitos mais sérios ocorridos, o que demonstra

<sup>35</sup> CABRAL, Sandro; LAZZARINI, Sérgio G. Impactos da participação privada no sistema prisional: evidências a partir da terceirização de prisões no Paraná. *Revista de Administração Contemporânea – RAC*, Curitiba, v. 14, n. 3, p. 397, maio/jun. 2010. Disponível em: <<http://www.anpad.org.br/rac>>. Acesso em: 12 set. 2012.

<sup>36</sup> ZACKSESKI, Cristina. *Relações de trabalho nos presídios*. In: CONGRESSO NACIONAL DO MINISTÉRIO PÚBLICO DO TRABALHO, 1., maio, 2001, São Paulo. Disponível em: <<http://www.criminologiacritica.com.br/arquivos/1312905926.pdf>>. Acesso em: 12 set. 2012.

<sup>37</sup> ZACKSESKI, Cristina. *Relações de trabalho nos presídios*. In: CONGRESSO NACIONAL DO MINISTÉRIO PÚBLICO DO TRABALHO, 1., maio, 2001, São Paulo. Disponível em: <<http://www.criminologiacritica.com.br/arquivos/1312905926.pdf>>. Acesso em: 12 set. 2012.

<sup>38</sup> Idem.

<sup>39</sup> WACQUANT, Loïc. A aberração carcerária à moda francesa. *DADOS – Revista de Ciências Sociais*, Rio de Janeiro, v. 47, n. 2, p. 219, 2004. Disponível em: <<http://www.scielo.br/pdf/dados/v47n2/a01v47n2.pdf>>. Acesso em: 12 set. 2012.



SUMÁRIO



EXPEDIENTE



APRESENTAÇÃO



ENTREVISTAS

01



CRIME E SOCIEDADE

01

02

03

04

05



DIREITOS HUMANOS

01

02



ESCOLAS PENAIS

01

02



RESENHAS

01

02

que 97% dos crimes não foram atingidos pelo Estado – a famosa cifra oculta. Logo, para o autor, a privatização dos presídios não irá atacar a criminalidade como um todo, mas sim parcela dela que é alcançada pelo Estado.

Para Laurindo Dias Minhoto,<sup>40</sup> o preso é visto não como sujeito ativo da economia internacional, mas sim como sujeito passivo da indústria da punição. Em outra oportunidade, afirma o mestre que a privatização dos presídios no Brasil é fruto de manipulação da experiência estrangeira e também da estrutura autoritária que informa as práticas de controle social.<sup>41</sup>

Eric Lotke<sup>42</sup>, ácido crítico da privatização das prisões, afirma que “as companhias de prisões privadas constituem hoje um novo ingrediente na economia dos EUA.” E que “as indústrias madeireiras precisam de árvores; as siderúrgicas precisam de ferro; as companhias de prisões usam pessoas como matéria prima. As indústrias enriquecem na medida em que conseguem apanhar mais pessoas”.

Por sua vez João Marcello de Araujo Junior e Geisa de Assis Rodrigues<sup>43</sup> defendem que “privatizar prisões significa consagrar um modelo penitenciário, (*sic*) que a ciência criminológica revelou fracassado e, além disso, considerado violador dos direitos fundamentais do Homem”. Ademais, a finalidade do sistema penitenciário é o combate à criminalidade e não auferir lucros. Contudo, por sua vez, o intuito de uma empresa privada é obter lucros, o que impediria, por silogismo, a iniciativa privada que explora tal atividade de lutar contra a criminalidade, sob pena de assinar sua própria sentença de falência. Arremata afirmando que a crise do sistema penitenciário não é nova, tampouco apenas conjuntural, mas, sim, estrutural.

## 9 FUNDAMENTOS LEGAIS

Na seara do positivismo, os argumentos contrários à privatização dos presídios também são contundentes e fortemente embasados.

Ao abordar o tema, João Marcello de Araujo Junior, Ercília Reis e Maria de Araújo<sup>44</sup> sintetizam os argumentos ventilados. Ensinam que, uma vez que a atividade jurisdicional é indelegável, a administração penitenciária também o é, o que eiva de inconstitucionalidade a privatização do sistema penitenciário no Brasil. No âmbito administrativo, o que pode ser delegado é o serviço público, jamais a função pública, eis que se trata da própria força administrativa; nem tampouco a privatização dos presídios encontra guarida nos contratos de concessão de obra pública ou de serviços em razão de o preso não poder ser considerado um usuário do serviço, tendo-se em vista que ele está inserido no sistema por imposição do Estado e não por vontade própria. Com efeito, as modalidades contratuais hoje existentes na legislação

<sup>40</sup> MINHOTO, Laurindo Dias. As prisões do mercado. *Lua Nova*, n. 55-56, p. 136, 2002. Disponível em: <<http://www.scielo.br/pdf/ln/n55-56/a06n5556.pdf>>. Acesso em: 12 set. 2012.

<sup>41</sup> MINHOTO, Laurindo Dias. *Privatização de presídios e criminalidade: a gestão da violência no capitalismo global*. São Paulo: Max Limonad, 2000, p. 174-192.

<sup>42</sup> Apud MOREIRA, Rômulo de Andrade. *A privatização das prisões*. Sistema de Bibliotecas da UFSC. Disponível em: <[http://www.bu.ufsc.br/privatizacao.html#\\_ftnref1](http://www.bu.ufsc.br/privatizacao.html#_ftnref1)>. Acesso em: 12 set. 2012.

<sup>43</sup> ARAUJO JUNIOR, João Marcello de; RODRIGUES, Geisa de Assis. Apresentação e privatização de prisões: um debate necessário. In: ARAUJO JUNIOR, João Marcello de (Coord.). *Privatização das prisões*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995. p. 19-20 e 27.

<sup>44</sup> Ibidem, p. 15 e 47-50.



SUMÁRIO



EXPEDIENTE



APRESENTAÇÃO



ENTREVISTAS

01



CRIME E SOCIEDADE

01

02

03

04

05



DIREITOS HUMANOS

01

02



ESCOLAS PENAIS

01

02



RESENHAS

01

02

administrativa não são passíveis de aproveitamento para a privatização, ainda mais diante da possibilidade de auferir lucro e reembolso das despesas realizadas por parte do particular.

Por fim, como atividade *longa manus* do Estado, em estrito cumprimento do preceito estabelecido na sentença penal, a execução da pena é extensão da atividade jurisdicional ao invés de mera atividade administrativa.

## 10 LEGITIMIDADE PARA A EXECUÇÃO PENAL

Sob outro ângulo, a ótica da legalidade da privatização do sistema penitenciário também não encontra respaldo quando a questão é a legitimidade para a execução penal. Diversos são os discursos no sentido da impossibilidade de delegação de função administrativa, natureza da execução penal.

O Grupo de Pesquisa Política Criminal capitaneado pela pesquisadora Cristina Zackseski afirma que cabe ao Estado e somente a ele a gestão da execução penal.<sup>45</sup> Por sua vez, Rômulo de Andrade Moreira<sup>46</sup> entende que “difícil é se admitir que seja delegada à iniciativa privada a possibilidade de ter sobre o homem o poder de sua guarda. Até do ponto de vista do Direito Administrativo isto não é possível”; e acrescenta que, sobre o tema, a Organização das Nações Unidas (ONU), no documento nominado de “Regras mínimas para o tratamento dos reclusos”, no seu item 73.1, orienta no sentido de que “as indústrias e granjas penitenciárias deverão, preferivelmente, ser dirigidas pela própria administração, e não por contratantes particulares”.

Com efeito, a delegação da execução da pena à iniciativa privada encontra óbice legal no uso legítimo da força exclusivamente pelo Estado, segundo a clássica formulação weberiana.<sup>47</sup> Ademais, A execução penal é função pública intransferível, razão pela qual sequer pode ser objeto de gestão mista, como proposto pelo Conselho Nacional de Política Criminal e Penitenciária em 27 de maio de 1992. Também nas lições de Hely Lopes Meirelles, os serviços de segurança pública são indelegáveis.<sup>48</sup>

## 11 ANÁLISE JURÍDICO SOCIAL

Não obstante o já versado, há outros aspectos de igual ou maior relevância a serem considerados nesse tema. São eles: o campo político, o campo ético e o campo simbólico.

No campo político, o receio é o de que haja pressão das empresas que exploram a atividade econômica por maiores penas e mais condutas criminosas, o que aumentaria a sua clientela. Sob o ponto de vista ético, a crítica é o auferir

<sup>45</sup> GRUPO DE PESQUISA POLÍTICA CRIMINAL. *O uso da tecnologia na segurança pública: um estudo sobre monitoramento eletrônico de liberdade nos saídos de presos no Distrito Federal*. Criminologia Crítica. Grupo de Pesquisa. Brasília, p. 13. Disponível em: <<http://www.criminologiacritica.com.br/arquivos/1334185950.pdf>>. Acesso em: 12 set. 2012.

<sup>46</sup> MOREIRA, Rômulo de Andrade. *A privatização das prisões*. Sistema de Bibliotecas da UFSC. Disponível em: <[http://www.bu.ufsc.br/privatizacao.html#\\_ftnref1](http://www.bu.ufsc.br/privatizacao.html#_ftnref1)>. Acesso em: 12 set. 2012.

<sup>47</sup> MINHOTO, Laurindo Dias. *Privatização de presídios e criminalidade: a gestão da violência no capitalismo global*. São Paulo: Max Limonad, 2000, p. 86-87.

<sup>48</sup> RODRIGUES, Geisa de Assis. Apresentação e Privatização de prisões: um debate necessário. REIS, Ercília Rosana Carlos. A privatização das prisões sob a ótica do direito administrativo. In: ARAUJO JUNIOR, João Marcello de (Coord.). *Privatização das prisões*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995, p. 32 e 45.



SUMÁRIO



EXPEDIENTE



APRESENTAÇÃO



ENTREVISTAS

01



CRIME E SOCIEDADE

01

02

03

04

05



DIREITOS HUMANOS

01

02



ESCOLAS PENAIAS

01

02



RESENHAS

01

02

lucro à custa do sofrimento humano. No âmbito simbólico, é a ausência de autoridade por parte do Estado, haja vista sua não participação no sistema diretamente.<sup>49</sup>

Outrossim, a atividade penitenciária é serviço público, eis que com essa atividade o Estado, ao retirar o apenado do convívio público e submetê-lo a um programa de reinserção social e moral, contribui para o desenvolvimento da sociedade.<sup>50</sup>

## 12 QUESTIONAMENTOS

O estudo dos autores e textos que embasam o presente estudo não esgota o assunto, a nosso sentir, eis que, fruto da nossa reflexão, ainda há questões a serem respondidas ou para as quais não encontramos respostas.

É de se indagar se o Estado, com a privatização, mais do que adequar a execução da pena privativa de liberdade, busca reafirmar simbolicamente sua autoridade no momento em que percebe sua impotência no campo econômico e social. Se a resposta for positiva, estamos diante do uso político do Direito Penal. Mais uma vez. Infelizmente!

Do mesmo modo, se o discurso moderno é o das penas alternativas, se o Direito Penal é a última *ratio* e deve ser mínimo, por que fortificar o sistema da pena privativa de liberdade?

Por que, ao invés de privatizar, não se adota, no desempenho da função pública da execução penal, o *modus operandi* e o espírito da iniciativa privada no exercício de sua atividade?

Como se admitir que “se extraíam lucros a partir da própria violência; como se conceber o ganho monetário a partir da criminalidade: é ou não é um contrassenso?”.<sup>51</sup>

E se, atualmente, usa-se o sistema de justiça criminal para “administrar as classes mais baixas”, a prisão não serve mais para retirar do convívio social os verdadeiramente perigosos; é utilizada como instrumento de controle de determinado segmento social,<sup>52</sup> ao invés de servir para ressocialização do criminoso. Qual é, pois, o fundamento da privatização dos presídios?

Ainda estamos em busca de respostas...

## CONCLUSÃO

A atuação da iniciativa privada no sistema penitenciário é instituto já conhecido na história da execução penal. Os seus resultados, igualmente! E foram desastrosos, tanto que deram ensejo à retomada do desempenho de tal função

<sup>49</sup> MINHOTO, Laurindo Dias. *Privatização de presídios e criminalidade: a gestão da violência no capitalismo global*. São Paulo: Max Limonad, 2000, p. 89-90.

<sup>50</sup> REIS, Ercília Rosana Carlos. A privatização das prisões sob a ótica do direito administrativo. In: ARAUJO JUNIOR, João Marcello de (Coord.). *Privatização das prisões*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995, p. 45.

<sup>51</sup> MOREIRA, Rômulo de Andrade. *A privatização das prisões*. Sistema de Bibliotecas da UFSC. Disponível em: <[http://www.bu.ufsc.br/privatizacao.html#\\_ftnref1](http://www.bu.ufsc.br/privatizacao.html#_ftnref1)>. Acesso em: 12 set. 2012.

<sup>52</sup> ZACKESKI, Cristina. *Relações de trabalho nos presídios*. In: CONGRESSO NACIONAL DO MINISTÉRIO PÚBLICO DO TRABALHO, 1., maio, 2001, São Paulo. Disponível em: <<http://www.criminologiacritica.com.br/arquivos/1312905926.pdf>>. Acesso em: 12 set. 2012.



SUMÁRIO



EXPEDIENTE



APRESENTAÇÃO



ENTREVISTAS

01



CRIME E SOCIEDADE

01

02

03

04

05



DIREITOS HUMANOS

01

02



ESCOLAS PENAIS

01

02



RESENHAS

01

02

pública pelo próprio Estado; e diversas legislações proibiram o regresso ao *status quo ante*. Assim, eis o primeiro elemento a ser considerado na hipótese de retomada de tal caminho.

Outro fator relevante é que o ressurgimento da privatização dos presídios ocorreu nos EUA, país com políticas públicas notórias de punição dos pobres, nas lições de Loïc Wacquant,<sup>53</sup> e de encarceramento de sua população.

O argumento de que a terceirização viabiliza maior qualidade dos serviços prestados nos estabelecimentos prisionais e possibilita maior chance de cumprimento da legislação da execução penal é por deveras abrangente. Se levado ao pé da letra, será balizador da privatização/terceirização do Poder Judiciário, do Poder Executivo, em todos os âmbitos, e de outras atividades estatais, pois a maioria carece de eficiência e competência por parte do Estado, que é ineficiente, lento, burocrático e descumpridor das suas obrigações. Do mesmo ponto de partida, tal quadro implicaria privatização também dessas atividades? Portanto, a nosso sentir, não é esse argumento convincente. Pelo contrário: é a assinatura da sentença de morte do Estado, a perda da sua razão de existir!

Se o criminoso é levado para dentro do sistema penitenciário a título de um dever que lhe é imposto face à responsabilização por seus atos delitivos, o mesmo raciocínio deve ser adotado em relação ao Estado, que deve ser chamado a cumprir com a sua função pública de punir os criminosos nos termos de um Estado Democrático de Direito; termos estes que legitimam o depósito de parte da liberdade dos cidadãos ao ente governamental em nome da vida em sociedade, nos termos das lições de Thomas Hobbes.

Apoiar-se na ineficiência e incompetência do Estado é argumento confortável, superficial e evasivo, que não resolve a questão, mas sim protela o fim do problema para outra iniciativa à qual se julga como solução, sem qualquer embasamento técnico e científico, todavia.

Noutra trilha, entendemos que não se há falar quer em privatização quer na terceirização no Brasil, face à natureza singular da função pública que é a execução da pena privativa de liberdade, que irá concretizar o comando da sentença penal condenatória transitada em julgado. Assim, a legitimidade para fazer cumprir forçosamente a pena privativa de liberdade, por meio do uso legítimo da força, ressalte-se, é do Estado e somente dele. Esse dever-poder não comporta delegação!

Não podemos concordar com as palavras de Fernando Capez ao dizer que a privatização tem que ser enfrentada como uma necessidade absolutamente insuperável, que será o modo de melhorar as condições de vida e da readaptação social do preso sem necessidade do investimento do Estado; e que a privatização não é questão de escolha, mas uma necessidade indiscutível, é um fato. E não podemos porque sabemos que o Estado é capaz de melhorar as condições de vida e da readaptação social do preso. Basta, para tanto, que cumpra correta e dignamente sua função pública.

O caminho não é retirar do Estado o ônus que lhe cabe (investimento, pessoal, estrutura física etc.), mas sim cobrar do ente governamental o cumprimento fiel do dever que lhe é imputado por lei e que justifica sua existência. Retirar o ônus financeiro do erário é por demais simplista! Aliás, se o dinheiro fosse a solução, a experiência alienígena teria dado certo, pois nos EUA o que não falta é verba para o sistema penitenciário. E o aspecto financeiro é somente a ponta do *iceberg*, que esconde, em sua profundidade e entranhas, os reais aspectos e causas do problema.

<sup>53</sup> WACQUANT, Loïc. *Punir os pobres: a nova gestão da miséria nos Estados Unidos: [a onda punitiva]*. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 2007.



SUMÁRIO



EXPEDIENTE



APRESENTAÇÃO



ENTREVISTAS

01



CRIME E SOCIEDADE

01

02

03

04

05



DIREITOS HUMANOS

01

02



ESCOLAS PENAIAS

01

02



RESENHAS

01

02

No mesmo caminho, e por idênticas razões, não podemos fazer coro às razões de Luiz Flavio Borges D'Urso quando defende a terceirização na forma do modelo francês, pois entendemos, nos moldes adotados no Brasil, ser ela espécie de privatização –embora juridicamente sejam diferentes institutos.

Na realidade, a única modalidade de privatização propriamente dita seria a de administração total de estabelecimentos penitenciários. As demais são, no cenário brasileiro, terceirização. Isso, contudo, não implica suas utilizações!

De fato, a proposta apresentada pelo CNPCP não é privatização propriamente dita, mas sim terceirização, razão pela qual aderimos ao coro de Alexandre Alves, Eliane Santos e Rosângela Borges<sup>54</sup> ao aduzir que não há na França privatização das prisões no sentido que se quer atribuir no Brasil, o que tornaria a privatização brasileira insustentável.

E a experiência efetuada no Presídio Industrial de Guarapuava comprovou tratar-se de terceirização, e não de privatização. Além disso, a ausência de comprovação da redução dos custos foi elemento considerado para o fim da adoção desse procedimento naquele estabelecimento penal. Outrossim, houve elementos que ajudaram no alegado êxito daquela experiência – se foi exitosa como se argui, por que foi abandonada? –, como o recebimento somente de presidiários com bom comportamento e adoção de técnicas aplicadas no sistema carcerário norte-americano, cultural, sistêmica e legalmente diferente do brasileiro.

Tal fato, sem dúvida, influenciou no suposto êxito das medidas adotadas, eis que reduz em muito o risco de rebeliões e a necessidade de adoção de posturas violentas por parte dos agentes da *Humanitas*.

Porém, o uso do modelo norte-americano implica réplica do sistema lá aplicado, o que faz com que se repita aqui o que lá ocorre, ou seja, estamos caminhando para o fracasso prenunciado – conforme acima versado. Ademais, não se respeitam as diferenças culturais, sistêmicas e legais entre os EUA e o Brasil.

Dos argumentos de cunho político de segurança pública (prisão como controle social, baixo ingresso de criminosos no sistema carcerário ante a cifra oculta, e incompatibilidade entre o dever de punir e o auferir lucro), passando pelos argumentos legais (inconstitucionalidade da privatização, uma vez que pertence exclusivamente ao Estado a função de punir o agente criminoso; indelegabilidade da função pública – e não do serviço público – da execução da pena; não permissão da adoção de tal medida pela Lei de Execuções Penais), e chegando ao tratamento jurídico social da questão (campos político, ético e simbólico), com todos eles concordamos e fazemos coro às vozes que entendem pela não adoção da privatização e da terceirização do sistema penitenciário no Brasil.

Entretanto, a nosso sentir, o cerne do fundamento para a não adoção da privatização dos presídios como política de segurança pública é outro, que, cremos, não foi abordado pelas obras estudadas e textos esparsos lidos, que alimentaram o desenvolvimento deste artigo.

Pensamos que é inviável adotar no Brasil a privatização e a terceirização dos presídios, porque não se pode admitir, em um país que se diz Estado Democrático de Direito, que a punição forçada do agente criminoso seja pensada à base do custo, medida pelo dinheiro, como se o ser humano fosse mercadoria. Avaliar a privatização do sistema penitenciário sob a ótica financeira é o mesmo que reduzir o ser humano a objeto, ao nada próximo de sua natureza.

<sup>54</sup> ALVES, Alexandre Ferreira de A. et al. O modelo de privatização francês. In: ARAUJO JUNIOR, João Marcello de (Coord.). *Privatização das prisões*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995. p. 86.



SUMÁRIO



EXPEDIENTE



APRESENTAÇÃO



ENTREVISTAS

01



CRIME E SOCIEDADE

01

02

03

04

05



DIREITOS HUMANOS

01

02



ESCOLAS PENAIS

01

02



RESENHAS

01

02

Igualar o ser humano, que é forçosamente retirado do seio social – reiterar-se –, ao valor de uma moeda de 1 (um) centavo ou à quantia de milhões de reais é fazer valer nada o princípio da dignidade da pessoa humana e o respeito à condição de ser humano do presidiário, que ainda mantém sua natureza humana, não atingida ou alterada pelo decreto condenatório.

É, vale dizer, ao invés de se igualar ao legalmente criminoso, ser pior do que ele e o crime que cometeu – e pelo qual fora condenado e tornado interno do sistema penitenciário – sem, contudo, ser etiquetado como tal!

Portanto, a privatização dos presídios não é uma política de segurança pública, a nosso sentir.



SUMÁRIO



EXPEDIENTE



APRESENTAÇÃO



ENTREVISTAS

01



CRIME E SOCIEDADE

01

02

03

04

05



DIREITOS HUMANOS

01

02



ESCOLAS PENAIAS

01

02



RESENHAS

01

02

## O TRÁFICO DE DROGAS E A ANÁLISE DAS CONVERSAS ARMAZENADAS NO APLICATIVO WHATSAPP POR POLICIAIS SEM ORDEM JUDICIAL

### DRUG TRAFFICKING AND ANALYSIS OF CONVERSES STORED IN THE WHATSAPP APPLICATION BY POLICE OFFICERS WITHOUT JUDICIAL ORDER

Giovana Pereira Camacho<sup>1</sup>

Pós-Graduada em Direito Constitucional pela Instituição LFG – término em julho/2019. Graduada em Direito pela Pontifícia Universidade Católica do Paraná – Campus Maringá – dezembro/2017. Advogada.

[giovana.camacho04@gmail.com](mailto:giovana.camacho04@gmail.com)

Orientadora: Me. Luciana Caetano da Silva<sup>2</sup>

**Resumo:** Efetuada a prisão em flagrante delito de agente em posse de drogas, questiona-se a conduta de policiais de acesso ao smartphone do flagrantado, especialmente às conversas armazenadas no aplicativo *WhatsApp*, sem autorização legal ou judicial. O foco central do presente trabalho é compreender se a atuação da polícia excede os limites que lhe são conferidos, eis que o procedimento mencionado acaba por esbarrar em um dos mais aclamados direitos fundamentais do agente: o direito à intimidade e vida privada. Para tanto, adotou-se roteiro metodológico pautado em análises doutrinárias e legislativas, apreciando-se, inicialmente, aspectos gerais da Lei de Drogas, bem como a relevância do aplicativo *WhatsApp* no contexto jurídico-social e a possível incorporação do aplicativo aos critérios da Lei de Interceptação Telefônica. Além disso, estudou-se o papel da polícia em procedimentos penais investigatórios, ressaltando, à luz de conceitos jurídicos, as limitações à atuação policial em face de princípios constitucionais e a necessidade de prévia autorização judicial nos casos excepcionais de restrições aos direitos fundamentais.

**Palavras-chave:** *WhatsApp*. Tráfico de drogas. Limites da atuação da polícia.

**Abstract:** After making the arrest in flagrante delicto of agent in possession of drugs, police officers are questioned when accessing the flagrantado's smartphone, especially in conversations stored in the WhatsApp application without legal or judicial authorization. The central focus of the present work is to understand if the police action exceeds the limits that are conferred on it, since the mentioned procedure runs counter to one of the most acclaimed fundamental rights of the agent: the right to privacy and private life. For that, a methodological script based on doctrinal and legislative analyzes was adopted, initially appreciating the general aspects of the Drug Law, as well as the relevance

<sup>1</sup> Graduada do Curso de Direito da Pontifícia Universidade Católica do Paraná – Câmpus Maringá.

<sup>2</sup> Mestre em Direito Penal pela Universidade Estadual de Maringá – PR. Professora Adjunta de Direito Penal na Pontifícia Universidade Católica do Paraná – Câmpus Maringá.



SUMÁRIO



EXPEDIENTE



APRESENTAÇÃO



ENTREVISTAS

01



CRIME E SOCIEDADE

01

02

03

04

05



DIREITOS HUMANOS

01

02



ESCOLAS PENAIS

01

02



RESENHAS

01

02

of the WhatsApp application in the juridical-social context and the possible incorporation of the application to the criteria of the Telephone Interception Law. In addition, the role of the police in investigative criminal proceedings was studied, highlighting, in the light of legal concepts, limitations to police action in face of constitutional principles and the need for prior judicial authorization in exceptional cases of restrictions on fundamental rights.

**Key-words:** WhatsApp. Drug trafficking. Limits of Police Action.

**Sumário:** 1. Introdução 2. Tráfico de drogas e interceptação telefônica: conceitos essenciais para analisar a questão do *WhatsApp* como meio de prova no processo penal: 2.1 A lei 11.343/2006 e a importância do *WhatsApp* atualmente; 2.2 A lei de interceptação telefônica e a questão emblemática do aplicativo *WhatsApp*. 3. Ilícitude da extração de conversas armazenadas feita por policiais no aplicativo *WhatsApp* sem autorização judicial: 3.1 Limites da atuação da polícia em face de princípios constitucionais; 3.2 Limitação aos direitos fundamentais: necessidade de prévia autorização judicial. 4. Considerações finais. Referências.

## INTRODUÇÃO

O aplicativo *WhatsApp* está plenamente inserido na atual realidade social dos brasileiros. Presencia-se uma verdadeira difusão dessa plataforma de comunicação instantânea. O canal conta com inúmeras facilidades ofertadas aos usuários, como troca de mensagens, compartilhamento de áudios, imagens e documentos, de forma totalmente gratuita, bastando estar conectado a uma rede de Internet.

A partir desse avanço social do aplicativo, indagações entre juristas passam a ser levantadas, eis que a plataforma de comunicação instantânea passou a integrar o sistema de negociações de drogas entre usuários e traficantes, importando em um novo cenário no campo do Direito, tendo em vista que as conversas armazenadas no referido aplicativo podem constituir os mais novos potenciais meios de obtenção de prova nas investigações dos crimes de tráfico de entorpecentes.

Tais debates sobre a temática ganham notoriedade quando questionada a conduta arbitrária dos policiais que, ao efetuarem a prisão em flagrante delito de agente em posse de entorpecentes – na hipótese em que também é apreendido o aparelho celular do suspeito –, realizam buscas nas conversas armazenadas no aplicativo *WhatsApp*, no intuito de colher vestígios e indícios probatórios que indiquem a traficância por parte do investigado, sem qualquer ordem legal ou judicial, banalizando-se a intimidade e vida privada do investigado. Com esse procedimento, o argumento persiste no que diz respeito aos limites da atuação do Estado ao reunir elementos na apuração do crime, sem a devida observância dos direitos fundamentais do indivíduo.

Com enfoque nessa situação, serão abordados no presente trabalho breves comentários a respeito da Lei de Drogas, demonstrando a indispensabilidade do aplicativo como novo meio de obtenção de prova na seara do tráfico ilícito de entorpecentes, bem como a possibilidade de a plataforma implicar alguma hipótese prevista na Lei de Interceptação Telefônica.

E, finalmente, será sopesada a atuação da polícia em contraste com os direitos individuais previstos na Constituição Federal de 1988, à luz da hermenêutica constitucional, atingindo-se o objetivo do presente trabalho, relativo à



SUMÁRIO



EXPEDIENTE



APRESENTAÇÃO



ENTREVISTAS

01



CRIME E SOCIEDADE

01

02

03

04

05



DIREITOS HUMANOS

01

02



ESCOLAS PENAIAS

01

02



RESENHAS

01

02

indispensável análise prévia do fato pelo juízo competente, para decidir a real necessidade da intervenção estatal na privacidade e intimidade do agente.

## 2 TRÁFICO DE DROGAS E INTERCEPTAÇÃO TELEFÔNICA: CONCEITOS ESSENCIAIS PARA ANALISAR A QUESTÃO DO *WHATSAPP* COMO MEIO DE PROVA NO PROCESSO PENAL

Para uma melhor compreensão do tema central desta pesquisa, se faz imprescindível traçar comentários referentes à Lei de Drogas 11.343/2006, dando enfoque às complexidades encontradas pelas autoridades no momento de tipificar a conduta do usuário ou do traficante de drogas. Ainda, será demonstrada a razão pela qual o aplicativo de mensagens instantâneas *WhatsApp* pode ser considerado um novo meio de obtenção de prova no processo penal brasileiro, analisando a possibilidade de integração da plataforma na Lei de Interceptação Telefônica, Lei 9.296/1996.

### 2.1 A LEI 11.343/2006 E A IMPORTÂNCIA DO *WhatsApp* ATUALMENTE

A Lei 11.343, de 23 de agosto de 2006,<sup>3</sup> instituiu o Sistema Nacional de Políticas Públicas sobre Drogas (SISNAD), visando objetivamente o combate às drogas, na forma preventiva e repressiva. A Lei de Drogas prescreve medidas para a reinserção social do usuário e, por outro lado, estabelece normas para reprimir a produção e o tráfico ilícito de entorpecentes, trazendo para a sociedade brasileira os mecanismos legais necessários para lutar contra um dos maiores males da atual realidade social do país.

O bem jurídico tutelado pela Lei, de modo geral, é a saúde pública. Os doutrinadores Vicente Greco Filho e João Daniel Rassi defendem a ideia, ao afirmar que:

[...] o bem jurídico protegido é a saúde pública. A deterioração da saúde pública não se limita àquele que a ingere, mas põe em risco a própria integridade social. O tráfico de drogas pode ter, até, conotações políticas, mas basicamente o que a lei visa evitar é o dano causado à saúde pelo uso de droga. Para a existência do delito, não há a necessidade de ocorrência do dano. O próprio perigo é presumido em caráter absoluto, bastando para a configuração do crime que a conduta seja subsumida num dos verbos previstos.<sup>4</sup>

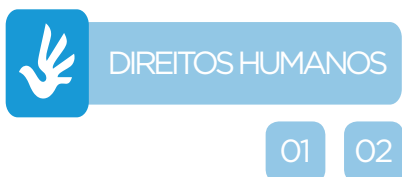
Alguns autores salientam que a tutela imediata na Lei de Drogas é à saúde pública; porém, de forma secundária, essa lei protege outros bens jurídicos, como o direito à vida, à saúde individual, à segurança coletiva, à ordem pública e até a família.<sup>5</sup>

É indubitável que a saúde coletiva é referência para esta Lei, reconhecendo que este objeto jurídico não se refere diretamente ao somatório da saúde de cada indivíduo inserido no meio social, mas sim ao nível em que se encontra

<sup>3</sup> BRASIL. Lei 11.343, de 23 de agosto de 2006. *Diário Oficial*, Brasília, 2006. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2004-2006/2006/lei/l11343.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/lei/l11343.htm)> Acesso em: 07 jun. 2017.

<sup>4</sup> GRECO FILHO, Vicente; RASSI, João Daniel. *Lei de drogas anotada*: lei n. 11343/2006. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 86.

<sup>5</sup> Nesse sentido: JESUS, Damásio de. *Lei antidrogas anotada* – comentários à Lei n. 11.343/2006. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 96; GOMES, Luiz Flávio; BIANCHINI, Alice. *Lei de drogas comentada*: artigo por artigo: Lei 11.343, de 23.08.2006. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013. p. 135 e 163.



a saúde da sociedade como um todo.<sup>6</sup> Em outras palavras, a Lei parece visar o bem-estar sanitário<sup>7</sup> da coletividade em todo o seu texto normativo, principalmente quando estabelece medidas de proteção e reinserção social para os usuários de drogas, conferindo-lhes assistência social e apoio psicológico.

Sob outra perspectiva importante da Lei, cumpre consignar a respeito da figura do usuário e traficante de drogas. A Lei separou claramente os dois indivíduos, colocados em capítulos diferentes, respeitando-se as particularidades de cada um.

A repressão ao tráfico ilícito de drogas encontra-se no artigo 33, *caput*, o qual dispõe que aquele que:

[...] importar, exportar, remeter, preparar, produzir, fabricar, adquirir, vender, expor à venda, oferecer, ter em depósito, transportar, trazer consigo, guardar, prescrever, ministrar, entregar a consumo ou fornecer drogas, ainda que gratuitamente, sem autorização ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar<sup>8</sup> [estará sujeito a pena privativa de liberdade de] 05 (cinco) a 15 (quinze) anos.

O dispositivo preconiza que também incorrerá nas penas aquele que:

[...] importa, exporta, remete, produz, fabrica, adquire, vende, expõe à venda, oferece, fornece, tem em depósito, transporta, traz consigo ou guarda, ainda que gratuitamente, sem autorização ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar, matéria-prima, insumo ou produto químico destinado à preparação de drogas<sup>9</sup> [e aquele que produz a droga, se utiliza de local de sua propriedade, ou permita que façam uso, para fins de tráfico de entorpecentes].

No tocante à figura do usuário de drogas, o artigo 28 estabelece que o usuário é aquele que adquire, guarda, mantém em depósito, transporta ou traz consigo drogas psicotrópicas, para fins de consumo próprio.<sup>10</sup> Entretanto, apesar do porte ser caracterizado como crime, os usuários não são submetidos à pena privativa de liberdade. O que a lei prevê são medidas socioeducativas. Ou seja, aqueles que se enquadrarem no artigo 28 da Lei em questão ficarão submetidos à “advertência sobre os efeitos das drogas; prestação de serviços à comunidade; medida educativa de comparecimento a programa ou curso educativo”.<sup>11</sup> Assim, na compreensão de Paulo Roberto de Carvalho e Andrey de Mendonça, o Estado buscou adotar um sistema de prevenção, assistência e reinserção social para aqueles que são usuários de entorpecentes,<sup>12</sup> dispondo de meios idôneos a recuperá-lo, reabilitá-lo e reinseri-lo na sociedade.

O que merece particular atenção são os critérios diferenciadores do usuário de drogas e do fornecedor destas. O artigo 28, parágrafo 2º, da Lei em questão, impõe o caminho que a autoridade policial, o Ministério Público e o magistrado devem trilhar para determinar se a droga é para consumo pessoal ou se a destinação é de cunho comercial. Para

<sup>6</sup> JESUS, op. cit., 2010, p. 97.

<sup>7</sup> Ibidem, p. 97.

<sup>8</sup> BRASIL. Lei 11.343, de 23 de agosto de 2006, op. cit., 2017.

<sup>9</sup> Ibidem.

<sup>10</sup> BRASIL. Lei 11.343, de 23 de agosto de 2006. *Diário Oficial*, Brasília, 2006. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2004-2006/2006/lei/l11343.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/lei/l11343.htm)> Acesso em: 07 jun. 2017.

<sup>11</sup> BRASIL. Lei 11.343, de 23 de agosto de 2006. *Diário Oficial*, Brasília, 2006. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2004-2006/2006/lei/l11343.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/lei/l11343.htm)> Acesso em: 07 jun. 2017.

<sup>12</sup> MENDONÇA, Andrey de; CARVALHO, Paulo Roberto de. *Lei de drogas comentada* – artigo por artigo. 3. ed. São Paulo: Método, 2012.p. 254.



SUMÁRIO



EXPEDIENTE



APRESENTAÇÃO



ENTREVISTAS

01



CRIME E SOCIEDADE

01

02

03

04

05



DIREITOS HUMANOS

01

02



ESCOLAS PENAIS

01

02



RESENHAS

01

02

isso, ele deverá atender “à natureza e à quantidade da substância apreendida, ao local e às condições em que se desenvolveu a ação, às circunstâncias sociais e pessoais, bem como à conduta e aos antecedentes do agente”.<sup>13</sup>

Na ótica de Luiz Flávio Gomes, para estabelecer a diferença entre os dois sujeitos, o que interessa é o objeto material do delito, se referindo à natureza e quantidade da droga; somado ao desvalor da ação, considerando-se as condições em que se deu a apreensão; e as características do sujeito do delito, no tocante à sua conduta e aos seus antecedentes.<sup>14</sup>

E aqui se fundamenta a razão pela qual a Lei de Drogas foi definida para delinear os estudos do tema: as implicações encontradas por alguns magistrados, promotores de justiça e, principalmente, pela autoridade policial – já que o procedimento investigatório a ser adotado por este será distinto em cada um dos casos<sup>15</sup> –, na fase de determinar se o agente incidirá nas sanções previstas no artigo 28 ou artigo 33 da Lei 11.343/2006.

Os impasses começam logo no que tange à quantidade de droga apreendida. É de senso comum imaginar que o agente flagrado com pouca droga será enquadrado nos termos do artigo 28 – o que, na verdade, não é o ponto de maior relevância. Muitas vezes o sujeito é apreendido com ínfima porção do entorpecente, mas com elevada quantia de notas de dinheiro fracionadas, aptas a caracterizar o tráfico. No mesmo sentido, um usuário de drogas é surpreendido com considerável quantidade de droga, porque prefere não ter que retornar a uma ‘boca de fumo’ constantemente, por exemplo. Desse modo, não há como dar enfoque somente na quantia do torpe.<sup>16</sup>

É de suma importância avaliar cada detalhe da apreensão. A autoridade policial e judicial deverá sopesar o local em que foi deflagrada a droga, considerando se seria um ambiente conhecido por venda de entorpecentes; quais as condições pessoais do sujeito, constatando se este teria capacidade financeira de adquirir a droga; e até mesmo os antecedentes criminais do agente. Observa-se a necessidade de valorar todos os elementos elencados pela lei.<sup>17</sup> E a relevância da valoração de cada circunstância da apreensão se dá justamente para que um usuário não tenha sua liberdade restringida, em possíveis condenações embaraçosas, ao invés de ser encaminhado aos programas de reabilitação que a norma oferece.

Ainda assim, a tarefa de individualizar a conduta do sujeito é tão complexa que as autoridades veem na Interceptação Telefônica a melhor saída para realizar uma correta tipificação do fato. Além do mais, com a quebra do sigilo telefônico em tempo real, é possível colher provas em uma escala muito mais abrangente, uma vez que grande parte das

<sup>13</sup> Ibidem.

<sup>14</sup> GOMES; BIANCHINI, op. cit., 2013. p. 147.

<sup>15</sup> Se constatado que se trata de posse de drogas para consumo pessoal (art. 28, da Lei 11.343/2006), a autoridade policial encaminhará o autor do fato para o juízo competente e lavrará termo circunstanciado, conforme previsto no art. 48, §2º, da Lei 11.343/2006. Por outro lado, se o delegado acreditar que o agente se enquadra no artigo 33, da Lei 11.343/2006, será elaborado inquérito policial, conforme artigo 51, da Lei 11.343/2006 (BRASIL. Lei 11.343, de 23 de agosto de 2006, op. cit., 2017).

<sup>16</sup> “A singela apreensão de apreciável quantidade de tóxico não basta ao reconhecimento da traficância, eis que essa quantidade, ainda que sugerindo alguma suspeita, nem sempre dirime a controvérsia sobre ser o infrator traficante ou usuário” (BRASIL. Tribunal de Justiça de São Paulo. Apelação 175.700-3/9, 2ª Câmara Criminal, rel. Des. Canguçu de Almeida, DJ 06/03/1995. Disponível em: <<http://www.revistadostribunais.com.br/maf/app/widgetshomepage/resultList/document?&src=rl&srguid=iOad82d9a0000015ee7114248428c1050&docguid=11a072330e03811df92fe010000000000&hitguid=11a072330e03811df92fe0100000000000&spos=2&epos=2&td=6&context=14&crumb-action=append&crumb-label=Documento&isDocFG=false&isFromMultiSumm=true&startChunk=1&endChunk=1>> Acesso em: 04 out. 2017).

<sup>17</sup> GOMES; BIANCHINI, op. cit., 2013. p. 147.



SUMÁRIO



EXPEDIENTE



APRESENTAÇÃO



ENTREVISTAS

01



CRIME E SOCIEDADE

01 02 03 04 05



DIREITOS HUMANOS

01 02



ESCOLAS PENAIAS

01 02



RESENHAS

01 02

negociações entre usuário e traficantes são feitas por meio de ligações via telefone ou aparelho móvel, de modo que, por intermédio da captação das conversas telefônicas, pode-se alcançar não somente os ‘mulas’ ou ‘gerentes’, mas também descortinar os chefes do tráfico, averiguando o *modus operandi* do traficante, as pessoas envolvidas, os meios de transporte utilizados para a condução da droga e questões referentes ao armazenamento desta, chegando-se, assim, ao eixo central da Lei de Drogas, que visa combater o tráfico como um todo, em todas as suas etapas.

Por outro lado, não é de se olvidar que, com as inovações tecnológicas, o uso do telefone móvel para efetuar ligações já não é mais a principal forma de se comunicar. Com o surgimento dos *smartphones* e dos aplicativos de comunicação instantânea, os cidadãos passaram a interagir através de novas plataformas de comunicabilidade, como é o caso do aplicativo *WhatsApp Messenger*.<sup>18</sup>

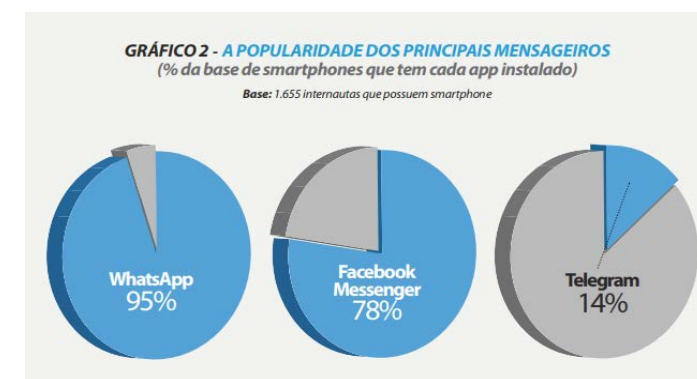
No cenário brasileiro, o aplicativo *WhatsApp* apresenta-se como o canal mais utilizado entre os brasileiros.

O Instituto Brasileiro de Opinião e Estatística (IBOPE) divulgou dados no sentido de que 93% do público nacional fazem uso do aplicativo.<sup>19</sup> Ainda, a startup Opinion Box,<sup>20</sup> em parceria com o site de notícias Mobile Time,<sup>21</sup> realizou pesquisa, ao longo de julho de 2017, com enfoque na “Mensageria no Brasil”, entrevistando 1.868 brasileiros que acessam a internet e detêm a facilidade dos telefones inteligentes. De acordo com os estudos empreendidos pela empresa, “89% dos entrevistados possuem *smartphone* e 95% deles tem o aplicativo *WhatsApp* instalado”.<sup>22</sup>

Do gráfico acima, observa-se que o aplicativo *WhatsApp Messenger* é a plataforma de comunicação mais popular no Brasil. Dos usuários que possuem o aplicativo instalado, 92% acessam e usufruem todos os dias.<sup>24</sup>

E é inegável que traficantes de drogas e usuários, como todo o restante da massa populacional brasileira, fazem uso do referido canal, inclusive para realizar negociações

GRÁFICO 1 – PRINCIPAIS MENSAGEIROS



Fonte: Panorama Mobile Time, 2017.<sup>23</sup>

<sup>18</sup> “O WhatsApp Messenger é uma aplicação multiplataforma de mensagens instantâneas para smartphones que, além de mensagens de texto, permite aos usuários enviar imagens, vídeos e mensagens de áudio de mídia” (VELLOSO, Fernando de Castro. *Informática: conceitos básicos*. 9. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Elsevier, 2014).

<sup>19</sup> WHATSAPP é o aplicativo mais usado pelos internautas brasileiros. Disponível em: <<http://www.ibope.com.br/pt-br/noticias/Paginas/WhatsApp-e-o-aplicativo-mais-usado-pelos-internautas-brasileiros.aspx>>. Acesso em: 18 jul. 2017.

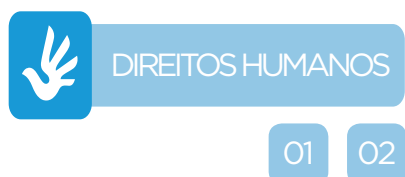
<sup>20</sup> OPINION Box. Disponível em: <[www.opinionbox.com](http://www.opinionbox.com)>. Acesso em: 18 jul. 2017.

<sup>21</sup> MOBILE Time. Disponível em: <[www.mobiletime.com.br](http://www.mobiletime.com.br)>. Acesso em: 18 jul. 2017.

<sup>22</sup> MOBILE Time. Disponível em: <[www.mobiletime.com.br](http://www.mobiletime.com.br)>. Acesso em: 18 jul. 2017.

<sup>23</sup> PANORAMA Mobile Time. Disponível em: <<http://panoramamobiletime.com.br/>> e <[file:///C:/Users/Usuario/Downloads/Panorama-Mensageria\\_AGO2017.pdf](file:///C:/Users/Usuario/Downloads/Panorama-Mensageria_AGO2017.pdf)>. Acesso em: 10 set. 2017.

<sup>24</sup> Ibidem.



de drogas,<sup>25</sup> ante a facilidade e conveniência ofertada pelo aplicativo, já que o traficante pode se comunicar simultaneamente com inúmeros usuários em um mesmo espaço de tempo, profissionalizando sua atuação e aprimorando seus métodos de lucratividade.

Revela-se inquestionável a superação do *WhatsApp Messenger* frente às ligações convencionais. Em função disso, o aplicativo apresenta-se como um novo meio de obtenção de prova no processo penal, especialmente no que se refere ao combate ao narcotráfico e uso indevido de entorpecentes.

Por outro lado, considerando as afinidades compreendidas entre o acesso às conversas armazenadas no aplicativo e a Interceptação Telefônica, no sentido de que ambos os meios de obtenção de prova visam investigar a prática de crimes por meio de conversas mantidas entre suspeitos e interlocutores, resta imprescindível aprofundar os estudos acerca da lei que versa sobre a quebra do sigilo das comunicações, com fins de analisar se o aplicativo poderá se amoldar aos procedimentos legais inseridos na Lei 9.296/1996.

## 2.2 A LEI DE INTERCEPTAÇÃO TELEFÔNICA E A QUESTÃO EMBLEMÁTICA DO APLICATIVO WHATSAPP

A Constituição Federal de 1988 prevê, em seu artigo 5º, inciso XII, que é “inviolável o sigilo da correspondência e das comunicações telegráficas, de dados e das comunicações telefônicas, salvo, no último caso, por ordem judicial, nas hipóteses e na forma que a lei estabelecer para fins de investigação criminal [...]”.<sup>26</sup>

A redação constitucional instituiu a possibilidade de decretar a quebra de sigilo telefônico (interceptação telefônica) mediante autorização judicial devidamente fundamentada, em caráter excepcional, delegando à legislação infraconstitucional a tarefa de estabelecer o procedimento que deverá ser adotado para a realização de tal medida.

Assim, visando regulamentar o dispositivo constitucional referente à interceptação telefônica, foi editada e sancionada a Lei 9.296/1996<sup>27</sup>.

A citada lei dispõe, em seu artigo 2º, os requisitos legais para que a interceptação possa ser devidamente decretada. De acordo com o dispositivo, o ato intrusivo deve ser visto como *ultima ratio* pelo julgador, de modo a autorizar apenas em casos isolados, quando a prova não puder ser feita por outros meios. Ainda, prescreve a indispensabilidade de

<sup>25</sup> “Tráfico ilícito de drogas e associação para fins de tráfico (art. 33 e 35 da lei 11.343/2006) [...]. Apreensão de 44 gramas de maconha em poder do paciente acondicionada para mercancia – encomenda de entorpecentes via WhatsApp [...]” (BRASIL. Tribunal de Justiça do Paraná. *Habeas Corpus* 1307163-7. 3ª Câmara Criminal, rel. Ângela Regina Ramina de Lucca, DJ 25/02/2015. Disponível em: <<https://tj-pr.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/169583310/habeas-corpus-hc-13071637-pr-1307163-7-acordao>>. Acesso em: 04 out. 2017). “Tráfico de drogas – artigo 33, caput, da lei 11.343/2006 – flagrante em ordem – a análise do flagrante independe de manifestação da defesa – paciente associado à pessoa segregada – utilização do aplicativo Whatsapp Messenger para fomentar a traficância [...]” (BRASIL. Tribunal de Justiça do Mato Grosso do Sul. *Habeas Corpus* 14006390420158120000. 3ª Câmara Criminal, rel. Des. Francisco Gerardo de Sousa, DJ 11/03/2015. Disponível em: <<https://tj-ms.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/432903765/habeas-corpus-hc-14014708120178120000-ms-1401470-8120178120000/inteiro-teor-432903783?ref=juris-tabs>>. Acesso em: 04 out. 2017).

<sup>26</sup> BRASIL. Constituição Federal de 1988. *Diário Oficial*, Brasília, 1988. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm)> Acesso em: 07 jun. 2017.

<sup>27</sup> BRASIL. Lei nº 9.296 de 1996. *Diário Oficial*, Brasília, 1996. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/L9296.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9296.htm)>. Acesso em: 08 set. 2017.



SUMÁRIO



EXPEDIENTE



APRESENTAÇÃO



ENTREVISTAS

01



CRIME E SOCIEDADE

01

02

03

04

05



DIREITOS HUMANOS

01

02



ESCOLAS PENAIAS

01

02



RESENHAS

01

02

indícios razoáveis de autoria ou participação do investigado na infração penal e exclui a possibilidade da interceptação ser autorizada se o fato investigado constituir infração penal punida com pena de detenção.<sup>28</sup>

Ricardo Antônio Andreucci esclarece que interceptar é:

[...] a captação de conversas telefônicas por terceiros ocorre quando, em momento algum, os interlocutores têm ciência da gravação da conversa. Ainda, pode ser conceituada como ‘o ato da interceptação que consiste em captar aquilo que é destinado a outrem sem que isso seja percebido pelos interlocutores ou, sendo a informação conhecida por apenas um deles’.<sup>29</sup>

A interceptação telefônica é vista, doutrinariamente, como gênero, a qual pode ser desdobrada em 03 (três) espécies, quais sejam:

- a) interceptação telefônica (sentido estrito): consiste na captação de ligação por um terceiro sem a ciência dos comunicadores;
- b) escuta telefônica: captação telefônica realizada por um terceiro com o conhecimento por parte de um dos comunicadores; e
- c) gravação telefônica: captação telefônica feita por um dos comunicadores.<sup>30</sup>

No entanto, embora existam as mencionadas espécies de interceptação telefônica, a doutrina e jurisprudência brasileira tem o entendimento de que a Lei 9.296/1996 trata apenas das hipóteses de interceptação telefônica em sentido estrito, ou seja, somente aquelas em que é realizada a captação telefônica por um terceiro sem a ciência dos comunicadores, sendo totalmente inaplicáveis as demais hipóteses.<sup>31</sup>

Ressalta-se que, no que se refere ao objeto do meio de prova em questão, a Lei 9.296/1996 deixa claro, no artigo 1º, que a interceptação poderá ser realizada em comunicações telefônicas de qualquer natureza.<sup>32</sup> Nota-se que, no parágrafo único do mesmo artigo, a Lei concede abertura à interceptação do fluxo de comunicações em sistema de informática e telemática.

A grande questão que se coloca é se a busca exploratória no aplicativo *WhatsApp* pode ser regulamentada pela Lei de Interceptação Telefônica, incluindo o aplicativo na expressão “telemática”, de modo que os aplicadores do Direito autorizem a medida apenas se preenchidos todos os requisitos dispostos na Lei, já que a análise no aplicativo também incorpora características plenamente invasivas.

Entende-se por telemática:

<sup>28</sup> Ibidem.

<sup>29</sup> ANDREUCCI, Ricardo Antônio. *Legislação penal especial*. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 264.

<sup>30</sup> Ibidem, p. 265.

<sup>31</sup> Ibidem, p. 265.

<sup>32</sup> BRASIL. Lei nº 9.296 de 1996, op. cit., 2017.



SUMÁRIO



EXPEDIENTE



APRESENTAÇÃO



ENTREVISTAS

01



CRIME E SOCIEDADE

01

02

03

04

05



DIREITOS HUMANOS

01

02



ESCOLAS PENAIAS

01

02



RESENHAS

01

02

[...] a ciência que cuida da comunicação (transmissão, manipulação) de dados, sinais, imagens, escritos e informações por meio do uso combinado da informática (do computador) com as várias formas de telecomunicações, ou seja, telemática é a telecomunicação associada à informática.<sup>33</sup>

Partindo dessa concepção, é possível afirmar que a Lei de Interceptação Telefônica não tem o condão de abarcar o aplicativo de mensagens instantâneas, tampouco pode estar inserida no parágrafo único da citada Lei. Para Vicente Greco Filho, o parágrafo único do art. 1º da Lei 9.296/1996 deve ser considerado inconstitucional, eis que “a garantia constitucional do sigilo é a regra e a interceptação a exceção, de forma que a interpretação deve ser restritiva quanto a esta”<sup>34</sup>, de modo a compreender que a Constituição Federal de 1988 autorizou somente a interceptação de comunicação telefônica, e nada dispôs ao que diz respeito à transmissão de dados.<sup>35</sup> Da mesma forma que não seria adequado adotar a Lei de Interceptação Telefônica quando a captação de conversas é feita através de e-mails, decisão esta recorrente nos tribunais brasileiros. Dessa forma, em análise ao inciso XII, da Constituição Federal, observa-se que o dispositivo busca assegurar tão somente, e exclusivamente, as comunicações feitas através de um aparelho telefônico, via “transmissão de voz”, restando evidente violação à disposição constitucional.

Nota-se ainda que a lei salienta a comunicação em si, a interação entre interlocutores, e não de dados já armazenados nos aparelhos de telefonia móvel. Ou seja, em um caso hipotético, a captação telefônica no aplicativo seria de conversas tidas no passado, gravadas no dispositivo, e não da comunicação em tempo real, ante a inviabilidade de um dos comunicadores (o proprietário do celular) estar devidamente presente na conversa.<sup>36</sup>

Até porque, a interceptação em tempo real sequer é permitida pelo aplicativo *WhatsApp*, graças a um recurso intitulado de “Criptografia de Ponta-a-Ponta”,<sup>37</sup> de modo que as mensagens são inteiramente criptografadas e nem mesmo os servidores do aplicativo têm acesso às conversas dos usuários. Esse assunto, inclusive, já foi motivo de polêmica nacional quando a empresa se recusou a interceptar usuários a pedido da justiça, para fins de investigação criminal, resultando no bloqueio temporário do aplicativo por quatro vezes no país.<sup>38</sup>

<sup>33</sup> LIMA, Renato Brasileiro de. *Legislação criminal especial comentada*. 5. ed. rev., atual. e ampl. Salvador: JusPODIVM, 2017. p. 321.

<sup>34</sup> Ibidem.

<sup>35</sup> GRECO FILHO, Vicente. *Interceptação telefônica: considerações sobre a Lei n. 9.296, de 24 de julho de 1996*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2005. p. 9.

<sup>36</sup> O doutrinador Renato Brasileiro de Lima tem posicionamento diverso, ao afirmar que “quando a Constituição Federal autoriza a interceptação das comunicações telefônicas, refere-se não só às comunicações telefônicas propriamente ditas como também à comunicação de dados, imagens e sinais através da telemática. Não se pode ficar alheio aos avanços tecnológico-culturais, ampliando as formas de comunicações, privando os órgãos da persecução penal de um importante instrumento de investigação e busca da verdade. [...] A Lei nº 9.296/96 tem seu campo de incidência sobre qualquer forma de comunicação, seja telefônica ou não; versa não apenas sobre conversação telefônica, como também qualquer tipo de comunicação telemática.” (LIMA, Renato Brasileiro de. *Legislação criminal especial comentada*. 5. ed. rev., atual. e ampl. Salvador: JusPODIVM, 2017. p. 321).

<sup>37</sup> “A criptografia de ponta-a-ponta do WhatsApp está disponível quando você e as pessoas com as quais você conversa estão na versão mais recente do nosso aplicativo. Muitos aplicativos criptografam mensagens entre você e eles próprios, já a criptografia de ponta-a-ponta do WhatsApp assegura que somente você e a pessoa com a qual você está se comunicando podem ler o que é enviado e ninguém mais, nem mesmo o WhatsApp. Isto porque mensagens são criptografadas com um cadeado único, onde somente você e o destinatário possuem uma chave especial para abrir e ler a mensagem. E para uma proteção ainda maior, cada mensagem que você enviar possui um cadeado e uma chave. Tudo isso acontece automaticamente: não é necessário ativar configurações ou estabelecer conversas secretas especiais para garantir a segurança de suas mensagens.” (SEGURANÇA padrão. Disponível em: <<https://www.whatsapp.com/security/>>. Acesso em: 15 set. 2017).

<sup>38</sup> Os bloqueios foram objeto da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 403, impetrada pelo Partido Popular Socialista



Conclui-se, portanto, inadequado se utilizar da Lei de Interceptação Telefônica para regulamentar o acesso às conversas no aplicativo em questão. Fato esse que traz novas situações a serem enfrentadas no campo jurídico, considerando que o Direito claramente ainda não alcançou os avanços tecnológicos relacionados às novas formas de comunicação humana, sendo necessária uma concreta atenção dos legisladores sobre o assunto, evitando que policiais atuem de forma abusiva e o judiciário comporte poderes arbitrários em suas decisões sobre o tema. Por seu turno, a possibilidade válida de acesso ao aplicativo *WhatsApp* será sopesada no próximo tópico, cujo conteúdo se encarregará de demonstrar o aplicativo como um novo auxiliar da justiça nas investigações.

### 3 ILICITUDE DA EXTRAÇÃO DE CONVERSAS ARMAZENADAS FEITA POR POLICIAIS NO APLICATIVO WHATSAPP SEM AUTORIZAÇÃO JUDICIAL

O acesso pelos policiais a conversas armazenadas no aplicativo *WhatsApp*, após efetivar uma prisão em flagrante delito, sem qualquer autorização legal ou judicial, trouxe ao Direito um novo desafio, eis que, ao realizar buscas no smartphone apreendido do flagrantado, resplandece incontestável incursão na intimidade e privacidade do mesmo, afrontando direitos fundamentais individuais tutelados pela Constituição Federal.

Dessa forma, para analisar os embaraços jurídicos do ato, necessário é realizar estudos no sentido de verificar se essa conduta excede os limites da atuação da polícia, confrontando com os mandamentos constitucionais em questão, a fim de se chegar a resultados conclusivos no que se refere à necessidade de prévia autorização para legitimar o ato.

#### 3.1 LIMITES DA ATUAÇÃO DA POLÍCIA EM FACE DE PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS

Seria inconcebível dar início à construção argumentativa do tema proposto sem antes realçar o papel da polícia no âmbito constitucional e processual-penal, apreciando sua atuação junto à manutenção da ordem pública e às investigações das infrações penais, fundamentando suas operações com referências constitucionais e processuais penais.

Primeiramente, determina o artigo 144, da atual redação constitucional, que a segurança pública é dever do Estado, direito e responsabilidade de todos, e é exercida para a preservação da ordem pública, da incolumidade das pessoas e do patrimônio, papel este desempenhado por agentes da polícia federal, polícia rodoviária federal, polícia ferroviária federal, polícia civil, polícia militar e corpo de bombeiros militar.<sup>39</sup>

Sob esse aspecto, a doutrina divide a atribuição da polícia estatal em duas categorias, podendo-lhe ser incumbida a tarefa de polícia administrativa, a qual atua de forma preventiva, visando obstar a prática de atos lesivos à sociedade e, por sua vez, a polícia judiciária, que detém função de caráter repressivo, atuando logo após a prática de uma infração penal com o intuito de colher elementos que comprovem a prática do fato delituoso.<sup>40</sup>

(PPS), alegando que a medida fere o preceito fundamental da liberdade de comunicação e expressão. A empresa apresentou petição de defesa sustentando o mesmo argumento do PPS, acrescentando que a ordem de bloqueio fere igualmente o princípio da proporcionalidade ao punir os usuários do aplicativo. (ARGUIÇÃO de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 403. Disponível em: < <http://s.conjur.com.br/dl/whatsapp-alega-stf-bloqueios-ferem.pdf> > Acesso em: 15 set. 2017).

<sup>39</sup> BRASIL. Constituição Federal de 1988. *Diário Oficial*. Brasília, 1988. Disponível em: < [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm) > Acesso em: 11 jul. 2017.

<sup>40</sup> AVENA, Noberto Pâncaro. *Processo penal*. São Paulo: Método, 2017. p. 138.



SUMÁRIO



EXPEDIENTE



APRESENTAÇÃO



ENTREVISTAS

01



CRIME E SOCIEDADE

01

02

03

04

05



DIREITOS HUMANOS

01

02



ESCOLAS PENAIAS

01

02



RESENHAS

01

02

À vista disso, cumpre assinalar o teor do parágrafo 1º, do artigo 144,<sup>41</sup> do texto constitucional, o qual estabelece que compete à polícia federal apurar infrações penais a que tenha interesse a União, atuando na qualidade de polícia judiciária desta. Por seu turno, o parágrafo 4º, do mesmo artigo,<sup>42</sup> se refere à responsabilidade delegada à polícia civil de apurar as infrações penais, ressalvadas as hipóteses de competência da polícia federal, operando, também, na forma de polícia judiciária. No que diz respeito à polícia militar, o parágrafo §5º do citado artigo,<sup>43</sup> estabeleceu que esse agente público exercerá a polícia ostensiva e a preservação da ordem pública, admitindo-se reflexos tanto de natureza de polícia administrativa como também de polícia judiciária, ante a atribuição de abordar sujeitos em suposta prática de fato típico. Percebe-se que o Estado confiou à polícia federal e polícia civil a tarefa de investigação de possíveis delitos, e à polícia militar a prevenção de práticas ilícitas, lidando cada qual com a esfera definida pela atual Constituição.

Nesse sentido, o Código de Processo Penal,<sup>44</sup> em seu artigo 4º, encarregou-se de especificar a função da polícia judiciária, estabelecendo que esta “será exercida pelas autoridades policiais no território de suas respectivas circunscrições e terá por fim a apuração das infrações penais e da sua autoria”. Dessa forma, considere-se o que afirma o autor Noberto Avena, ao esclarecer que aos órgãos constituídos da polícia federal e civil, no aspecto relativo à polícia judiciária, cabe a condução das investigações necessárias de uma infração penal, obtendo elementos de convicção a fim de formar o inquérito policial, o qual servirá de base à instauração de uma ação penal,<sup>45</sup> ou mesmo um arquivamento, se comprovado a ausência de materialidade e indícios de autoria por parte do investigado. O objetivo central das investigações é uma busca pela verdade real dos fatos, sejam os resultados no sentido de existência de crime e indícios de autoria, ou o inverso.

O ordenamento jurídico processual-penal tratou de elencar as diligências a serem empreendidas pela autoridade policial para os esclarecimentos dos fatos, pontuando especificamente, no artigo 6º,<sup>46</sup> o que deve ser feito logo após tomar conhecimento de um crime. Assim, dentre os principais incisos que abarcam o artigo citado, denota-se que o inciso III reza pela colheita de todas as provas que servirem para o esclarecimento do fato e suas circunstâncias, isto é, a coleta dos dados indispensáveis para clarear os fatos ocultos da suposta ocorrência de um crime. Sobrepondo-se, pois, interpretação genérica do inciso, como expressa o processualista Noberto, ao comentar que o dispositivo “contém disposição residual, deixando evidente a intenção do Código em não limitar os meios investigatórios a serem desenvolvidos pela autoridade policial”.<sup>47</sup>

E é exatamente nesse cenário que se permite refletir sobre a problemática do tema ora proposto, considerando que o legislador aparentou aspirar a favor de uma colheita de provas a todo e qualquer custo, desprezando os direitos

<sup>41</sup> BRASIL. Constituição Federal de 1988, op. cit., 2017.

<sup>42</sup> Ibidem.

<sup>43</sup> BRASIL. Constituição Federal de 1988. *Diário Oficial*. Brasília, 1988. Disponível em: < [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm) > Acesso em: 11 jul. 2017

<sup>44</sup> BRASIL. Código de Processo Penal. *Diário Oficial*. Brasília, 1941. Disponível em: < [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/Del3689.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del3689.htm) > Acesso em: 13 jul. 2017.

<sup>45</sup> AVENA, op. cit., 2017, p.139.

<sup>46</sup> BRASIL. Código de Processo Penal, op. cit., 2017.

<sup>47</sup> AVENA, op. cit., 2017, p.157.



01



01 02



01 02



01 02

fundamentais de um potencial suspeito. A efetividade de um inquérito policial parece ser o que realmente importa à polícia, mesmo que, para isso, seja necessário sacrificar os mais elementares direitos individuais do agente. Nessa dinâmica, vale a colação do entendimento doutrinário pelo eminente Aury Lopes Júnior, em que faz interessante crítica à liberdade e discricionariedade dada à polícia, enfatizando:

Há nitidamente uma confusão entre a política de segurança pública e a função investigatória, que não raras vezes se imiscuem no procedimento investigatório. A autoridade policial é levada a tratar o investigado como objeto de tutela da segurança pública, esquecendo-se de que durante o inquérito policial busca-se exclusivamente o apontamento de subsídios suficientes para, em um juízo de probabilidade, superar a presunção de inocência e autorizar o juiz ao recebimento da denúncia.<sup>48</sup>

Do entendimento, compreende-se que a presunção de inocência obrigatoriamente deveria ser pilar fundamental para o início de qualquer investigação – e até a prolação da sentença penal condenatória definitiva –, e não o contrário, dando enfoque tão somente à segurança pública. É quase como se o autor pretendesse uma reeducação da polícia, a qual numa busca incessante por justiça imediata, acaba por violar os mais honrados direitos fundamentais do indivíduo. A polícia não dispõe de poderes ilimitados, devendo encarar o investigado como sujeito de direitos.

E a exemplo disso, tem-se o eixo central da pesquisa, relativo à conduta manifestamente ilícita da polícia na oportunidade em que acessa diretamente as mensagens armazenadas no aplicativo *WhatsApp* após efetuar a prisão em flagrante delito do agente, sem qualquer autorização legal ou judicial, derrubando barreiras e limites que deveriam ser levados como inultrapassáveis.

Na realidade social, sabe-se que os *smartphones* comportam inúmeros aplicativos, dentre os quais têm, em seu conteúdo, dados que não interessam à investigação criminal, como, por exemplo, dados bancários, fotos e vídeos pessoais, etc. Ainda, no interior do próprio aplicativo *WhatsApp*, o agente, preso em flagrante delito em posse de entorpecentes, não interage apenas com usuários ou traficantes. Esse sujeito também é membro de uma família e, assim como qualquer cidadão, mantém conversas que poderiam lhe causar constrangimento. Ora, qual é a garantia de que os policiais acessem apenas conversas que importem ao caso? Qual a garantia de que os dados, fotos e vídeos não serão divulgados?

Esse ato claramente não é a função da polícia, até porque, se assim fosse, qual seria o papel, afinal, dos auxiliares da justiça, nomeados como peritos técnicos? É evidente que esse agente estatal viola expressamente os direitos à intimidade e à privacidade do investigado, sem qualquer justificativa legal. Salientar o contrário é ignorar o que dispõe a Constituição Federal de 1988, eis que a polícia não tem o condão de cometer abusos contra direitos individuais da pessoa humana.

No cenário brasileiro, os direitos a intimidade e a privacidade são tutelados pela Carta Magna, previstos no Título II, do rol de direitos e garantias fundamentais.<sup>49</sup> O inciso X, do artigo 5º, diz respeito à proteção da intimidade e vida privada dos cidadãos, visando obstar a intervenção de terceiros no foro mais íntimo que lhe cabe. Para fins de conceito,

<sup>48</sup> LOPES JÚNIOR, Aury. *Investigação preliminar no processo penal*. São Paulo: Saraiva, 2014. p. 130.

<sup>49</sup> BRASIL. Constituição Federal de 1988. *Diário Oficial*. Brasília, 1988. Disponível em: < [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm) > Acesso em: 11 jul. 2017.



SUMÁRIO



EXPEDIENTE



APRESENTAÇÃO



ENTREVISTAS

01



CRIME E SOCIEDADE

01

02

03

04

05



DIREITOS HUMANOS

01

02



ESCOLAS PENAIAS

01

02



RESENHAS

01

02

comporta considerar a compreensão do ministro do Supremo Tribunal Federal Gilmar Mendes acerca dos direitos mencionados, quando esclareceu que “o direito à privacidade teria por objeto os comportamentos e acontecimentos atinentes aos relacionamentos pessoais em geral, às relações comerciais e profissionais que o indivíduo não deseja que se espalhem ao conhecimento público”,<sup>50</sup> reservando as relações e informações em seu espaço individual. E sobre o direito à intimidade, o eminente ministro acrescenta que “o objeto do direito à intimidade seriam as conversações e os episódios ainda mais íntimos, envolvendo relações familiares e amizades mais próximas”.<sup>51</sup>

Nesse contexto, o constitucionalista enfatiza a indispensabilidade do terreno da individualidade privativa:

A reclusão periódica à vida privada é uma necessidade de todo homem, para a sua própria saúde mental. Além disso, sem privacidade, não há condições propícias para o desenvolvimento livre da personalidade. Estar submetido ao constante crivo da observação alheia dificulta o enfrentamento de novos desafios. A exposição diuturna dos nossos erros, dificuldade e fracassos à crítica e à curiosidade permanentes de terceiros, e ao ridículo público mesmo inibiria toda tentativa de autossuperação.<sup>52</sup>

Analisando-se, pois, o direito à privacidade e intimidade do cidadão, nota-se que são direitos indispensáveis para uma vida humana com dignidade, merecendo proteção constitucional reforçada. Desse modo, demonstrada a importância e relevância dos referidos preceitos constitucionais, não restam dúvidas quanto à necessidade de proteção destes. É indiscutível que a polícia e a autoridade policial não devem, de forma alguma, acessar conversas no aplicativo *WhatsApp* do agente, sem qualquer autorização judicial, ainda que seja a única forma de se obter prova a respeito do crime naquele momento.

Compreendido dessa forma, resta alcançar, no próximo tópico, a solução para utilizar o aplicativo *WhatsApp* como meio de obtenção de provas na investigação, já que, conforme anteriormente apontado, é um valioso método para separar as figuras de traficante e usuário, ou, até mesmo, identificar os chefes do tráfico, a fim de dar real condução às tarefas do combate ao narcotráfico.

### 3.2 LIMITAÇÃO AOS DIREITOS FUNDAMENTAIS: NECESSIDADE DE PRÉVIA AUTORIZAÇÃO JUDICIAL

É importante lembrar que os direitos fundamentais não são absolutos, visto que, em algumas situações, podem padecer de restrições. No próprio ordenamento constitucional verificam-se hipóteses em que se permite a limitação dos direitos individuais, como é o caso do direito à vida, que pode ser restringido pela adoção de pena de morte em caso de guerra declarada, e a proteção ao domicílio, para o qual haverá limitação na circunstância de prévia determinação judicial ou em casos de flagrante delito.<sup>53</sup>

As restrições a direitos fundamentais geralmente vêm substanciadas na própria redação constitucional. Tal fato, porém, não ocorre quando o texto assegura o direito à intimidade e vida privada do cidadão. Ainda assim, em virtude

<sup>50</sup> MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de direito constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2016. p. 280.

<sup>51</sup> Ibidem.

<sup>52</sup> Ibidem.

<sup>53</sup> BRASIL. Constituição Federal de 1988. *Diário Oficial*. Brasília, 1988. Disponível em: < [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm) > Acesso em: 11 jul. 2017.



SUMÁRIO



EXPEDIENTE



APRESENTAÇÃO



ENTREVISTAS

01



CRIME E SOCIEDADE

01

02

03

04

05



DIREITOS HUMANOS

01

02



ESCOLAS PENAIAS

01

02



RESENHAS

01

02

desses direitos não se revestirem de caráter absoluto, principalmente quando confrontados com outros valores constitucionais, não há como negar a possibilidade de limitá-los na ocasião em que há interesse do Estado em promover a segurança pública que garante na Constituição.

O constitucionalista Gilmar Mendes justifica as restrições, afirmando que “tornou-se pacífico que os direitos fundamentais podem sofrer limitações, quando enfrentam outros valores de ordem constitucional, inclusive outros direitos fundamentais”.<sup>54</sup> Ou seja, os direitos fundamentais podem sofrer restrições se outros direitos ou valores constitucionais estiverem colidindo entre si. Assim,

[...] evidenciada a colisão de dois direitos fundamentais divergentes ou entre um direito fundamental e um valor constitucionalmente contraposto, o intérprete deverá harmonizar os bens jurídicos em conflito, traçando limites à plena incidência destes para buscar um ponto de equilíbrio que evite o sacrifício total de um em relação ao outro.<sup>55</sup>

No caso da presente pesquisa, os objetos constitucionais em conflito são os direitos à intimidade do agente criminoso, em face ao direito difuso à segurança pública, de modo que, por óbvio, seria mais coerente, e justo, limitar o direito individual do agente que está, em tese, praticando atos contra a segurança da coletividade. Assim, ao invés de dar abertura às atividades policiais e permitir que a polícia e autoridade policial invadam a privacidade de agente apreendido, nota-se a indispensabilidade do procedimento ser precedido de autorização judicial.

Isso porque somente o Poder Judiciário, dotado de imparcialidade nas decisões, está apto a apreciar fielmente o caso, verificando se a restrição dos direitos fundamentais do flagranteado é devida, ou melhor, se há fundadas razões em realizar tal medida, avaliando o caráter de urgência da obtenção da prova e se não há possibilidade de produzir provas por outros meios.

Nesse ínterim, o juiz encontrará amparo no aclamado princípio da proporcionalidade, levando em conta os interesses que estão sendo pautados, a fim de encontrar uma solução constitucionalmente adequada, com base em uma argumentação clara e coerente. Isso significa que algum direito fundamental ou valor constitucional terá de ceder e, neste caso, será restringido o direito à intimidade do agente que está agindo em desatenção às diretrizes legais do país.

Para melhor esclarecer o tema:

A ponderação pode ser conceituada como a operação hermenêutica pela qual são contrabalançados bens ou interesses constitucionalmente protegidos que se apresentam em conflito em situações concretas, a fim de determinar, à luz das circunstâncias do caso, qual deles possui o maior peso e deve prevalecer [...]. A ponderação, como técnica de decisão, identifica-se com a proporcionalidade em sentido estrito, que determina que se coloquem em equação os ônus e as vantagens que defluem da tutela total ou parcial de cada um dos bens jurídicos em conflito [...].<sup>56</sup>

<sup>54</sup> MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de direito constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2016. p. 141.

<sup>55</sup> PUCCINELLI JÚNIOR, André. *Curso de direito constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2015. p. 261.

<sup>56</sup> PEREIRA, Jane Gonçalves Reis. *Interpretação constitucional e direitos fundamentais*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. p. 506.



Para isso, a autoridade policial deve apreender o aparelho celular do flagranteado imediatamente após sua prisão e representar junto à autoridade judiciária acerca da quebra de sigilo de dados do *smartphone* do detido e, se deferida, encaminhá-la à perícia técnica. Esse procedimento não resultaria em qualquer prejuízo para a investigação.

A missão de acessar as conversas armazenadas no aplicativo *WhatsApp* deve ser incumbida a um perito técnico, tendo em vista que este é um agente oficial do estado, ao qual é legalmente outorgada a tarefa de realizar estudos que lhe forem solicitados, atuando como órgão auxiliar da justiça e cumprindo fielmente as funções que lhe são dadas, já que presta compromisso de bem no exercício da sua função.<sup>57</sup> Ou seja, ao acessar o telefone móvel do agente, o perito analisará apenas o que lhe for solicitado, sem invadir ou divulgar dados que não lhe cabem. Até porque, como órgão auxiliar da justiça, deverá apresentar relatório pormenorizado constando quais dados foram acessados e os horários em que adentrou em cada ponto. E mais: ainda poderá incorrer em sanções penais se agir de forma adversa.<sup>58</sup>

Acerca do tema, tem-se precedente do Superior Tribunal de Justiça (STJ), que, em Recurso em *Habeas Corpus* 51.531 – RO (2014/0232367-7), entendeu ser ilícito o acesso a dados, bem como a conversas de *WhatsApp*, obtidas diretamente pela polícia em celular apreendido no flagrante, sem prévia autorização judicial.<sup>59</sup>

Dos votos da discussão, observa-se que o ministro Nefi Cordeiro destacou o artigo 7º, da Lei 12.965/14, que regulamenta o uso da internet no Brasil e prevê, em seu inciso III, a inviolabilidade e sigilo de suas comunicações privadas armazenadas, salvo por ordem judicial. O ministro ainda acrescentou que “no acesso aos dados do aparelho, tem-se devassa de dados particulares, com violação à intimidade do agente. Embora possível o acesso, necessária é a prévia autorização judicial devidamente motivada”.<sup>60</sup> Nesse ponto, o ministro defendeu a vertente de que as diligências intrusivas devem ser sempre motivadas por uma decisão judicial, devidamente fundamentada.

Por sua vez, a ministra Maria Thereza de Assis Moura sustentou que, de fato, o aparelho celular apreendido serve como importante objetivo da persecução penal, mas reconheceu que deve prevalecer um “elemento de urgência” no acesso aos celulares, para demonstrar a necessidade, adequação e a proporcionalidade na busca exploratória de tais informações.<sup>61</sup>

Ao final, os ministros defenderam ser ilícito o acesso de dados no aparelho celular, especialmente no aplicativo *WhatsApp*, sem determinação legal.

E essa decisão do Superior Tribunal de Justiça já é tendência entre os tribunais. Recentemente, o Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul pronunciou-se:

<sup>57</sup> MARCÃO, Renato. *Curso de processo penal*. Saraiva: São Paulo, 2015. p. 447 – 448.

<sup>58</sup> “Art. 275. O perito, ainda quando não oficial, estará sujeito à disciplina judiciária.” (BRASIL. Código de Processo Penal. *Diário Oficial*. Brasília, 1941. Disponível em: < [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/Del3689Compilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del3689Compilado.htm) > Acesso em: 18 set. 2017).

<sup>59</sup> BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Recurso em Habeas Corpus* nº 51.531 – RO (2014/0232367-7). Relator Nefi Cordeiro. Sexta Turma. 19/04/16. Disponível em: < [http://www.omci.org.br/m/jurisprudencias/arquivos/2016/stj\\_00070839320148220000\\_19042016.pdf](http://www.omci.org.br/m/jurisprudencias/arquivos/2016/stj_00070839320148220000_19042016.pdf) >. Acesso em: 10 ago. 2017.

<sup>60</sup> Ibidem.

<sup>61</sup> Ibidem.



01



01 02



01 02



01 02

HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE DROGAS. ACESSO ÀS CONVERSAS VIA WHATSAPP. VIOLAÇÃO À INTIMIDADE. TRANCAMENTO DA AÇÃO PENAL. INOCORRÊNCIA DE HIPÓTESE EXCEPCIONAL. 1. A inviolabilidade das comunicações é direito constitucionalmente assegurado (art. 5º, XII, CF), regulado pelas Leis nº 9.296 /1996 e nº 12.965 /2014. O acesso às comunicações por qualquer meio depende de prévia autorização judicial, demonstrada sua necessidade para a investigação. No caso, não há elemento nos autos que demonstre a imprescindibilidade da interceptação das conversas do paciente no momento do flagrante. Apreendido o aparelho celular do réu e uma vez constatada a imprescindibilidade da medida cautelar, poderia ter havido representação pela quebra do sigilo telefônico à autoridade judicial. Neste contexto, a prova obtida no momento do flagrante, acerca das conversas mantidas pelo paciente no aplicativo whatsapp, mostra-se ilegal, pois ausente prévia autorização judicial ou demonstrativo de sua necessidade. [...].<sup>62</sup> (Habeas Corpus Nº 70074277419, Primeira Câmara Criminal, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Jayme Weingartner Neto, Julgado em 09/08/2017).

No mesmo sentido, o Tribunal de Justiça de Minas Gerais seguiu o posicionamento do Superior Tribunal de Justiça:

Tráfico de drogas. Insuficiência de provas. Desclassificação. Conversas mantidas no aplicativo *WhatsApp*. Autorização judicial.

A extração de conversas mantidas no aplicativo *WhatsApp* depende de prévia autorização judicial. A prova obtida por esse meio, diretamente pela polícia, sem autorização judicial, ilícita, é nula (CPP, 157). Não serve para embasar condenação. [...].<sup>63</sup>

Portanto, observa-se que já existe certa prevalência do entendimento do STJ de que os acessos aos conteúdos das conversas arquivadas no aplicativo *WhatsApp* devem ser motivados apenas por decisão judicial, devidamente fundamentada, para evitar desvirtuamento ou excesso da medida empreendida em desfavor do suspeito, impedindo que policiais tenham acesso a dados que não interessam às investigações criminais.

## CONSIDERAÇÕES FINAIS

As dinamicidades das comunicações humanas trouxeram consigo o aplicativo de mensagens instantâneas *WhatsApp*. A plataforma dispõe das mais diversas funcionalidades como trocar mensagens, compartilhar imagens, vídeos e áudios, ofertando ao usuário facilidades na hora de interagir com amigos e familiares. No entanto, o uso dessa mídia virtual não está mais associado somente à função de entretenimento, eis que traficantes e usuários de drogas passaram a usufruir dos recursos do aplicativo para fomentar o tráfico ilícito de entorpecentes.

<sup>62</sup> BRASIL. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. *Habeas Corpus* nº 70074277419. Relator Jayme Weingartner Neto. 09/08/2017. Disponível em: < [http://www.tjrs.jus.br/busca/search?q=cache:www1.tjrs.jus.br/site\\_php/consulta/consulta\\_processo.php%3Fnome\\_comarca%3DTribunal%2Bde%2BJusti%25E7a%26versao%3D%26versao\\_fonetica%3D1%26tipo%3D1%26id\\_comarca%3D700%26num\\_processo\\_mask%3D70074277419%26num\\_processo%3D70074277419%26codEmenta%3D7398917+Habeas+Corpus+N%C2%BA+70074277419++++&proxystylesheet=tjrs\\_index&client=tjrs\\_index&ie=UTF-8&site=ementario&access=p&oe=UTF-8&numProcesso=70074277419&comarca=Comarca%20de%20Canoas&dtJulg=09/08/2017&relator=Jayme%20Weingartner%20Neto&aba=juris](http://www.tjrs.jus.br/busca/search?q=cache:www1.tjrs.jus.br/site_php/consulta/consulta_processo.php%3Fnome_comarca%3DTribunal%2Bde%2BJusti%25E7a%26versao%3D%26versao_fonetica%3D1%26tipo%3D1%26id_comarca%3D700%26num_processo_mask%3D70074277419%26num_processo%3D70074277419%26codEmenta%3D7398917+Habeas+Corpus+N%C2%BA+70074277419++++&proxystylesheet=tjrs_index&client=tjrs_index&ie=UTF-8&site=ementario&access=p&oe=UTF-8&numProcesso=70074277419&comarca=Comarca%20de%20Canoas&dtJulg=09/08/2017&relator=Jayme%20Weingartner%20Neto&aba=juris) > Acesso em: 22 set. 2017.

<sup>63</sup> BRASIL. Tribunal de Justiça do Distrito Federal. *Apelação Criminal* nº 20150110901905. Relator Des. (a) Jair Soares. 27/07/2017. Disponível em: < <https://tj-df.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/501238530/20150110901905-df-0027045-8220158070001/inteiro-teor-501238552?ref=juris-tabs> > Acesso em: 20 set. 2017.



SUMÁRIO



EXPEDIENTE



APRESENTAÇÃO



ENTREVISTAS

01



CRIME E SOCIEDADE



DIREITOS HUMANOS

01 02



ESCOLAS PENAIAS

01 02



RESENHAS

01 02

A polícia estatal se vê diante de um novo meio de obtenção de provas para apurar a prática da mercancia ilícita de drogas, utilizando-se da plataforma para alcançar os critérios diferenciadores de traficante e usuário impostos pela Lei 11.343/2006, e, ainda, desvendar os fatos ocultos que circundam a questão do narcotráfico.

No entanto, a polícia não está autorizada a realizar o procedimento em hipótese alguma. As buscas exploratórias no aplicativo devem ser precedidas de autorização judicial e, se permitidas pelo Judiciário, serão realizadas por especialistas, no caso, peritos técnicos.

É importante deixar claro que o Judiciário deve analisar, sobretudo, se não há a possibilidade de a investigação ser realizada por outros meios de prova. Por mais que nenhum direito fundamental possua força absoluta, podendo padecer de restrições quando confrontado com outros valores constitucionais, essas limitações devem ser feitas em caráter isolado, excepcional.

Esse tema ainda suscitará muitos debates na jurisprudência brasileira, a ponto de, quem sabe, regulamentar o procedimento do acesso aos dados constantes do aplicativo mediante legislação infraconstitucional. O que não se pode permitir é uma extração de dados privativos do investigado sem a devida análise pelo Judiciário, o qual deverá observar se não há outros meios para realizar a investigação, e, somente em caso negativo, atender aos fundamentos do princípio da proporcionalidade, colocando em pauta os valores constitucionais que estão colidindo entre si, e assim, podendo autorizar o acesso às conversas armazenadas no aplicativo *WhatsApp*.

## REFERÊNCIAS

ANDREUCCI, Ricardo Antônio. *Legislação penal especial*. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

ARGUIÇÃO de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 403. Disponível em: < <http://s.conjur.com.br/dl/whatsapp-alega-stf-bloqueios-ferem.pdf> >. Acesso em: 15 set. 2017.

AVENA, Noberto Pâncaro. *Processo penal*. São Paulo: Método, 2017.

BRASIL. Código de Processo Penal. *Diário Oficial*. Brasília, 1941. Disponível em: < [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/Del3689.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del3689.htm) > Acesso em: 13 jul. 2017.

BRASIL. Constituição Federal de 1988. *Diário Oficial*, Brasília, 1988. Disponível em: < [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm) > Acesso em: 07 jun. 2017.

BRASIL. Lei 11.343, de 23 de agosto de 2006. *Diário Oficial*, Brasília, 2006. Disponível em: < [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2004-2006/2006/lei/l11343.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/lei/l11343.htm) > Acesso em: 07 jun. 2017.

BRASIL. Lei nº 9.296 de 1996. *Diário Oficial*, Brasília, 1996. Disponível em: < [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/L9296.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9296.htm) >. Acesso em: 08 set. 2017.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Recurso em Habeas Corpus* nº 51.531 – RO (2014/0232367-7). Relator Nefi Cordeiro. Sexta Turma. 19/04/16. Disponível em: < [http://www.omci.org.br/m/jurisprudencias/arquivos/2016/stj\\_00070839320148220000\\_19042016.pdf](http://www.omci.org.br/m/jurisprudencias/arquivos/2016/stj_00070839320148220000_19042016.pdf) >. Acesso em: 10 ago. 2017.



SUMÁRIO



EXPEDIENTE



APRESENTAÇÃO



ENTREVISTAS

01



CRIME E SOCIEDADE



DIREITOS HUMANOS

01 02



ESCOLAS PENAIAS

01 02



RESENHAS

01 02

BRASIL. Tribunal de Justiça de Minas Gerais. *Apelação Criminal* nº 1.0460.16.002691-6/001. Relator Des. (a) Márcia Milanez. Disponível em: < <http://www5.tjmg.jus.br/jurisprudencia/pesquisaNumeroCNJEspelhoAcordao.do?numeroRegistro=1&totalLinhas=1&linhasPorPagina=10&numeroUnico=1.0460.16.002691-6%2F001&pesquisaNumeroCNJ=Pesquisar> > Acesso em: 20 set. 2017.

BRASIL. Tribunal de Justiça de São Paulo. *Apelação* 175.700-3/9, 2ª Câmara Criminal, rel. Des. Canguçu de Almeida, DJ 06/03/1995. Disponível em: < <http://www.revistadotribunais.com.br/maf/app/widgetshomepage/resultList/document?&src=rl&srguid=i0ad82d9a0000015ee7114248428c1050&docguid=11a072330e03811df92fe01000000000000&hitguid=11a072330e03811df92fe01000000000000&spos=2&epos=2&td=6&context=14&crumb-action=append&crumb-label=Documento&isDocFG=false&isFromMultiSumm=true&startChunk=1&endChunk=1> > Acesso em: 04 out. 2017.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Mato Grosso do Sul. *Habeas Corpus* 14006390420158120000. 3ª Câmara Criminal, rel. Des. Francisco Gerardo de Sousa, DJ 11/03/2015. Disponível em: < <https://tj-ms.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/432903765/habeas-corpus-hc-14014708120178120000-ms-1401470-8120178120000/inteiro-teor-432903783?ref=juris-tabs> >. Acesso em: 04 out. 2017.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Paraná. *Habeas Corpus* 1307163-7. 3ª Câmara Criminal, rel. Ângela Regina Ramina de Lucca, DJ 25/02/2015. Disponível em: < <https://tj-pr.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/169583310/habeas-corpus-hc-13071637-pr-1307163-7-acordao> >. Acesso em: 04 out. 2017.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. *Habeas Corpus* nº 70074277419. Relator Jayme Weingartner Neto. 09/08/2017. Disponível em: < [http://www.tjrs.jus.br/busca/search?q=cache:www1.tjrs.jus.br/site\\_php/consulta/consulta\\_processo.php%3Fnome\\_comarca%3DTribunal%2Bde%2BJusti%25E7a%26versao%3D%26versao\\_fonetica%3D1%26tipo%3D1%26id\\_comarca%3D700%26num\\_processo\\_mask%3D70074277419%26num\\_processo%3D70074277419%26codEmenta%3D7398917+Habeas+Corpus+N%C2%BA+70074277419+++&proxystylesheet=tjrs\\_index&client=tjrs\\_index&ie=UTF-8&site=ementario&access=p&oe=UTF-8&numProcesso=70074277419&comarca=Comarca%20de%20Canoas&dtJulg=09/08/2017&relator=Jayme%20Weingartner%20Neto&aba=juris](http://www.tjrs.jus.br/busca/search?q=cache:www1.tjrs.jus.br/site_php/consulta/consulta_processo.php%3Fnome_comarca%3DTribunal%2Bde%2BJusti%25E7a%26versao%3D%26versao_fonetica%3D1%26tipo%3D1%26id_comarca%3D700%26num_processo_mask%3D70074277419%26num_processo%3D70074277419%26codEmenta%3D7398917+Habeas+Corpus+N%C2%BA+70074277419+++&proxystylesheet=tjrs_index&client=tjrs_index&ie=UTF-8&site=ementario&access=p&oe=UTF-8&numProcesso=70074277419&comarca=Comarca%20de%20Canoas&dtJulg=09/08/2017&relator=Jayme%20Weingartner%20Neto&aba=juris) > Acesso em: 22 de setembro de 2017.

DECLARAÇÃO UNIVERSAL DOS DIREITOS HUMANOS. Disponível em: < <http://unesdoc.unesco.org/images/0013/001394/139423por.pdf> > Acesso em: 18 ago. 2017.

GOMES, Luiz Flávio; BIANCHINI, Alice. *Lei de drogas comentada*: artigo por artigo: Lei 11.343, de 23.08.2006. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

GRECO FILHO, Vicente. *Interceptação telefônica*: considerações sobre a Lei n. 9.296, de 24 de julho de 1996. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2005.

GRECO FILHO, Vicente; RASSI, João Daniel. *Lei de drogas anotada*: lei n. 11343/2006. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

JESUS, Damásio de. *Lei antidrogas anotada* - comentários à Lei n. 11.343/2006. São Paulo: Saraiva, 2010.



SUMÁRIO



EXPEDIENTE



APRESENTAÇÃO



ENTREVISTAS

01



CRIME E SOCIEDADE

01

02

03

04

05



DIREITOS HUMANOS

01

02



ESCOLAS PENAIS

01

02



RESENHAS

01

02

LIMA, Renato Brasileiro de. *Legislação criminal especial comentada*. 5. ed. rev., atual. e ampl. Salvador: JusPODIVM, 2017.

LOPES JUNIOR, Aury. *Investigação preliminar no processo penal*. São Paulo: Saraiva, 2014.

MARCÃO, Renato. *Curso de processo penal*. Saraiva: São Paulo, 2015.

MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de direito constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2016.

MENDONÇA, Andrey de; CARVALHO, Paulo Roberto de. *Lei de drogas comentada – artigo por artigo*. 3. ed. São Paulo: Método, 2012.

MOBILE Time. Disponível em: <[www.mobiletime.com.br](http://www.mobiletime.com.br)>. Acesso em: 18 jul. 2017.

OPINION Box. Disponível em: <[www.opinionbox.com](http://www.opinionbox.com)>. Acesso em: 18 jul. 2017.

PANORAMA Mobile Time. Disponível em: <<http://panoramamobiletime.com.br/>> e <[file:///C:/Users/Usuario/Downloads/Panorama-Mensageria\\_AGO2017.pdf](file:///C:/Users/Usuario/Downloads/Panorama-Mensageria_AGO2017.pdf)>. Acesso em: 10 set. 2017.

PEREIRA, Jane Gonçalves Reis. *Interpretação constitucional e direitos fundamentais*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

PUCCINELLI JÚNIOR, André. *Curso de direito constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2015.

SEGURANÇA padrão. Disponível em: <<https://www.whatsapp.com/security/>>. Acesso em: 15 set. 2017.

VELLOSO, Fernando de Castro. *Informática: conceitos básicos*. 9. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Elsevier, 2014.

WHATSAPP é o aplicativo mais usado pelos internautas brasileiros. Disponível em: <<http://www.ibope.com.br/pt-br/noticias/Paginas/WhatsApp-e-o-aplicativo-mais-usado-pelos-internautas-brasileiros.aspx>>. Acesso em: 18 jul. 2017.



SUMÁRIO



EXPEDIENTE



APRESENTAÇÃO



ENTREVISTAS

01



CRIME E SOCIEDADE

01

02

03

04

05



DIREITOS HUMANOS

01

02



ESCOLAS PENAIS

01

02



RESENHAS

01

02

## CRÍTICA DO VALOR E CRÍTICA ESTÉTICA NA ANÁLISE DA SELETIVIDADE PENAL – CAPITALISMO, RAP E FORMA JURÍDICA

### *CRITICAL OF VALUE AND ESTHETIC CRITIQUE IN THE ANALYSIS OF CRIMINAL SELECTIVITY – CAPITALISM, RAP AND LEGAL FORM*

**Victor Silveira Garcia Ferreira**

Graduando em Direito pela PUC-SP. Integrante do laboratório de Ciências Criminais do IBCCRIM e do grupo de pesquisa “A crítica do Direito e a Subjetividade Jurídica”, da USP.

[victor\\_garcia\\_ferreira@hotmail.com](mailto:victor_garcia_ferreira@hotmail.com)

**Resumo:** O escopo do presente trabalho é fornecer uma análise da seletividade penal, a partir da crítica marxista do valor. Assim, a priori, o artigo perpetra uma abordagem das determinações infraestruturais da seletividade secundária, demonstrando o percurso sistêmico que engendra populações marginalizadas e, em decorrência, erige inúmeras contradições sociais. A posteriori, teoriza acerca dos reflexos que os conflitos sociais exercem, em última instância, no Direito e no Estado (forma política), estruturando a criminalização da pobreza na seara penal. Ao mesmo tempo em que realiza a crítica de fenômenos concretos, amparada em categorias lógicas e determinantes do modo de produção, o texto se incumbe de levar a denúncia artística da periferia – em face das condições excludentes – ao âmbito acadêmico, com o objetivo de ilustrar, complementar e corroborar as análises presentes.

**Palavras-chave:** Seletividade penal. Crítica do valor. Capitalismo. Marginalização. Rap.

**Abstract:** The scope of this paper is to provide an analysis of criminal selectivity, based on the Marxist critique of value. Thus, a priori, the article perpetuates an approach to the infrastructural determinations of secondary selectivity, demonstrating the systemic pathway that engenders marginalized populations and, consequently, it creates numerous social contradictions. posteriorly, he theorizes about the reflexes that the social conflicts exert, in the last instance, in the Law and the State (political form), structuring the criminalization of the poverty in the criminal area. At the same time that it criticizes concrete phenomena, based on logical categories and determinants of the mode of production, the text is responsible for bringing the artistic denunciation of the periphery – in the face of the exclusionary conditions – to the academic scope, with the purpose of illustrating, complement and corroborate the present analyzes.

**Keywords:** Criminal selectivity. Marxist critique of value. Capitalism. Marginalization. Rap.

**Sumário:** 1. Introdução – 2. A sociabilidade capitalista; 3. Aparelhos ideológicos e socialização; 3.1 Reprodução da força de trabalho; 4. Seletividade penal; 4.1 Criminalização da pobreza; 4.2 O movimento de Lei e Ordem; 5. A forma pena; Considerações finais. Referências.



SUMÁRIO



EXPEDIENTE



APRESENTAÇÃO



ENTREVISTAS

01



CRIME E SOCIEDADE

01

02

03

04

05



DIREITOS HUMANOS

01

02



ESCOLAS PENAIS

01

02



RESENHAS

01

02

## 1 INTRODUÇÃO

O presente trabalho parte de dois âmbitos de abordagem que se cruzam: a crítica do valor e a manifestação cultural do rap. Fenômenos a princípio distintos, mas que revelam uma imbricação exemplar para desaguar na problemática penal do capitalismo e em algumas de suas características específicas, como a seletividade.

O primeiro fulcro desta reflexão é a crítica do valor e a análise das especificidades econômicas capitalistas, com base em descobertas como a da forma-mercadoria em Marx, presente n' *O capital*. Obviamente, não se pretende esgotar os pormenores de tal conteúdo, mas somente apresentar uma base do estilo de sociabilidade sob a égide das formas sociais constituídas a partir da forma-valor, traçando suas relações com a dominação de classe atrelada a essa órbita. Nesse segmento, a atenção também se volta aos aparelhos ideológicos do modo de produção e à sua respectiva função de interpelar os indivíduos que nele se encontram, focando no fato de que a socialização efetiva da sociedade é inviável e inatingível diante do escopo sistêmico de valorização do valor. Adiante, se demonstrará como as contradições econômicas e suas respectivas expectativas sociais, engendradas pela infraestrutura, se espelham na ação do Estado, mormente em suas ações penais *lato sensu*; tomando como base a teoria da vulnerabilidade do professor Zaffaroni. Foi adotado o método materialista histórico, visando construir a totalidade concreta do objeto (seletividade penal) a partir de abstrações necessárias, tendo como base a forma mercadoria. Demonstrar-se-á, pois, a influência que o modo de produção exerce na reprodução da desigualdade na seara penal, além dos motivos pelos quais os processos de criminalização não são igualitários.

O segundo dos fulcros será a reflexão em torno do papel cultural, nas sociedades capitalistas, do rap. Trata-se de um estilo musical, resultado de múltiplos acoplamentos culturais (culturas jamaicana e afro-americana, funk, jazz, soul, reggae, dub) que culminaram em uma música nova, cujo conteúdo está atrelado aos anseios de parcelas específicas da sociedade.<sup>1</sup> Apresenta-se, no Brasil, desde 1980, como instrumento periférico de intervenção social,<sup>2</sup> possuindo como tônica as situações de opressão recorrentes nos polos marginalizados da urbe. Aborda, em seu bojo, episódios de violência, desigualdade social, miséria, consumo de drogas, acesso precário aos serviços públicos, etc. O rap constitui, portanto, uma forma de luta e resistência dos periféricos em face das condições de marginalização, realizada por indivíduos eivados de consciência de classe. Dessa feita, em todas as passagens teóricas que dizem respeito à desigualdade social, estigmatização e seletividade penal dos miseráveis, procurou-se dar voz aos afetados por tais processos – os periféricos –, o que se consubstanciou por meio da transcrição de trechos de rap.

Com base em tal dúplice caminho, a reflexão desaguará em uma leitura ao mesmo tempo estrutural da economia capitalista no âmbito do Direito Penal e embebida da crítica do rap como voz da periferia sobre e contra a dominação jurídica criminal.

## 2 A SOCIABILIDADE CAPITALISTA

No modo de produção capitalista, a dominação de classe ocorre de forma sutil, consumando-se nos planos econômico e político.

<sup>1</sup> CAMARGOS, Roberto. *Rap e política*. São Paulo: Boitempo, 2015. Cap. 1, p. 36.

<sup>2</sup> Ibidem, pg. 41.



SUMÁRIO



EXPEDIENTE



APRESENTAÇÃO



ENTREVISTAS

01



CRIME E SOCIEDADE

01

02

03

04

05



DIREITOS HUMANOS

01

02



ESCOLAS PENAIS

01

02



RESENHAS

01

02

A classe trabalhadora, desprovida dos meios de produção, somente realiza sua liberdade com a venda de sua força de trabalho como mercadoria,<sup>3</sup> fato que materializa o valor de troca – expropriado em parte, para garantir o processo de acumulação – e, por conseguinte, possibilita a satisfação das necessidades individuais mediante consumo (apropriação material).

Quando o proletário vende a sua força de trabalho no mercado, ele ocupa o posto que lhe é assinalado pelo modo de produção capitalista e contribui para a produção social com a parte do trabalho que lhe cabe, retirando para a sua manutenção aquela parte do fundo de salários, que deverá, antes, reproduzir com o seu trabalho.<sup>4</sup>

O proletário trabalha, em parte, para gerar sua manutenção (salário) e, em parte, para produzir o lucro e consequente reprodução do capital (mais-valor). E os frutos de sua produção apresentam-se no mercado como valores de uso, cujo pano de fundo é a exploração do trabalho humano. A peculiaridade da força de trabalho é o fato de render mais do que custa, uma vez que o salário de uma jornada não representa o quanto foi produzido pelo proletário nesse período, mas tão somente o necessário para mantê-lo por 24 horas. O trabalho, com efeito, é a única mercadoria capaz de criar valor, na medida em que produz a base valorativa das mercadorias dele derivadas, a mais-valia, e reproduz o capital.<sup>5</sup>

No tocante à mais-valia, contemporaneamente tende a ser extraída com o auxílio da tecnologia, que permite a redução da porosidade do trabalho a partir da regulação do ritmo da jornada, a qual passa a ser mais intensa. Desse modo, não obstante a classe trabalhadora tenha conquistado a redução temporal da jornada de trabalho – da qual se extraia mais-valia absoluta de forma desmesurada –, o trabalho continua sendo explorado, mas preponderantemente de outra forma: pela máxima eficiência no período em que é empregado.<sup>6</sup> Isso acarreta maior tensão da força de trabalho no tempo – determinado por lei – em que desenvolve seu ofício, o que prolonga o trabalho excedente e reduz o necessário (que representa sua manutenção).<sup>7</sup> Além do mais, consoante o professor Márcio Pochmann, as novas tecnologias de comunicação e informação permitem o exercício do trabalho imaterial extra jornada, isto é, em qualquer tempo e espaço diferentes do local e do horário em que oficialmente se trabalha. Como consequência, o ser humano se torna uma máquina “plugada 24 horas por dia no trabalho heterônomo”.<sup>8</sup>

Nesse seguimento, destaca-se o fato de que a sociabilidade do capital representa o domínio absoluto das trocas mercantis, em que tudo e todos se equivalem. A forma-mercadoria se torna dominante no momento em que o próprio trabalho se constitui em mercadoria, isto é, passa a ser trocado por um equivalente.<sup>9</sup> Posteriormente, a dimensão de

<sup>3</sup> MARX, Karl. *O capital*. São Paulo: Boitempo, 2014, p. 605- 613. Somente com a venda da mão de obra aos detentores de capital – em troca de salário – se realiza a liberdade, uma vez que tudo é dotado de preço.

<sup>4</sup> CAFIERO, Carlo. *O Capital (compêndio)*. São Paulo: Hunter Books, 2014, p. 92.

<sup>5</sup> MARX, Karl. *O capital*. São Paulo: Boitempo, 2014, p. 642.

<sup>6</sup> Ver: ROSSO, Sadi dal; CARDOSO, Ana Cláudia Moreira. Intensidade do trabalho: questões conceituais e metodológicas. Scielo, São Paulo, v. 30, n. 3, p.1, dez. 2015. “Mais recentemente, outra vertente de análise reforça esta tese: “o trabalho ficou mais intenso, mas os trabalhadores labutam durante menos horas. A análise do survey de 2010 permite aos seus autores também afirmar que os “riscos psicossociais provavelmente cresceram com o aumento da intensidade. Elevada a intensidade do trabalho, agravam-se a vulnerabilidade e os riscos para a saúde do trabalhador, não apenas no terreno físico como também no campo mental e psicológico (...)”

<sup>7</sup> MARX, Karl. *O capital*. São Paulo: Boitempo, 2014, p. 482-483

<sup>8</sup> POCHMANN, Marcio. *Economia global e a nova divisão internacional do trabalho*, p. 59

<sup>9</sup> MARX, Karl. *O capital*. São Paulo: Boitempo, 2014, p. 157-218.



SUMÁRIO



EXPEDIENTE



APRESENTAÇÃO



ENTREVISTAS

01



CRIME E SOCIEDADE

01

02

03

04

05



DIREITOS HUMANOS

01

02



ESCOLAS PENAIS

01

02



RESENHAS

01

02

mercadoria é conferida ao produto do trabalho, o qual passa a ser valorado com base no trabalho humano abstrato<sup>10</sup> empregado em sua produção, além das determinações econômicas.

A troca capitalista comporta especificidades. Conforme mencionado supra, a troca calcada no “valor de troca” constitui a totalidade das relações sociais, que são erigidas a partir dos princípios que orientam tais transações. Esses princípios se encontram na base dos liames fáticos, sendo formados historicamente a partir de interações sociais factuais, que, por conseguinte, formam as balizas (vetores) – denominadas “formas sociais” – das relações sociais a *posteriori* a sua constituição.<sup>11</sup> As sociedades de acumulação orbitam ao redor de formas como o valor, a mercadoria e a subjetividade jurídica.<sup>12</sup> Nesse ponto, vale uma observação de suma importância: a forma-jurídica somente se desenvolve plenamente no contexto capitalista, uma vez que é amalgamada à forma mercadoria.<sup>13</sup> Isso porque, se analisada a relação de troca com as devidas abstrações, percebe-se que o instituto do “sujeito de direito” (átomo do direito) figura como imprescindível para tais vínculos. Nesse sentido, a troca somente se efetiva se dois sujeitos se reconhecem como iguais – proprietários de mercadorias –, cuja vontade reside nas coisas.<sup>14</sup> Não fosse assim, a relação seria de mando direto ou de desigualdade formal, como característico nas sociedades precedentes.

As mercadorias não podem ir por si mesmas ao mercado e trocar-se umas pelas outras. Temos, portanto, de nos voltar para seus guardiões, os possuidores de mercadorias. Elas são coisas e, por isso, não podem impor resistência ao homem. Se não se mostram solícitas, ele pode recorrer à violência; em outras palavras, pode tomá-las à força. Para relacionar essas coisas umas com as outras como mercadorias, seus guardiões têm que estabelecer relações uns com os outros como pessoas cuja vontade reside nessas coisas e agir de modo tal que um só pode se apropriar da mercadoria alheia e alienar a sua própria mercadoria em concordância com a vontade do outro, portanto, por meio de um ato de vontade comum a ambos. Eles têm, portanto, de se reconhecer mutuamente como proprietários privados. Essa relação jurídica, cuja forma é o contrato, seja ela legalmente desenvolvida ou não, é uma relação volitiva, na qual se reflete a relação econômica. O conteúdo dessa relação jurídica ou volitiva é dado pela própria relação econômica. Aqui, as pessoas existem umas para outras apenas como representantes da mercadoria e, por conseguinte, como possuidoras de mercadorias.<sup>15</sup>

O direito figura, pois, como relação social na qual os proprietários de mercadorias se relacionam de modo a ajustar seus interesses, para que a transação econômica ocorra mediante acordo de vontades. Tal relação entre sujeitos reveste-se de conteúdo econômico, na medida em que as pessoas que nela se apresentam nada mais fazem do que realizar a vontade das mercadorias em jogo, concernente em materializar seu valor de troca. Inverte-se, assim, a lógica: a relação entre mercadorias passa a ser social – correlação entre trabalhos –, enquanto a relação entre seres humanos passa a ser “coisal”.

Dessa feita, se aduz a presença de institutos jurídicos, hoje positivados, na essência da relação mercantil, quais sejam, a igualdade formal – que oculta as relações de desigualdade substanciais –, a propriedade e a autonomia da

<sup>10</sup> Ibidem. De acordo com Marx, é o trabalho valorado com base no tempo médio (social) de produção.

<sup>11</sup> MASCARO, Alysson Leandro. *Estado e forma política*. São Paulo: Boitempo, 2014, p. 21 e 22.

<sup>12</sup> Ibidem, p. 21.

<sup>13</sup> PACHUKANIS, Evguiéni B. *Teoria geral do direito e marxismo*. São Paulo: Boitempo, 2017, p. 117-137.

<sup>14</sup> Ibidem, p. 117 – 137.

<sup>15</sup> MARX, Karl. *O capital*. São Paulo: Boitempo, 2014, p. 159 -160.



vontade. E pelo fato de os “sujeitos econômicos egoístas” pautarem-se sempre pelos seus interesses privados *erga omnes* (acumulação individual), que esbarram nos interesses alheios, somente o contrato tem o condão de pacificar de forma episódica tais relações. Portanto, a forma jurídica está presente na totalidade das relações sociais, que se conformam aos preceitos da troca equivalente.

Amalgamada a essa estrutura comercial, surge, concomitantemente, a forma-política Estatal e seu aparato jurídico, cujo escopo é justamente atuar como garante destas relações, trazendo segurança e efetividade ao princípio da acumulação; eis que nessa sociedade todos possuem e não possuem por direito.<sup>16</sup> Então, a forma do direito privado, que se manifesta nas relações de equivalência, no seio das trocas, requisita a constituição da comunidade política do capitalismo, incumbida de garantir os institutos jurídicos imprescindíveis às relações dominantes, bem como estabelecer contornos específicos às formas-sociais. O direito estatal não se constitui a partir de operações mentais (dever ser), como postulavam os neokantianos; mas, ao contrário, somente é racionalizado após a composição das formas sociais que o pressupõem. Nesse sentido, as formas sociais são um *a priori* da razão.<sup>17</sup>

A estrutura estatal, do modo pelo qual hoje é concebida, não se fazia presente nos modos pretéritos de produção, nos quais as relações de poder se davam de forma direta, sem o intermédio de um terceiro neutro às classes sociais. Antes, como salienta o professor Alysson Mascaro, não havia separação entre os que dominavam politicamente e os que hegemonizavam economicamente. O mesmo grupo se consolidava em ambas as esferas. As relações de mando e as eventuais problemáticas delas decorrentes se davam, no limite, de forma bruta (força direta), protagonizadas pela classe dominante à época.<sup>18</sup> De acordo com o professor Joaquim Hirsch, o surgimento do capitalismo acarretou a separação dos produtores diretos dos meios de produção. A produção passou a ser empreendida no regaço de uma esfera privada, pelo trabalhador assalariado, que confere valor às mercadorias – além de produzir mais-valor. Assim, os trabalhos se tornam sociais a partir da troca de mercadorias, a qual propicia a acumulação do excedente pela classe dominante, através da materialização do valor de troca. Portanto, não se faz mais necessária a violência direta para acumular-se o sobreproduto, percebido com as trocas de equivalentes. Ao mesmo tempo, a submissão à exploração econômica se dá voluntariamente, uma vez que a forma dinheiro exerce uma coerção exterior em face dos trabalhadores, que trocam seu dispêndio produtivo por um equivalente, a fim de satisfazerem as suas necessidades básicas. Desse modo, a liberdade, a igualdade formal e a subjetividade jurídica reconhecidas a todos ensejam um contexto de livre troca de mercadorias, concorrência e venda da força de trabalho. Para garantir tal sociabilidade, que concebe a acumulação de excedentes, faz-se imprescindível que a classe economicamente dominante renuncie à aplicação da coerção direta ao trabalho (força física), fato que deturparia os pressupostos da troca. O exercício direto da força, pela classe burguesa, constituiria relações de escravidão ou servidão, não compatíveis com o modo de acumulação mercantil.

Então, a estrutura capitalista comporta não só contradições e lutas entre interesses de classes – no tocante às relações de trabalho e sua específica forma de exploração –, como também antagonismos nas circulações mercantis. Por conseguinte, a valorização do valor, combinada com a concorrência econômica – voltadas ambas à acumulação de mercadorias –, engendra um contexto em que o máximo ganho, em detrimento do outro, constitui objetivo de todos,

<sup>16</sup> MASCARO, Alysson Leandro. *Estado e forma política*. São Paulo: Boitempo, 2014, p. 18.

<sup>17</sup> Ibidem, p. 21

<sup>18</sup> Ibidem, p. 17.



SUMÁRIO



EXPEDIENTE



APRESENTAÇÃO



ENTREVISTAS

01



CRIME E SOCIEDADE

01

02

03

04

05



DIREITOS HUMANOS

01

02



ESCOLAS PENAIAS

01

02



RESENHAS

01

02

fato que se manifesta desde a exploração do trabalho até a troca. Nesse contexto surge o Estado – e seu aparato jurídico – como agente “impessoal” que institucionaliza os conflitos sociais, com o intento de pacificá-los.

Aqui está, em síntese, o âmago econômico da formação social capitalista.

Conheci o paraíso e eu conheço o inferno

Vi Jesus de calça bege e o diabo vestido de terno

No mundo moderno, as pessoas não se falam

Ao contrário, se calam, se pisam, se traem, se matam

Embaralho as cartas da inveja e da traição

Copa, ouro e uma espada na mão

O que é bom é pra si e o que sobra é do outro

Que nem o sol que aquece, mas também apodrece o esgoto

(...)

Mais uma queda em 15 milhões

Na mais rica metrópole, suas várias contradições

É incontável, inaceitável, implacável, inevitável

Ver o lado miserável se sujeitando com migalhas, favores

Se esquivando entre noite de medo e horrores.

(Racionais Mc's – *A vida é desafio*)

A música *A vida é desafio*, em seu início, traz à tona as angústias às quais se submetem os indivíduos sem acesso efetivo aos meios institucionais de sucesso. Coloca em questão a falta de oportunidades equânimes no mercado capitalista, o que obriga as populações mais pobres a sobreviver, ao invés de sonhar (“o sistema limita nossa vida de tal forma que tive que fazer minha escolha, sonhar ou sobreviver”). Posteriormente, a crítica musical se volta ao modelo de sociabilidade do capital, no qual “a ambição é como um véu que cega os irmão[sic]”, isto é, a ganância (máximo ganho em detrimento do outro), a perspectiva de ascensão, o individualismo e os antagonismos sociais fomentam o sistema de exclusão e suas contradições. Com isso, os sujeitos, em prol de seus interesses privados, deixam de lançar um olhar crítico e humanizado sobre a realidade material, que é por eles naturalizada (ideologizada); enquanto pessoas passam fome, são oprimidas e despidas de suas necessidades básicas de subsistência. A tônica da música em comento é a desigualdade social e suas diversas implicações. Nesse cenário, a vida dos “despossuídos” constitui um verdadeiro desafio pela sobrevivência.



### 3 APARELHOS IDEOLÓGICOS E SOCIALIZAÇÃO

Essa organização social econômica se reproduz por meio das instituições de controle social, que, inscritas na lógica das relações sociais, produzem e reproduzem “capital variável” (mão de obra útil) por meio de táticas disciplinares.<sup>19</sup> Os indivíduos são constituídos em sua subjetividade, desde os primórdios da vida, pelas instâncias de controle social, como a escola, a família, os meios de comunicação, o mercado, a igreja, etc. Tais aparelhos ideológicos de controle social naturalizam a realidade material, estabelecendo fins sociais culturais e os meios institucionais a serem seguidos para alcançá-los: feitos que reproduzem as condições de produção sobre as quais o capitalismo se assenta. A partir das instâncias ideológicas, os indivíduos são interpelados em sujeitos: às condições de sociabilidade e às instituições que as asseguram.

Mas nem todas as pessoas possuem acesso satisfatório a tais instituições de “formação subjetiva”. Com efeito, alguns indivíduos, desde a sua inserção na lógica do valor de troca, carregam em si um status aparente de desvalor, promovido pelos próprios processos de acumulação, que os privaram da socialização efetiva. A acumulação primitiva de capital, cujo escopo era romper com as estruturas feudais subjacentes, estruturou não somente violência em face dos indivíduos subordinados à propriedade comunal, como também instituiu o sistema colonial, no qual a opressão se configurou de forma ainda mais brutal e perante o ideologicamente considerado “ser inferior”.<sup>20</sup> Assim, o berço da acumulação contou com um movimento atroz de transformação da força de trabalho em mercadoria, por meio da separação dos trabalhadores dos meios de produção – o que estabelece as condições assalariadas –; além da espoliação e saqueio dos tesouros situados na periferia do mundo, mediante escravização de populações.<sup>21</sup> Dessa forma se engendraram o capital e suas bases fundantes, a saber, como fruto do violento protagonismo do homem branco europeu. E a ideologização que amparou a instrumentalização de minorias acarretou a absorção dos estigmas, constituídos historicamente, pelas estruturas sociais, de modo que o preconceito se afigura inconscientemente até hoje nas relações pessoais.<sup>22</sup> A socialização em menor grau tende a operar, dessa feita, em face dos estruturalmente minorizados.

Tal afastamento de certos indivíduos das instituições de controle, circunstância que ocorre em todos os países, acaba servindo, em parte, como engrenagem produtiva para o próprio sistema, porquanto essas pessoas são alocadas às funções sociais precárias – necessidades artificiais da sociedade em questão – ou constituindo o contingente de desempregados estruturais, que fomenta a competição laboral, forma barreiras em face de pretensões remuneratórias maiores e influencia na lucratividade do capital<sup>23</sup> (lei da oferta e da procura).

A dominação de qualquer sociedade se forma com o desenvolvimento de sua respectiva divisão do trabalho, instituída com base em seu modo econômico de produtividade, que se estrutura para gerar um “sobreproduto”, isto é, um excedente concebido pelo trabalho que ultrapassa as necessidades de subsistência imediata. Assim, estabelece-se um ambiente em que para cada nível de qualificação pessoal há um ofício correspondente (manual ou intelectual),

<sup>19</sup> SANTOS, Juarez Cirino dos. *A criminologia radical*. 3. ed. Curitiba: Lumen Juris, 2008, p. 112.

<sup>20</sup> MARX, Karl. *O capital*. São Paulo: Boitempo, 2014, p. 808.

<sup>21</sup> HARVEY, David. *Para entender o capital*. São Paulo: Boitempo, 2014, p. 286.

<sup>22</sup> MASCARO, Alysson Leandro. *Estado e forma política*. São Paulo: Boitempo, 2014, p. 66.

<sup>23</sup> Ibidem, p.113.



SUMÁRIO



EXPEDIENTE



APRESENTAÇÃO



ENTREVISTAS

01



CRIME E SOCIEDADE

01

02

03

04

05



DIREITOS HUMANOS

01

02



ESCOLAS PENAIS

01

02



RESENHAS

01

02

que implica um nível de dispêndio de força de trabalho. Quanto maior a socialização, menor a precariedade do trabalho a que deverá se sujeitar o indivíduo, e vice-versa. E quanto maior a precariedade do ofício, menor o preço (desdobramento do valor de troca) pela sua realização. Dessa maneira, a partir da socialização diferencial surgem as demandas de mão de obra aos empregos artificiais, que, apesar de necessários à sociabilidade capitalista, somente existem sob sua égide, para aprimorar a geração do sobreproduto.

Para melhor examinar a desvalorização de determinados postos de força de trabalho, deve-se considerar o sistema concorrencial de Estados, vital ao capitalismo, em que cada qual desempenha uma função: uns assumindo o papel de difusores de capital e outros de destinatários. Na divisão internacional do trabalho, os países periféricos – que concorrem para oferecer as melhores condições de exploração do trabalho (para os grandes conglomerados) e de especulação financeira – geram mais concentração de renda, isto é, abundância material para poucos, o que incrementa a miséria e o desemprego. Em decorrência, cria-se um grande expediente de proletários da “terceira categoria do exército de reserva”, que, segundo Marx, é composto pelos miseráveis, jogados ao esgoto do desenvolvimento social, por sua incapacidade de adaptação à nova divisão do trabalho.<sup>24</sup> E, ademais, desvalorizam-se ainda mais os cargos de baixo escalão, devido à alta demanda existente. Deveras, a globalização tem impelido uma divisão do trabalho cujas cadeias produtivas em países de centro e de periferia encontram-se cada vez mais assimétricas. Os países mais desenvolvidos têm reunido os postos laborais atinentes à “concepção do produto”, que reproduzem mão de obra qualificada:

definição do design, marketing, comercialização, administração, pesquisa e tecnologia e aplicação das finanças empresariais. Por serem atividades de comando e elaboração, são partes do processo produtivo vinculadas aos serviços de apoio à produção, com tecnologias mais avançadas, demandando crescentemente mão-de-obra mais qualificada, que recebe melhor salário e se encontra alocada em condições mais favoráveis de trabalho.<sup>25</sup>

Concentram também os processos produtivos mais complexos, que exortam o desenvolvimento da ciência e da tecnologia. Restam aos países periféricos, de forma majoritária, os procedimentos menos complexos da atividade industrial (a “produção de manufatura”), para os quais se busca mão de obra barata – desqualificada. Nesses territórios, portanto, a exploração do trabalho apresenta-se de forma mais selvagem, pelo fato de os ofícios serem demasiadamente desvalorizados e o exército de reserva afigurar-se hipertrofiado.

### 3.1 REPRODUÇÃO DA FORÇA DE TRABALHO

De acordo com Althusser, o salário constitui meio de reprodução da força de trabalho, isto é, medida para satisfazer as condições necessárias ao desenvolvimento regular do ofício.<sup>26</sup> Tal remuneração determina, via de regra, o grau de adestramento (às práticas sociais dominantes) dos descendentes do assalariado. Por isso a escala social apresenta-se de modo praticamente estático, reproduzindo a dinâmica de classes e, mormente, as desigualdades dela provenientes; gerando reflexos imediatos na exploração máxima de determinados ofícios – segundo as exigências da divisão social-técnica do trabalho–, o que corrobora a valorização do valor. Mas, vale ressaltar, nenhum ofício em espécie consegue

<sup>24</sup> CAFIERO, Carlo. *O Capital (compêndio)*. São Paulo: Hunter Books, 2014, p. 109.

<sup>25</sup> POCHMANN, Marcio. *Economia global e a nova divisão internacional do trabalho*, p. 15.

<sup>26</sup> ALTHUSSER, L. *Ideologia e aparelhos ideológicos de Estado*. 3 ed. Lisboa: Editorial Presença/Martins Fontes, 1980, p.19.



SUMÁRIO



EXPEDIENTE



APRESENTAÇÃO



ENTREVISTAS

01



CRIME E SOCIEDADE

01

02

03

04

05



DIREITOS HUMANOS

01

02



ESCOLAS PENAIS

01

02



RESENHAS

01

02

absorver toda a sua demanda (força de trabalho disponível no mercado). O excedente de trabalhadores passa a integrar o exército de reserva, o qual é considerado um meio de controle coadjuvante do mercado de trabalho. E os indivíduos mais periféricos às instâncias de controle propendem a situar-se, de forma quase estatelada, no âmbito do desemprego e da informalidade.

#### 4 SELETIVIDADE PENAL

A pirâmide social, no entanto, não opera com harmonia. Muitos componentes do subproletariado acabam ostentando uma negatividade social, característica esta que é reproduzida pelas pessoas, em virtude dos antagonismos privados inerentes às relações sociais e também pela crença objetiva no princípio da meritocracia – doutrina que culpa os pobres pela sua situação. Isso porque, na sociedade em que prevalecem as divergências entre interesses individuais, a reprodução do estigma alheio contribui para a manutenção do *status quo*. Assim, os atos de indivíduos da classe em questão tendem a ser desprezados simbolicamente no seio social, fato que estrutura a seletividade penal.

Que dó da sociedade todos pensam que nós somos coisa ruim

Na verdade, eles são assim

Trabalha o dia inteiro, é um android do sistema

E a noite se recolhe ao preconceito do seu doce lar

Essas pessoas tem a alma tão pequena

Tornam mais felizes o diabo e o sistema

Não vivem, sobrevivem, se acham muito humilde

Só que não falam com o vizinho, tipo nem pensam em ser unidos

Se andamos de madrugada pela rua vejam só

Pegam o telefone e nos descrevem à polícia”

(Rzo – *Real periferia*).

*Real periferia* demonstra como os sujeitos rotulados negativamente, em virtude de processos históricos de exclusão e estigmatização, visualizam a alienação da vida burguesa, a qual é movida por caprichos narcísicos, rotinas mecânicas, preconceitos e exclusões em face dos que foram privados do adestramento dominante. E então, a letra critica o medo irracional que os sujeitos privilegiados têm daqueles que não ostentam as mesmas prerrogativas de êxito, o que desagua nos processos de criminalização. O dia a dia da periferia, segundo o grupo RZO, compõe-se de atrocidades, praticadas em prol da manutenção do sistema. Por isso, os moradores das comunidades pobres devem sempre “ficar espertos com polícia”.



SUMÁRIO



EXPEDIENTE



APRESENTAÇÃO



ENTREVISTAS

01



CRIME E SOCIEDADE

01

02

03

04

05



DIREITOS HUMANOS

01

02



ESCOLAS PENAIAS

01

02



RESENHAS

01

02

Deve-se ter em vista, de pronto, que o Direito Penal é, em essência, seletivo, até mesmo nos países em que se verifica um certo grau de avanço democrático.<sup>27</sup> Isso ocorre porque é impossível materializar na íntegra o amplo programa de criminalização primária,<sup>28</sup> elaborado pelo Poder Legislativo. Seria, pois, inimaginável criminalizar secundariamente todas as condutas puníveis que acontecem no plano fático; tal concretização efetiva distorceria o modelo de Estado que optou por assegurar as garantias individuais, ainda que estas venham a contrastar com a “verdade real”. Os critérios liberais seriam, dessa forma, destruídos em prol de um Estado de polícia (“utopia negativa”).<sup>29</sup> Então, a limitada capacidade operacional (numérica, espacial e temporal) das agências de controle não lhes confere outra alternativa senão proceder sempre de modo seletivo e incidental.<sup>30</sup> Dessa forma, na sociedade composta por “sujeitos econômicos egoístas”, o crime é regra e a criminalização constitui exceção. O *quantum* de crimes juridicamente desconhecidos compõe a denominada “cifra oculta”.<sup>31</sup>

No tocante à cifra oculta, os estudos criminológicos demonstram que pouco mais de um por cento dos crimes obtêm resposta estatal,<sup>32</sup> sendo as pessoas imputadas por fatos proibidos, componentes de mesma classe e portadoras de um perfil correlato.<sup>33</sup> Isso, todavia, não quer dizer que tais indivíduos que respondem perante o poder oficial cometem mais crimes, como sustentava a criminologia positivista.<sup>34</sup> De modo contrário, demonstra a existência de um perfil social de “risco”, que propende a ser filtrado com mais facilidade pelas agências de controle. Como nos evidencia a criminologia crítica, as pessoas não são presas porque são culpadas, mas pelo fato de serem pobres.

Consoante o professor Zaffaroni, a criminalização secundária atua somente perante fatos grosseiros, realizados por pessoas com acesso restrito ao poder político, econômico e ao sistema midiático, em face das quais a relativização de garantias constitucionais não gera repercussão. Tais fatos “toscos” tendem a ser praticados por pessoas de mesma estratificação, uma vez que na sociedade dividida em classes ocorre um “adestramento diferencial” de acordo com a posição social de cada indivíduo.<sup>35</sup> Sendo assim, as classes sociais desenvolvem comportamentos diferentes de acordo com a respectiva posição na pirâmide social. O que determina o adestramento é o acesso às instituições de controle social. Dessa maneira, os indivíduos sem acesso efetivo a tais instâncias, quando cometem um delito, utilizam os recursos que o adestramento ao qual foram submetidos lhes proporcionou.<sup>36</sup> Quando os recursos são toscos, o delito inclina-se a ser, também, tosco. Essas obras grosseiras, por serem de fácil detecção e cometidas por indivíduos

<sup>27</sup> HULSMAN, Louk. Qual abolição? In: HULSMAN, Louk; CELIS, Jacqueline Bernat de. *Penas perdidas*. Rio de Janeiro: Luam, 1993, p. 34.

<sup>28</sup> ZAFFARONI, E. Raúl; BATISTA, Nilo; SLOKAR, Alejandro Alagia e Alejandro. **Direito Penal Brasileiro I**. p. 43 e 44.

<sup>29</sup> Ibidem, p.44.

<sup>30</sup> Ibidem, p.45 e 46.

<sup>31</sup> Ibidem, p.44.

<sup>32</sup> GOMIDE, Raphael. *Só 3,5% dos homicídios investigados chegam à Justiça no Rio*. Disponível em: <<https://ultimosegundo.ig.com.br/brasil/rj/so-35-dos-homicidios-investigados-chegam-a-justica-no-rio/n1237688965776.html>>. Acesso em: 30 jun. 2010. De acordo com a pesquisa do sociólogo Michel Misse (UFRJ), dos homicídios que chegaram ao conhecimento da Polícia do Rio de Janeiro em 2005, somente 3,5% viraram ações criminais. No caso dos roubos, o percentual é ainda menor: somente 1,8% dos casos foram denunciados pelo Ministério Público.

<sup>33</sup> ZAFFARONI, E. Raúl; BATISTA, Nilo; SLOKAR, Alejandro Alagia e Alejandro. *Direito penal brasileiro I*. Rio de Janeiro: Revan, 2003, p.46.

<sup>34</sup> Ibidem, p.48.

<sup>35</sup> Ibidem, p.48-49.

<sup>36</sup> Ibidem, p.46.



SUMÁRIO



EXPEDIENTE



APRESENTAÇÃO



ENTREVISTAS

01



CRIME E SOCIEDADE

01

02

03

04

05



DIREITOS HUMANOS

01

02



ESCOLAS PENAIS

01

02



RESENHAS

01

02

tidos por desprezíveis na sociedade, cujos atos ecoam simbolicamente, são preponderantemente selecionadas pelas agências de criminalização secundária.

E, por conta dessa seletividade mecânica, os sujeitos detectados pelos fatos grosseiros são reduzidos socialmente a um estereótipo de criminoso, que opera também como critério seletivo.<sup>37</sup> Trata-se de um processo de mútua imbricação: o comportamento grosseiro de determinado grupo social atrai a repressão constante das agências de controle, fato que acaba engendrando àquele um estereótipo pejorativo, o qual será supervisionado com maior rigor, tornando-se critério de criminalização. Nessa lógica, a correspondência física e comportamental de um indivíduo ao estereótipo criminal determina sua vulnerabilidade; e as pessoas que apresentam essa correspondência em alto grau não necessitam realizar grande esforço para se colocarem em risco de criminalização.<sup>38</sup> Um exemplo hodierno ilustra didaticamente tal enunciado: sabe-se que o rombo na Petrobras constitui prática cujas raízes datam de longo período (desde a era Vargas); mas somente em 2014, quando o prejuízo alçou a casa do bilhões, é que foi percebido.<sup>39</sup> Isso porque os autores do injusto em questão não são eivados de vulnerabilidade, fazendo-se necessário grande esforço para serem criminalizados.

Por conseguinte, no capitalismo, atribui-se frequentemente o rótulo inconsciente de delinquente aos sujeitos subordinados ao baixo escalão social, o que suscita olhares discriminadores àqueles que não foram integrados de forma efetiva ao modo de produção e circulação. Perfeita é a ilustração dessa questão pelo rapper Emicida, na música *Cê lá faz ideia*:

Aí, são regras do mundo

Perdi a conta de quantos escondem a bolsa se digo: que horas são?

Taxistas perguntam mais que policiais a mim

Sim, indescritível como é ruim

Nasci vilão, só veneno

Com o incentivo que me dão, errado tô se eu não virar memo

Suor na cara, levando currículo do cara

Até porque onde eu moro, buso não pára

Pé de barro, meio dia, inspirando piada nos boy, transpirando medo nas tias

Tudo é tão obvio 'cê não vê que vai juntando ingrediente da bomba relógio

Eu sinto dor (dor), eu sinto ódio (ódio), é quente,

<sup>37</sup> Ibidem, p.46.

<sup>38</sup> Ibidem, p.47.

<sup>39</sup> Exemplo proferido pelo professor Gustavo Octaviano Diniz Junqueira.



01



01

02



01

02



01

02

Sem nem saber o nome dessa gente

Católica, de bem, linda

‘Cê já notou pior que nem falei minha cor ainda!’

(...)

“Sem debater, fato

Que a fama da minha cor fecha mais portas que zelador de orfanato

Cê sabe o quanto é comum, dizer que preto é ladrão

Antes mesmo de a gente saber o que é um

Na boca de quem apoia, desova e se orgulha da honestidade que nunca foi posta a prova

Eu queria te ver lá, tiriça

Pra ver onde você ia enfiar essa merda do teu senso de justiça.

(Emicida – *Cê lá faz ideia*)

O preconceito em face do “diferente”, isto é, do que não se amolda sublimemente às relações dominantes, constitui prática burguesa recorrente desde o início do domínio da forma-mercadoria. A criminalização destes, outrossim, constitui prática estatal desde o processo de acumulação originária.<sup>40</sup> Na Inglaterra, por exemplo, com a expulsão dos camponeses de suas terras – separação dos trabalhadores dos meios de produção –, a partir do final do século XV, houve um *boom* de marginalização, tendo em vista a incapacidade inicial desta classe de se submeter a outra organização produtiva, que, por sua vez, também não dispunha de oferta suficiente de trabalho para toda a massa expropriada. Como resposta, a burguesia arquitetou, por meio do Estado, o encarceramento dessas massas “vagabundas”, e nas prisões as submeteu ao adestramento forçado.<sup>41</sup> Os camponeses escoceses expulsos das Terras Altas, gradativamente, até o século XIX, foram também tratados, a *posteriori*, como mendigos, ladrões e assaltantes, o que ensejou vastos aprisionamentos. No Brasil, de forma similar, após a abolição da escravatura os negros foram libertados, mas sem a devida assistência socializadora, o que os obrigou a se deslocarem aos subúrbios e viverem de forma precária. Ainda assim, a liberdade não era aceita de forma pacífica pela classe dominante e pelos demais habitantes do território. Então, procedeu-se a uma política de criminalização dos “seres indesejados”, a partir da criação de tipos penais que os incriminariam de forma inequívoca – como a tipificação da vadiagem e da capoeira – e da fiscalização excessiva dos locais em que eles se situavam – as favelas.<sup>42</sup> A música “Boa Esperança” retrata como o preconceito estrutural impele, ainda hoje, a perseguição penal (seletividade secundária), a estigmatização e a exclusão social, enfatizando as opressões vividas pelos negros desde a escravidão até os dias de hoje:

<sup>40</sup> HARVEY, David. *Para entender o capital*. São Paulo: Boitempo, 2014, p. 283.

<sup>41</sup> Ibidem, p. 283.

<sup>42</sup> SERAFIM, Jhonata Goulart; AZEREDO, Jeferson Luiz de. *A (des) criminalização da cultura negra nos Códigos de 1890 e 1940*. Disponível em: <<http://periodicos.unesc.net/amicus/article/viewFile/541/533>>.



SUMÁRIO



EXPEDIENTE



APRESENTAÇÃO



ENTREVISTAS

01



CRIME E SOCIEDADE

01

02

03

04

05



DIREITOS HUMANOS

01

02



ESCOLAS PENAIAS

01

02



RESENHAS

01

02

Por mais que você corra, irmão  
Pra sua guerra vão nem se lixar  
Esse é o xis da questão  
Já viu eles chorar pela cor do orixá?  
E os camburão o que são?  
Negreiros a retrafficar  
Favela ainda é senzala, Jão!  
Bomba relógio prestes a estourar  
O tempero do mar foi lágrima de preto  
Papo reto como esqueletos de outro dialeto  
Só desafeto, vida de inseto, imundo  
Indenização? Fama de vagabundo  
Nação sem teto, Angola, Keto, Congo, Soweto  
A cor de Eto'o, maioria nos gueto  
Monstro sequestro, capta-tês, rapta  
Violência se adapta, um dia ela volta pu cêis  
Tipo campos de concentração, prantos em vão  
Quis vida digna, estigma, indignação  
(...).

(Emicida - *Boa esperança*)

Como pontuado anteriormente, os delitos não se concentram nas classes subalternas. De modo contrário, o desvio pode ser identificado – com frequência – em todos os segmentos sociais; porém, como o vetor fático da criminalização é a fiscalização dos perfis vulneráveis, os pobres acabam carregando o peso da punição. Fosse, contrário *sensu*, o esforço punitivo direcionado a outra classe social, esta certamente representaria maioria nas penitenciárias. Tal prática, no entanto, não é interessante do ponto de vista político. Sendo assim, uma parcela dos setores inferiores da pirâmide social tende a ser responsabilizada penalmente, como bodes expiatórios da sociedade; enquanto os setores dominantes não, ainda que pratiquem condutas extremamente lesivas, pois não são eivados de vulnerabilidade e, pelo seu adestramento, tendem a cometer ilícitos com mais refinamento. Mas, ainda que os dominados sejam



SUMÁRIO



EXPEDIENTE



APRESENTAÇÃO



ENTREVISTAS

01



CRIME E SOCIEDADE

01

02

03

04

05



DIREITOS HUMANOS

01

02



ESCOLAS PENAIAS

01

02



RESENHAS

01

02

majoritariamente representados nos presídios, o *quantum* de crimes cometidos inclusive por membros desse setor não chega integralmente ao conhecimento do Estado. O aparato punitivo, portanto, além de chegar atrasado aos fatos, pune uma pequena parcela dos crimes. Destarte, é impertinente a máxima de que o Direito Penal protege bens jurídicos, e sua atuação se configura como um mero revanchismo seletivo (*post factum*).

É preciso salientar que o Direito Penal assim o é faticamente por estar acoplado às relações de produção, sendo então falaciosa a concepção de que a seletividade estrutural ocorre devido a voluntários manejos de situações por caprichos de agentes estatais. Dessa feita, a lógica objetiva da desigualdade reside na regra a partir da qual as relações de troca se edificam, qual seja, a lei do valor. O direito repressivo, nesse sentido, é congruente às formas sociais, apesar de seu discurso manifesto se contrapor à dialética interacional.

Marginalidade, é preta e tem raça

Principia da miséria e resulta a desgraça

Não se deixe envolver, por essa frase então...

Mostre o contrário pois todos nós sabemos

Que os maiores bandidos, são brancos e são ricos

E andam por aí, muito bem vestidos

(...)

Classe dominante que explora ignorantes

Ignorantes somos nós que não fazemos nada

Pra melhorar

Essa vida que levamos

Não vamos ficar quietos, vamos reivindicar!

Eu, ouvi e vi promessas na tv que tudo ia mudar, melhorar

Com novos governos, planos e medidas

E continua a miséria e essa porra dessa vida

(...)

Onde há racismo

Ambição e egoísmo e nós

Temos que acabar



SUMÁRIO



EXPEDIENTE



APRESENTAÇÃO



ENTREVISTAS

01



CRIME E SOCIEDADE

01

02

03

04

05



DIREITOS HUMANOS

01

02



ESCOLAS PENAIS

01

02



RESENHAS

01

02

Liquidar com tudo isso

(Duck Jam – *Colarinho branco*)

Duck Jam, em evidente crítica ao capitalismo, questiona o *modus operandi* da classe dominante, que, além de exploradora (apropriadora do dinheiro e trabalho alheio, de forma legitimada), reiteradamente comete crimes de “colarinho branco”, instigados de modo sistêmico por aumento de lucros, cujo resultado é mais avassalador e danoso à sociedade, se comparado com os efeitos dos delitos “de miséria”. Ainda assim, segundo o artista, é a classe dominante que ostenta prestígio social, e por isso tende a permanecer isenta do controle penal. A música sugere o ativismo contra a dinâmica social classista, que, mesmo com promessas de garantir dignidade aos miseráveis, mantém em curso as regalias e privilégios das classes hegemônicas, sustentados pela desigualdade social brutal e consequente marginalidade “que tem raça”.

#### 4.1 CRIMINALIZAÇÃO DA POBREZA

Fato é que, na prática, impelido pelas próprias pessoas – constituídas em sua subjetividade pelas formas sociais –, o aparato punitivo volta-se unicamente ao controle da denominada “*underclass*” (classe que mais se aproxima do estereótipo criminal). Tal grupo, concebido pelo desemprego estrutural do próprio sistema econômico, é representado por pessoas do chamado baixo escalão social (desempregados estáticos e “*working poor*”<sup>43</sup>), geralmente incapazes de se submeter ao capital por possuírem socialização sem vínculos com classes e grupos dominantes. Com efeito, essa parcela da população, privada do adestramento inclusivo, constitui um grande entrave ao desenvolvimento das relações sociais vigentes, porquanto denuncia uma contradição material em sua dinâmica.<sup>44</sup> Por isso, os que não possuem condições de interagir de acordo com a lógica de mercado – assente na troca –, ou a fazem de forma insuficiente, acabam rotulados como marginais, desafetos à ordem social. Nesse diapasão, tais membros do *lumpemproletariado* são considerados como fontes de expectativas não confiáveis,<sup>45</sup> as quais turvam a vida em sociedade. Assim, a mera existência dessa classe acarreta tormenta social. Consequentemente, a conjuntura social absorve a atividade das agências criminais contra a classe subalterna, sobre a qual exercem seu controle na medida do possível.

Na cabeça das pessoas, a sociedade atual engendrou-se a partir de um pacífico contrato social, que alguns, por razões pessoais deturpadas, escolhem não cumprir. Logo, estes que se situam do lado externo da ordem, atentando contra sua existência e harmonia, não devem ser punidos, mas vencidos – haja vista serem inimigos. Para tanto, não merecem ser contemplados com as garantias presentes no contrato social, do qual se distanciaram a partir de seu livre-arbítrio.

A atividade policial, pois, que também se enquadra dentre os ofícios precários – exercidos pelos indivíduos pouco valorizados no mercado de trabalho –, se pauta pela máxima segundo a qual a eliminação do inimigo trará a estabilidade social. Para tanto, seus executores partem dos preconceitos sociais médios, a fim de valorar os potenciais autores

<sup>43</sup> WACQUANT, Loïc. *Punir os pobres: a nova gestão da miséria nos Estados Unidos*. Rio de Janeiro: Revan, 2009, p. 19-38. *working poor* são os indivíduos que exercem trabalhos precários, que não lhes oferecem, mesmo com o alto grau de esforço demandado, uma vida minimamente digna.

<sup>44</sup> DIETER, Maurício Stegemann. *Política criminal atuarial: a criminologia do fim da história*. Tese (Doutorado em Direito) –Universidade Federal do Paraná. Curitiba: UFPR, 2012, p. 252.

<sup>45</sup> JAKOBS, Gunther. *Direito penal do cidadão e direito penal do inimigo*. In: JAKOBS, Gunther. *Direito penal do inimigo: noções e críticas*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012, p. 21-48.



01



01

02

03

04

05



01

02



01

02



01

02

de ilícitos penais para, em seguida, eliminá-los de circulação. E, inevitavelmente, se deparam com as populações provenientes de seus próprios grupos sociais de origem. Há, neste momento, um processo de autodestruição de classe, que fomenta o ódio dos conflitantes entre si, e não em face das estruturas sociais. Consoante os dados do anuário do Fórum Brasileiro de Segurança Pública de novembro de 2017, considerando os confrontos entre policiais e população da periferia, os negros (tanto policiais quanto moradores da periferia) são, de forma esmagadora, os que mais morrem.

E a polícia não demonstra sequer vontade

De resolver ou apurar a verdade

Pois simplesmente é conveniente

E por que ajudariam se eles nos julgam delinquentes

E as ocorrências prosseguem sem problema nenhum

Continua-se o pânico na Zona Sul.

(Racionais Mc's – *Pânico na zona sul*)

A música “*Pânico na zona sul*” abarca o processo de autodestruição de classe (entre moradores da periferia e policiais), capitaneada pela perseguição das forças repressivas aos sujeitos tidos como inimigos (delinquentes). No bojo da letra, Mano Brown questiona o fato de que “os homens da lei”, mesmo mal conhecendo os moradores das “quebradas da zona sul”, já os consideram inimigos. Com isso, o genocídio da população periférica é materializado, alcançando todos aqueles que “derem o azar de ser parecido” com o estereótipo de criminoso – atribuído ao status dos moradores da favela. Tal fenômeno, segundo os Racionais, somente não será mais valorado como “ótimo” quando atingir os filhos e parentes daqueles que protagonizam a barbárie.

Nesse contexto, pode-se afirmar que o Direito Penal atua como um meio de controle repressivo em face da “*underclass*”, visando neutralizar (função especial negativa da pena) seus componentes para conferir estabilidade simbólica às relações sociais. Pelo fato de o todo social apresentar-se embebido da ideologia sistêmica, a segregação dos marginalizados satisfaz as expectativas dos indivíduos agregados, que visualizam aqueles como inimigos que precisam ser eliminados a qualquer custo, para que a paz social se estabeleça.

Dessarte, até mesmo medidas de exceção (suspensão de direitos/garantias), no âmbito judiciário, se apresentam como necessárias para dar respostas satisfatórias à sociedade ideologizada, a qual, nos termos do pensamento schmittiano, confere aos magistrados o status de soberano – “médico social” – capaz de eliminar o inimigo, o que lhes confere plenos poderes, decorrentes dessa pressão social. Apesar de que, vale ressaltar, o ambiente privilegiado e conservador de onde exsurgem os juízes tende a constituirlos consoante a ideologia punitivista dominante, pelo fato de o abismo social que os separa da realidade dos réus, selecionados pelo sistema de justiça, conduzi-los aos pré-julgamentos sociais, que ensejam resposta antes mesmo do exame de mérito. Assim, o judiciário propende a manejar os institutos legais de forma a reafirmar as expectativas sociais, que requisitam respostas em face dos sujeitos tidos



por causadores de insegurança e desordem. Em 2016, foi publicado um artigo de Mascaro que abarca os pontos explorados acima:

Por outro lado e de forma peculiar, o conhecimento jurídico autorreferenciado dos juristas não é distinto de uma visão geral de mundo correspondente à classe. O campo jurídico é estruturado por uma gama de agentes quase sempre de classe média. Suas balizas de mundo são as mesmas de seus conviventes – status, símbolos, níveis e focos de consumo, valores e compreensões. Em particular, juristas, como médicos e outros profissionais de classe média, são atravessados pelo discurso moralista dos meios de comunicação de massa de um modo muito mais sensível. A transformação dessa sensibilidade em ação, no caso dos juristas, é quase imediata.<sup>46</sup>

Por isso, medidas concernentes em suspensão de garantias dos miseráveis “perigosos” acabam se tornando naturais e celebradas, conjugando o Estado de Direito com práticas de exceção.

#### 4.2 O MOVIMENTO DE LEI E ORDEM

As circunstâncias decorrentes do movimento de Lei e Ordem, ocorrido na década de 60 – em Nova York, EUA –, ilustram bem o fenômeno da segregação dos marginalizados como forma de manutenção das expectativas dos sujeitos agregados com maior coesão ao modo de produção. A política penal de tolerância zero, erigida a partir da doutrina das janelas quebradas, ocasionou o superencarceramento de “bêbados, prostitutas e vagabundos” (marginalizados), os que, segundo James Wilson e Kelling, são capazes de destruir uma comunidade mais rápido que uma organização criminosa.<sup>47</sup> No entanto, no curso do movimento punitivo constatou-se, com base nas estatísticas oficiais, que, conquanto o Estado estivesse investindo horrores na repressão dos marginalizados, tal prática não estava ocasionado efeito relevante algum. Isso porque as práticas policiais “inovadoras” foram implantadas num momento de ascensão econômica e social dos Estados Unidos, que suscitava impactos na queda da “criminalidade de rua” em 17 das 25 maiores cidades do território.<sup>48</sup> Desse modo, a criminalidade diminuiu tanto em Nova York – que aprimorava as ações repressivas – quanto nas demais grandes cidades, que dispunham de políticas menos agressivas.<sup>49</sup> Algumas delas haviam, inclusive, reduzido o número de policiais. Ainda assim, mesmo a par da situação, os cidadãos “médios” norteamericanos continuaram a apoiar a política penal em questão, sob o fundamento de que a ausência dos indesejados causava sensação de segurança. Dito de outro modo, a segregação destes cria expectativas confiáveis na sociedade, uma vez que a conspurcação da comunidade se dá não pelo crime, mas pela existência de seres humanos indesejados. Com efeito, o que se combate, mediante Direito Penal, não são condutas lesivas, mas pessoas. Em relação ao Brasil, a música *Eu só peço a deus* denomina o fenômeno da segregação de indivíduos “não confiáveis” de “Photoshop social”:

É um país cordial, carnaval, tudo igual

Preconceito racial mais profundo que Pré-Sal

Tira os pobre do centro, faz um cartão postal

<sup>46</sup> MASCARO, Alysson Leandro. *Crise brasileira e direito*. Blog da Boitempo: Margem Esquerda, São Paulo, v. 1, n. 5, p. 66-91, 2016, p. 83 e 84.

<sup>47</sup> KELLING, George; WILSON, James. *Broken windows*. New York: Inshareo, 1982.

<sup>48</sup> YOUNG, Jock. *A sociedade excludente*. Rio de Janeiro: Revan, 2002, p. 184-185.

<sup>49</sup> Ibidem, p. 184.



SUMÁRIO



EXPEDIENTE



APRESENTAÇÃO



ENTREVISTAS

01



CRIME E SOCIEDADE

01

02

03

04

05



DIREITOS HUMANOS

01

02



ESCOLAS PENAIAS

01

02



RESENHAS

01

02

É o governo trampando, Photoshop social.

(Inquérito – *Eu só peço a deus*)

## 5 A FORMA PENA

Ainda subsiste uma questão de importância ímpar: por que a punição nuclear do modo de produção capitalista é a privação de liberdade, determinada por uma autoridade judicial?

O sistema de punição sempre se encontra atrelado às relações de produção em que se insere. Mister concluir, preliminarmente, que a forma pena do capitalismo não se relaciona com as pretéritas, as quais consistiam, grosso modo, na vingança privada ou na sanção direta – imposta pelo senhor hegemônico.

As formas sociais capitalistas motivaram a criação da sanção privativa de liberdade, a ser executada em penitenciárias. Consoante Rusche e Kirchheimer, os estabelecimentos prisionais são pautados pelo princípio segundo o qual as condições de vida oferecidas devem ser inferiores às das classes mais baixas do sistema econômico, com o escopo de dissuadir a prática delitiva. Contudo, a maior inovação punitiva do capitalismo é a forma pela qual se dá a punição: a sanção é equivalente ao dano causado e à medida da culpabilidade, e executada por (perda de) tempo.<sup>50</sup>

Destarte, o Direito Penal é a esfera em que a forma-jurídica atinge o ápice de sua tensão; sendo sua dinâmica pautada também pela forma-mercadoria. Segundo Pachukanis, o delito assume o caráter de modalidade particular de circulação, cujo valor de troca é a pena medida por tempo, mas que se impõe por meio de ação judicial. Diferentemente dos sistemas punitivos precedentes, a pena capitalista reveste-se, então, de caráter jurídico: é caracterizada como um liame *sui generis*, cuja equivalência se concretiza não pela vontade das partes, mas mediante ação jurisdicional.

A forma da reparação equivalente, consubstanciada no tempo de privação de liberdade, somente se manifesta no contexto em que se consolida a mensuração do trabalho humano por meio do tempo médio e social de produção.<sup>51</sup> Tal reparação, então, conforma-se ao critério geral de medida de valor das mercadorias: o tempo médio de dispêndio de força de trabalho. Nos moldes da troca, em que se dispõe de tempo de trabalho (valor de troca por dispêndio de energia produtiva) para apropriar-se de um produto, a sanção criminal estabelece o tempo como forma de reparar o dano causado a outrem – pagamento pela variante de circulação praticada. E a maneira pela qual se estabelece o *quantum* de pena assemelha-se à forma do contrato: há, em todo processo criminal, a presença de dois sujeitos econômicos egoístas (antagônicos), a saber, o promotor e o advogado; responsabilizando-se o primeiro por reclamar um preço elevado pela modalidade de circulação praticada, e o segundo por pleitear sua redução.<sup>52</sup> Cabe, ao fim do rito, ao juiz determinar o tempo devido, com fulcro na equidade (equivalência).

Já ouviu falar de Lúcifer?

Que veio do Inferno com moral

<sup>50</sup> PACHUKANIS, Evguiéni B. *Teoria geral do direito e marxismo*. São Paulo: Boitempo, 2017, p. 166-183.

<sup>51</sup> Ibidem, p. 177.

<sup>52</sup> Ibidem, p. 174.



SUMÁRIO



EXPEDIENTE



APRESENTAÇÃO



ENTREVISTAS

01



CRIME E SOCIEDADE

01

02

03

04

05



DIREITOS HUMANOS

01

02



ESCOLAS PENAIAS

01

02



RESENHAS

01

02

Um dia no Carandiru, não ele é só mais um

Comendo rango azedo com pneumonia

Aqui tem mano de Osasco, do Jardim D'Abril, Parelheiros

Mogi, Jardim Brasil, Bela Vista, Jardim Angela

Heliópolis, Itapevi, Paraisópolis

(Racionais Mc's - *Diário de um detento*)

*Diário de um detento* evidencia o princípio do *less eligibility*, o qual, segundo Rusche e Kirchheimer, determina que as condições de vida na prisão devem ser mais precárias que as condições dos trabalhadores da classe mais baixa do sistema econômico.

## CONCLUSÃO

Com base no exposto, conclui-se que o sistema econômico cria as condições criminógenas (desemprego, desigualdade, segregação, antagonismos, “mais-valor”) de modo funcional, levando as classes desfavorecidas à maior exposição a específicas formas de desvio relacionadas à dominação capitalista. E o Estado, como garante das relações sociais (forma-política), prioriza, por meio de seu aparato repressivo, a punição dos delitos das classes subalternas, praticados especialmente por indivíduos indóceis e inúteis;<sup>53</sup> valendo-se da forma punitiva presente na superestrutura jurídica. Ocorre, então, um gerencialismo diferencial<sup>54</sup> da criminalidade, que segrega parte dos vulneráveis, reproduz a estrutura social desigual e naturaliza a repressão em face dos miseráveis. O Direito repressivo, não obstante, não resolve o problema da criminalidade. Deveríamos, para estabelecer um ambiente de paz social, atuar nas determinações concretas dos fatos lesivos incriminados e dos não incriminados por pertinência política – como o imperialismo. Isso demandaria uma transformação radical da sociedade em suas formas sociais. Conforme canta Criolo, ainda há esperança; a missão de superar as amarras sociais do tempo presente não acabou:

É tudo bem, eu quero paz pro mundo.

Não há guerra, não há miséria, não há fome, não há latifúndio.

Ninguém é melhor que ninguém, as pessoas são diferentes,

O que me faz feliz, te deixa com a cabeça quente.

É o rap, e eu canto é com amor,

Se eu tô vivo hoje é porque a missão não acabou.

(Criolo - *Tô pra ver*)

<sup>53</sup> FOUCAULT, Michel. *Vigiar e punir*. Rio de Janeiro: Vozes, 2014.

<sup>54</sup> Idem, *ibidem*.



SUMÁRIO



EXPEDIENTE



APRESENTAÇÃO



ENTREVISTAS

01



CRIME E SOCIEDADE

01

02

03

04

05



DIREITOS HUMANOS

01

02



ESCOLAS PENAIS

01

02



RESENHAS

01

02

## REFERÊNCIAS

- ALTHUSSER, L. *Ideologia e aparelhos ideológicos de Estado*. 3 ed. Lisboa: Editorial Presença/Martins Fontes. 1980.
- BARATTA, Alessandro. *Criminologia crítica e crítica do direito penal*. Rio de Janeiro: Revan, 2014.
- CAFIERO, Carlo. *O Capital (compêndio)*. São Paulo: Hunter Books, 2014.
- CAMARGOS, Roberto. *Rap e política*. São Paulo: Boitempo, 2015.
- DIETER, Maurício Stegemann. *Política criminal atuarial: a criminologia do fim da história*. Tese (Doutorado em Direito) -Universidade Federal do Paraná. Curitiba: UFPR, 2012.
- FOUCAULT, Michel. *Vigiar e punir*. Rio de Janeiro: Vozes, 2014.
- GOMIDE, Raphael. *Só 3,5% dos homicídios investigados chegam à Justiça no Rio*. Disponível em: <<https://ultimosegundo.ig.com.br/brasil/rj/so-35-dos-homicidios-investigados-chegam-a-justica-no-rio/n1237688965776.html>>. Acesso em: 30 jun. 2010.
- HARVEY, David. *Para entender o capital*. São Paulo: Boitempo, 2014.
- HIRSCH, J. *Teoria materialista do estado*. Rio De Janeiro: Revan, 2010.
- HULSMAN, Louk. Qual abolição? In: HULSMAN, Louk; CELIS, Jacqueline Bernat de. *Penas perdidas*. Rio de Janeiro: Luam, 1993.
- JAKOBS, Gunther. *Direito penal do cidadão e direito penal do inimigo*. In: JAKOBS, Gunther. *Direito penal do inimigo: noções e críticas*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012.
- KELLING, George; WILSON, James. *Broken windows*. New York: Inshareo, 1982.
- MARX, Karl. *O capital*. São Paulo: Boitempo, 2014.
- MASCARO, Alysson Leandro. *Crise brasileira e direito*. Blog da Boitempo: Margem Esquerda, São Paulo, v. 1, n. 5, p. 66-91, 2016.
- MASCARO, Alysson Leandro. *Estado e forma política*. São Paulo: Boitempo, 2014.
- PACHUKANIS, Evguiéni B. *Teoria geral do direito e marxismo*. São Paulo: Boitempo, 2017.
- POCHMANN, Marcio. *Economia global e a nova divisão internacional do trabalho*.
- POCHMANN, Márcio. *O trabalho no Brasil pós-neoliberal*. Brasília: Líber Livro, 2011. 206p.
- ROSSO, Sadi dal; CARDOSO, Ana Cláudia Moreira. Intensidade do trabalho: questões conceituais e metodológicas. *Scielo*, São Paulo, v. 30, n. 3, p.1-20, dez. 2015.



SUMÁRIO



EXPEDIENTE



APRESENTAÇÃO



ENTREVISTAS

01



CRIME E SOCIEDADE

01

02

03

04

05



DIREITOS HUMANOS

01

02



ESCOLAS PENAIS

01

02



RESENHAS

01

02

RUSCHE, Georg; KIRCHHEIMER, Otto. *Punição e estrutura social*. 2. ed. Tradução de Gizlene Neder. Rio de Janeiro: Revan, 2004.

SANTOS, Juarez Cirino dos. *A criminologia radical*. 3. ed. Curitiba: Lumen Juris, 2008.

SCHMITT, C. *Teologia política*. Madrid: Trotta, 2009.

SERAFIM, Jhonata Goulart; AZEREDO, Jeferson Luiz de. *A (des) criminalização da cultura negra nos Códigos de 1890 e 1940*. Disponível em: <<http://periodicos.unesc.net/amicus/article/viewFile/541/533>>. Acesso em: 6 mai. 2018.

WACQUANT, Loic. *Punir os pobres: a nova gestão da miséria nos Estados Unidos*. Rio de Janeiro: Revan, 2009.

YOUNG, Jock. *A sociedade excludente*. Rio de Janeiro: Revan, 2002.

ZAFFARONI, E. Raúl; BATISTA, Nilo; SLOKAR, Alejandro Alagia e Alejandro. *Direito penal brasileiro I*. Rio de Janeiro: Revan, 2003.



SUMÁRIO



EXPEDIENTE



APRESENTAÇÃO



ENTREVISTAS

01



CRIME E SOCIEDADE

01

02

03

04

05



DIREITOS HUMANOS

01

02



ESCOLAS PENAIAS

01

02



RESENHAS

01

02

## A (IN)COMPATIBILIDADE DO TRIBUNAL DO JÚRI COM A CONVENÇÃO AMERICANA DE DIREITOS HUMANOS: ANÁLISE E CRÍTICA SOBRE O DUPLO GRAU DE JURISDIÇÃO A PARTIR DE DECISÕES DA CORTE<sup>1</sup>

*THE (IN)COMPATIBILITY OF THE JURY COURT WITH THE AMERICAN CONVENTION ON HUMAN RIGHTS: ANALYSIS AND CRITICISM ABOUT DOUBLE DEGREE OF JURISDICTION FROM THE COURT DECISIONS*

**Adilson Pires Ribeiro**

Graduando em Direito pela Fundação Universidade do Vale do Itajaí (UNIVALI). Estagiário do Tribunal de Justiça do Estado de Santa Catarina (TJSC), com vinculação ao Gabinete da Terceira Vara de Direito Bancário de Florianópolis. Pesquisador Jurídico. Artista Plástico.

[adilsonpr020@hotmail.com](mailto:adilsonpr020@hotmail.com)

**Resumo:** A pesquisa analisa o exercício da garantia do duplo grau de jurisdição nos casos de decisões proferidas pelo Tribunal do Júri. O objetivo é aferir se o Tribunal, nesse aspecto, é compatível ou não com as normas constantes da Convenção Americana de Direitos Humanos. A investigação, inicialmente, aponta questões convergentes e divergentes sobre o Tribunal do Júri e problematiza a necessidade de uma rediscussão sobre o instituto a partir dos direitos e garantias fundamentais. Por conseguinte, a pesquisa aborda a necessidade de acesso efetivo à justiça, com possibilidade do exercício do duplo grau de jurisdição em plenitude, como corolário do devido processo legal penal. A busca científica também apresenta um debate que transcende a (in)constitucionalidade do Tribunal do Júri. Por fim, a pesquisa discorre sobre a existência (ou não) do controle de convencionalidade pelo Estado brasileiro e, diante disso, se o Tribunal do Júri é compatível ou não com a Convenção Americana de Direitos Humanos. A discussão proposta se justifica pela ausência de debate pela comunidade jurídica sobre o controle de convencionalidade do duplo grau nos casos de decisões do Tribunal do Júri. O método de pesquisa utilizado é o dedutivo.

**Palavras-chave:** Tribunal do Júri. Controle de Convencionalidade. Incompatibilidade. Transconstitucionalismo. Efetivo acesso à justiça.

**Abstract:** The research examines the exercise of the guarantee of double degree of jurisdiction in cases of decisions rendered by the Jury Court. The purpose is to determine whether or not the Jury Court is compatible with the rules of the American Convention on Human Rights. The study initially points to convergent and divergent questions about the Jury Court and questions the need for a re-discussion of the institute as from the fundamental rights and guarantees. Therefore, the research addresses the need for effective access to justice, with the possibility of exercising the double degree of jurisdiction fully, as a corollary of due process of penal law. The scientific search also presents a debate

<sup>1</sup> O artigo foi elaborado com a orientação de Thiago Yukio Guenka Campos, mestrando em Teoria, Filosofia e História do Direito pela Universidade Federal de Santa Catarina (UFSC), professor de Direito Penal na Fundação Universidade do Vale do Itajaí (UNIVALI), Defensor Público do Estado de Santa Catarina. E-mail para contato: thiagoygc@gmail.com.



SUMÁRIO



EXPEDIENTE



APRESENTAÇÃO



ENTREVISTAS

01



CRIME E SOCIEDADE

01

02

03

04

05



DIREITOS HUMANOS

01

02



ESCOLAS PENAIS

01

02



RESENHAS

01

02

that transcends the (in) constitutionality of the Jury Court. Finally, the research discusses the existence (or not) of the control of conventionality by the Brazilian State and, considering this, whether the Jury Court is compatible or not with the American Convention on Human Rights. The proposed discussion is justified by the lack of debate by the legal community on the conventionality control of double degree of jurisdiction in cases of decisions of the Jury Court. The research method used is the deductive method.

**Keywords:** Jury Court – Conventionality Control – Incompatibility – Transconstitutionalism – Effective access to justice.

**Sumário:** 1. Introdução – 2. Aspectos convergentes e divergentes sobre o instituto do Tribunal do Júri: uma conversa inicial necessária – 3. O Tribunal do Júri e a necessidade de efetivo acesso à justiça: para além do mero acesso aos órgãos judiciais – 4. Duplo grau de jurisdição e sua (i)materialidade constitucional: a imprescindibilidade de um debate que transcenda o texto da Constituição – 5. (Des)controle de convencionalidade: o Tribunal do Júri à luz da Convenção Americana de Direitos Humanos. Considerações finais. Referências.

## 1 INTRODUÇÃO

A presente investigação científica tem por objetivo aferir se o instituto do Tribunal do Júri é compatível ou não com os termos da Convenção Americana de Direitos Humanos (CADH),<sup>2</sup> popularmente conhecida como Pacto de San José da Costa Rica, introduzida no ordenamento jurídico brasileiro por meio do Decreto 678 de 06 de novembro de 1992. Para tanto, com o fito de verificar como as normas da CADH são aplicadas na prática pelos Estado-partes, a pesquisa se desenvolveu por meio de análise de decisões tanto da Corte Interamericana de Direitos Humanos,<sup>3</sup> como do Supremo Tribunal Federal;<sup>4</sup> <sup>5</sup> pretendeu-se averiguar se a garantia do duplo grau de jurisdição (prevista expressamente na CADH) é assegurada ou não pelas ferramentas judiciais aos jurisdicionados nos casos das decisões proferidas por um Tribunal popular.

A busca científica foi estruturada em quatro capítulos. Inicialmente, adentrou-se nos aspectos convergentes e divergentes que rodeiam a instituição do Tribunal do Júri, problematizando a necessidade de elevar a discussão a respeito da forma de julgamento para o viés dos direitos humanos, notadamente porque pouco se tem debatido a respeito no tocante à sua convencionalidade.

<sup>2</sup> Por uma questão didática e de simetria, as próximas referências à Convenção Americana de Direitos Humanos serão feitas abreviadamente, da seguinte forma: CADH.

<sup>3</sup> Por uma questão didática e de simetria, as próximas referências à Corte Interamericana de Direitos Humanos serão feitas abreviadamente, da seguinte forma: CIDH.

<sup>4</sup> Instância superior no Brasil em matéria constitucional.

<sup>5</sup> Por uma questão didática e de simetria, as próximas referências ao Supremo Tribunal Federal serão feitas abreviadamente, da seguinte forma: STF.



SUMÁRIO



EXPEDIENTE



APRESENTAÇÃO



ENTREVISTAS

01



CRIME E SOCIEDADE

01 02 03 04 05



DIREITOS HUMANOS

01 02



ESCOLAS PENAIS

01 02



RESENHAS

01 02

Na sequência, o trabalho buscou trazer à discussão a necessidade de um efetivo acesso à justiça, que ocorra para além do acesso dos jurisdicionados aos órgãos judiciais, tendo em vista que o devido processo legal penal, na sua essência, comporta o exercício do direito de ação em sede recursal em sua plenitude: o duplo grau de jurisdição.

A terceira parte do artigo discorreu sobre o duplo grau de jurisdição sob uma perspectiva de transcendência da constitucionalidade do Tribunal do Júri, elevando-a ao discurso universal de proteção dos direitos e das garantias fundamentais, no sentido de [re]direcionar o Poder Judiciário a uma prestação jurisdicional que cumpra as liberdades prescritas nos textos internacionais. Na última parte da pesquisa, discorreu-se sobre a realização (ou não) do controle de convencionalidade pelo Estado brasileiro, a fim de verificar se o Tribunal do Júri é compatível ou não com a CADH.

Os materiais utilizados como base da pesquisa foram doutrinas nacionais e estrangeiras, legislações e jurisprudência nacional e internacional. O método de pesquisa utilizado foi o dedutivo. Cabe registrar, ademais, que o presente trabalho não tem o condão de findar a discussão sobre o tema. Ao contrário, o objetivo é iniciar e ampliar a discussão crítica para aprimoramento da ciência jurídica.

## 2 ASPECTOS CONVERGENTES E DIVERGENTES SOBRE O INSTITUTO DO TRIBUNAL DO JÚRI: UMA CONVERSA INICIAL NECESSÁRIA

Inicialmente, imperioso gizar que o Tribunal do Júri é uma instituição de julgamento – de caráter temporário –, composta por um juiz togado, que o preside, mais sete jurados sorteados dentre vinte e cinco jurados constantes de uma lista formada anualmente.<sup>6</sup> No ordenamento jurídico brasileiro, o Tribunal do Júri é uma instituição reconhecida pela Constituição da República Federativa do Brasil de 1988,<sup>7</sup> com a organização que lhe der a legislação,<sup>8</sup> assegurada a plenitude da defesa, o sigilo das votações, a soberania dos veredictos e a competência para o julgamento dos crimes dolosos contra a vida (art. 5º, inciso XXXVIII).<sup>9 10</sup>

Historicamente, na ordem jurídica brasileira – ainda que de forma perfunctória –, vale trazer à baila que o Tribunal do Júri foi instituído por lei em 18 de junho de 1822, restringindo-se a competência apenas para as infrações penais concernentes à imprensa. Por conseguinte, a atuação do Tribunal foi ampliada pelo Código de Processo Criminal de 1830, o que se manteve com a promulgação da Constituição de 1891. De sorte, em que pese o texto constitucional

<sup>6</sup> BULOS, Uadi Lammêgo. *Curso de direito constitucional*. 9. ed. rev. atual. de acordo com a emenda constitucional nº 83/2014 e os últimos julgados do Supremo Tribunal Federal. São Paulo: Saraiva, 2015. p. 640.

<sup>7</sup> Por uma questão didática e de simetria, as próximas referências à Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 serão feitas abreviadamente, da seguinte forma: CRFB/1988.

<sup>8</sup> A regulamentação do procedimento do Tribunal do Júri está positivada no Código de Processo Penal (Lei nº 3.689 de 03 de outubro de 1941, com atualizações pertinentes) entre os artigos 406 a 497.

<sup>9</sup> Para Renato Brasileiro de Lima, “o Tribunal do Júri é um órgão especial do Poder Judiciário de primeira instância, pertencente à Justiça Comum Estadual ou Federal, colegiado e heterogêneo, formado por um juiz togado, que é seu presidente, e por 25 (vinte e cinco) jurados, 7 (sete) dos quais compõem o Conselho de Sentença, que tem competência mínima para o processo e julgamento dos crimes dolosos contra a vida, temporário, porquanto constituído para sessões periódicas, sendo depois dissolvido, dotado de soberania quanto às decisões, tomadas de maneira sigilosa e com base no sistema da íntima convicção, sem fundamentação, de seus integrantes leigos”. In: *Manual de processo penal*: volume único. 4. ed. rev. ampl. e atual. Salvador: JusPodivm, 2016. p. 1308.

<sup>10</sup> Na mesma linha de raciocínio: NUCCI, Guilherme de Souza. *Código de processo penal comentado*. 3. ed. rev. ampl. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004. p. 647-649; TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. *Manual de processo penal*. 11. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 705-717; CAMPOS, Walfredo Cunha. *Tribunal do Júri: teoria e prática*. São Paulo: Editora Atlas, 2010. p. 03.



01



01 02



01 02



01 02

de 1937 ter se omitido, as demais Constituições – o que inclui a vigente –, consagram em seu texto a instituição do Tribunal do Júri.<sup>11</sup>

Não é por demais salientar que seria heresia dizer que a questão sobre a legitimidade da instituição do Tribunal do Júri na contemporaneidade está pacificada. Não foram e não são poucas as argumentações contrárias levantadas a respeito; poucas também não são as teses que defendem apaixonadamente a manutenção do instituto.<sup>12</sup> Nessa seara, é mister tecer algumas considerações sobre pontos favoráveis e contrários ao Tribunal, para então compreender a crítica que a pesquisa propõe.

Ao encontro da manutenção da instituição do Tribunal do Júri, Sylvio Motta advoga a ideia de que se trata de uma garantia de cada indivíduo, consistente no direito de, em determinadas situações fático-criminais, ser julgado por seus pares, o que seria um corolário do Estado Democrático de Direitos.<sup>13</sup> O argumento mostra-se insubsistente. Isso porque, não obstante surgir o Tribunal do Júri de pensamentos democráticos, na verdade não é uma expressão da democracia em si, conquanto afasta, além de outras garantias fundamentais que estruturam o regime democrático, a fundamentação da decisão penal.<sup>14</sup>

Guilherme de Souza Nucci prescreve que “também é o juiz togado um seguidor da sua própria ideologia e de suas próprias convicções”,<sup>15</sup> razão pela qual o jurado não técnico não seria o único suscetível de influências externas na hora do julgamento. Mas o posicionamento de Nucci é frágil, pois o próprio autor reconhece que “a missão de julgar requer profissionais e preparo, não podendo ser feita por amadores. É impossível constituir um grupo de jurados preparados a entender as questões complexas que muitas vezes são apresentadas para decisão no Tribunal do Júri”.<sup>16</sup>

Sob outra perspectiva, já afirmava José Frederico Marques que “o juiz leigo, muito acessível a injunções e cabalas, comprometeria a justiça das decisões”,<sup>17</sup> sem contar que o Tribunal do Júri, vale dizer, legitimaria a irresponsabilidade do jurado, situação incompatível com o regime democrático adotado pelo Brasil, uma vez que o julgador leigo é desprovido de conhecimento técnico-jurídico para apreciar os fatos e as provas de acordo com o ordenamento jurídico pátrio.<sup>18 19</sup> O Tribunal do Júri chega a ser a negação da própria justiça que o Estado prometeu garantir, uma vez que se entrega a pessoas leigas a competência [complexa, vale dizer] de proferir julgamento dos fatos de acordo com a legislação de regência.<sup>20</sup>

<sup>11</sup> BULOS, op. cit., p. 640.

<sup>12</sup> SILVA NETO, Manoel Jorge e. *Curso de direito constitucional*. 2. ed. Atualizado até a EC/52/2006. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006. p. 540.

<sup>13</sup> MOTTA, Sylvio. *Direito constitucional: teoria, jurisprudência e questões*. 20. ed. ver. atual. e ampl. Atualizada até a EC nº 56/2007. Rio de Janeiro: Elsevier, 2008. p. 103.

<sup>14</sup> JARDIM, Afrânio Silva. *Direito processual penal*. 9. ed. rev. atual. Rio de Janeiro: Forense, 2000. p. 309-315.

<sup>15</sup> NUCCI, Guilherme de Souza. *Júri: princípios constitucionais*. São Paulo: Juarez de Oliveira, 1999, p. 180.

<sup>16</sup> Ibidem, p. 183.

<sup>17</sup> MARQUES, José Frederico. *A instituição do júri*. São Paulo, Saraiva, 1963. p. 19-24.

<sup>18</sup> LIMA, Alcides Mendonça. Júri: instituição nociva e arcaica. *Revista Forense*, Rio de Janeiro, n. 196, p. 19, [ ].

<sup>19</sup> No mesmo diapasão, leciona Nelson Hungria: “imperativo categórico da convocação dos capazes, persistindo em oficializar o culto da incompetência”. HUNGRIA, Nelson. A justiça dos jurados. *Revista Direito, Ceará* (Universidade Federal do Ceará), a. 56, v. 10. Disponível em: <<http://www.revistadireito.ufc.br/index.php/revdir/article/view/347/291>>. Acesso: 16 dez. 2017.

<sup>20</sup> OLIVEIRA, Edmundo (et al). *Tribunal do júri: estudo sobre a mais democrática instituição jurídica brasileira*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999. p. 102.



01



01 02



01 02



01 02

Outra questão que enfraquece a legitimidade do Tribunal do Júri está ligada à encenação tanto da acusação quanto da defesa na sessão plenária. A teatralidade pode afastar os jurados dos fatos ocorridos e levá-los a decidir de acordo com a melhor argumentação teatral e não de acordo com a lei e as provas dos autos.

Além disso, muitas das vezes há a prevalência do Direito Penal do autor – veementemente combatido pela dogmática penal –, em que se profere julgamento com fundamento nas condições pessoais do agente (antecedentes criminais, família, ânimo no momento do fato, conduta social, e inclusive as características financeiras e de raça do sujeito), como bem elucida Aury Lopes Júnior.<sup>21</sup> Para Zaffaroni e Pierangeli, o Direito Penal do autor, ao menos em sua manifestação externa, pode-se dizer que é “uma corrupção do direito penal, em que não se proíbe o ato em si, mas o ato como manifestação de uma ‘forma de ser’ do autor, esta sim considerada verdadeiramente delitiva”.<sup>22</sup>

Se a influência midiática já afeta – e muito – o Direito Material e Processual Penal como um todo, não seria diferente com o Tribunal do Júri. A partir do momento em que a cobertura da mídia se debruça sobre acontecimentos ligados ao sistema penal, o funcionamento do mecanismo jornalístico esbarra em direitos e garantias individuais, ocasionando, assim, em determinadas situações, suas violações.<sup>23</sup> Nessa linha, Maria Lúcia Karan pondera:

Nas sociedades atuais, a apreensão da realidade se faz, cada vez mais, através dos meios massivos: as experiências diretas da realidade cedem espaço e passam a ser experiências do espetáculo da realidade, que é passado pelos meios massivos de informação, da mesma forma que a própria comunicação entre as pessoas se refere muito mais às experiências apreendidas através do espetáculo do que às experiências vividas.<sup>24 25 26</sup>

Também não se pode perder de vista que muitos dos defeitos imputados ao julgador leigo, de igual modo podem ser direcionados aos juízes togados, pois como bem asseverou Hélio Tornaghi, “a possibilidade de corrupção, de se deixar influenciar pelos poderosos ou por sentimentos pessoais. Mas aí o júri leva a melhor: porque é mais difícil corromper sete do que corromper um”.<sup>27</sup> Para concluir o raciocínio inicial aqui proposto, não é por demais destacar a crítica de Walter Ceneviva, segundo o qual, o Tribunal do Júri é:

<sup>21</sup> LOPES JÚNIOR, Aury. *Introdução crítica ao processo penal: fundamentos da instrumentalidade garantista*. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005. p. 142-144.

<sup>22</sup> ZAFFARONI, Eugenio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. *Manual de direito penal brasileiro: parte geral*. v. 1. 7. ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. p. 115.

<sup>23</sup> MENDONÇA, Fernanda Graebin. A (má) influência da mídia nas decisões pelo tribunal do júri. CONGRESSO INTERNACIONAL DE DIREITO E CONTEMPORANEIDADE, 2º, jun. 2013, Santa Maria, a. 13, p. 370-383. Disponível em: <<http://coral.ufsm.br/congressodireito/anais/2013/3-6.pdf>>. Acesso em: 12 dez. 2017.

<sup>24</sup> KARAN, Maria Lúcia. *De crimes, penas e fantasias*. 2. ed. Rio de Janeiro: Editora Luam, 1993. p. 199.

<sup>25</sup> No mesmo diapasão: ZAFFARONI, Eugênio Raul. *Em busca das penas perdidas: a perda da legitimidade do sistema penal*. 5. ed. Tradução de Almir Lopes da Conceição e Vânia Romano Pedrosa. Rio de Janeiro: Editora Revan, 2001. p. 127-129.

<sup>26</sup> Vale destacar também que “prover mediante criminalização é quase a única medida de que o governante neoliberal dispõe: poucas normas ousa ele aproximar do livre mercado – fonte de certo jusnaturalismo globalizado, que paira acima de todas as soberanias nacionais –, porém, para garantir o ‘jogo limpo’ mercadológico, a única política pública que verdadeiramente se manteve em suas mãos é a política criminal”. In: BATISTA, Nilo. Mídia e sistema penal no capitalismo tardio, *E-governo*, UFSC, Florianópolis, [ ]. Disponível em: <<http://www.egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/anexos/13245-13246-1-PB.pdf>>. Acesso em: 13 dez. 2017. p. 05.

<sup>27</sup> TORNAGHI, Hélio. *Instituições do processo penal*. Rio de Janeiro: Forense, 1959, v. 2. p. 62.



01



01 02



01 02



01 02

Elitista na origem, falso na premissa de julgamento do delinquente pelos seus iguais, exigindo organização dispendiosa numa justiça que vive a reclamar da falta de meios de destinação restritíssima (só para crimes dolosos contra a vida), com benefício estatístico absolutório para os que podem defender-se, e destino menos feliz para os desprovidos de meios, é, a meu ver, uma inutilidade, que só teria uma justificação ética se estendida, pelo menos, a todos os procedimentos penais.<sup>28</sup>

Em que pese a CRFB/1988 ter previsto a instituição do Tribunal do Júri e, não obstante as críticas contrárias e favoráveis ao modelo de julgamento alhures delineadas, mostra-se imprescindível elevar a discussão para o viés dos direitos humanos, notadamente porque a comunidade jurídica pouco tem debatido o Tribunal do Júri no concernente à sua (in)convencionalidade, especificamente à luz da CADH (Pacto de São José da Costa Rica).

A irrupção dos direitos humanos no discurso jurídico-penal constitui o mais importante e complexo fenômeno de sua história contemporânea. Se, por um lado, tal irrupção contribui para o programa de desterritorialização normativa, funcional perante o empreendimento econômico e político que se esconde atrás da expressão “globalização”, levando por vezes à produção discursiva de duvidosos universais [...], por outro lado representa inquestionável reforço no delineamento de padrões mínimos de contenção e limitação do poder punitivo.<sup>29</sup>

Por essa razão, nas sessões seguintes, a pesquisa se debruçará sobre a (in)convencionalidade do Tribunal do Júri no que concerne ao exercício do duplo grau de jurisdição, conquanto a questão é de extrema relevância para entender a legitimidade da institucionalização no ordenamento jurídico brasileiro do julgamento de fatos criminais por sujeitos leigos perante a norma, pois não se deve apenas saber quais e quantos são os direitos garantidos pelas convenções, tratados ou declarações internacionais. Se são direitos naturais ou históricos, absolutos ou relativos. Mais do que isso. É imprescindível buscar aferir – ainda que solenemente positivados na esfera internacional –, qual é o meio mais seguro para garanti-los e impedir que sejam violados.<sup>30</sup>

É necessário ainda que o devido processo legal penal seja pautado sob o crivo do efetivo acesso à justiça, como corolário do sistema democrático que rege o ordenamento jurídico brasileiro. A perspectiva a se analisar o Tribunal do Júri deve transcender sua (in)constitucionalidade – seja ela material ou formal –, elevando-a ao discurso universal de proteção de direitos e de garantias conquistados a duras penas pela sociedade ao longo dos anos, sacramentados entre as nações por meio de declarações, tratados e convenções internacionais. Imprescindível é que o processo de julgamento penal seja [re]direcionado pelo Poder Judiciário a uma prestação jurisdicional que cumpra as liberdades sacramentadas nos textos internacionais, para que estes não se tornem obsoletos e não representem meras solenidades.

### 3 O TRIBUNAL DO JÚRI E A NECESSIDADE DE UM EFETIVO ACESSO À JUSTIÇA: PARA ALÉM DO MERO ACESSO AOS ÓRGÃOS JUDICIAIS

Segundo o art. 5º, inciso XXXV da CRFB/1988, “a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito”. A disposição positivada pelo texto constitucional assegurou a garantia do acesso à justiça, também conhecido como princípio da inafastabilidade da jurisdição ou princípio do direito de ação. No plano internacional, o acesso à justiça também pode ser extraído da Declaração Universal dos Direitos do Homem e do Cidadão (art. 10),<sup>31</sup> CADH

<sup>28</sup> CENEVIVA, Walter. *Direito constitucional brasileiro*. 2. ed. rev. ampl. São Paulo: Editora Saraiva, 1991. p. 63-64.

<sup>29</sup> ZAFFARONI, Eugênio Raúl; BATISTA, Nilo. *Direito penal brasileiro: teoria geral do direito penal*. 3. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2006. p.339.

<sup>30</sup> BOBBIO, Norberto. *A era dos direitos*. Tradução de Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Campus, 1992. p. 25.

<sup>31</sup> Biblioteca Virtual de Direitos Humanos. *Declaração Universal dos Direitos do Homem e do Cidadão*. Disponível em: <<http://www.direitoshumanos.org.br/doc/declara.htm>>



SUMÁRIO



EXPEDIENTE



APRESENTAÇÃO



ENTREVISTAS

01



CRIME E SOCIEDADE

01 02 03 04 05



DIREITOS HUMANOS

01 02



ESCOLAS PENAIAS

01 02



RESENHAS

01 02

(art. 8º, inciso I),<sup>32</sup> Pacto Internacional de Direitos Cíveis e Políticos (art. 14, inciso I),<sup>33</sup> e Convenção Europeia para a Salvaguarda dos Direitos do Homem e das Liberdades Fundamentais (art. 6º, inciso I).<sup>34</sup>

Trata-se o acesso à justiça de um corolário da própria legalidade, uma vez que “a nova Constituição representa o que mais moderno existe na tendência universal rumo à diminuição da distância entre o povo e a justiça”.<sup>35</sup> Nessa toada, o acesso à justiça pode ser visto como uma liberdade pública subjetiva, cívica, genérica, abstrata e incondicionada, inerente aos sujeitos nacionais e estrangeiros, sem distinções ou retaliações de qualquer natureza, apta a proporcionar aos indivíduos uma resposta efetiva sobre a inquietação levada ao Poder Judiciário estatal.<sup>36</sup>

Historicamente, o acesso à justiça está presente – mesmo que de forma menos intensa –, desde a Antiguidade, a exemplo do Código de Hamurabi, no qual se podem encontrar as primeiras garantias que impediam a opressão dos fracos pelos fortes, garantindo-se a possibilidade de acionar as instâncias judiciais da época para resolução do conflito quando o sujeito se sentisse prejudicado.<sup>37</sup>

Já no período medieval, o acesso à justiça teve grande evolução, momento em que a ideia de dever e de direito começou a ser rediscutida e observada pela sociedade, o que fez com que reivindicações coletivas por novos direitos e garantias surgissem: *os novos direitos humanos*.<sup>38</sup> Inobstante, com o passar do tempo, as sociedades começaram a crescer em tamanho e complexidade, razão pela qual a valorização dos direitos e garantias inerentes aos sujeitos passou a sofrer uma mudança radical. Foi a partir daí que a busca por um efetivo [e rápido] acesso à justiça começou a ganhar mais relevo.<sup>39</sup> O acesso à justiça, de outro vértice, revela a verdadeira luta pelo direito, moralmente inerente a cada indivíduo. Trata-se de um dever do sujeito cujo direito ou garantia foram violados para com ele mesmo, segundo Rudolf Von Ihering.

A batalha pelo seu direito é um dever da pessoa cujos direitos foram violados para com ela mesma. A preservação da existência é a mais alta lei de toda a criação viva. Ela se manifesta em toda a criatura em instinto de autopreservação. Agora, o homem não está preocupado apenas com a sua vida física, mas com a sua existência moral. Porém, a condição para essa existência moral é correta na lei. Nela, o homem possui e defende a condição moral da sua existência – sem a lei, ele se afunda ao nível animal, assim como os romanos, de forma muito lógica, do ponto de vista da lei abstrata,

[usp.br/index.php/Documentos-antigos-%C3%A0-cria%C3%A7%C3%A3o-da-Sociedade-das-Na%C3%A7%C3%B5es-at%C3%A9-1919/declaracao-de-direitos-do-homem-e-do-cidadao-1789.html](http://usp.br/index.php/Documentos-antigos-%C3%A0-cria%C3%A7%C3%A3o-da-Sociedade-das-Na%C3%A7%C3%B5es-at%C3%A9-1919/declaracao-de-direitos-do-homem-e-do-cidadao-1789.html). Acesso em: 15 dez. 2017.

<sup>32</sup> BRASIL. *Decreto n. 678 de 06 de novembro de 1992*. (Convenção Americana de Direitos Humanos). Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto/d0678.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/d0678.htm)>. Acesso em: 13 dez. 2017.

<sup>33</sup> BRASIL. *Decreto n. 592 de 06 de julho de 1992*. (Pacto Internacional de Direitos Cíveis e Políticos). Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto/1990-1994/d0592.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/d0592.htm)>. Acesso em: 15 dez. 2017.

<sup>34</sup> COUNCIL OF EUROPE. *Convenção Europeia para a Salvaguarda dos Direitos do Homem e das Liberdades Fundamentais*. Disponível em: <[http://www.echr.coe.int/Documents/Convention\\_POR.pdf](http://www.echr.coe.int/Documents/Convention_POR.pdf)>. Acesso em: 15 dez. 2017.

<sup>35</sup> CINTRA, Antônio Carlos de Araújo; DINAMARCO, Cândido Rangel; GRINOVER, Ada Pellegrini. *Teoria geral do processo*. 17. ed. São Paulo: Malheiros, 2001. p. 83.

<sup>36</sup> BULOS, op. cit., p. 630.

<sup>37</sup> CARNEIRO, Paulo Cezar Pinheiro. *Acesso à justiça: juizados especiais cíveis e ação civil pública*. Rio de Janeiro: Forense, 1999. p. 4.

<sup>38</sup> CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. *Acesso à justiça*. Tradução de Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Fabris, 1988. p. 12.

<sup>39</sup> CAOVIALLA, Maria Aparecida Lucca. *Acesso à justiça e cidadania*. 2. ed. rev. ampl. Chapecó: Argos Universitária, 2006. p. 23-24.



01



01 02



01 02



01 02

colocavam os escravos no mesmo nível dos animais. A afirmação dos direitos legais de uma pessoa é, portanto, um dever de autopreservação moral.<sup>40</sup>

Mas o acesso à justiça não significa apenas o mero acesso aos órgãos de prestação jurisdicional oferecidos pelo Estado. A questão não pode ser enfrentada apenas como a possibilidade de obter uma resposta do Estado. É necessário que o acesso viabilize uma prestação jurídica justa, efetiva e em tempo razoável.<sup>41</sup> Nesse sentido, Sidney Sanches pondera que “toda e qualquer pessoa, física ou jurídica, deve ter acesso à justiça, ou seja, a possibilidade de obter uma prestação jurisdicional do Estado, imparcial, rápida, eficaz, eficiente e barata”.<sup>42 43</sup>

É nessa toada que a instituição do Tribunal do Júri perde legitimidade. Isso porque, no caso das decisões proferidas pelo Tribunal composto por leigos, segundo o Código de Processo Penal brasileiro – ao encontro da previsão constitucional da soberania dos veredictos –, não se admite a reforma substancial da sentença (seja ela condenatória ou absolutória). Ou seja, o Tribunal de Apelação somente poderá modificar questões que não ataquem o mérito do *decisum*.<sup>44</sup> Há prevalência do entendimento – não técnico, vale repisar – dos jurados, uma vez que pela ordem constitucional vigente o Tribunal do Júri rege-se, dentre outros princípios, pela soberania dos veredictos.

Destarte, o Código de Processo Penal traz uma exceção: se a decisão dos jurados for manifestamente contrária à prova dos autos. Mas nessa hipótese, o Tribunal de Apelação é autorizado apenas a dar provimento ao recurso e sujeitar o acusado a novo julgamento. O Tribunal de Apelação não pode adentrar no mérito (condenação ou absolvição). Além disso, o mesmo dispositivo processual prescreve que, se o segundo julgamento do Tribunal do Júri tiver o mesmo fundamento, não caberá a apelação.<sup>45</sup> Ou seja, em qualquer das hipóteses, há flagrante violação da garantia do *duplo grau de jurisdição*, pois não poderá o acusado ver reanalisada por um juiz togado ou Tribunal de Apelação sua condenação.

Nesses termos, não há como admitir que a instituição do Tribunal do Júri garante de fato [e de direito] o acesso à justiça ao acusado, quicá um acesso efetivo, justo e sob o crivo da *convencionalidade*, uma vez que a decisão dos jurados é absoluta e não passível de reforma, no mérito, por um novo juiz ou tribunal. A efetividade do acesso à justiça exige o afastamento da soberania dos veredictos dos jurados – pois tal prerrogativa de imutabilidade de mérito das decisões do Júri colide com os termos da CADH, como será abordado no capítulo seguinte.

Não se pode admitir que o acusado não possa ver reapreciada sua sentença, pois, do contrário, o acesso à justiça torna-se obsoleto e sem razão, conquanto, não apenas para os operadores do Direito, mas primordialmente para

<sup>40</sup> IHERING, Rudolf Von. *A luta pelo direito*. Tradução de Dominique Makins. São Paulo: Hunter Books, 2012.p. 79.

<sup>41</sup> WATANABE, Kazuo. *Acesso à justiça e sociedade moderna: participação e processo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1988. p. 128.

<sup>42</sup> SANCHES, Sidney. *Acesso à justiça*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1987. p. 266.

<sup>43</sup> No mesmo diapasão: CAPPELLETTI; GARTH, op. cit., p. 8.

<sup>44</sup> Art. 593 do Código de Processo Penal: “Caberá apelação no prazo de 05 (cinco) dias: [...] III – das decisões do Tribunal do Júri, quando: a) ocorrer nulidade posterior à pronúncia; b) for a sentença do juiz presidente contrária à lei expressa ou à decisão dos jurados; c) houver erro ou injustiça no tocante à aplicação da pena ou da medida de segurança; [...]”.

<sup>45</sup> Art. 593, § 3º, do Código de Processo Penal: “se a apelação se fundar no n. III, d, deste artigo [quando for a decisão dos jurados manifestamente contrária à prova dos autos] e o tribunal ad quem se convencer de que a decisão dos jurados é manifestamente contrária à prova dos autos, dar-lhe-á provimento para sujeitar o réu a novo julgamento; não se admite, porém, pelo mesmo motivo, segunda apelação”.



SUMÁRIO



EXPEDIENTE



APRESENTAÇÃO



ENTREVISTAS

01



CRIME E SOCIEDADE

01

02

03

04

05



DIREITOS HUMANOS

01

02



ESCOLAS PENAIS

01

02



RESENHAS

01

02

aqueles que se submetem ao Júri, a acessibilidade efetiva à justiça tornou-se motivo de inquietação, pois antes de tudo é uma questão da própria cidadania inerente ao indivíduo.<sup>46</sup>

Esta nova ideia de cidadania é estendida a uma dimensão maior do que aquela que privilegiava os nacionais de exerceram seus direitos políticos, significando que o homem possui direitos básicos, ligados a sua própria natureza que necessitam ser protegidos, não importando a sua nacionalidade – é a chamada cidadania universal.<sup>47</sup>

A situação contemporânea do Estado leva-o a caracterizar como dever de máxima urgência dos regimes democráticos – como é o caso do Brasil – o de desenvolver justiça social, tendo em vista que a dignidade do Estado surge do exercício da justiça, com a efetivação dos direitos e das garantias inerentes ao ser humano, notadamente a possibilidade de ver reapreciada por outro juiz ou tribunal decisões penais proferidas em seu detrimento.<sup>48</sup>

Surge então a necessidade de as decisões do Tribunal do Júri poderem ser submetidas ao duplo grau de jurisdição, para que assim – inobstante as mazelas do instituto, apontadas no primeiro capítulo – possa encontrar alguma legitimidade, ainda que mínima. Isso porque, não há como pensar o acesso à justiça sem ter em mente o devido processo legal penal, com todos os instrumentos que lhe são inerentes para a sua realização, como a possibilidade do exercício do direito de ação em sede recursal: o duplo grau de jurisdição.<sup>49</sup>

#### 4 DUPLO GRAU DE JURISDIÇÃO E SUA (I) MATERIALIDADE CONSTITUCIONAL: A IMPRESCINDIBILIDADE DE UM DEBATE QUE TRANSCENDA O TEXTO DA CONSTITUIÇÃO

Se é certo que o acesso à justiça deve ser pautado na sua efetividade, não se mostrando suficiente [e não menos legítimo] aos jurisdicionados a mera disposição de órgãos judiciais, também é certo que deve o Estado assegurar que os sujeitos possam valer-se de um devido processo legal penal,<sup>50</sup> com a salvaguarda de todas as garantias e liberdades que lhes são inerentes.

Corolário lógico do devido processo legal penal, notadamente dentro de um regime democrático de direitos e garantias, o duplo grau de jurisdição assegura a possibilidade de revisão das decisões judiciais através de um sistema recursal pré-estabelecido, no qual as decisões do juízo que as proferiu (*a quo*) podem ser reanalisadas por outro Juiz ou Tribunal, em regra de hierarquia superior (*ad quem*).<sup>51</sup>

<sup>46</sup> BRÜGGEMANN, Sirlane Melo. *Um caminho para a justiça*. Florianópolis: OAB/SC, 2005. p. 43.

<sup>47</sup> COMPARATO, Fábio K. A nova cidadania. Conferência Nacional da OAB. Apud: BRÜGGEMANN, op. cit., p. 37.

<sup>48</sup> PASOLD, Cesar Luiz. *Função social do estado contemporâneo*. 3. ed. Florianópolis: OAB/SC, 2003. p. 44.

<sup>49</sup> CICHOCKI NETO, José. *Limitações ao acesso à justiça*. Curitiba: Editora Juruá, 1998. p. 61.

<sup>50</sup> A respeito: Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, art. 5º, inciso LIV: “ninguém será privado de sua liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal”; Convenção Americana de Direitos Humanos, art. 8º, inciso I: “toda pessoa tem direito a ser ouvida, com as devidas garantias e dentro de um prazo razoável, por um juiz ou tribunal competente, independente e imparcial, estabelecido anteriormente por lei, na apuração de qualquer acusação penal formulada contra ela, ou para que se determinem seus direitos ou obrigações de natureza civil, trabalhista, fiscal ou de qualquer outra natureza”.

<sup>51</sup> TÁVORA, Nestor; ALENCAR, Rosmar Rodrigues. *Curso de direito processual penal*. 11. ed. rev. atual. e ampl. Salvador: JusPodivm, 2016. p. 61.



01



01 02



01 02



01 02

Nos dizeres de Guilherme de Sousa Nucci, o duplo grau de jurisdição é uma “garantia individual, prevista implicitamente na Constituição Federal, voltada a assegurar que as decisões proferidas pelos órgãos de primeiro grau do Poder Judiciário não sejam únicas, mas, sim, submetidas a um juízo de reavaliação por instância superior”.<sup>52</sup> Trata-se de direito fundamental inerente a todos os sujeitos. Na mesma senda, Djanira Maria Radamés de Sá entende que o duplo grau de jurisdição consiste na “possibilidade de reexame, de reapreciação da sentença definitiva proferida em determinada causa, por outro órgão de jurisdição que não o prolator da decisão, normalmente de hierarquia superior”.<sup>53</sup>

De fato, a CRFB/1988 não positivou de forma expressa a garantia [ou princípio] do duplo grau de jurisdição.<sup>54</sup> E, nessa ótica, a doutrina e a jurisprudência têm caminhado no sentido de que há previsão implícita, pois tal prerrogativa pode ser retirada da própria garantia do devido processo legal (art. 5º, inciso LIV, da CRFB/1988) e do direito à ampla defesa nos processos, quando a CRFB/1988 se refere ao contraditório e à ampla defesa com os meios e *recursos* a ela inerentes.<sup>55</sup> Dentre os supedâneos que sustentam o duplo grau de jurisdição, alguns merecem destaque:

(I) o julgador (togado ou leigo, no caso do Tribunal do Júri), ser humano que o é, também é suscetível de falibilidade, podendo cometer erros jurídicos e, dessa forma, praticar verdadeiro ato de injustiça. Por essa razão, não há dúvidas de que a possibilidade do exercício do duplo grau de jurisdição revela-se uma necessidade universal de legitimação do que é a justiça;

(II) mais do que juridicamente aceitável, é da natureza humana sentir-se inconformado com determinados atos da sua vida, quem dirá de uma decisão penal em detrimento de sua liberdade. Dessa condição natural que permeia a vida de cada sujeito, nasce uma necessidade psicológica de ter uma segunda resposta do Judiciário sobre o que fora outrora decidido – mesmo que se venha a confirmar-se o *decisum*;

(III) em regra, a reanálise das decisões é realizada por juízes de superior grau hierárquico, em colegiado; estes são dotados de maior experiência prática e teórica. Tal aptidão dos juízes *ad quem* mostra-se como uma salvaguarda da justiça no caso concreto, pois poderão corrigir eventual erro ou ato de injustiça cometido pelo julgado *a quo*; e,

(IV) considerando que a partir do momento em que o Tribunal do Júri realiza uma prestação jurisdicional de julgamento no papel de Estado-juiz, sua atuação também deve se submeter ao controle estatal, com o fito de se evitar arbitrariedades.

Em que pese o STF – de longa data, vale dizer – entender que o duplo grau de jurisdição não consubstancia em garantia constitucional<sup>56</sup>, é necessário elevar a discussão para além da (in)constitucionalidade, da possibilidade de

<sup>52</sup> NUCCI, op. cit., p. 851.

<sup>53</sup> SÁ, Djanira Maria Radamés de. *Duplo grau de jurisdição: conteúdo e alcance constitucional*. São Paulo: Saraiva, 1999. p. 88.

<sup>54</sup> Inobstante, insta salientar, como bem ponderou Djanira Maria Radamés de Sá, que a exemplo de nações como a Itália, Espanha, Uruguai, África do Sul e Portugal, que não preveem de maneira expressa o duplo grau de jurisdição em seus textos constitucionais, situação outra se verifica em países como a Rússia, Austrália, Angola, Chile, Croácia e Dinamarca que possuem previsão expressa dessa garantia em seu ordenamento jurídico pátrio. SÁ, op. cit., p.103.

<sup>55</sup> Comungam desse entendimento: NUCCI, Guilherme de Souza. *Manual de processo penal e execução penal*. 11. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 2014. p. 119; LIMA, op. cit., p. 1601; TÁVORA; ALENCAR, op. cit., p. 61.

<sup>56</sup> A respeito, vide: BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Sessão Plenária). *RHC n. 79.785*. Ministra Sepúlveda Pertence. Brasília, 29 de março de 2000. Disponível em: < <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=102661>>. Acesso em: 12 dez. 2017;



interposição de recursos que ataquem o mérito das decisões proferidas pelo Tribunal do Júri, notadamente porque se trata de decisões da esfera penal, em que a liberdade do sujeito será diretamente afetada.<sup>57</sup>

Na órbita de um julgamento criminal [duplo, vale dizer<sup>58</sup>], é inaceitável que a condenação de um sujeito se pautar sob o crivo de um mero “sim” ou “não” de jurados leigos,<sup>59</sup> descompromissados com quaisquer fundamentações técnico-jurídicas, inclusive sem comprometimento com as provas e elementos probatórios constantes dos autos.<sup>60</sup> Aceitar uma condenação nesses termos é fechar os olhos para as injustiças e uma flagrante legitimação de um Direito Penal falho.

Há, por exemplo, atos do juiz a respeito dos quais qualquer pessoa vê que a motivação seria supérflua (p.ex., a citação de uma testemunha para um determinado dia ou a disposição de que as oitivas se deem numa certa ordem na audiência); mas há outros para os quais é igualmente óbvia a exigência de motivação; quando se trata de absolver ou condenar um imputado, não basta que o juiz diga sim ou não, mas que acrescente por que chegou à conclusão de sim ou não.<sup>61</sup>

A necessidade de fundamentação das decisões – conforme exposto no início – corrobora a ideia de que a impossibilidade do exercício do duplo grau de jurisdição para atacar o mérito das decisões do Tribunal do Júri mostra-se ilegítima. É pressuposto de um Estado Democrático que todo sujeito tenha conhecimento claro dos motivos [fundamentos] que o levaram a ser condenado por determinado fato infracional, para que então possa exercer o seu direito de ver

<sup>57</sup> Silvio José Franco esclarece que “a liberdade sempre foi uma questão fundamental na história da humanidade e por este motivo não se pode negar que todo sujeito traz consigo como atavismo a condição de ser plenamente livre. Liberdade para fazer. Liberdade para pensar. Liberdade para ir, para retornar ou permanecer. Todos necessitam de liberdade, pois “o homem é condenado a ser livre e isto o coloca na obrigação de escolher”. E ainda, que “a liberdade consiste em um dos direitos fundamentais mais importantes de um sistema democrático de direitos. Pimenta Bueno, há tempo, já afirmava que a liberdade não é, pois, exceção, é sim a regra geral, o princípio absoluto, o Direito positivo do indivíduo; e ressaltava que “a proibição, a restrição, isso sim é que são exceções, e que por isso mesmo precisam ser provadas, achar-se expressamente pronunciadas pela lei, e não por modo duvidoso, sim formal, positivo; tudo o mais é sofisma”. E continuava dizendo que na dúvida “prevalece a liberdade, porque é o direito, que não se restringe por suposições ou arbítrio”. Ou seja, a liberdade, como regra geral dentro do Estado Democrático de Direitos e garantias deve ser sempre preservada, sendo que, a privação dela deve ser exceção, a última medida, devidamente fundamentada, é claro”. FRANCO, Silvio José. *A (des)legitimação da proposta de garantia da liberdade política pela democracia constitucional sob uma perspectiva kelseniana*. Artigo escrito para o programa de Doutorado em Ciência Jurídica com dupla titulação Univali-IUACA, no primeiro semestre de 2018. No prelo.

<sup>58</sup> Sim, duplo, porque não se pode perder de vista a retaliação social que antecede uma eventual condenação judicial.

<sup>59</sup> A respeito de como funciona o procedimento do Tribunal do Júri no ordenamento jurídico brasileiro: RIBEIRO, Adilson Pires. Ensaio crítico sobre o procedimento do tribunal do júri à luz da constituição da república federativa do Brasil de 1988 e da jurisprudência pátria: notas aos artigos 453 a 497 do CPP. *Jus Navigandi*, Teresina, nov. 2017. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/62189/ensaio-critico-sobre-o-procedimento-do-tribunal-do-juri-a-luz-da-constituicao-da-republica-federativa-do-brasil-de-1988-e-da-jurisprudencia-patria-notas-aos-artigos-453-a-497-do-cpp>>. Acesso em: 26 jun. de 2018.

<sup>60</sup> Nessa toada, bem ponderou Lênio Luiz Streck que a fundamentação de qualquer decisão na órbita jurídica deve possuir o máximo de compreensão possível, “mais do que fundamentar uma decisão, é necessário justificar (exemplificar) o que foi fundamentado. Fundamentar a fundamentação (justificação) da decisão, em face de caráter não procedural da hermenêutica e em face da mediação entre o geral e o particular (o todo e a parte e a parte e o todo) na tomada de decisões práticas (aqui reside a questão da moral, porque a Constituição agasalha em seu texto princípios que traduzem deontologicamente a promessa de uma vida boa, uma sociedade solidária, o resgate das promessas da modernidade, etc.), faz com que nela – na fundamentação do compreendido – o intérprete (juiz) não possa impor um conteúdo moral atemporal ou a histórico, porque o caso concreto representa a síntese do fenômeno interpretativo.” In: STRECK, Lênio Luiz. *Verdade e consenso: constituição, hermenêutica e teorias discursivas: da possibilidade à necessidade de respostas corretas em direito*. 3. ed. rev. ampl. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009. p. 405.

<sup>61</sup> CARNELUTTI, Francesco. *Lições sobre o processo penal*. Campinas: Editora Bookseller, 2004. p. 115.



01



01 02 03 04 05



01 02



01 02



01 02

reanalizada a referida decisão.<sup>62</sup> A motivação das decisões é um dos supedâneos que sustentam a efetividade da defesa dos direitos fundamentais. Nesse sentido, Aury Lopes Júnior entende que a motivação das decisões é imprescindível para averiguar-se – e, por via de consequência, confirmar ou refutar – a verdade processual estabelecida no caso concreto, pois “só a fundamentação nos permite avaliar se a racionalidade na decisão predominou sobre o poder, e principalmente se foram observadas as regras do devido processo penal”.<sup>63</sup>

Outrossim, não se pode perder de vista que é no campo da necessidade de fundamentação da decisão penal que a jurisdição encontra sua própria legitimação, já que a prestação jurisdicional se justifica como um dos poderes da República Federativa brasileira.<sup>64</sup> A necessidade de fundamentação das decisões é típica de um sistema judicial que se instrumentaliza dentro de um regime democrático, no qual a maioria [de jurados], como bem aponta Paulo Rangel, por si só, “não significa democracia, mas sim consenso que, se for com a liberdade do outro, não tem validade”.<sup>65</sup>

Em que pese autores como Eugênio Pacelli de Oliveira<sup>66</sup> entenderem que o duplo grau de jurisdição consiste em garantia individual extraída implicitamente do texto constitucional vigente, críticos como Aury Lopes Júnior há tempo já enfrentavam a questão à luz das normas convencionais inseridas no ordenamento jurídico brasileiro. Para o autor, “essa discussão perdeu muito do seu fundamento com o art. 8.2, letra ‘h’, da CADH, que expressamente assegura o direito de recorrer da sentença para juiz ou tribunal superior”.<sup>67</sup> Não obstante, vê-se que a comunidade jurídica pouco tem debatido a questão do duplo grau de jurisdição para além de sua (i)materialidade constitucional.

Nessa perspectiva, com o advento da Emenda Constitucional n. 45/2004, que instituiu o § 3º ao art. 5º da CRFB/1988<sup>68</sup>, o legislador constituinte passou a atribuir hierarquia constitucional às convenções internacionais que versam sobre direitos humanos. Por força da nova norma constitucional, cominada com o já existente § 2º, do art. 5º,<sup>69</sup> bem como com o art. 8º, inciso 2, alínea “h” da CADH,<sup>70</sup> as disposições convencionais teriam caráter materialmente constitucional, o que incluiria, desse modo, a garantia do duplo grau de jurisdição.

<sup>62</sup> Nessa linha, também argumenta Rogério Bellentani Zavarize, segundo o qual “além da demonstração das razões de decidir, num contexto em que se permita amplamente o direito das partes de interpor os recursos cabíveis, a fundamentação também permite determinar com precisão o conteúdo da decisão, a fim de facilitar sua interpretação e seu próprio cumprimento”. In: ZAVARIZE, Rogério Bellentani. *A fundamentação das decisões judiciais*. Campinas: Millennium, 2004, p.53.

<sup>63</sup> LOPES JÚNIOR, Aury. *Direito processual penal*. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 195.

<sup>64</sup> ZAVARIZE, op. cit., p. 57.

<sup>65</sup> RANGEL, Paulo. *Direito processual penal*. 12. ed. Rio de Janeiro: Atlas, 2005. p. 62.

<sup>66</sup> OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. *Curso de processo penal*. 16. ed. São Paulo: Atlas, 2012. p. 853-854.

<sup>67</sup> LOPES JÚNIOR, op. cit., p. 1156.

<sup>68</sup> CRFB/1988: “os tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos que forem aprovados, em cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos, por três quintos dos votos dos respectivos membros, serão equivalentes às emendas constitucionais” (art. 5º, § 3º).

<sup>69</sup> CRFB/1988: “os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte” (art. 5º, § 2º);

<sup>70</sup> CADH: “toda pessoa acusada de um delito tem direito a que se presuma sua inocência, enquanto não for legalmente comprovada sua culpa. Durante o processo, toda pessoa tem direito, em plena igualdade, às seguintes garantias mínimas: direito de recorrer da sentença a juiz ou tribunal superior”.



SUMÁRIO



EXPEDIENTE



APRESENTAÇÃO



ENTREVISTAS

01



CRIME E SOCIEDADE

01

02

03

04

05



DIREITOS HUMANOS

01

02



ESCOLAS PENAIAS

01

02



RESENHAS

01

02

A discussão sobre a possibilidade do exercício de ação em sede recursal, para atacar o mérito das decisões do Tribunal do Júri, encontra maior grau de legitimação quando acompanhada de uma hermenêutica constitucional que transcenda a norma escrita e busque aferir a verdadeira função social da Constituição e sua eficácia perante o Estado. Não se pode perder de vista a necessidade de uma integração política e social entre o Estado constitucional e o campo dos direitos humanos nas convenções, tratados e declarações internacionais.

Assim, mostra-se imprescindível que a materialidade constitucional do duplo grau de jurisdição seja superada e o discurso a respeito seja elevado à órbita de proteção internacional dos direitos fundamentais dos sujeitos, uma vez que existem na atualidade métodos modernos de interpretação; sem contar que o hermeneuta constitucional não pode se abster de sempre ter em mente os princípios que regem a interpretação constitucional. Até porque, como já afirmava Konrad Hesse<sup>71</sup>, a Constituição não configura apenas a expressão de um ser, mas também de um dever ser; vai além do simples reflexo das condições fáticas de sua vigência, notadamente as formas sociais e políticas, pois graças à sua pretensão de eficácia, a Constituição procura imprimir ordem e conformação à realidade política e social. Do contrário, não haveria razão alguma para que o texto constitucional previsse direitos e garantias se estes não traduzissem a realidade à qual estão inseridos os cidadãos.

Pelo *princípio da máxima efetividade*, deve-se buscar aferir a eficácia social ou efetividade às normas constitucionais, de modo a extrair delas o maior conteúdo possível, notadamente em se tratando de matérias atinentes aos direitos humanos, para que assim possam ter uma realização prática.<sup>72</sup> Também não pode a interpretação da constituição pautar-se por sua literalidade gramatical. A modernidade social exige que o intérprete desenvolva um raciocínio crítico e global com o escopo de extrair dela a verdadeira finalidade – e função social – de suas normas, ao que preconiza o *princípio da eficácia integradora* ou do *efeito integrador*,<sup>73</sup> razão pela qual a observância e aplicação de diretrizes convencionais acolhidas pelo Estado brasileiro mostra-se um corolário da integração política e social do Estado, apta a proporcionar o efetivo exercício do duplo grau de jurisdição.

De outra banda, não há como discutir a necessidade do efetivo duplo grau de jurisdição nas decisões do Tribunal do Júri sem abordar – ainda que de forma perfunctória, apenas a título de argumentação – o *transconstitucionalismo* [*stricto sensu*]. Corolário do constitucionalismo contemporâneo, e mais ainda do neoconstitucionalismo, o *transconstitucionalismo stricto sensu* é um fenômeno por meio do qual diversas ordens jurídicas – de países diferentes – se reúnem para encontrar soluções sobre problemas constitucionais. Mas esse relacionamento de ordenamentos jurídicos distintos não é a novidade do *transconstitucionalismo*. A novidade dessa extensão do constitucionalismo moderno é a forma como as nações travam suas conversações. Para Marcelo Neves, precursor dessa teoria, o que tem ocorrido na realidade contemporânea “é um entrelaçamento de ordens estatais, internacionais, supranacionais e locais no âmbito de um sistema jurídico mundial de níveis múltiplos, a partir do qual se tem desenvolvido o transconstitucionalismo da sociedade mundial”.<sup>74</sup> Segundo Marcelo Neves:

<sup>71</sup> HESSE, Konrad. *A força normativa da constituição*. Tradução de Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1991. p. 15-16.

<sup>72</sup> BULOS, op. cit., p. 461.

<sup>73</sup> Ibidem., p. 460.

<sup>74</sup> NEVES, Marcelo. *Transconstitucionalismo*. 2009. Tese apresentada para o concurso de provas e títulos para provimento do cargo de Professor Titular na área de direito constitucional na Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. Universidade de São Paulo, São Paulo. p. 30.



SUMÁRIO



EXPEDIENTE



APRESENTAÇÃO



ENTREVISTAS

01



CRIME E SOCIEDADE

01

02

03

04

05



DIREITOS HUMANOS

01

02



ESCOLAS PENAIS

01

02



RESENHAS

01

02

O transconstitucionalismo implica o reconhecimento de que as diversas ordens jurídicas entrelaçadas na solução de um problema-caso constitucional – a saber, de direitos fundamentais ou humanos e de organização legítima do poder –, que lhes são concomitantemente relevantes, devem buscar formas transversais de articulação para solução do problema, cada uma delas observando a outra, para compreender os seus próprios limites e possibilidades de contribuir para solução do problema.<sup>75</sup>

Considerando as complexidades que envolvem as sociedades atuais, notadamente as competições no campo econômico e político, por meio do *transconstitucionalismo* os detentores do poder de ordens jurídicas distintas abrem mão da vaidade e de certo grau de disputas com o escopo de solucionar questões complexas que emergem das Constituições – com é o caso da incompatibilidade do caráter absoluto (no mérito) das decisões do Tribunal do Júri com devido processo legal penal –, sem que isso se confunda com uma cooperação permanente entre as nações que participam da resolução do problema.<sup>76</sup>

Por isso, podemos dizer que o transconstitucionalismo decorre do caráter multicêntrico dos sistemas jurídicos mundiais, onde a conversa e o diálogo desenvolvem-se em vários níveis que se integram, formando um bloco compacto de comunicação entre os atores do cenário estatal. Há um superentrelaçamento de níveis múltiplos. No lugar da vaidade, do provincianismo, da rebeldia, da discórdia e da mediocridade, comuns no mundo, abre-se espaço para o entendimento, a cooperação, a conversa e a criatividade.<sup>77</sup>

É nessa perspectiva que a CADH pode ser vista como uma das cartas precursoras do *transconstitucionalismo*, a teor da dicção preambular convencional. Isso porque os Estados americanos signatários da CADH reafirmaram o propósito comum de consolidar neste continente, notadamente dentro do quadro das instituições democráticas, um regime de liberdade pessoal e de justiça social, com supedâneo no respeito e efetivação dos direitos essenciais do homem. E esses direitos – restou consolidado preambularmente –, possuem atributos que são inerentes à pessoa humana, o que justifica a necessidade de uma proteção convencional internacional, coadjuvante ou complementar daquela oferecida no Direito interno dos Estados signatários.

Além disso, os Estados-partes reiteraram termos da Declaração Universal dos Direitos do Homem, no sentido de que só pode ser realizado o ideal do ser humano livre, isento do temor e da miséria, se forem criadas condições que permitam cada sujeito usufruir dos seus direitos econômicos, sociais e culturais, bem como dos seus direitos civis e políticos.

A análise de casos julgados pela Corte Interamericana de Direitos Humanos (CIDH) que abordam a garantia do duplo grau de jurisdição é de suma importância para trazer à discussão o fato de que as decisões judiciais brasileiras – notadamente do STF – estão em colisão com a jurisprudência da CIDH e os termos da CADH.

No “*Caso Herrera Ulloa vs. Costa Rica*”,<sup>78</sup> em 12.11.1999, o Tribunal Penal do Primeiro Circuito Judicial de São José da Costa Rica (instância judicial interna de Costa Rica) proferiu decisão condenando o jornalista Mauricio Herrera

<sup>75</sup> Ibidem, p. 265.

<sup>76</sup> BULOS, op. cit., p. 90.

<sup>77</sup> Ibidem., p. 90.

<sup>78</sup> CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. *Caso Herrera Ulloa vs. Costa Rica*. Sentença de 02 de julho de 2004 (Excepciones



SUMÁRIO



EXPEDIENTE



APRESENTAÇÃO



ENTREVISTAS

01



CRIME E SOCIEDADE

01

02

03

04

05



DIREITOS HUMANOS

01

02



ESCOLAS PENAIAS

01

02



RESENHAS

01

02

Ulloa pela prática do delito de difamação. Além da condenação ao pagamento de indenização, o nome do jornalista foi lançado em registro judiciário de criminosos. Após a denúncia do caso à Comissão Interamericana de Direitos Humanos, o mesmo foi submetido à CIDH em 2003, alegando-se que a Costa Rica havia violado o art. 13 da CADH (que prevê o direito à liberdade de pensamento e expressão), além do art. 8º (que dispõe sobre as garantias judiciais), ao proferir a decisão de condenação.

Ao apreciar o caso, em 2004, a CIDH entendeu que a liberdade de pensamento e de expressão haviam sido violados pelo Estado-parte, e que o julgamento tinha ocorrido apenas em única instância, violando, assim, a garantia convencional do duplo grau de jurisdição. No referido caso, a CIDH entendeu ser direito de todo sujeito a possibilidade de interpor recurso da sentença a um Juiz ou Tribunal diverso, composto por julgadores que atuem sob o crivo da imparcialidade, com revisão dos pontos jurídicos e fáticos da condenação.

La Corte considera que el derecho de recurrir del fallo es una garantía primordial que se debe respetar en el marco del debido proceso legal, en aras de permitir que una sentencia adversa pueda ser revisada por un juez o tribunal distinto y de superior jerarquía orgánica. El derecho de interponer un recurso contra el fallo debe ser garantizado antes de que la sentencia adquiera calidad de cosa juzgada. Se busca proteger el derecho de defensa otorgando durante el proceso la posibilidad de interponer un recurso para evitar que quede firme una decisión que fue adoptada con vicios y que contiene errores que ocasionarán un perjuicio indebido a los intereses de una persona. (Parágrafo 158º da decisão do caso “Herrera Ulloa vs. Costa Rica”).

Ainda entendeu a CIDH que a mera existência formal de recursos não contempla a garantia convencional no art. 8º, inciso 2, alínea “h”. É necessário que a ferramenta de recorribilidade seja eficaz e que o novo juiz ou tribunal corrija a decisão impugnada de acordo com o direito: a imparcialidade.

La Corte ha indicado que el derecho de recurrir del fallo, consagrado por la Convención, no se satisface con la mera existencia de un órgano de grado superior al que juzgó y condenó al inculcado, ante el que éste tenga o pueda tener acceso. Para que haya una verdadera revisión de la sentencia, en el sentido requerido por la Convención, es preciso que el tribunal superior reúna las características jurisdiccionales que lo legitiman para conocer del caso concreto. Conviene subrayar que el proceso penal es uno solo a través de sus diversas etapas<sup>114</sup>, incluyendo la tramitación de los recursos ordinarios que se interpongan contra la sentencia. (Parágrafo 159º da decisão do caso “Herrera Ulloa vs. Costa Rica”).

E continua:

De acuerdo al objeto y fin de la Convención Americana, cual es la eficaz protección de los derechos humanos<sup>115</sup>, se debe entender que el recurso que contempla el artículo 8.2.h. de dicho tratado debe ser un recurso ordinario eficaz mediante el cual un juez o tribunal superior procure la corrección de decisiones jurisdiccionales contrarias al derecho. Si bien los Estados tienen un margen de apreciación para regular el ejercicio de ese recurso, no pueden establecer restricciones o requisitos que infrinjan la esencia misma del derecho de recurrir del fallo. Al respecto, la Corte ha establecido que “no basta con la existencia formal de los recursos sino que éstos deben ser eficaces”, es decir, deben dar resultados o respuestas al fin para el cual fueron concebidos. (Parágrafo 161º da decisão do caso “Herrera Ulloa vs. Costa Rica”).

Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas). Disponível em: < [http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec\\_107\\_esp.pdf](http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_107_esp.pdf) >. Acesso em: 01 jan. 2018.



SUMÁRIO



EXPEDIENTE



APRESENTAÇÃO



ENTREVISTAS

01



CRIME E SOCIEDADE

01

02

03

04

05



DIREITOS HUMANOS

01

02



ESCOLAS PENAIAS

01

02



RESENHAS

01

02

Outro importante julgado da CIDH merece destaque, especificamente o “*Caso Mohamed vs. Argentina*”<sup>79</sup>. Em razão da denúncia de Oscar Alberto Mohamed pela Promotoria da Argentina – Fiscal Nacional de Primera Instancia –, pela prática do crime de homicídio culposo (atropelamento no trânsito), o juízo de primeira instância, após o curso do processo, em 30.08.1994, absolveu o acusado. Todavia, após recurso da acusação, a segunda instância argentina reformou o *decisum* e condenou o acusado. De acordo com a legislação de regência argentina, nessa situação processual seria possível apenas *recurso extraordinário federal*, o qual não permitiria a reapreciação valorativa dos fatos e das provas. Inobstante, o senhor Mohamed interpôs o recurso, porém sem sucesso, uma vez que a irresignação foi considerada inadmissível.

Diante dessa realidade, após ter sido encaminhado à Comissão Interamericana de Direitos Humanos, o caso foi submetido à CIDH em 13.04.2011, sob o argumento de que o Poder Judiciário da Argentina não assegurou ao acusado o exercício do duplo grau de jurisdição. Após a análise da demanda, a CIDH entendeu que o art. 8º, inciso 2, alínea “h” havia sido de fato violado pelo Estado-parte. Segundo a CIDH, a garantia convencional diz respeito a recurso acessível e eficaz aos jurisdicionados, o que significa que o Poder Judiciário argentino deveria reapreciar os fatos e as provas do caso, mesmo que em recurso extraordinário.

El artículo 8.2 de la Convención contempla la protección de garantías mínimas a favor de “[t]oda persona inculpada de delito”. En el último inciso en que expone esas garantías, cual es el h), protege el “derecho de recurrir del fallo ante juez o tribunal superior”. La Corte entiende que el artículo 8.2 se refiere, en términos generales, a las garantías mínimas de una persona que es sometida a una investigación y proceso penal. Esas garantías mínimas deben ser protegidas dentro del contexto de las distintas etapas del proceso penal, que abarca la investigación, acusación, juzgamiento y condena. (Parágrafo 91º da decisão do caso “*Mohamed vs. Argentina*”).

E ainda:

Para confirmar la interpretación de esta Corte de que se trata de un derecho que asiste al condenado, resulta relevante acudir al lenguaje concreto del artículo 14.5 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos<sup>85</sup> que, al referirse al derecho a recurrir del fallo, expresamente establece que es una garantía que tiene “[t]oda persona *declarada culpable* de un delito” (ênfasis agregado). En otra oportunidad la Corte ha manifestado que dicha norma del Pacto es “muy similar” al artículo 8.2.h de la Convención Americana. (Parágrafo 93º da decisão do caso “*Mohamed vs. Argentina*”).

Denota-se que o duplo grau de jurisdição é garantia reiteradamente considerada pela CIDH como corolário do devido processo legal penal, que precisa ser observado e aplicado pelos Estados signatários da CADH. Isso porque, dentro de uma discussão universal de direitos fundamentais inerentes aos seres humanos, é inadmissível que um ordenamento jurídico comporte a soberania dos veredictos dos jurados que compõem o Tribunal do Júri concomitantemente com a previsão expressa do duplo grau de jurisdição em Convenção da qual o Estado é parte.

## 5 (DES)CONTROLE DE CONVENCIONALIDADE: O TRIBUNAL DO JÚRI À LUZ DA CONVENÇÃO AMERICANA DE DIREITOS HUMANOS

<sup>79</sup> CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. *Caso Mohamed vs. Argentina*. Sentença de 23 de novembro de 2012 (Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas). Disponível em: < [http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec\\_255\\_esp.pdf](http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_255_esp.pdf) >. Acesso em: 01 jan. 2018.



01



01 02



01 02



01 02

O texto constitucional vigente consagrou importantes dispositivos,<sup>80</sup> por meio dos quais há possibilidade de integração de normas internacionais na ordem jurídica brasileira, o que permite que direitos e garantias sejam vistos sob o ângulo da *proteção universal*.<sup>81</sup> Referidos direitos e garantias, nos dizeres de Flávia Piovesan, possuem “uma natureza constitucional diferenciada”,<sup>82</sup> conquanto os direitos individuais previstos nos tratados e convenções internacionais sujeitam-se à denúncia pelo país-parte.

Segundo o entendimento majoritário da doutrina e dos precedentes do STF, os direitos e garantias expressos nos tratados e convenções em que o Brasil é signatário, desde que ratificados pelo Congresso Nacional, possuem *status* supralegal. Ou seja, as normas desses pactos estão acima da legislação ordinária, situando-se, contudo, abaixo das normas constitucionais.<sup>83</sup>

Através do Decreto 678 de 06 de novembro de 1992, o Brasil inseriu em seu ordenamento jurídico a CADH (popularmente conhecida como Pacto de San José da Costa Rica). Nessa toada, imperioso trazer à discussão que, no tocante aos dispositivos constantes na CADH, restou assentado que os Estados-partes não podem alegar que tais mandamentos não estão sendo cumpridos com supedâneo nas normas domésticas. Ou seja, se os direitos e garantias da CADH ainda não estiverem em aplicação por colidirem com as normas internas, estas devem ser modificadas a fim de tornar efetivas as liberdades e os direitos convencionais.<sup>84</sup>

<sup>80</sup> CRFB/1988: “os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte” (art. 5º, § 2º); “os tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos que forem aprovados, em cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos, por três quintos dos votos dos respectivos membros, serão equivalentes às emendas constitucionais” (art. 5º, § 3º).

<sup>81</sup> A respeito, vide: RIBEIRO, Adilson Pires; GOULART, Mariana. Projeto de lei 6583/2013 (Estatuto da Família): a inconstitucionalidade sob as diretrizes dos tratados e convenções internacionais em que o Brasil é signatário e dos princípios, direitos e garantias constitucionais fundamentais. *Produção Científica CEJURPS/2016*, Itajaí, a. 16, p. 612-613, out. 2016.

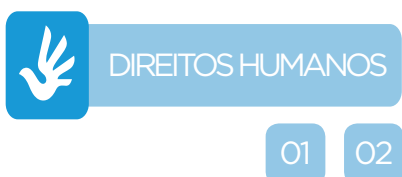
<sup>82</sup> PIOVESAN, Flávia. *Direitos humanos e o direito constitucional internacional*. 3. ed. São Paulo: Max Limonad, 1997. p. 99.

<sup>83</sup> A respeito: BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Sessão Plenária). *Habeas Corpus n. 87.585-8/TO*. Ministro Marco Aurélio. Brasília, 03 de dezembro de 2008. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=59789>>. Acesso em: 12 de dezembro de 2017.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Sessão Plenária). *Recurso Extraordinário n. 466.343/SP*. Ministro Cezar Peluso. Brasília, 03 de dezembro de 2008. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28466343%2EENUME%2E+OU+466343%2EACMS%2E%29&base=baseAcordaos&url=http://tinyurl.com/hvf5ssf>>. Acesso em: 12 de dezembro de 2017.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Sessão Plenária). *Recurso Extraordinário n. 349.703/RS*. Ministro Carlos Britto. Brasília, 03 de dezembro de 2008. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28349703%2EENUME%2E+OU+349703%2EACMS%2E%29&base=baseAcordaos&url=http://tinyurl.com/jzzekb7>>. Acesso em: 12 de dezembro de 2017.

<sup>84</sup> Convenção Americana de Direitos Humanos, Art. 1º: “os Estados Partes nesta Convenção comprometem-se a respeitar os direitos e liberdades nela reconhecidos e a garantir seu livre e pleno exercício a toda pessoa que esteja sujeita à sua jurisdição, sem discriminação alguma por motivo de raça, cor, sexo, idioma, religião, opiniões políticas ou de qualquer outra natureza, origem nacional ou social, posição econômica, nascimento ou qualquer outra condição social”; Art. 2º: “se o exercício dos direitos e liberdades mencionados no artigo 1 ainda não estiver garantido por disposições legislativas ou de outra natureza, os Estados Partes comprometem-se a adotar, de acordo com as suas normas constitucionais e com as disposições desta Convenção, as medidas legislativas ou de outra natureza que forem necessárias para tornar efetivos tais direitos e liberdades”.



Vale destacar que a eficácia de um tratado ou convenção internacionais nas disposições normativas internas depende da incorporação de referidas solenidades na ordem jurídica de cada país-parte. A partir de então, a norma internacional torna-se aplicável no Estado, mas apenas depois da recepção por seu ordenamento, conquanto “no estágio presente das relações internacionais, é inconcebível que uma norma jurídica se imponha ao Estado soberano à sua revelia”.<sup>85</sup>

A CRFB/1988 não prevê expressamente a garantia do duplo grau de jurisdição em seu texto, conforme foi exposto anteriormente. De seu turno, a CADH dispõe, em seu art. 8º, além de outras garantias, a do duplo grau de jurisdição, especificamente no item 2, alínea “h”:

#### ARTIGO 8

##### Garantias Judiciais

[...]

2. Toda pessoa acusada de um delito tem direito a que se presuma sua inocência, enquanto não for legalmente comprovada sua culpa. Durante o processo, toda pessoa tem direito, em plena igualdade, às seguintes garantias mínimas:

[...]

h) direito de recorrer da sentença a juiz ou tribunal superior.

No mesmo sentido é o que dispõe o art. 25, item 1 da CADH:

#### ARTIGO 25

##### Proteção Judicial

1. Toda pessoa tem direito a um recurso simples e rápido ou a qualquer outro recurso efetivo, perante os juízes ou tribunais competentes, que a proteja contra atos que violem seus direitos fundamentais reconhecidos pela constituição, pela lei ou pela presente Convenção, mesmo quando tal violação seja cometida por pessoas que estejam atuando no exercício de suas funções oficiais.

Não bastasse, o item 2 do art. 25 da CADH ainda prescreve que os Estados-parte se comprometem: a) a assegurar que a autoridade competente prevista pelo sistema legal do Estado decida sobre os direitos de toda pessoa que interpuser tal recurso; b) a desenvolver as possibilidades de recurso judicial; e c) a assegurar o cumprimento, pelas autoridades competentes, de toda decisão em que se tenha considerado procedente o recurso.

O controle [judicial] de convencionalidade tem como paradigma aferir a (in)compatibilidade das normas internas com aquelas previstas nas convenções internacionais de que determinado Estado é signatário – como é o caso do Brasil com relação à CADH. A primeira referência ao controle de convencionalidade de que se tem conhecimento pode ser retirado do julgamento do caso “*Almonacid Arellano e Outros vs. Chile*” pela CIDH, em que se entendeu que o Estado-parte – por meio do Poder Judiciário –, tem o dever/obrigação de exercer uma espécie de *controle de*

<sup>85</sup> REZEK, José Francisco. *Direito dos tratados*. Rio de Janeiro: Forense, 1984.p. 382.



01



01 02



01 02



01 02

*convencionalidade*, buscando aplicar não apenas as normas do tratado, mas também a interpretação do mesmo pela CIDH – que é intérprete final da CADH –, para que assim a norma convencional possa ser efetiva.

A Corte está ciente de que os juízes e tribunais internos estão sujeitos ao império da lei e, por isso, estão obrigados a aplicar as disposições vigentes do ordenamento jurídico. Contudo, quando um Estado ratifica um tratado internacional como a Convenção Americana, seus Juízes, como parte do aparato do Estado, também se submetem a ela, o que os obriga a zelar para que os efeitos das disposições da Convenção não se vejam comprometidos pela aplicação de leis contrárias ao seu objeto e finalidade, e que desde sua origem carecem de efeitos jurídicos. Em outras palavras, o Poder Judiciário deve exercer uma espécie de “controle de convencionalidade” entre as normas jurídicas internas que aplicam e os casos concretos da Convenção Americana sobre Direitos Humanos. Nessa tarefa, o Poder Judiciário deve ter em conta não somente o tratado, mas também a interpretação do mesmo pela Corte Americana, intérprete final da Convenção Americana. (Parágrafo 124º da decisão do caso “Almonacid Arellano e Outros vs. Chile”).<sup>86</sup>

Também no julgamento do caso “*Trabajadores Cesados del Congreso (Aguado Alfaro y otros) vs. Perú*”, a CIDH abordou a necessidade do controle de convencionalidade pelos Estados signatários da CADH. A Corte, neste caso, foi além. Isso porque assentou a possibilidade de o controle ser realizado de ofício pelo Judiciário, ou seja, independentemente de provocação ou de existências de outras demandas em tramitação.

Quando um Estado ratifica um tratado internacional como a Convenção Americana, seus juízes também se submetem a ela, o que os obriga a velar para que o efeito útil da convenção não seja obstruído ou anulado pela aplicação de leis contrárias às suas disposições, objeto e finalidade. Em outras palavras, os órgãos do Poder Judiciário devem exercer não só um controle de constitucionalidade, mas também de “convencionalidade” *ex officio* entre as normas internas e a Convenção Americana, observados os limites de suas respectivas competências e das normas processuais correspondentes. Essa função não deve se limitar às manifestações ou atos dos demandantes em cada caso, mas não implica que esse controle deve ser exercido sempre, sem considerar outras ações formais e materiais admissíveis e tal. (Parágrafo 128º da decisão do caso “Trabajadores Cesados del Congreso – Aguado Alfaro y otros – vs. Perú”).<sup>87</sup>

Em se tratando de convencionalidade, existem duas espécies de controle de compatibilidade entre as disposições da CADH e as normas internas de cada Estado. O *controle difuso de convencionalidade* é realizado pelos Estados-partes no âmbito de suas jurisdições, no sentido de verificar se as leis domésticas e os atos praticados por suas instituições estão de acordo, não apenas com as disposições da CADH, mas sobretudo com sua interpretação pela CIDH.<sup>88</sup> De seu turno, o *controle concentrado de convencionalidade* é feito com exclusividade pela CIDH, que, subsidiariamente ao controle realizado pelos Estados-partes, analisa se as normas domésticas e os atos praticados pelos países signatários

<sup>86</sup> CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. *Caso Almonacid Arellano e Outros vs. Chile*. Sentença de . Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/files/conteudo/arquivo/2016/04/7172fb59c130058bc5a96931e41d04e2.pdf>>. Acesso em 13 dez. 2017.

<sup>87</sup> CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. *Caso Trabajadores Cesados del Congreso – Aguado Alfaro y otros – vs. Perú*. Sentença de 24 de novembro de 2006 (Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas). Disponível em: <[http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec\\_158\\_esp.pdf](http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_158_esp.pdf)>. Acesso em 13. Dez. 2017.

<sup>88</sup> MARÍN, Roselia Bustillo. *El control de convencionalidad: la idea del bloque de constitucionalidad y su relación con el control de constitucionalidad en materia electoral*, p. 07-10. Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación. Disponível em: <[http://www.te.gob.mx/ccje/Archivos/Control\\_de\\_Convencionalidad.pdf](http://www.te.gob.mx/ccje/Archivos/Control_de_Convencionalidad.pdf)>. Acesso em: 08 jan. 2018.



SUMÁRIO



EXPEDIENTE



APRESENTAÇÃO



ENTREVISTAS

01



CRIME E SOCIEDADE

01

02

03

04

05



DIREITOS HUMANOS

01

02



ESCOLAS PENAIAS

01

02



RESENHAS

01

02

estão em conformidade com a CADH e a jurisprudência da CIDH, de modo que a responsabilização por eventual liberdade violada recaia apenas sobre o Estado e não sobre sujeitos.<sup>89</sup>

A CIDH reiteradamente vem decidindo pela necessidade de o Poder Judiciário realizar o controle de convencionalidade para que as normas convencionais tenham de fato sua efetivação, destacando, inclusive, a observância da boa-fé dos Estados em cumprir com o que se comprometeram internacionalmente, conforme se depreende da jurisprudência da CIDH: Caso Heliodoro Portugal vs. Panamá,<sup>90</sup> Caso Cabrera García Y Montiel Flores vs. México<sup>91</sup> e Caso Gelman vs. Uruguay.<sup>92</sup>

Sob o crivo do controle difuso de convencionalidade, vale dizer que o Estado brasileiro se mantém inerte quanto à possibilidade da reforma do mérito das decisões do Tribunal do Júri em sede recursal – o exercício substancial do duplo grau de jurisdição pelo condenado –, notadamente pela jurisprudência do STF. Isso porque, dos últimos julgados do STF, depreende-se que o entendimento é que, inobstante o duplo grau ser considerado pelos ministros como uma garantia fundamental ao indivíduo, ainda deve prevalecer a soberania dos veredictos dos jurados componentes do Tribunal Popular, conforme previsão na CRFB/1988 (art. 5º, inciso XXXVIII, alínea “d”).

Nos casos em que a decisão dos jurados é manifestamente contrária às provas constantes do processo, o STF tem mantido em seu entendimento a dicção prescrita pelo Código de Processo Penal (art. 593, § 3º), no sentido apenas de sujeitar o acusado a novo julgamento. A exemplo do julgamento do *habeas corpus* 103805,<sup>93</sup> segundo o ministro Luiz Fux, “o princípio constitucional da soberania dos veredictos quando a decisão for manifestamente contrária à prova dos autos não é violado pela determinação de realização de novo julgamento pelo Tribunal do Júri”. Pelo que se observa, há uma nítida aplicação da lei processual penal ordinária em detrimento da CADH.

Destarte, em nenhum momento a decisão faz remissão ao texto da CADH, quiçá cogita a necessidade de mudança do entendimento do STF para que o duplo grau de jurisdição, nos termos abalizados pela CADH, seja aplicado para reforma de mérito das decisões do Tribunal do Júri: o controle difuso de convencionalidade.

O mesmo entendimento se observa no julgamento do *habeas corpus* 94052,<sup>94</sup> de relatoria do ministro Eros Grau, em que restou decidido que a soberania dos veredictos do Tribunal do Júri não é absoluta apenas quando a decisão dos

<sup>89</sup> Ibidem.

<sup>90</sup> CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. *Caso Heliodoro Portugal vs. Panamá*. Sentença de 12 de agosto de 2008. (Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas). Disponível em: <[http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec\\_186\\_esp.pdf](http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_186_esp.pdf)>. Acesso em: 13 dez. 2017.

<sup>91</sup> CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. *Caso Cabrera García Y Montiel Flores vs. México*. Sentença de 26 de novembro de 2010. (Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas). Disponível em: <<http://www.cndh.org.mx/sites/all/doc/Internacional/Casos/1.pdf>>. Acesso em: 13 dez. 2017.

<sup>92</sup> CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. *Caso Gelman vs. Uruguay*. Sentença de 24 de fevereiro de 2011. (Fondo y Reparaciones). Disponível em: <[http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec\\_221\\_esp1.pdf](http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_221_esp1.pdf)>. Acesso em: 13 dez. 2017.

<sup>93</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Segunda Turma). *Habeas Corpus n. 103805*. Ministro Luiz Fux. Brasília, 05 de abril de 2011. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=623032>>. Acesso em: 09 jan. 2018.

<sup>94</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Segunda Turma). *Habeas Corpus n. 94052*. Ministro Eros Grau. Brasília, 14 de abril de 2009. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=600719>>. Acesso em: 09 jan. 2018.



01



01 02 03 04 05



01 02



01 02



01 02

jurados é manifestamente contrária à prova dos autos, nos termos do Código de Processo Penal. Nessa mesma linha, também do STF: *habeas corpus* 105005,<sup>95</sup> *habeas corpus* 104285<sup>96</sup> e *habeas corpus* 102004.<sup>97</sup>

Em julgado paradigmático – *habeas corpus* 88420, de relatoria do ministro Ricardo Lewandowski –,<sup>98</sup> ainda que não tenha sido abordada a questão do duplo grau de jurisdição no tocante ao procedimento do Tribunal do Júri, restou assentado pelo STF que a garantia do devido processo legal engloba, de igual modo, a do duplo grau de jurisdição, sobrepondo-se à exigência prevista no revogado art. 594 do Código de Processo Penal (recolhimento à prisão para recorrer).

Nesse caso, segundo o STF, o acesso à instância recursal superior consubstancia direito que se encontra incorporado ao ordenamento jurídico brasileiro de direitos e garantias fundamentais, pois ainda que ao duplo grau de jurisdição não se empreste *dignidade constitucional*, a garantia está expressamente prevista na CADH, cuja ratificação pelo Estado brasileiro ocorreu no ano de 1992, ou seja, em data posterior à promulgação do Código de Processo Penal, que ocorreu em 1941, e que, por esta razão, a incorporação ulterior da norma convencional ao sistema jurídico brasileiro teria o condão de modificar a legislação ordinária que lhe é anterior, prevalecendo, assim, a norma da Convenção.

Considerando que nesses termos o Estado brasileiro passa a ser um *sujeito* de Direito Interno e de Direito Internacional, não se pode conceber que ele esteja submetido a duas ou mais ordens jurídicas que se choquem, sob pena de sua deslegitimação diante dos seus jurisdicionados. Destarte, em caso de colisão de diretrizes normativas, deve o Estado consagrar a primazia do Direito Internacional.

Assim, diante da ausência de controle de convencionalidade do Estado brasileiro em relação à garantia sagrada do duplo grau de jurisdição, prevista expressamente na CADH, uma vez que a jurisprudência nacional atual, notadamente a do STF, ainda entende que a soberania dos veredictos dos jurados deve prevalecer, o instituto do Tribunal do Júri mostra-se incompatível com as normas da CADH.

## CONSIDERAÇÕES FINAIS

Diante de todo o exposto, à guisa de conclusão, pode-se afirmar que o Tribunal do Júri é incompatível com a CADH, pois embora esta tenha sido ratificada pelo Congresso Nacional, passando a fazer parte do ordenamento jurídico pátrio, restou verificado que não é aplicada pelo Estado brasileiro em sua essência. Muito pelo contrário, a jurisprudência do STF tem caminhado de forma sólida para a aplicação do texto constitucional em detrimento da CADH.

Apesar de a CADH prever expressamente em seu texto a garantia do duplo grau de jurisdição, a jurisprudência nacional, notadamente a do STF, aplica a soberania dos veredictos dos jurados que compõem o Tribunal do Júri e

<sup>95</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Segunda Turma). *Habeas Corpus n. 105005*. Ministro Ayres Britto. Brasília, 26 de outubro de 2010. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=619217>>. Acesso em: 09 jan. 2018.

<sup>96</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Segunda Turma). *Habeas Corpus n. 104285*. Ministro Ayres Britto. Brasília, 19 de outubro de 2010. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=617228>>. Acesso em: 09 jan. 2018.

<sup>97</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Segunda Turma). *Habeas Corpus n. 102004*. Ministra Cármen Lúcia. Brasília, 14 de maio de 2010. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=618737>>. Acesso em: 09 jan. 2018.

<sup>98</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Primeira Turma). *Habeas Corpus n. 88420*. Ministro Ricardo Lewandowski. Brasília, 17 de abril de 2007. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=463472>>. Acesso em: 09 jan. 2018.



afasta a norma convencional, o que demonstra, de outro lado, a inexistência de controle de convencionalidade pelo Brasil no concernente ao exercício do direito de ação em sede recursal para atacar o mérito das decisões proferidas pelo Tribunal do Júri.

Essa situação, vale dizer, é prejudicial ao Estado de Direito em que se funda o ordenamento jurídico brasileiro, notadamente porque diante dessa omissão do STF vislumbra-se verdadeira legitimação, por via de consequência, da violação de uma garantia primordial ao sujeito dentro do devido processo legal: a possibilidade de recorrer de uma decisão judicial e, de forma substancial, ter revisto, quando pertinente, o caráter condenatório ou absolutório do acusado. Ao exercer seu mister de zelador da Constituição, não pode o STF fechar os olhos para as normas internacionais que foram inseridas no ordenamento jurídico, pois, se assim o fizer, estará violando expressamente texto constitucional, pois conforme foi exposto no trabalho, por força do disposto no art. 5º, 2º da CRFB/1988, os tratados e convenções internacionais que tratam sobre direitos humanos possuem *status* supralegal.

Conclui-se, outrossim, que a previsão constitucional de veredictos soberanos daqueles que compõem um conselho de sentença popular é ilegítimo diante de um sistema democrático de direitos e garantias fundamentais em que se estabelece o Estado Brasil, tendo em vista que tal sistema não comporta que alguém seja condenado sem motivação, a partir de um simples “sim” proclamado por outro indivíduo, desvirtuado de qualquer compromisso jurídico-convencional/constitucional.

No caso do julgamento do *habeas corpus* 88420, citado linhas acima, restou decidido pelo STF que a garantia do devido processo legal (que engloba a do duplo grau de jurisdição), no caso concreto enfrentado, sobrepusera-se à exigência prevista no revogado art. 594 do Código de Processo Penal (recolhimento à prisão para recorrer). Nesse caso em específico, segundo o STF, o acesso à instância recursal superior consubstancia-se em direito que se encontra incorporado ao ordenamento jurídico brasileiro, de modo que ainda que ao duplo grau de jurisdição não se empreste *dignidade constitucional*, a garantia estaria prevista na CADH, cuja ratificação pelo Estado brasileiro ocorreu no ano de 1992, ou seja, em data muito posterior à promulgação Código de Processo Penal, que ocorreu em 1941.

Nessa toada, não há dúvidas de que a incorporação ulterior da norma convencional ao sistema jurídico tem o condão de modificar a legislação ordinária anterior, de maneira a prevalecer, assim, a norma da Convenção.

Claro, pois conforme explanado, tendo em vista que nessa linha de raciocínio o Estado brasileiro passa a ser um *sujeito* de Direito Interno e de Direito Internacional, não se pode conceber que ele esteja submetido a duas ou mais ordens jurídicas que colidem, sob pena de, se assim o fizer, acarretar na sua deslegitimação diante dos jurisdicionados, repisando-se a ideia segundo a qual, no caso de colisão de diretrizes normativas, deve o Estado consagrar a primazia do Direito Internacional.

Destarte, a previsão contida no Código de Processo Penal, no sentido de ser possível apenas a anulação do julgamento pelo Tribunal do Júri, com submissão a novo julgamento quando o primeiro for manifestamente contrário à prova dos autos, é flagrantemente absurda e não menos ilegítima, conquanto mesmo que haja provas cabais de inocência de um réu, e os jurados fechem os olhos para elas pela segunda vez, ainda assim a condenação prevalecerá em detrimento da justiça e do bom senso.



01



01 02



01 02



01 02

É imprescindível que a Jurisdição brasileira reveja a aplicação absoluta dos termos da CRFB/1988, pois o próprio ordenamento jurídico inseriu a CADH no Estado Brasileiro, não devendo a mesma ser vista como mera formalidade de caráter diplomático perante o mundo, mas sim uma norma a ser aplicada, pois, do contrário, não só a CADH, mas a própria CRFB/1988 tornar-se-ão obsoletas.

## REFERÊNCIAS

BATISTA, Nilo. Mídia e sistema penal no capitalismo tardio, *E-governo*, UFSC, Florianópolis, [ ]. Disponível em: <<http://www.egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/anexos/13245-13246-1-PB.pdf>>. Acesso em: 13 dez. 2017. p. 05.

Biblioteca Virtual de Direitos Humanos. *Declaração Universal dos Direitos do Homem e do Cidadão*. Disponível em: <<http://www.direitoshumanos.usp.br/index.php/Documentos-antiores-%C3%A0-cria%C3%A7%C3%A3o-da-Sociedade-das-Na%C3%A7%C3%B5es-at%C3%A9-1919/declaracao-de-direitos-do-homem-e-do-cidadao-1789.html>>. Acesso em 15 dez. 2017.

BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicaocompilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm)>. Acesso em: 13 dez. 2017.

\_\_\_\_\_. *Decreto n. 3.689 de 03 de outubro de 1941*. (Código de Processo Penal). Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/Del3689Compilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del3689Compilado.htm)>. Acesso em: 13 dez. 2017.

\_\_\_\_\_. *Decreto n. 678 de 06 de novembro de 1992*. (Convenção Americana de Direitos Humanos). Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto/d0678.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/d0678.htm)>. Acesso em: 13 dez. 2017.

\_\_\_\_\_. *Decreto n. 592 de 06 de julho de 1992*. (Pacto Internacional de Direitos Cíveis e Políticos). Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto/1990-1994/d0592.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/d0592.htm)>. Acesso em: 15 dez. 2017.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal (Sessão Plenária). *Habeas Corpus n. 87.585-8/TO*. Ministro Marco Aurélio. Brasília, 03 de dezembro de 2008. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=597891>>. Acesso em: 12 dez. 2017.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal (Sessão Plenária). *Recurso Extraordinário n. 466.343/SP*. Ministro Cezar Peluso. Brasília, 03 de dezembro de 2008. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28466343%2E%2E+OU+466343%2EACMS%2E%29&base=baseAcordados&url=http://tinyurl.com/hvf5ssf>>. Acesso em: 12 dez. 2017.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal (Sessão Plenária). *Recurso Extraordinário n. 349.703/RS*. Ministro Carlos Britto. Brasília, 03 de dezembro de 2008. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28349703%2E%2E+OU+349703%2EACMS%2E%29&base=baseAcordados&url=http://tinyurl.com/jzzekb7>>. Acesso em: 12 dez. 2017.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal (Sessão Plenária). *RHC n. 79.785*. Ministra Sepúlveda Pertence. Brasília, 29 de março de 2000. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=102661>>. Acesso em: 12 dez. 2017.



SUMÁRIO



EXPEDIENTE



APRESENTAÇÃO



ENTREVISTAS

01



CRIME E SOCIEDADE

01

02

03

04

05



DIREITOS HUMANOS

01

02



ESCOLAS PENAIAS

01

02



RESENHAS

01

02

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal (Primeira Turma). *Habeas Corpus n. 88420*. Ministro Ricardo Lewandowski. Brasília, 17 de abril de 2007. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=463472>>. Acesso em: 09 jan. 2018.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal (Segunda Turma). *Habeas Corpus n. 105005*. Ministro Ayres Britto. Brasília, 26 de outubro de 2010. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=619217>>. Acesso em: 09 jan. 2018.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal (Segunda Turma). *Habeas Corpus n. 104285*. Ministro Ayres Britto. Brasília, 19 de outubro de 2010. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=617228>>. Acesso em: 09 jan. 2018.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal (Segunda Turma). *Habeas Corpus n. 102004*. Ministra Cármen Lúcia. Brasília, 14 de maio de 2010. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=618737>>. Acesso em: 09 jan. 2018.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal (Segunda Turma). *Habeas Corpus n. 103805*. Ministro Luiz Fux. Brasília, 05 de abril de 2011. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=623032>>. Acesso em: 09 jan. 2018.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal (Segunda Turma). *Habeas Corpus n. 94052*. Ministro Eros Grau. Brasília, 14 de abril de 2009. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=600719>>. Acesso em: 09 jan. 2018.

BOBBIO, Norberto. *A era dos direitos*. Tradução de Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Campus, 1992. p. 25.

BRÜGGEMANN, Sirlane Melo. *Um caminho para a justiça*. Florianópolis: Editora OAB/SC, 2005. p. 43.

BULOS, Uadi Lammêgo. *Curso de direito constitucional*. 9. ed. rev. atual. de acordo com a emenda constitucional nº 83/2014 e os últimos julgados do Supremo Tribunal Federal. São Paulo: Saraiva, 2015.

CAMPOS, Walfredo Cunha. *Tribunal do júri: teoria e prática*. São Paulo: Atlas, 2010. p. 03.

CAOVILLA, Maria Aparecida Lucca. *Acesso à justiça e cidadania*. 2. ed. rev. ampl. Chapecó: Argos Universitária, 2006. p. 23-24.

CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. *Acesso à justiça*. Tradução de Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Fabris, 1988. p. 12.

CARNEIRO, Paulo Cezar Pinheiro. *Acesso à justiça: juizados especiais cíveis e ação civil pública*. Rio de Janeiro: Forense, 1999. p. 4.

CARNELUTTI, Francesco. *Lições sobre o processo penal*. Campinas: Bookseller, 2004. p. 115.

CENEVIVA, Walter. *Direito constitucional brasileiro*. 2. ed. rev. ampl. São Paulo: Saraiva, 1991. p. 64.



SUMÁRIO



EXPEDIENTE



APRESENTAÇÃO



ENTREVISTAS

01



CRIME E SOCIEDADE



DIREITOS HUMANOS

01 02



ESCOLAS PENAIAS

01 02



RESENHAS

01 02

CICHOCKI NETO, José. *Limitações ao acesso à justiça*. Curitiba: Juruá, 1998. p. 61.

CINTRA, Antônio Carlos de Araújo; DINAMARCO, Cândido Rangel; GRINOVER, Ada Pellegrini. *Teoria geral do processo*. 17. ed. São Paulo: Malheiros, 2001. p. 83.

CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. *Caso Almonacid Arellano e Outros vs. Chile*. Sentença de 26 de setembro de 2006 (Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas). Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/files/conteudo/arquivo/2016/04/7172fb59c130058bc5a96931e41d04e2.pdf>>. Acesso em: 13 dez. 2017.

\_\_\_\_\_. *Caso Trabajadores Cesados del Congreso - Aguado Alfaro y otros - vs. Perú*. Sentença de 24 de novembro de 2006 (Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas). Disponível em: <[http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec\\_158\\_esp.pdf](http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_158_esp.pdf)>. Acesso em: 13 dez. 2017.

\_\_\_\_\_. *Caso Heliodoro Portugal vs. Panamá*. Sentença de 12 de agosto de 2008. (Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas). Disponível em: <[http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec\\_186\\_esp.pdf](http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_186_esp.pdf)>. Acesso em: 13 dez. 2017.

\_\_\_\_\_. *Caso Cabrera García Y Montiel Flores vs. México*. Sentença de 26 de novembro de 2010. (Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas). Disponível em: <<http://www.cndh.org.mx/sites/all/doc/Internacional/Casos/1.pdf>>. Acesso em: 13 dez. 2017.

\_\_\_\_\_. *Caso Gelman vs. Uruguay*. Sentença de 24 de fevereiro de 2011. (Fondo y Reparaciones). Disponível em: <[http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec\\_221\\_esp1.pdf](http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_221_esp1.pdf)>. Acesso em: 13 dez. 2017.

\_\_\_\_\_. *Caso Herrera Ulloa vs. Costa Rica*. Sentença de 02 de julho de 2004 (Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas). Disponível em: <[http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec\\_107\\_esp.pdf](http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_107_esp.pdf)>. Acesso em: 01 jan. 2018.

\_\_\_\_\_. *Caso Mohamed vs. Argentina*. Sentença de 23 de novembro de 2012 (Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas). Disponível em: <[http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec\\_255\\_esp.pdf](http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_255_esp.pdf)>. Acesso em: 01 jan. 2018.

Council of Europe. *Convenção Europeia para a Salvaguarda dos Direitos do Homem e das Liberdades Fundamentais*. Disponível em: <[http://www.echr.coe.int/Documents/Convention\\_POR.pdf](http://www.echr.coe.int/Documents/Convention_POR.pdf)>. Acesso em: 15 dez. 2017.

FRANCO, Silvio José. *A (des)legitimação da proposta de garantia da liberdade política pela democracia constitucional sob uma perspectiva kelseniana*. Artigo escrito no programa de Doutorado em Ciência Jurídica com dupla titulação Univali-IUACA, no primeiro semestre de 2018. No prelo.

HESSE, Konrad. *A força normativa da constituição*. Tradução de Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1991. p. 15-16.

HUNGRIA, Nelson. A justiça dos jurados, *Revista Direito*, Ceará (Universidade Federal do Ceará), a. 56, v. 10. Disponível em: <<http://www.revistadireito.ufc.br/index.php/revdir/article/view/347/291>>. Acesso: 16 dez. 2017.

IHERING, Rudolf Von. *A luta pelo direito*. Tradução de Dominique Makins. São Paulo: Hunter Books, 2012. p. 79.



SUMÁRIO



EXPEDIENTE



APRESENTAÇÃO



ENTREVISTAS

01



CRIME E SOCIEDADE

01

02

03

04

05



DIREITOS HUMANOS

01

02



ESCOLAS PENAIAS

01

02



RESENHAS

01

02

JARDIM, Afrânio Silva. *Direito processual penal*. 9. ed. rev. atual. Rio de Janeiro: Forense, 2000. p. 309-315.

KARAN, Maria Lúcia. *De crimes, penas e fantasias*. 2. ed. Rio de Janeiro: Luam, 1993. p. 199.

LIMA, Alcides Mendonça. Júri: instituição nociva e arcaica. *Revista Forense*, Rio de Janeiro, n. 196. p. 19, [ ].

LIMA, Renato Brasileiro de. *Manual de processo penal: volume único*. 4. ed. rev. ampl. e atual. Salvador: JusPodivm, 2016. p. 1308-1601.

LOPES JÚNIOR, Aury. *Introdução crítica ao processo penal: fundamentos da instrumentalidade garantista*. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005. p. 142-144.

\_\_\_\_\_. *Direito processual penal*. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 195.

MARÍN, Roselia Bustillo. *El control de convencionalidad: la idea del bloque de constitucionalidad y su relación con el control de constitucionalidad en materia electoral*, p. 07-10. Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación. Disponível em: <[http://www.te.gob.mx/ccje/Archivos/Control\\_de\\_Convencionalidad.pdf](http://www.te.gob.mx/ccje/Archivos/Control_de_Convencionalidad.pdf)>. Acesso em: 08 jan. 2018.

MARQUES, José Frederico. *A instituição do júri*. São Paulo: Saraiva, 1963. p. 19-24.

MENDONÇA, Fernanda Graebin. A (má) influência da mídia nas decisões pelo tribunal do júri. *Congresso Internacional de Direito e Contemporaneidade*, 2º, jun. 2013. Santa Maria, a. 13, p. 370-383. Disponível em: <<http://coral.ufsm.br/congressodireito/anais/2013/3-6.pdf>>. Acesso em: 12 dez. 2017.

MOTTA, Sylvio. *Direito constitucional: teoria, jurisprudência e questões*. 20. ed. rev. atual. e ampl. Atualizada até a EC nº 56/2007. Rio de Janeiro: Elsevier, 2008. p. 103.

NEVES, Marcelo. *Transconstitucionalismo*. 2009. Tese apresentada para o concurso de provas e títulos para provimento do cargo de Professor Titular na área de direito constitucional na Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. Universidade de São Paulo, São Paulo.

NUCCI, Guilherme de Souza. *Código de processo penal comentado*. 3. ed. rev. ampl. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004. p. 647-649.

\_\_\_\_\_. *Manual de processo penal e execução penal*. 11. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 2014. p. 119.

\_\_\_\_\_. *Júri: princípios constitucionais*. São Paulo: Juarez de Oliveira, 1999. p. 180.

OLIVEIRA, Edmundo (et al). *Tribunal do júri: estudo sobre a mais democrática instituição jurídica brasileira*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999. p. 102.

OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. *Curso de processo penal*. 16. ed. São Paulo: Atlas, 2012. p. 853-854.

PASOLD, Cesar Luiz. *Função social do estado contemporâneo*. 3. ed. Florianópolis: OAB/SC, 2003. p. 44.

PIOVESAN, Flávia. *Direitos humanos e o direito constitucional internacional*. 3. ed. São Paulo: Max Limonad, 1997. p. 99.



SUMÁRIO



EXPEDIENTE



APRESENTAÇÃO



ENTREVISTAS

01



CRIME E SOCIEDADE

01

02

03

04

05



DIREITOS HUMANOS

01

02



ESCOLAS PENAIS

01

02



RESENHAS

01

02

RANGEL, Paulo. *Direito processual penal*. 12. ed. Rio de Janeiro: Atlas, 2005. p. 62.

REZEK, José Francisco. *Direito dos tratados*. Rio de Janeiro: Forense, 1984. p. 382

RIBEIRO, Adilson Pires. Ensaio crítico sobre o procedimento do tribunal do júri à luz da constituição da república federativa do brasil de 1988 e da jurisprudência pátria: notas aos artigos 453 a 497 do CPP. *Jus Navigandi*, Teresina, nov. 2017. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/62189/ensaio-critico-sobre-o-procedimento-do-tribunal-do-juri-a-luz-da-constituicao-da-republica-federativa-do-brasil-de-1988-e-da-jurisprudencia-patria-notas-aos-artigos-453-a-497-do-cpp>>. Acesso em: 26 jun. 2018.

\_\_\_\_\_; GOULART, Mariana. Projeto de lei 6583/2013 (Estatuto da Família): a inconstitucionalidade sob as diretrizes dos tratados e convenções internacionais em que o Brasil é signatário e dos princípios, direitos e garantias constitucionais fundamentais. *Produção Científica CEJURPS/2016*, Itajaí, a. 16, p. 612-613, out. 2016.

SÁ, Djanira Maria Radamés de. *Duplo grau de jurisdição: conteúdo e alcance constitucional*. São Paulo: Saraiva, 1999. p. 88.

SANCHES, Sidney. *Acesso à justiça*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1987, p. 266.

SILVA NETO, Manoel Jorge e. *Curso de direito constitucional*. 2. ed. Atualizado até a EC/52/2006. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006. p. 540.

STRECK, Lênio Luiz. *Verdade e consenso: constituição, hermenêutica e teorias discursivas: da possibilidade à necessidade de respostas corretas em direito*. 3. ed. rev. ampl. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009. p. 405.

TÁVORA, Nestor; ALENCAR, Rosmar Rodrigues. *Curso de direito processual penal*. 11. ed. rev. atual. e ampl. Salvador: JusPodivm, 2016. p. 61.

TORNAGHI, Hélio. *Instituições do processo penal*. Rio de Janeiro: Forense, 1959, v. 2, p. 62.

TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. *Manual de processo penal*. 11. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 705-717.

ZAFFARONI, Eugênio Raúl. *Em busca das penas perdidas: a perda da legitimidade do sistema penal*. 5. ed. Tradução de Almir Lopes da Conceição e Vânia Romano Pedrosa. Rio de Janeiro: Revan, 2001. p. 127-129.

\_\_\_\_\_; BATISTA, Nilo. *Direito penal brasileiro: teoria geral do direito penal*. 3. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2006. p. 339.

\_\_\_\_\_; PIERANGELI, José Henrique. *Manual de direito penal brasileiro: parte geral*. v. 1. 7. ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. p. 115.

ZAVARIZE, Rogério Bellentani. *A fundamentação das decisões judiciais*. Campinas: Millennium, 2004. p. 53-57.

WATANABE, Kazuo. *Acesso à justiça e sociedade moderna: participação e processo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1988. p. 128.



SUMÁRIO



EXPEDIENTE



APRESENTAÇÃO



ENTREVISTAS

01



CRIME E SOCIEDADE

01

02

03

04

05



DIREITOS HUMANOS

01

02



ESCOLAS PENAIAS

01

02



RESENHAS

01

02

## OS ABUSOS E AS VIOLÊNCIAS DO ESTADO CONTRA O INDIVÍDUO: CONCEITUAÇÃO, PRESENTE E FUTURO

### *ABUSES AND VIOLENCE OF THE STATE AGAINST THE INDIVIDUAL: CONCEPT, PRESENT AND FUTURE*

**Maria Luiza Gorga**

Doutoranda em Direito Penal pela Universidade de São Paulo. Mestre pela Universidade de São Paulo. Advogada criminal.

[marialuiza@cgrcadvogados.com.br](mailto:marialuiza@cgrcadvogados.com.br)

**Resumo:** Neste trabalho se busca apresentar, mediante a utilização do método dedutivo, uma breve explanação sobre qual o grau de proteção legal dos cidadãos contra atos de abuso ou violência por parte de autoridades públicas e se essa proteção é atualmente suficiente. Percorremos situações concretas, sobretudo à luz da Operação Lava-Jato e a influência desta na interpretação das proteções. Buscou-se também traçar um panorama das possíveis alterações legislativas sobre o tema e avaliar o prognóstico destas para, ao final, permitir-se uma conclusão sobre a (in)suficiência da proteção atual e a necessidade de superação de pressões populares e de setores do Judiciário que atuam à margem das normas protetivas, em atitude “justiceira” incompatível com o Estado Democrático de Direito.

**Palavras-chave:** Abuso de autoridade. Violência arbitrária. Abuso de poder.

**Abstract:** In this paper, we present, using the deductive method, a brief explanation about the degree of legal protection of the citizens against acts of abuse or violence by public authorities, and if this protection is currently enough. We include observations on concrete situations, especially in light of Operation Car Wash and its influence on the interpretation of these protections, as well as research possible legislative changes on the subject and their prognosis in order to allow a conclusion on the (in)adequacy of the current protection status and the need to overcome popular pressure and that of sectors of the Judiciary that act in the margins of the protective norms, in a retributive attitude that is incompatible with the Democratic State.

**Key words:** Abuse of authority; arbitrary violence; abuse of power.

**Sumário:** 1. Introdução. 2. Os tipos do Código Penal: violência arbitrária e abuso de poder; 3. A Lei de Abuso de Autoridade: tipos e aplicação; 4. O futuro dos institutos; 5. A Súmula Vinculante n. 11 do STF: a situação do uso indiscriminado de algemas; 6. Conclusão; 7. Bibliografia.

## 1 INTRODUÇÃO

No atual contexto jurídico-social em que vivemos, torna-se imperativa uma reflexão detida sobre em que consistem os atos estatais de abuso em face dos cidadãos jurisdicionados, bem como uma análise de se tal proteção vem sendo respeitada e se merece reparos.



SUMÁRIO



EXPEDIENTE



APRESENTAÇÃO



ENTREVISTAS

01



CRIME E SOCIEDADE

01

02

03

04

05



DIREITOS HUMANOS

01

02



ESCOLAS PENAIS

01

02



RESENHAS

01

02

De fato, há tempos manifestou-se o eminente ministro Marco Aurélio, com propriedade, aduzindo que “A sociedade não pode viver aos solavancos, não pode viver sendo surpreendida por atos extremados”,<sup>1</sup> contexto este que infelizmente está-se a viver, principalmente após a deflagração e popularização da Operação Lava Jato que, sob o estandarte de combate à corrupção, vem fazendo letra morta das normas legais e garantias constitucionais de nossa República.

Já se diz há muito que “o abuso começa onde cessa o direito”.<sup>2</sup> Assim, podemos definir o abuso de autoridade “como o exercício do Direito que exorbita os limites fixados na lei em que se fundamenta”.<sup>3</sup> Isso porque toda e qualquer atividade do Estado encontra limites nos direitos e garantias individuais dos cidadãos.

Nesse sentido – o qual parece esquecido em nosso país nos últimos anos –, bem leciona Guilherme de Souza Nucci, segundo o qual há que se observar que suspeito, indiciado ou acusado da prática de um crime, a pessoa não perde, em momento algum, seus direitos fundamentais, nem se torna menos importante em matéria de proteção estatal quanto à sua integridade física ou moral”.<sup>4</sup>

De fato, o entendimento jurisprudencial vem bem definindo a questão, como o faz o E. Superior Tribunal de Justiça, conceituando que o objetivo de tais crimes é preservar a moralidade da Administração Pública,<sup>5</sup> sentido igualmente seguido pelo E. Supremo Tribunal Federal, que inclui expressamente que também os magistrados respondem por tais crimes, não podendo interpretar as normas a seu bel prazer.<sup>6</sup>

Além da proteção da Administração Pública, há também a proteção do cidadão e de seus direitos e garantias fundamentais, constitucionalmente assegurados, sendo, portanto, múltiplas as vítimas de tais crimes.

De fato, a esse contexto aplica-se a lição decenária do E. Supremo Tribunal Federal (o qual, infelizmente, parece não mais seguir suas próprias palavras):

No caso em que ora cogitamos esse falso princípio estaria sendo vertido em máxima segundo a qual ‘não há direitos absolutos’. E, tal como tem sido em nosso tempo pronunciada, dessa máxima se faz gazua apta a arrombar toda e qualquer garantia constitucional. Deveras, a cada direito que se alega o juiz responderá que esse direito existe, sim, mas não é absoluto, porquanto não se aplica ao caso. E assim se dá o esvaziamento do quanto construímos ao longo de séculos para fazer, de súditos, cidadãos. Diante do inquisidor, não temos qualquer direito. Ou melhor, temos sim, vários, mas com nenhum deles é absoluto, nenhum é reconhecível na oportunidade em que devia acudir-nos. Primeiro essa gazua, em seguida despencando sobre todos, a pretexto da ‘necessária atividade persecutória do Estado’, a ‘supremacia do interesse público sobre o individual’. (...) a interpretação sistemática da Constituição ‘leva à conclusão de que a Lei Maior impõe a prevalência do direito à liberdade em detrimento do direito de acusar’. Essa é a proporcionalidade que se impõe em

<sup>1</sup> STF, RHC 117.039, Rel. Min. Marco Aurélio, j. 12.11.2013.

<sup>2</sup> PLANIOL, Marcel Ferdinand. *Traité élémentaire de droit civil*. Paris: R. Pichon et R. Durand-Auzias, 1948. p. 298.

<sup>3</sup> FRANCO, Alberto Silva et al. *Leis penais especiais e sua interpretação jurisprudencial*. Tomo 2. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995. p. 35.

<sup>4</sup> NUCCI, Guilherme de Souza. *Provas no processo penal*. Rio de Janeiro: Forense, 2015. p. 99-100.

<sup>5</sup> STJ, REsp 684.532, Rel. Min. José Arnaldo da Fonseca, j. 8.3.2005.

<sup>6</sup> STF, ADI 4638 MC, Pleno, Rel. Min. Marco Aurélio, j. 8.2.2012.



SUMÁRIO



EXPEDIENTE



APRESENTAÇÃO



ENTREVISTAS

01



CRIME E SOCIEDADE

01

02

03

04

05



DIREITOS HUMANOS

01

02



ESCOLAS PENAIIS

01

02



RESENHAS

01

02

sede processual penal: em caso de conflito de preceitos, prevalece o garantidor da liberdade sobre o que fundamenta a supressão. A nos afastarmos disso, retornaremos à barbárie.<sup>7</sup>

Feita esta breve introdução, passemos então à análise dos tipos penais que buscam defender os cidadãos de tais arbítrios e abusos.

## 2 OS TIPOS DO CÓDIGO PENAL: VIOLÊNCIA ARBITRÁRIA E ABUSO DE PODER

O Código Penal brasileiro traz, já desde seus primórdios, a tipificação dos delitos de violência arbitrária e de abuso de poder (arts. 322 e 350), ambos os quais visam à proteção da sociedade contra atos dos agentes estatais que transbordem os estreitos limites de sua atuação enquanto garantidores da ordem social, mas, também, dos direitos e garantias individuais.

No tocante ao crime de Violência Arbitrária (art. 322 do Código Penal), temos que a violência configura, além do delito penal de crime funcional, também o delito específico referente à violência praticada, como por exemplo eventual lesão corporal, de forma que se tem um concurso material obrigatório, não consistindo *bis in idem* por serem diversas as esferas de proteção da norma – a moralidade administrativa em concurso com os demais bens jurídicos, a exemplo da incolumidade física.

A respeito do interesse da Administração Pública na proteção do bem jurídico, bem delineou o Superior Tribunal de Justiça:

violência policial arbitrária não é ato apenas contra o particular-vítima, mas sim contra a própria Administração Pública, ferindo suas bases de legitimidade e respeitabilidade. Tanto é assim que essas condutas são tipificadas, entre outros estatutos, no art. 322 do CP, que integra o Capítulo I (“Dos Crimes Praticados por Funcionário Público contra a Administração Pública”), que por sua vez está inserido no Título XI (“Dos Crimes contra a Administração Pública”), e também nos arts. 3º e 4º da Lei n. 4.898/1965, que trata do abuso de autoridade. Em síntese, atentado à vida e à liberdade individual de particulares, praticado por agentes públicos armados – incluindo tortura, prisão ilegal e “justiciamento” –, afora repercussões nas esferas penal, civil e disciplinar, pode configurar improbidade administrativa, porque, além de atingir a pessoa-vítima, alcança, simultaneamente, interesses caros à Administração em geral, às instituições de segurança pública em especial, e ao próprio Estado Democrático de Direito.<sup>8</sup>

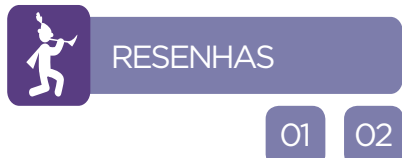
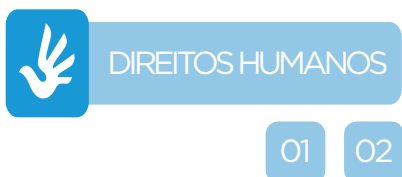
Como define Nelson Hungria, “por violência se entende o emprego de força física ou maus-tratos, ou vias de fato (ainda que não ofendam a integridade física). Não entra em linha de conta, aqui, a simples violência moral (intimidação por ameaça)”.<sup>9</sup>

Cabe mencionar que o agir arbitrário é aquele que não encontra autorização em qualquer norma legal. Difere do abuso de autoridade ou do abuso de poder, pois nestes últimos há um poder discricionário concedido ao funcionário que, contudo, o excede ou lhe desvia a finalidade.

<sup>7</sup> STF, Pleno, HC 95.009-4/SP, Rel. Min. Eros Grau, j. 06.11.2008.

<sup>8</sup> STJ, RESP 1.177.910, Rel. Min. Herman Benjamin, j. 26.08.2015.

<sup>9</sup> HUNGRIA, Nelson. *Comentários ao código penal*. v. 9. Rio de Janeiro: Forense, 1958. p. 383.



O espírito dessa norma é, ainda conforme Nelson Hungria, proteger a sociedade de indivíduos que se utilizam do poder estatal para violar os direitos dos cidadãos, em postura incompatível com o cargo ocupado e o prestígio do Estado, que se abala com tais condutas indevidas. Assim, ensina que

O policial truculento é o proverbial ‘vilão com a vara na mão’. A superioridade ocasional, que não merece, ele a entende como um poder discricionário e tirânico, (...) exercendo toda a sorte de vexames contra aqueles que, privados de liberdade e indefesos, lhe caem sob o guante.<sup>10</sup>

Há entendimento doutrinário majoritário de que esse delito do art. 322 fora revogado tacitamente pela Lei de Abuso de Autoridade, entendimento acolhido e pacificado também pelo extinto Tribunal da Alçada Criminal do Estado de São Paulo. Contudo, os Tribunais Superiores vêm entendendo, de há muito, pela vigência desse tipo penal.<sup>11</sup>

Já para o exercício arbitrário ou abuso de poder, tipificado no art. 350 do Código Penal, há entendimento doutrinário majoritário de que este foi revogado e totalmente absorvido pela Lei de Abuso de Autoridade.<sup>12</sup>

Cabe mencionar que, na lógica do Código Penal, tais crimes não se confundem, pois enquanto a violência arbitrária atenta contra a Administração Pública, o abuso de poder atenta contra a Administração da Justiça, de modo que os bens jurídicos protegidos são distintos e, portanto, não há que se falar em *bis in idem*.

Quanto à discussão a respeito da revogação de tais dispositivos, ainda que concordemos com a corrente doutrinária, não se pode deixar de observar esses tipos penais em virtude de sua vigência declarada pelas Cortes Superiores.

Passemos, assim, ao estudo da Lei de Abuso de Autoridade.

### 3 A LEI DE ABUSO DE AUTORIDADE: TIPOS E APLICAÇÃO

A Lei n. 4.898/1965 originou-se do Projeto de Lei n. 952/56, tendo sido, portanto, debatida no Poder Legislativo por vários anos. Dentre as razões para a aprovação de referido projeto, convertido na norma que hoje integra nosso ordenamento, temos:

Dos três tipos de responsabilidades a que está sujeito o servidor público – a administrativa, a civil e a penal –, a última é a que constitui o instrumento mais eficaz para prevenir os abusos de autoridades, dados o valor intimidativo da pena, o aparato e a publicidade do julgamento penal. Nos casos em que o abuso de autoridade se consuma, é também a sanção penal a que se revela mais adequada aos fins visados pela Constituição, por ser a que contém mais denso conteúdo punitivo.

(...)

<sup>10</sup> Ibidem, p. 387.

<sup>11</sup> GOMES, Luiz Flavio. CUNHA, Rogério Sanches. *Direito penal: parte especial*. Coleção Ciências Criminais. v. 3. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010. p. 427-429. Confira-se: STF, HC 47.837, Rel. Min. Eloy da Rocha, j. 12.06.1970; STF, RHC 95617/MG, Rel. Min. Eros Grau, j. 25.11.2008; e STJ, HC 48.083/MG, Rel. Min. Laurita Vaz, j. 20.11.2007.

<sup>12</sup> GOMES; CUNHA, op. cit., p. 497.



01



01 02



01 02



01 02

O objetivo que nos anima é o de complementar a Constituição (1946) para que os direitos e garantias nela assegurados deixem de constituir letra morta em numerosíssimos municípios brasileiros.<sup>13</sup>

Percebe-se que, desde sempre, há claro conflito entre os direitos dos cidadãos e os arbítrios e excessos de agentes estatais, de tal modo a justificar a edição de norma que pune tais agentes em todos os âmbitos cabíveis, trazendo inclusive a seara criminal, em demonstração de que, em tais casos, sua gravidade é tal que suplanta o princípio da subsidiariedade que rege as normas penais.

Há, contudo, graves problemas com esta norma, na qual fica evidente que, por apresentar um rol exemplificativo, sem descrição precisa de condutas, o art. 3º da Lei não define crimes propriamente, por ser indiscutível o desatendimento ao princípio da legalidade em matéria penal – o que, portanto, seria um argumento para a manutenção da vigência dos delitos tipificados no Código Penal. Assim, apenas em seu art. 4º pode-se entender que a norma define crimes.

Nessa norma, tutela-se tanto o bom funcionamento da Administração Pública – e, com isso, sua moralidade – como também os direitos e garantias constitucionalmente previstos aos cidadãos, de modo que cada tipo penal equivale à violação de um direito ou garantia fundamental.<sup>14</sup>

Cabe notar que, quanto aos tipos definidos nas alíneas “f” e “g”, são inaplicáveis e atípicos, posto que inexistem no sistema carcerário brasileiro quaisquer custas ou emolumentos ou outra despesa semelhante que possam ser cobradas. Assim, caso o agente estatal pratique tais condutas, pode-se configurar o crime de extorsão (art. 158 do Código Penal) se houver o emprego de violência ou grave ameaça na cobrança.<sup>15</sup>

Com relação ao agente ativo, temos que o conceito de funcionário é ainda mais abrangente do que aquele do art. 327 do Código Penal,<sup>16</sup> de modo que não importa a forma de investidura ou de vínculo com o Estado, ainda que sem estabilidade ou remuneração, e não importando se o caráter é de autoridade civil ou militar. Desse modo, é agente ativo aquele que se encontra de férias ou licença, mas não o é aquele aposentado ou demitido, posto que inexistente o vínculo com o Estado.

Já no tocante a funções privadas, mas que atendem a interesses públicos, o agente particular não se enquadra na norma em comento (exemplo: tutor, curador, inventariante, administrador da massa falida). Contudo, é possível que um particular aja em concurso de pessoas com a autoridade pública para a prática do abuso de autoridade.<sup>17</sup>

Para exemplos recentes, como já mencionamos exacerbados após a Operação Lava Jato, temos que a conduta prevista no art. 4º, “b”, de referida norma é a daquele que abusa do poder conferido por sua função pública e atenta contra a dignidade moral da vítima, o que é justamente o que ocorre nos “vazamentos” seletivos de informações de

<sup>13</sup> Disponível em: <http://cpdoc.fgv.br/producao/dossies/FatosImagens/Golpe1964>. Acesso em: 15 abr. 2018.

<sup>14</sup> HABIB, Gabriel. *Leis penais especiais*. Tomo I. Salvador: Ed. Jus Podivm, 2010. p. 21.

<sup>15</sup> *Ibidem*. p. 45.

<sup>16</sup> Art. 327 – Considera-se funcionário público, para os efeitos penais, quem, embora transitoriamente ou sem remuneração, exerce cargo, emprego ou função pública.

§ 1º – Equipara-se a funcionário público quem exerce cargo, emprego ou função em entidade paraestatal, e quem trabalha para empresa prestadora de serviço contratada ou conveniada para a execução de atividade típica da Administração Pública.

<sup>17</sup> HABIB, op. cit., p. 49.



acordos de colaboração premiada, de movimentos da Polícia Federal e do Ministério Público Federal, e até mesmo de informações sigilosas contidas em processos judiciais, os quais colocaram toda a mídia – e, como consequência, diversos indivíduos – a perseguir aqueles mencionados em tais vazamentos.

Na mesma linha tem-se a questão das conduções coercitivas que têm sido realizadas no âmbito de tal Operação. Isso porque toda conduta realizada por autoridade, no exercício de função pública, e que atente contra a liberdade de ir, vir e permanecer, se não se enquadrar nas hipóteses legais (taxativamente) autorizadoras da restrição, configura o crime.

De fato, em julgamento recente o E. STF entendeu que a aplicação da condução coercitiva para interrogatório de investigados consistiria em coação arbitrária, violadora do direito de locomoção, da liberdade, da dignidade da pessoa humana, do direito de defesa, e do direito de não-autoincriminação. Assim, foi declarado inconstitucional o art. 260 do Código de Processo Penal.<sup>18</sup>

O que temos, portanto, é uma norma cuja intenção é não apenas clara, como válida até os dias atuais. Contudo, sua aplicação encontra-se truncada, seja pelas falhas na norma (a exemplo da violação ao princípio da legalidade em seu artigo 3º), seja em razão dos conflitos com os tipos do Código Penal, de modo que seus objetivos precípuos não estão sendo atingidos.

Em razão desses fatos, e também do contexto social, algumas propostas legislativas buscam tratar do tema e modernizar a norma, além de corrigir os problemas acima identificados.

Vejamos.

## 4 O FUTURO DOS INSTITUTOS

Para que se possa realizar uma análise do futuro do tema, é necessário que perpassemos pelos projetos de lei em trâmite a respeito da questão.

O projeto mais relevante que encontramos foi o Projeto de Lei do Senado n. 280/2016, de autoria do senador Renan Calheiros, o qual busca “definir os crimes de abuso de autoridade cometidos por membro de Poder (Legislativo ou Judiciário) ou agente da Administração Pública, **servidor público ou não** (equiparados), da União, Estados, Distrito Federal e Municípios, que, no exercício de suas funções, ou a pretexto de exercê-las, abusa do poder que lhe foi conferido”.<sup>19</sup>

Na justificação de tal projeto, argumenta-se que a Lei n. 4.898/1965 está defasada, carecendo de atualização para melhor proteger efetivamente os direitos e garantias fundamentais consagrados na Constituição Federal. Para isso, coloca-se como necessário “acabar – de parte a parte – com a cultura do ‘você sabe com quem está falando?’”, aduzindo ainda que, para mudar a cultura no tocante à relação das autoridades com a sociedade, é mister “uma legislação de escopo pedagógico”.

<sup>18</sup> STF, Pleno, ADPFs 395 e 444, Rel. Min. Gilmar Mendes, j.14.06.2018.

<sup>19</sup> Disponível em: <https://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/126377>. Acesso em: 15 abr. 2018.



01



01 02



01 02



01 02

De forma específica, o projeto revoga dispositivos dos crimes de violação de domicílio (art. 150 do CP), concussão (art. 316 do CP), violência arbitrária (art. 322 do CP) e exercício arbitrário ou abuso de poder (art. 350 do CP), que passam a ser abarcados pela nova lei. Da mesma forma, é revogada a Lei 4.898/65.

Também relevante a proposição de alterar a Lei de Interceptações Telefônicas, para acrescentar tipos penais equiparados para o agente que promove quebra de sigilo bancário, de dados, fiscal, telefônico ou financeiro sem autorização judicial ou fora das hipóteses em que a lei permitir, ou que dá publicidade, antes de instaurada a ação penal, a relatórios, documentos ou papéis obtidos como resultado de interceptação telefônica, de fluxo comunicação informática e telemática, de escuta ambiental, de quebra de sigilo bancário, fiscal, telefônico ou financeiro regularmente autorizados.

Tal alteração poderia ter ensejado o claro enquadramento das condutas de todos os envolvidos no conhecido episódio de divulgação de escuta telefônica entre a então presidente da República Dilma Rousseff e o ex-Presidente Lula em março de 2016.

Também busca uma importante alteração na Lei n. 7.960/1989, a qual dispõe sobre a prisão temporária, para prever que o mandado de prisão conterá necessariamente o período de duração da prisão temporária, bem como o dia em que o preso deverá ser libertado; decorrido o prazo, o preso deverá ser posto em liberdade pelo agente responsável pela custódia, independentemente de ordem judicial, salvo se prorrogada a prisão temporária ou decretada a prisão preventiva. Mudança que reflete a situação enfrentada por diversos presos temporários no país, que ficam verdadeiramente esquecidos no cárcere – conforme pesquisa do CNJ em 2017, a média nacional do tempo de prisão temporária é de 368 dias, sendo que apenas em Rondônia a média respeita o prazo de 180 dias.<sup>20</sup>

Em dezembro de 2016, o relator da proposta, senador Roberto Requião, opinou em seu relatório pela aprovação do projeto, com algumas alterações, totalizando 32 tipos penais.

Uma das preocupações de tais alterações foi a de prevenir a tipificação do que foi chamado “crime de hermenêutica”, inserindo-se dispositivo para evitar a criminalização de mera divergência de interpretação jurídica, de modo que não constitui crime de abuso de autoridade o ato amparado em interpretação ou jurisprudência divergentes, ainda que minoritária, mas atual; bem como o ato praticado de acordo com avaliação aceitável e razoável de fatos e circunstâncias determinantes, desde que, em qualquer caso, não contrarie a literalidade da lei, nem tenha sido praticado com abuso de autoridade. Outra alteração foi estabelecer que a ação penal deverá ser pública incondicionada, dada a relevância do bem jurídico protegido.

Dentre as diversas sugestões acolhidas, vale mencionar a tipificação do crime contra direito ou prerrogativa de advogado, preocupação que também reflete recentes abusos contra o direito de defesa e o direito do advogado a acessar os autos de investigações e até mesmo procedimentos judiciais. Diz a proposição:

<sup>20</sup> CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. *Reunião Especial de Jurisdição Conselho Nacional de Justiça 2017*. <http://www.cnj.jus.br/files/conteudo/arquivo/2017/02/b5718a7e7d6f2edee274f93861747304.pdf>. Acesso em: 15 abr. 2018.



01



01 02



01 02



01 02

Art. 34. Negar ao defensor, sem justa causa, acesso aos autos de investigação preliminar, ao termo circunstanciado, ao inquérito ou a qualquer outro procedimento investigatório de infração penal, civil ou administrativa, assim como impedir a obtenção de cópias, ressalvadas as diligências cujo sigilo seja imprescindível:

Pena – detenção, de 6 (seis) meses a 2 (dois) anos, e multa.

Parágrafo único. Incorre nas mesmas penas quem decreta, à revelia da lei ou sem motivação expressa, sigilo nos autos.

Após um início de tramitação promissor, em abril de 2017 foi determinado o trâmite desse projeto conjuntamente ao PLS 85/2017. Este, de autoria do senador Randolfe Rodrigues, em comparação com o texto até então em trâmite do PLS 280/2016, não prevê como crime as seguintes condutas: a) decretar condução coercitiva sem prévia intimação para comparecimento voluntário; b) fotografar ou filmar preso sem seu consentimento; c) produzir provas por meios ilícitos; d) divulgar gravação sem relação com a prova que se pretenda produzir; e) decretar indisponibilidade de bens em valor que extrapole exacerbadamente o dano; f) requerer vista de processo com o intuito de procrastinar seu julgamento; g) realizar interceptação telefônica ou escuta ambiental ilegal ou quebrar segredo de justiça.

Claramente, percebe-se evidente retrocesso nos avanços que o Senado se propunha a implementar para o país, cabendo-se questionar se tal se deveria ao momento político enfrentado na “cruzada” pela eventual condenação do ex-presidente Luis Inácio Lula da Silva e por um desejo populista de passar a setores reacionários da população a ideia de que não se buscaria “atrapalhar” o poder das polícias, do Ministério Público e do Judiciário na “limpeza” do país.

De fato, tal conclusão pode ser extraída da justificativa de tal projeto:<sup>21</sup>

Evitou-se engessar o juiz ou o membro do Ministério Público, desamarrando-o da necessidade de adotar interpretação de acordo com a jurisprudência atual, ainda que minoritária. Optou-se por manter a permissão para inovar. (...) Também evitou-se colocar camisa de força na autoridade, obrigando-a a adotar apenas a modalidade literal de interpretação da lei. A interpretação gramatical é apenas um dos métodos internacionalmente consagrados de hermenêutica. E nem é a melhor ou mais festejada. Ao seu lado temos, ainda, a interpretação lógica, a interpretação sistemática, a interpretação histórica, a interpretação sociológica, a interpretação teleológica e a interpretação axiológica. Ao lado da interpretação literal, temos ainda a interpretação restritiva (em geral aplicável às exceções à norma) e a interpretação extensiva. Se houvéssemos adotado norma penal que punisse qualquer outra interpretação da lei que não a literal, a declaração incidental da inconstitucionalidade da lei, modalidade de controle difuso, por exemplo, estaria vedada.

Contudo, há um ponto positivo na previsão do crime de uso abusivo dos meios de comunicação ou de redes sociais pela autoridade encarregada da investigação que antecipa a atribuição de culpa, antes de concluída a investigação e formalizada a acusação, conduta que efetivamente se tem visto de forma disseminada entre diversas autoridades envolvidas na Operação Lava Jato e seus desdobramentos.<sup>22</sup>

<sup>21</sup> Disponível em: <http://legis.senado.leg.br/sdleg-getter/documento?dm=5234101&disposition=inline>. Acesso em: 15 abr. 2018.

<sup>22</sup> Para um exemplo que viralizou nas redes sociais, cf.: G1. *Afinal, procurador da Lava Jato disse não temos prova, temos convicção ?*. <http://g1.globo.com/politica/operacao-lava-jato/noticia/2016/09/afinal-procurador-da-lava-jato-disse-nao-temos-prova-temos-conviccao.html>. Acesso em: 15 abr. 2018.



01



01 02 03 04 05



01 02



01 02



01 02

Com relação a essa proposta, há novo relatório do senador Requião, no qual critica o fato de que se buscou inserir na norma uma distinção entre agentes políticos estatais e servidores estatais no senso comum, como se a alguns coubesse maior arbítrio que a outros. É do relatório:

no que tange ao sujeito ativo do crime, o PLS nº 85, de 2017, traz conceito da doutrina para distinguir “agentes políticos” dos “servidores comuns”. Não me parece razoável inserir na lei essa dicotomia, como se um grupo fosse formado por nobres e o outro por plebeus. E essa distinção fica evidente no inciso II do parágrafo único do art. 1º, em que o PLS nº 85, de 2017, estabelece ressalva para o exercício regular das funções apenas para os “agentes políticos”, introduzindo, desse modo, um privilégio inaceitável. E o que é pior: privilégio em caso de aplicação de lei penal incriminadora, o que chega a ser abominável. Enfim, trata-se de uma segregação descabida, até porque todos os agentes públicos, no caso de abuso de autoridade, devem responder igualmente pelas condutas praticadas, e não pela estatura ou relevância do seu cargo ou da carreira que integram. Pouco importa se o agente é Senador, magistrado ou soldado. Portanto, neste ponto, mantenho a redação prevista no Substitutivo ao PLS nº 280, de 2017, que foi inspirada na Lei de Improbidade Administrativa, e que, vale notar, não sofreu nenhuma crítica durante os debates havidos nas sucessivas audiências públicas.<sup>23</sup>

Em abril de 2017, o projeto de lei foi aprovado no Senado – com diversas alterações, mas ainda assim promovendo um claro avanço legislativo no tocante à proteção dos cidadãos contra o arbítrio abusivo do Estado –, sendo então remetido à Câmara dos Deputados, onde recebeu a numeração de PL 7596/2017.

Na Câmara, infelizmente, o deputado federal Major Olímpio logo requereu o apensamento e tramitação conjunta deste projeto com o PL 6361/2009 – originário do Senado sob o n. 171/2007, proposto por Demóstenes Torres –, bem menos expressivo<sup>24</sup> e que já conta com 13 apensos, o que foi feito em outubro de 2017, estando a tramitação absolutamente parada desde então.<sup>25</sup>

Tal movimentação reflete, a nosso ver, certa recalcitrância de alguns setores políticos e que ora são majoritários no Congresso Nacional – sobretudo aqueles da Bancada BBB (Boi, Bala e Bíblia) – de conferir maior proteção aos direitos fundamentais ao limitar o escopo de atuação dos agentes estatais e a forma em que se pode dar a persecução penal, sendo parte da pauta de tais setores uma visão de estado quase policial.

Analisemos, então, um caso em que a preocupação com as violações aos direitos fundamentais e com o arbítrio estatal levaram o Supremo Tribunal Federal a não apenas agir nos casos concretos, como também editar súmula vinculante.

## 5 A SÚMULA VINCULANTE N. 11 DO STF: A SITUAÇÃO DO USO INDISCRIMINADO DE ALGEMAS

É o texto integral da Súmula Vinculante n. 11:

<sup>23</sup> Disponível em: <http://legis.senado.leg.br/sdleg-getter/documento?dm=5234101&disposition=inline>. Acesso em: 15 abr. 2018.

<sup>24</sup> De fato, o projeto busca apenas incluir na Lei de Abuso de Autoridade as alíneas j a m no artigo 4º, tratando de imposições de cobrança de obrigação inexigível ou inconstitucional; exigência de documentação ou cumprimento de formalidades sem amparo legal ou regulamentar; o retardamento ou a não prestação de serviços inerentes à função; e a divulgação de decisão judicial antes da publicação oficial, ressalvadas as hipóteses de transmissão ao vivo em canais oficiais.

<sup>25</sup> Disponível em: <http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=458609&ord=1>. Acesso em: 15 abr. 2018.



01



01 02



01 02



01 02

Só é lícito o uso de algemas em casos de resistência e de fundado receio de fuga ou de perigo à integridade física própria ou alheia, por parte do preso ou de terceiros, justificada a excepcionalidade por escrito, sob pena de responsabilidade disciplinar, civil e penal do agente ou da autoridade e de nulidade da prisão ou do ato processual a que se refere, sem prejuízo da responsabilidade civil do Estado.

Sobre a necessidade de tal pronunciamento, não se discute. De fato, Júlio Fabbrini Mirabete aduzia já em 1987 que “o uso desnecessário e abusivo de algemas fere não só o artigo 40 da Lei de Execução Penal, como o artigo 153, parágrafo 14, da Constituição Federal, que impõe a todas as autoridades o respeito à integridade física e moral do preso”.<sup>26</sup>

O entendimento, contudo, foi sumulado apenas em agosto de 2008, em meio às diversas prisões de figuras políticas no âmbito da Operação Satiagraha – e não agradou à Polícia Federal, ao Ministério Público, e mesmo alguns magistrados. Realmente, não ajuda a desvincular a ideia de que tal súmula obedeceu a fins de proteção dos poderosos a declaração do Ministro Gilmar Mendes, então presidente do STF, de que a Polícia Federal deveria cumprir a nova súmula “rindo ou chorando”,<sup>27</sup> sendo tal impressão tão sedimentada que à época a súmula chegou a ser apelidada por alguns magistrados de “Súmula Dantas-Cacciola”.<sup>28</sup>

O acesso aos debates de sua aprovação traz interessantes *insights* sobre sua produção. Veja-se:<sup>29</sup>

O EXCELENTÍSSIMO SENHOR MINISTRO CEZAR PELUSO – (...) É preciso que o Tribunal deixe claras as consequências jurídicas da inobservância da súmula vinculante. Isto é, o Tribunal não pode transformá-la em mera recomendação, no sentido de que os agentes de autoridade possam, segundo o seu arbítrio, cumpri-la, ou não, sem nenhuma consequência.

(...)

O EXCELENTÍSSIMO SENHOR MINISTRO MENEZES DIREITO – Ministro Celso, Vossa Excelência me permite? Tenho a sensação de que o Ministro Marco Aurélio pôs a questão com absoluta correção, como de hábito, mostrando a importância da decisão do Supremo. (...). O que estarrece é que realmente, diante de uma decisão tomada à unanimidade da Corte Suprema do país, um delegado da Polícia Federal, pura e simplesmente, desqualifique essa decisão do Supremo, entendendo que é normal o uso de algemas, que depende do uso de algemas em uma situação de fato.

O EXCELENTÍSSIMO SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO – Ministro Menezes Direito, Vossa Excelência me permite? Isso revela o que tenho consignado – e já consigno há uns três ou quatro anos –, que estamos vivendo um período de perda de parâmetros, de abandono a princípios, princípios caros em uma sociedade que se diga democrática.

(...)

<sup>26</sup> MIRABETE, Julio Fabbrini. *Manual de direito penal*. São Paulo: Atlas, 1987. p. 468.

<sup>27</sup> CHRISTOFOLETTI, Lillian. FERRAZ, Lucas. *Polícia deve seguir regra sobre algema, diz Mendes*. <http://www1.folha.uol.com.br/fsp/brasil/fc2008200815.htm>. Acesso em: 15 abr. 2018.

<sup>28</sup> Ibidem.

<sup>29</sup> Disponível em: [http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/jurisprudenciaSumulaVinculante/anexo/SUV\\_11\\_12\\_13\\_\\_Debates.pdf](http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/jurisprudenciaSumulaVinculante/anexo/SUV_11_12_13__Debates.pdf). Acesso em: 15 abr. 2018.



SUMÁRIO



EXPEDIENTE



APRESENTAÇÃO



ENTREVISTAS

01



CRIME E SOCIEDADE



DIREITOS HUMANOS

01

02



ESCOLAS PENAIS

01

02



RESENHAS

01

02

O EXCELENTÍSSIMO SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES (PRESIDENTE) – É importante ressaltar – a questão não está em jogo, mas tenho a oportunidade de dizer – que, quando nós discutimos esse tema da algema, na verdade, estamos apenas a focar um dos aspectos dos abusos. O Ministro Celso de Mello acaba de mencionar decisão da Corte Interamericana de Direitos Humanos sobre a exposição de presos, que é um caso clássico da jurisprudência constitucional mundial. Na verdade, quando estamos a falar hoje desta questão da algema, na prática brasileira, estamos a falar da aposição da algema para os fins de exposição pública, que foi objeto inclusive de considerações específicas no voto do Ministro Marco Aurélio. De modo que é preciso que estejamos atentos. Certamente temos encontro marcado também com esse tema. A Corte jamais validou esse tipo de prática, esse tipo de exposição que é uma forma de atentado também à dignidade da pessoa humana. A exposição de presos viola a ideia de presunção de inocência, viola a ideia de dignidade da pessoa humana, mas vamos ter oportunidade, certamente, de falar sobre isto. Neste caso específico, a aplicação da algema já é feita com o objetivo de violar claramente esses princípios. Em geral, já tive a oportunidade de dizer, algemar significa expor alguém na televisão nesta condição, ou prender significa hoje algemar e colocar alguém na televisão. De modo que é esta a questão que precisa ser de fato enfatizada, e ao Ministério Público incumbe a missão também de zelar pelos direitos humanos. É fundamental que ele coarcte essas ações, inclusive propondo os inquéritos devidos, as ações penais de responsabilidade, se for o caso.

O fato é que, tendo sido ou não produzida como resposta imediata à exposição de poderosos na Operação Satiagraha, a súmula em comento privilegia a proteção de garantias fundamentais dos cidadãos, hodiernamente desconsideradas pelos agentes policiais – então e, talvez em menor escala, ainda hoje –, de modo que a Corte cumpriu com seu papel ativo de proteção da Constituição, no sentido da vigência plena de suas garantias, em face do arbítrio estatal.

Nesse sentido, é claro o julgamento do *habeas corpus* que serviu como base e precedente para a súmula:

Em primeiro lugar, levem em conta o princípio da não-culpabilidade. É certo que foi submetida ao veredicto dos jurados pessoa acusada da prática de crime doloso contra a vida, mas que merecia tratamento devido aos humanos, aos que vivem em um Estado Democrático de Direito. (...) Ora, estes preceitos – a configurarem garantias dos brasileiros e dos estrangeiros residentes no país – repousam no inafastável tratamento humanitário do cidadão, na necessidade de lhe ser preservada a dignidade. Manter o acusado em audiência, com algema, sem que demonstrada, ante práticas anteriores, a periculosidade, significa colocar a defesa, antecipadamente, em patamar inferior, não bastasse a situação de todo degradante. O julgamento do Júri é procedido por pessoas leigas, que tiram as mais variadas ilações do quadro verificado. A permanência do réu algemado, indica, à primeira visão, cuidar-se de criminoso da mais alta periculosidade, desequilibrando o julgamento a ocorrer, ficando os jurados sugestionados.<sup>30</sup>

Sendo assim, o uso de algema sem necessidade, fora dos moldes estabelecidos pela súmula, configura claro abuso de poder por parte da autoridade pública, caracterizando o tipo penal do art. 350 do Código Penal, já analisado, sendo assim um dos casos de vigência da norma que, para alguns, encontra-se revogada.

<sup>30</sup> STF, Pleno, HC 91.952, Rel. Min. Marco Aurélio, j. 7.8.2008.



SUMÁRIO



EXPEDIENTE



APRESENTAÇÃO



ENTREVISTAS

01



CRIME E SOCIEDADE

01

02

03

04

05



DIREITOS HUMANOS

01

02



ESCOLAS PENAIAS

01

02



RESENHAS

01

02

Ao analisar a jurisprudência recente, percebe-se que, embora algumas cortes estaduais sejam mais lenientes com a (não)aplicação da súmula,<sup>31</sup> o Superior Tribunal de Justiça vem fazendo valer seu teor e seu espírito.<sup>32</sup>

A vigência da súmula foi desafiada, já em 2009, pela Confederação Brasileira de Policiais Civis (Cobrapol), que pedia o cancelamento da súmula ao entender que esta estaria usurpando competência policial,<sup>33</sup> dado que o art. 199 da Lei de Execução Penal afirma que o uso de algemas deve ser disciplinado por decreto federal, o qual até hoje inexistente.

Apesar de a Procuradoria-Geral da República ter dado parecer favorável ao cancelamento, o Plenário da Corte entendeu, em 2015, por sua manutenção, posto que não haveria superação da situação – ou seja, do contexto social, econômico, e sobretudo cultural – que ensejou a edição da súmula, contexto esse que também não alterou-se de 2015 para os dias atuais, fazendo-se necessária a observância da súmula como forma de garantir os direitos fundamentais, que ainda são diuturnamente lesados ao arbítrio de autoridades policiais.<sup>34</sup>

## 6. CONCLUSÃO

Da análise do quanto exposto acima, tem-se um quadro não muito favorável à responsabilização dos agentes estatais por atos abusivos e/ou violentos contra os cidadãos, principalmente em face da pouca aplicabilidade das normas existentes.

As tensões sociais que vêm sendo fomentadas pelas recentes operações da Polícia Federal e do Ministério Público, que agem com condutas que muitas vezes beiram – e por vezes extrapolam – o limiar do abuso e da violência, parecem ter criado uma forma de adequação social de tais condutas, excluindo a punição quando os fins pretendidos adequam-se à agenda moral daqueles que julgarão a ocorrência ou não das violações e inclusive angariando simpatizantes na população, os quais passam a atuar como fonte de pressão sobre o Judiciário para que eventuais abusos não sejam punidos.

Essa situação, contudo, não é nova, tratando-se de mera exacerbação de uma cultura existente no país de há muitos anos, na qual a autoridade que se excede geralmente o faz por saber que há um respaldo cultural e corporativo para sua conduta.

A respeito deste certo “imperativo” moral que parece mover aqueles que preferem não enxergar excessos puníveis nos acontecimentos recentes, o jornalista Marcos de Vasconcellos publicou:

Primeiro, grampearam mais de 16 mil telefones, sem auxílio da polícia, sem regras.

Mas não foram repreendidos: “Quem não deve não teme”.

<sup>31</sup> Exemplos: TJSP, Apelação 0012529-08.2016.8.26.0320, Rel. Des. Nuevo Campos, j. 19.10.2017; TJRJ, Apelação 0025552-07.2015.8.19.0011, Rel. Des. João Ziraldo Maia, j. 29.8.2017; e TRF4, Apelação 5001882-38.2012.404.7017, Rel. Des. Federal Leandro Paulsen, j. 19.4.2017.

<sup>32</sup> STJ, AgRg no AREsp 1.053.049/SP, Rel. Min. Maria Thereza de Assis Moura, j. 27.6.2017.

<sup>33</sup> STF, Pleno, PSV 13, j. 24.9.2015.

<sup>34</sup> Para exemplo recente e gritante, tem-se a condução do ex-governador Sérgio Cabral por agentes da Polícia Federal com algemas nas mãos e pés, situação amplamente publicizada. Cf.: AFFONSO, Julia. MACEDO, Fausto. REZENDE, Constança. *Acorrentado e algemado, Cabral é levado ao IML de Curitiba*. <http://politica.estadao.com.br/blogs/fausto-macedo/acorrentado-e-algemado-cabral-e-levado-ao-iml-de-curitiba/>. Acesso em: 15 abr. 2018.



01



01 02



01 02



01 02

Depois, infiltraram em manifestações populares o “não” à PEC 37, que regravava a investigação.

Mas ninguém reclamou: quanto mais gente investigar, melhor.

Então, grampearam e divulgaram ilegalmente a presidente da República conversando ao telefone.

Mas continuaram com apoio popular: estava mesmo na hora de o governo cair.

Depois, interceptaram ilegalmente o telefone central do escritório de advocacia que defende um ex-presidente.

Mas o apoio continuou firme: quem defende também deve ser culpado.

Logo, “sequestraram” um jornalista para descobrir suas fontes de informação.

Mas blogueiro que apoia um partido não deveria ter a mesma segurança constitucional dada a jornalistas, justificaram.

Agora, divulgaram ilegalmente a conversa grampeada entre um jornalista famoso e sua fonte, na qual falavam mal de Deus e o mundo — e nada tinha com as investigações.

Mas ele merecia, dizem. Andou atacando os mocinhos da história.

Já que vale tudo no “combate à corrupção”, quem enxerga excessos é tratado como exceção.<sup>35</sup>

Nesse contexto complexo, caberá ao Legislativo, como poder soberano para estes fins, superar divergências e a pressão popular e reformar (e reforçar) a legislação atual sobre o tema, trazendo a perspectiva dos crimes de abuso e violência estatal para o século XXI e o contexto das megaoperações conduzidas como espetáculos de mídia.

Além disso, cabe desde já ao Judiciário fazer valer as normas atuais, posto ser indefensável a atual omissão na punição de situações claramente tipificadas na norma penal e na lei especial, ainda que em nome de um suposto combate à corrupção – se o cobertor está curto, a solução não é continuar puxando a cada momento para uma ponta, mas sim obter um novo.

Pelo exposto, somos a favor da aplicação das normas e do aperfeiçoamento de tais instrumentos, servindo como último estandarte de proteção dos cidadãos em face dos eventuais arbítrios dos agentes estatais.

<sup>35</sup> VASCONCELLOS, Marcos de. *Na lava jato, quem enxerga excessos é tratado como exceção*. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2017-mai-24/lava-jato-quem-enxerga-excessos-tratado-excecao>. Acesso em: 15 abr. 2018.



SUMÁRIO



EXPEDIENTE



APRESENTAÇÃO



ENTREVISTAS

01



CRIME E SOCIEDADE

01

02

03

04

05



DIREITOS HUMANOS

01

02



ESCOLAS PENAIIS

01

02



RESENHAS

01

02

## AS DIFICULDADES DE IMPUTAÇÃO E RESPONSABILIZAÇÃO DA PESSOA JURÍDICA ADVINDAS DA ANÁLISE DO TEXTO LEGAL PROPOSTO PARA O NOVO CÓDIGO PENAL BRASILEIRO – PLS 236/2012

*THE DIFFICULTIES OF IMPUTATION AND ACCOUNTABILITY OF THE JURIDICAL PERSON ARISING FROM THE ANALYSIS OF THE PROPOSED LEGAL TEXT FOR THE NEW BRAZILIAN PENAL CODE – PLS 236/2012*

**Glenio Puziol Giuberti**

Pós-Graduado em Direito Penal Econômico IBCCRIM/COIMBRA. Pós-Graduado em Ciências Criminais pela Faculdade de Direito de Vitória – FDV. Membro do IBCCRIM. Membro do ICCEP – Instituto Capixaba de Criminologia e Estudos Penais. Advogado Criminalista.

[gleniopg@hotmail.com](mailto:gleniopg@hotmail.com), [glenio@ccgadv.com.br](mailto:glenio@ccgadv.com.br)

**Resumo:** A complexidade de apuração de responsabilidades pessoais em delitos no bojo das grandes empresas, com estruturas internas cada vez mais complexas, faz surgir o debate acerca da responsabilização criminal da pessoa jurídica independentemente da indicação da conduta das pessoas físicas constantes de seus quadros decisórios, o que se denomina teoria da autorresponsabilidade – na contramão da jurisprudência, até pouco tempo, majoritária acerca da criminalização de empresas por delitos ambientais, que adotava a teoria da dupla imputação. O Supremo Tribunal Federal, no ano de 2013, declarou a inconstitucionalidade da teoria da dupla imputação, permitindo a responsabilização criminal da pessoa jurídica independentemente da identificação dos atos das pessoas naturais que agiram com elemento subjetivo próprio em benefício ou interesse da entidade.

Nesse sentido, a proposta de reforma do Código Penal Brasileiro, *PLS 236/2012*, no seu atual artigo 39, §1º, artigo 41 do projeto original, pretende responsabilizar a pessoa jurídica independentemente da identificação dos atos das pessoas físicas; contudo, condicionando, no *caput* do mesmo dispositivo legal, a responsabilização criminal das empresas aos atos do representante legal ou contratual ou ainda do órgão colegiado, entrelaçando as duas teorias, a da autorresponsabilidade e a da dupla imputação, excludentes entre si, em um mesmo dispositivo legal.

Nesse contexto, através da análise de textos de autores críticos a essa opção de mudança do Código Penal na parte referente à criminalização da pessoa jurídica, bem como se analisando a necessidade desse incremento de responsabilização penal, em face da teoria do bem jurídico penalmente relevante e de legislações que já sancionam fortemente o ente coletivo fora da esfera penal, objetiva-se demonstrar que uma escolha sem um referencial teórico definido acarretará problemas insuperáveis de ordem dogmática e político-criminal, necessitando-se, portanto, de maiores discussões a serem feitas por juristas e pela sociedade civil, antes da aprovação do projeto nos moldes do proposto.



SUMÁRIO



EXPEDIENTE



APRESENTAÇÃO



ENTREVISTAS

01



CRIME E SOCIEDADE

01

02

03

04

05



DIREITOS HUMANOS

01

02



ESCOLAS PENAIIS

01

02



RESENHAS

01

02

**Palavras-chave:** Responsabilidade penal da pessoa jurídica. Novo Código Penal. Teoria do Delito. Princípio da Legalidade Estrita. Direito Penal Simbólico.

**Abstract:** The complexity of ascertaining personal responsibility for offenses in large corporations, with increasingly complex internal structures, raises the debate about the criminal responsibility of the juridical person regardless of the conduct of the individuals in their decision-making, which is called the theory of self-responsibility, against the jurisprudence until recently, majority on the criminalization of companies for environmental crimes, adopting the theory of double imputation. In 2013, the Federal Supreme Court decided that the double imputation theory was unconstitutional, allowing criminal responsibility of the legal entity independent of the identification of the acts of natural persons who acted with their own subjective element for the benefit or interest of the entity.

In this sense, the proposed reform of the Brazilian Penal Code, PLS 236/2012, in its current article 39, §1º, article 41 of the original project, intends to charge the legal entity independent of the identification of acts of individuals, in the *caput* of the same legal provision, the criminal responsibility of the companies to the acts of the legal or contractual representative or even of the collegiate body, interlacing the two theories, that of self-responsibility and double imputation, excluding each other, in the same article of law.

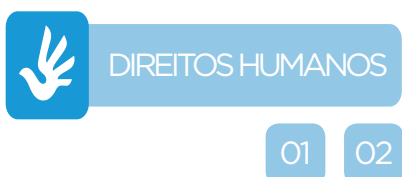
In this context, through the analysis of texts by authors critical of this option to change the Penal Code in the part related to the criminalization of the legal entity, as well as analyzing the need for this increase in criminal liability, in view of the theory of criminal law and of legislation that already strongly sanctioned the legal person outside the criminal sphere, aims to demonstrate that a choice without a definite theoretical referential, will lead to insurmountable problems of dogmatic and political criminal order, therefore necessitating further discussions by jurists and by the civil society, before the approval of the project along the lines of the proposed one.

**Keywords:** Criminal responsibility of the juridical person. New Penal Code. Crime Theory. Strict Legality Principle. Symbolic Criminal Law.

**Sumário:** 1. Introdução – 2. A decisão do Supremo Tribunal Federal no Recurso Extraordinário 548.181 declarando a inconstitucionalidade da dupla imputação – 3. Da contradição entre o *caput* e o §1º do artigo 39 do PLS 236/12 e a ausência de um referencial teórico quanto ao modelo de imputação: problemas dogmáticos quanto à conduta típica e à culpabilidade – 3.1. Da lesão ao Princípio da Legalidade Estrita: da contradição advinda do texto legal quanto à imputação e à ausência de sanções específicas às pessoas jurídicas – 4. A teoria do bem jurídico penalmente relevante e o direito penal simbólico: ausência de necessidade da expansão da responsabilização criminal da pessoa jurídica nos moldes pretendidos pela reforma – 5. Considerações finais – 6. Referências

## 1 INTRODUÇÃO

No contexto da criminalidade moderna, entendida como a criminalidade econômica, a criminalidade ambiental, dentre outras formas de criminalização de bens jurídicos difusos, ganha relevância nos dias de hoje o estudo da responsabilização criminal da pessoa jurídica independentemente da responsabilização das pessoas físicas que a compõem, mais precisamente que decidem pela prática do delito em nome do ente coletivo e em seu benefício.



Várias são as razões para o debate do tema, e, dentre elas, se destaca a dificuldade de responsabilização de crimes em âmbito empresarial quando cometidos por órgãos colegiados, situação em que não se delimita ou, mais precisamente, torna-se bastante complexa a tarefa de investigar e apontar o nexo de causalidade entre o resultado criminoso e a conduta de cada pessoa física que contribui para a decisão visando o benefício da entidade.

Por esse motivo, parcela da doutrina passou a defender a responsabilização do ente coletivo de forma autônoma à responsabilização das pessoas físicas componentes de seus quadros.

Os defensores dessa hipótese de imputação destacam argumentos de política criminal, argumentos utilitaristas em nome de uma suposta defesa da sociedade, flexibilizando-se, para tanto, postulados básicos do Direito Penal, tais como o conceito de conduta (ação e omissão) típica, o conceito de culpabilidade, dentre outros que serão analisados em tópico próprio.

Nesse contexto, o Supremo Tribunal Federal (STF), já modificando a jurisprudência até então majoritária acerca do tema, em decisão no Recurso Extraordinário 548.181, julgado em 06/08/2013, por meio da 1ª Turma, reconheceu a possibilidade de se imputar crime à pessoa jurídica mesmo não havendo ação penal em curso contra as pessoas físicas relacionadas ao mesmo crime.

Esse cenário demonstra o abandono da teoria da heterorresponsabilidade ou dupla imputação, que tem a pessoa jurídica como coautora da pessoa física que age com elemento subjetivo próprio, e uma consequente aproximação da teoria da autorresponsabilidade, na qual a imputação e a responsabilização de crime à pessoa jurídica são independentes do agir das pessoas naturais componentes de seus quadros.

Seguindo essa tendência, o PLS 236/2012, anteprojeto do novo Código Penal Brasileiro, também se aproxima da teoria da autorresponsabilidade, haja vista trazer, no §1º do artigo 41, atualmente artigo 39<sup>1</sup> do substitutivo, não ser necessária nem mesmo a identificação das pessoas físicas autoras, coautoras ou partícipes do mesmo fato para a imputação e responsabilização criminal da pessoa jurídica.

Ocorre que o *caput* do referido artigo prescreve que a pessoa jurídica de direito privado será responsabilizada penalmente por atos praticados por decisão de seu representante legal ou contratual, ou de seu órgão colegiado, no interesse ou benefício da entidade, em flagrante contradição com o prescrito no §1º.

Essa contradição no texto revela a ausência de um ponto de partida acerca da teoria base inspiradora da reforma no que se refere à responsabilidade criminal dos entes coletivos.

Além disso, os pressupostos dogmáticos atinentes à conduta típica e ao princípio da culpabilidade não foram traçados na exposição de motivos do projeto de mudança do Código Penal, tornando ainda mais complexo o estudo

<sup>1</sup> Art. 39. As pessoas jurídicas de direito privado serão responsabilizadas penalmente pelos atos praticados contra a administração pública, a ordem econômico-financeira e o meio ambiente, nos casos em que a infração seja cometida por decisão de seu representante legal ou contratual, ou de seu órgão colegiado, no interesse ou benefício da sua entidade.

§1 A responsabilidade das pessoas jurídicas não exclui a das pessoas físicas, autoras, coautoras ou partícipes do mesmo fato, nem é dependente da identificação ou da responsabilização destas.



SUMÁRIO



EXPEDIENTE



APRESENTAÇÃO



ENTREVISTAS

01



CRIME E SOCIEDADE

01

02

03

04

05



DIREITOS HUMANOS

01

02



ESCOLAS PENAIIS

01

02



RESENHAS

01

02

do §1º do artigo 39 que trata da responsabilidade criminal do ente coletivo independentemente da identificação e responsabilização das pessoas físicas constantes de seus quadros decisórios.

Isso porque a teoria do delito foi tradicionalmente concebida como um conceito individualista, tendo o ser humano como referencial e, por isso, pautando-se no princípio da responsabilidade subjetiva, atestando que somente o ser humano é capaz de agir com dolo ou culpa.

Por conta dessas dificuldades, vários questionamentos ficam sem resposta quando analisado o PLS 236/2012, como, por exemplo, se o ato praticado por representante legal ou contratual ou se a decisão do órgão colegiado são decisões da própria pessoa jurídica ou representam o dolo de seus membros.

Em outras palavras, pergunta-se: é possível, levando em consideração a dogmática penal e processual penal pátria, imputar crime à pessoa jurídica desconsiderando os atos das pessoas físicas que a compõem?

De antemão, a resposta é negativa, como será devidamente demonstrado em tópico próprio.

Não obstante isso, outra problemática relevante se refere ao fato de o PLS 236/2012 prever a responsabilização criminal da pessoa jurídica por atos praticados contra a administração pública e a ordem econômico-financeira, em flagrante afronta ao princípio da intervenção mínima, já que a Lei 12.846/13, Lei Anticorrupção, já sanciona gravemente a pessoa jurídica por atos praticados contra a administração pública.

Ao mesmo passo, a Lei 12.529/11, ou Lei Antitruste, traz instrumentos eficazes visando à regulação do mercado de capitais, da livre concorrência, tornando desnecessária a expansão da criminalização das pessoas jurídicas nesse campo.

Logicamente, os apontamentos que serão feitos não são revolucionários na discussão sobre o tema, porém, é extremamente relevante a volta ao estudo da responsabilidade criminal da pessoa jurídica, principalmente, nesse contexto de clara mudança de paradigma de imputação pelo STF e pelo projeto de reforma do Código Penal Brasileiro, bem como ante as últimas denúncias acerca de delitos descobertos internamente em empresas tais como a Petrobras ou a construtora Odebrecht, por exemplo, no âmbito dos desdobramentos da operação Lava-jato.

Pelo exposto, ante a necessidade de se demonstrar as inconsistências do projeto de reforma da legislação penal pátria, o qual não estabelece critérios seguros de imputação e responsabilização criminal da pessoa jurídica, mais especificamente em relação à redação contraditória acerca do tema, é que será feito um estudo partindo-se do texto legal.

## 2. A DECISÃO DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO Nº 548.181 DECLARANDO A INCONSTITUCIONALIDADE DA DUPLA IMPUTAÇÃO

Inicialmente, insta registrar que o estudo da responsabilização criminal das pessoas jurídicas se divide entre os países da *common law* e os países que adotam sistemas codificados rígidos, nos moldes do sistema brasileiro, em que os pressupostos típicos e de imputação devem ser necessariamente preenchidos como requisito de validação da persecução criminal.



SUMÁRIO



EXPEDIENTE



APRESENTAÇÃO



ENTREVISTAS

01



CRIME E SOCIEDADE

01 02 03 04 05



DIREITOS HUMANOS

01 02



ESCOLAS PENAIS

01 02



RESENHAS

01 02

Por esse motivo, na América Latina em geral a responsabilidade penal da pessoa jurídica não é vista com bons olhos, por afrontar princípios basilares do Direito e do processo penal, tais como o Princípio da Legalidade Estrita, o Princípio da Culpabilidade e o Princípio da Personalidade da Pena (art. 5º. XLV, da CF).

Como apontado na introdução, duas são as teorias tradicionalmente utilizadas para fundamentar a imputação criminal às pessoas jurídicas, quais sejam: a teoria da *heterorresponsabilidade* ou *dupla imputação* e a teoria da *autorresponsabilidade*.

Pela primeira teoria, a imputação criminal do ente coletivo é subordinada à identificação e responsabilização das pessoas naturais que agem dolosamente, ou seja, com elemento subjetivo próprio, em nome e em benefício da entidade.

Já nos moldes do modelo da autorresponsabilidade, a imputação delituosa ao ente coletivo se dá independentemente da identificação das condutas das pessoas naturais componentes de seus quadros decisórios, considerando-se, desse modo, a conduta e a vontade criminosa daquela própria pessoa jurídica.

No Brasil, o artigo 3º da Lei 9.605/98, Lei de Crimes Ambientais, condiciona a persecução penal do ente coletivo à identificação da infração cometida por decisão de seu representante legal ou contratual ou de seu órgão colegiado, no interesse ou em benefício de sua entidade, adotando, portanto, o modelo de heterorresponsabilidade ou dupla imputação.

Apesar disso, a 1ª Turma do Supremo Tribunal Federal (STF), em julgamento do Recurso Extraordinário 548.181, realizado na data de 06/08/2013, entendeu, por maioria de votos, pela inconstitucionalidade da teoria da dupla imputação ou heterorresponsabilidade, pois, no entendimento vencedor, o artigo 225, §3º da Constituição Federal não condiciona a persecução penal dos entes coletivos à identificação das pessoas naturais componentes de seus quadros decisórios.

Atestou ainda o Supremo Tribunal Federal (STF) que a identificação dos setores internos da empresa teria a única finalidade de verificação se a atuação se deu no interesse ou benefício da entidade, *in verbis*:

4. A identificação dos setores e agentes internos da empresa determinantes da produção do fato ilícito tem relevância e deve ser buscada no caso concreto como forma de esclarecer se esses indivíduos ou órgãos atuaram ou deliberaram no exercício regular de suas atribuições internas à sociedade, e ainda para verificar se a atuação se deu no interesse ou no benefício da entidade coletiva.<sup>2</sup>

Como se verifica do trecho acima indicado, não se define o resultado criminoso pela vontade das pessoas físicas componentes dos quadros decisórios da empresa, mas a própria empresa teria vontade isolada e é essa vontade que determina o ato delituoso.

Isso se extrai também do conteúdo do voto vencedor, proferido pela ministra Rosa Weber quando afirma que “seria, então, plenamente possível manter no polo passivo de uma ação penal apenas a pessoa jurídica, não sendo necessárias

<sup>2</sup> BIDINO, Cláudio. Jurisprudência anotada – Supremo Tribunal Federal: direito penal e processual penal. Crimes ambientais. Responsabilidade da pessoa física e jurídica. *Boletim do Instituto Brasileiro de Ciências Criminais*, São Paulo, n.266, ano 23, jan. 2015, p. 1819.



01



01 02



01 02



01 02

a identificação e a imputação concomitante da pessoa física responsável diretamente pela prática da conduta humana tida por criminosa”.<sup>3</sup>

Seguindo essa linha, a jurisprudência pátria caminha para um progressivo e definitivo abandono da teoria da heterorresponsabilidade em prol da adoção da teoria da autorresponsabilidade, teoria que ganha maior relevância no presente estudo, já que, a par das tradicionais críticas ao modelo de imputação atualmente existente no Brasil na Lei de Crimes Ambientais, a adoção da autorresponsabilidade, nos moldes do pretendido pelo projeto de mudança do Código Penal, traz novos problemas advindos da violação da teoria do delito, o que será discutido no tópico a seguir.

### 3 DA CONTRADIÇÃO ENTRE O CAPUT E O §1º DO ARTIGO 39 DO PLS 236/12 E A AUSÊNCIA DE UM REFERENCIAL TEÓRICO QUANTO AO MODELO DE IMPUTAÇÃO: PROBLEMAS DOGMÁTICOS QUANTO À CONDUTA TÍPICA E À CULPABILIDADE

As críticas ora apontadas serão direcionadas à tentativa de responsabilização de entes coletivos independentemente da identificação e responsabilização das pessoas físicas, como pontuado pelo §1º do atual artigo 39 do PLS 236/12.

No sentido do que decidiu a Corte Suprema no ano de 2013, o projeto de novo Código Penal, ao tratar da responsabilidade criminal da pessoa jurídica trouxe, dentro de um mesmo dispositivo, flagrante contradição acerca de qual seria o modelo de imputação de delitos aos entes coletivos, visto que o *caput* do atual artigo 39 condiciona a persecução penal à identificação de atos decisórios do representante legal ou contratual ou dos órgãos colegiados, no interesse ou em benefício da entidade, dando a entender pela escolha do modelo da heterorresponsabilidade e no §1º do mesmo dispositivo legal traz a previsão de imputação independentemente até mesmo da identificação das pessoas naturais componentes dos quadros decisórios da empresa.

Essa contradição é revelada desde a análise da exposição de motivos, em que, por maioria de votos, a comissão elaboradora do projeto decidiu pela ampliação da persecução penal aos entes coletivos, acrescentando os delitos contra a administração pública e a ordem econômico-financeira, sem, entretanto, haver qualquer explicação acerca de qual modelo de imputação seria desejável para tanto, se o da dupla imputação ou se o da autorresponsabilidade, haja vista que as duas teorias se entrelaçam dentro do mesmo dispositivo legal.

Acerca do tema, o professor Paulo César Busato, em artigo intitulado *Responsabilidade das pessoas jurídicas no Projeto de novo Código Penal*, assegura que:

Há vários temas ausentes na Exposição de motivos que são as discussões fundamentais a respeito do tema da responsabilidade penal das pessoas jurídicas que foram simplesmente passados por alto, a saber: se o projeto adotaria um esquema de autorresponsabilidade ou de heterorresponsabilidade penal das pessoas jurídicas (...). Nenhum destes temas foi sequer roçado na Exposição de Motivos, o que impede a conjecturar se eles chegaram ou não a ser discutidos previamente pela comissão quando da opção pela responsabilização penal das pessoas jurídicas e, em caso positivo, em que termos foi firmada a conclusão.<sup>4</sup>

<sup>3</sup> Ibidem, p. 1820.

<sup>4</sup> BUSATO, Paulo César. Responsabilidade penal de pessoas jurídicas no projeto do novo Código Penal Brasileiro. *Revista Liberdades* – Edição Especial – Reforma do Código Penal, São Paulo, 29 ago. 2012, p. 100.



SUMÁRIO



EXPEDIENTE



APRESENTAÇÃO



ENTREVISTAS

01



CRIME E SOCIEDADE

01

02

03

04

05



DIREITOS HUMANOS

01

02



ESCOLAS PENAIIS

01

02



RESENHAS

01

02

Desse modo, a ausência de um referencial teórico acerca do modelo de imputação revelada na redação legal demonstra a insegurança que paira acerca do tema, sendo, por esse motivo, imperiosa a sua discussão para que não se façam escolhas pautadas em presunções, acarretando problemas insanáveis, tanto de política criminal quanto de ordem dogmática, partindo-se da redação contraditória do tipo penal proposto.

O primeiro problema a ser enfrentado refere-se à conduta típica, mais especificamente no tocante à ação típica, na medida em que a teoria majoritariamente adotada acerca da ação no ordenamento jurídico pátrio exige um comportamento humano consciente, dirigido a uma finalidade (comportamento doloso ou culposos).

Na verdade, todas as teorias da ação têm o ser humano como referencial, seja partindo-se da teoria causal-naturalista até a teoria social da ação, que contempla a conduta como uma ação humana socialmente relevante. Acerca desta, inclusive, Cezar Roberto Bitencourt destaca, ao citar Maurach, que “uma ação em sentido jurídico-penal é uma conduta humana socialmente relevante, dominada ou dominável por uma vontade final e dirigida a um resultado”.<sup>5</sup>

A análise da conduta típica é essencial pelo fato de que o dispositivo legal, ao definir no *caput* que a imputação depende da ação humana, exclui de plano a pretensão de imputar a conduta criminosa isoladamente à pessoa jurídica.

Em outras palavras, o condicionamento da imputação às decisões de representantes legais ou contratuais desnatura a autorresponsabilidade, nos moldes do que leciona Paulo Busato, ao dizer que:

É dispensável porque em um verdadeiro esquema de autorresponsabilidade, a responsabilidade penal da própria pessoa jurídica deve existir independentemente da decisão tomada por qualquer representante legal ou contratual, o qual, por seu turno, igualmente tem responsabilidade penal independente e pessoal pela contribuição que tenha dado para o delito. Do mesmo modo, os representantes de um órgão colegiado que delibere no seio da empresa possuem, sendo pessoas físicas ou jurídicas, cada qual sua responsabilidade penal independente, na medida de suas contribuições para o delito.<sup>6</sup>

Nessa linha, se a decisão é do representante legal ou contratual ou do órgão colegiado, ela não é a decisão própria da pessoa jurídica, ou seja, o próprio texto legal presume que a decisão orientadora da vontade de ação que realizou o delito parte das pessoas físicas.

Isso implica dificuldades dogmáticas quando analisadas as formas de participação da pessoa jurídica no delito em que o autor seja a pessoa física detentora da vontade delituosa.

O problema se revela no âmbito da instigação e da indução, visto que, mais uma vez o conteúdo da vontade virá expresso na conduta da pessoa física.<sup>7</sup>

Resumidamente, a situação é a seguinte:

<sup>5</sup> BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de direito penal: parte geral*. v. 1. 13.ed. atual. São Paulo: Saraiva, 2008. p.224

<sup>6</sup> Ibidem, p. 109.

<sup>7</sup> Ibidem, p. 115.



01



01 02



01 02



01 02

A lei brasileira não indica se a pessoa jurídica teria *vontade real, resultante do encontro de vontades* individuais, segundo a *teoria da realidade*, de Gierke, ou teria uma simples *vontade reflexa*, formada no aparelho psíquico de pessoas físicas e imputada à pessoa jurídica como responsabilidade *subsequente*, segundo a teoria da *ficção*, de Savigny.<sup>8</sup>

Em outras palavras:

Note-se: o projeto presume que a decisão que é orientadora da vontade da ação que efetivamente realizou um delito é dos sócios ou representantes da pessoa jurídica, isolando, de consequência, a admissão de que esta possa ter vontade diversa da de seus sócios. *Logo, não é a vontade da pessoa jurídica que se realiza, tampouco é ela que, na prática, produz fisicamente o resultado.*<sup>9</sup>

Como acima exposto, não é a vontade da pessoa jurídica que orienta o resultado criminoso, até porque a própria lei dispõe em contrário, tornando, de certo modo, quase que objetiva a responsabilização penal da pessoa jurídica, visto que ignorada pela lei, pelo próprio tipo penal, a vontade própria do ente coletivo.

Vale lembrar que nem mesmo a teoria francesa, na qual o sistema brasileiro se inspirou, deixou de indicar como necessária a alusão às pessoas físicas, justamente para evitar a responsabilização criminal objetiva, ou seja:

Ao invés da responsabilidade penal objetiva da pessoa jurídica adotada pelo direito penal anglo-saxão em geral, o Código Penal Francês não abre mão do coeficiente subjetivo da culpabilidade. Recorre a doutrina francesa ao que chama de responsabilidade por “ricochete”. Ou seja: o “empréstimo” para o âmbito da pessoa jurídica da vontade da pessoa natural que efetivamente praticou a conduta.<sup>10</sup>

O mesmo problema é verificado no estudo da omissão penalmente relevante, na medida em que, para o preenchimento da tipicidade omissiva, pressupõe-se a capacidade de ação, ou seja, “deve o omitente dispor da *possibilidade de agir*, ou seja, da efetiva e concreta oportunidade de realizar a conduta ordenada”.<sup>11</sup>

Ocorre que, como demonstrado, o projeto de novo Código Penal negligencia esta vontade própria do ente coletivo, impondo no *caput* do artigo 39 a identificação de atos decisórios do representante legal ou contratual ou dos órgãos colegiados, no interesse ou em benefício da entidade.

Com efeito, a conduta humana dolosa baliza toda a atuação da pessoa jurídica, tornando difícil a tarefa de criminalização do ente coletivo independente da conduta das pessoas físicas.

<sup>8</sup> DOS SANTOS, Juarez Cirino. Responsabilidade penal da pessoa jurídica. In: PRADO, Luiz Regis; DOTTI, Ariel (Coord). *Responsabilidade penal da pessoa jurídica: em defesa do princípio da imputação penal subjetiva*. 2.ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, p. 270, grifo do autor.

<sup>9</sup> BUSATO, Paulo César. Op. Cit, p. 110.

<sup>10</sup> LUISI, Luiz. Notas sobre a responsabilidade penal das pessoas jurídicas. In: PRADO, Luiz Regis; DOTTI, Ariel (Coord). *Responsabilidade penal da pessoa jurídica: em defesa do princípio da imputação penal subjetiva*. 2.ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, p. 33.

<sup>11</sup> BATISTA, Nilo; ZAFFARONI, Eugênio Raul. *Direito penal brasileiro – teoria do delito: introdução histórica e metodológica, ação e tipicidade*. v. 2. 2.ed. Rio de Janeiro: Revan, 2010, p. 352, grifo do autor.



01



01 02



01 02



01 02

Nessa linha de desconsideração do elemento subjetivo da própria pessoa jurídica pelo próprio texto legal, viola-se, também, o Princípio da Culpabilidade (*nullum crimen sine culpa*), visto que a pessoa jurídica não tem capacidade de reconhecimento do injusto, ou seja, a pessoa jurídica não tem as propriedades típicas dos seres humanos.

Sobre isso, Juarez Cirino dos Santos ensina que:

*O conhecimento do injusto, como conhecimento da antijuridicidade concreta segundo a teoria dominante, ou da punibilidade do fato conforme a teoria moderna, que permite dizer que o sujeito sabe o que faz, só pode existir no aparelho psíquico individual de pessoas físicas, porque a psique coletiva formadora da vontade pragmática das reuniões, deliberações e votos é uma ficção incorpórea sem existência real, incapaz de representar a natureza proibitiva do tipo de injusto.*<sup>12</sup>

Então, a culpabilidade da pessoa jurídica, sendo coletiva, “não é mais do que uma criação de todos que dela participam”,<sup>13</sup> de modo que o conteúdo subjetivo das decisões ainda é das pessoas físicas.

Sintetizam bem o que foi dito as palavras de Luis Luisi, ao dizer que:

Parece-nos, todavia, que a pessoa jurídica não pode ser vista como mera ficção legal, e nem como um organismo social semelhante à pessoa natural. É de entender-se como ensina Clóvis, ter a pessoa jurídica existência real, “como vida própria distinta dos indivíduos que a compõem”, mas para a realização de seus fins depende desses indivíduos, pois, só através deles, pode concretizar suas atividades e direcioná-las finalisticamente para os objetivos sociais.<sup>14</sup>

Portanto, como bem explicitado pelo ensinamento acima exposto, a consideração da pessoa jurídica com existência própria não se confunde com a necessidade da vontade humana para a concretização de seus fins.

Não se deve fazer essa confusão em Direito Penal, que, em decorrência do princípio da responsabilidade subjetiva, exige ação humana dolosa voltada aos fins ilícitos postos na lei penal, rechaçando-se qualquer tentativa de responsabilidade criminal objetiva.

Apesar disso, atualmente, como tentativa de atribuir um tipo de culpabilidade própria da pessoa jurídica, fala-se na “culpabilidade por falha na organização”, defendida, principalmente, por Klaus Tiedemann, que ignora por completo qualquer contribuição da pessoa física no reconhecimento dessa espécie de culpabilidade.<sup>15</sup>

O supracitado autor chega a referir-se à vontade dos entes coletivos na esfera cível; e tenta transplantá-la à esfera criminal ao dizer que “si la persona moral puede concluir un contrato (p. ej. de compraventa), ella es el sujeto de las obligaciones que se originan y ella es quien puede violarlas. Esto quiere decir que la persona moral puede actuar de manera ilícita”.<sup>16</sup>

<sup>12</sup> DOS SANTOS, Juarez Cirino. Op. Cit. p. 276, grifo do autor.

<sup>13</sup> BUSATO, Paulo César. Op. Cit. p. 120.

<sup>14</sup> LUISI, Luiz. Op., Cit., p. 27.

<sup>15</sup> BUSATO, Paulo César. Op. Cit. p. 123.

<sup>16</sup> TIEDEMANN, Klaus. *Responsabilidad penal de las personas jurídicas*. Disponível em: < [https://www.unifr.ch/ddp1/derechopenal/anuario/an\\_1996\\_07.pdf](https://www.unifr.ch/ddp1/derechopenal/anuario/an_1996_07.pdf)>. Acesso em 24 fev. 2015.



01



01 02



01 02



01 02

Esse pensamento vai de encontro, novamente, à vedação de responsabilidade objetiva em âmbito criminal, mormente quando a própria norma, no caso do artigo 39 do PLS 236/2102, condiciona no *caput* a imputação à vontade das pessoas físicas.

Em outra perspectiva, considerando somente o disposto no §1º do artigo 39, sendo a decisão pela prática criminosa fruto de deliberação colegiada, se esta for entendida como a da própria pessoa jurídica, também não será possível responsabilizar as pessoas físicas, já que a decisão seria a da pessoa jurídica considerada isoladamente.

Com efeito, “o que o dispositivo estabelece, em realidade, caso interpretado como regulatório de uma decisão efetivamente plasmada em uma ação, é a responsabilidade por fato de outrem, o que realmente conduz a uma violação básica do princípio da culpabilidade”.<sup>17</sup>

Em razão disso, nos moldes do que dispõe o artigo 39 do PLS 236/2012, a pessoa jurídica não pode ser sujeito ativo de crime, desconsiderando a conduta das pessoas físicas componentes de seus quadros decisórios, visto que a vontade orientadora do resultado típico não será a da pessoa jurídica, mas sempre da pessoa física que age com elemento subjetivo próprio.

Ademais, por não ter capacidade de reconhecimento da antijuridicidade concreta de sua conduta, não possui culpabilidade, não havendo que se falar em crime, já que pelo conceito analítico considera-se o delito como fato típico, antijurídico e culpável, de modo que, nos moldes do que leciona Heloisa Estellita, ao comentar o acórdão no Recurso Extraordinário nº 548.181:

Se há dificuldade em determinar uma conduta própria da pessoa jurídica, ou mesmo sua culpabilidade, e se se entende que, dessa necessidade, advém uma outra, a de abrir mão de um sistema de imputação assentado na conduta e na culpabilidade, isso pode, no máximo, servir para o desenho de um programa político-criminal de alteração legislativa, que suprima estes pressupostos de punibilidade. Se uma tal pretensão seria juridicamente válida em um ordenamento jurídico alocado em Estado de Direito, que tem na dignidade da pessoa humana seu eixo central (art. 1º, III, CFB) e no qual a pena se legitima pela culpabilidade pessoal (art. 5º, XXXIX, XL, XLV, XLVI, LVII, CFB) é uma indagação que merece uma resposta negativa.<sup>18</sup>

Então, o projeto de reforma do Código Penal, ao trazer no mesmo dispositivo legal dois modelos de imputação excludentes entre si, sem um referencial teórico claro acerca do tema, trará problemas de ordem dogmática insuperáveis, por violação a postulados básicos da teoria do delito, principalmente aos conceitos de conduta típica e de culpabilidade.

<sup>17</sup> BUSATO, Paulo César. Op. cit. p. 111.

<sup>18</sup> ESTELLITA, Heloisa. *Responsabilidade penal de dirigentes de empresas por omissão: estudo sobre a responsabilidade omissiva imprópria de dirigentes de sociedades anônimas, limitadas e encarregados de cumprimento por crimes praticados por membros da empresa*. São Paulo: Marcial Pons, 2017, p. 67-68.



SUMÁRIO



EXPEDIENTE



APRESENTAÇÃO



ENTREVISTAS

01



CRIME E SOCIEDADE

01 02 03 04 05



DIREITOS HUMANOS

01 02



ESCOLAS PENAIAS

01 02



RESENHAS

01 02

### 3.1 DA LESÃO AO PRINCÍPIO DA LEGALIDADE ESTRITA: DA CONTRADIÇÃO ADVINDA DO TEXTO LEGAL QUANTO À IMPUTAÇÃO E À AUSÊNCIA DE SANÇÕES ESPECÍFICAS ÀS PESSOAS JURÍDICAS

A lesão ao princípio da legalidade estrita é cristalina quando analisada a redação legal do artigo 39 do substitutivo ao Projeto de Novo Código Penal Brasileiro, em primeiro lugar pela contradição entre o *caput* e o §1º, que trazem dois modelos de imputação incompatíveis e excludentes dentro da mesma norma, bem como pela ausência de cominação de penas às pessoas jurídicas nos tipos penais.

Nesse sentido, o dispositivo legal é contraditório, dúbio, não permitindo o conhecimento, de forma segura, de quais os pressupostos de imputação da conduta proibida.

Isso permite que o julgador se utilize puramente de sua subjetividade no momento de aplicação da norma ao caso concreto, na medida em que tem diante de si uma opção de escolher o tipo de imputação, se ligada aos atos decisórios das pessoas físicas que agirem no benefício ou interesse da entidade ou, quando difícil estabelecer o nexo causal entre a conduta dos particulares e o resultado criminoso, imputar o delito à pessoa jurídica independentemente da identificação das pessoas físicas.

Com efeito, uma das imposições decorrentes do princípio da legalidade estrita é a de que todos os pressupostos e circunstâncias típicas sejam certas, determinadas, não gerando dúvida acerca de sua aplicação ao caso concreto.

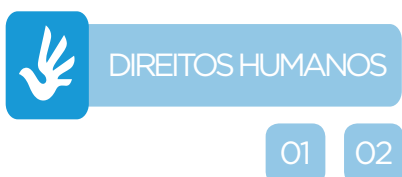
A indefinição quanto aos pressupostos típicos ditados na lei influencia diretamente na percepção concreta dos fatos que podem ser considerados típicos, devendo a lei, também por esse motivo, definir os pressupostos de imputação da maneira mais precisa e cristalina possível, como bem ensina Ferrajoli, ao dizer que:

Está claro que a linguagem, isto é, o uso da língua, está tão vinculada quanto seja vinculante a língua, isto é, as regras de linguagem. Deste modo, quanto mais precisas sejam as definições dos pressupostos típicos abstratos ditados na lei, de conformidade com o princípio da legalidade estrita, também mais determinados serão os pressupostos típicos concretos aos quais aquelas se referem e tanto mais nelas subsumíveis mediante proposições verdadeiras ou falsas e, antes mesmo, verificáveis e falseáveis.<sup>19</sup>

Logicamente, não se pretende defender no presente trabalho um grau de certeza absoluta na interpretação da norma, mas, em se tratando de Direito Penal, a indeterminação não é desejável, justamente por não permitir controle da subjetividade nas decisões, pois “uma lei indeterminada possibilitaria a um juiz coerente, em algumas situações, a maior proximidade possível dos valores de *justiça* enumerados em nosso ordenamento constitucional, mas, a um juiz incoerente, o maior afastamento desses axiomas”.<sup>20</sup>

<sup>19</sup> FERRAJOLI, Luigi. *Direito e razão: Teoria do garantismo penal*. 3. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010, p. 94.

<sup>20</sup> SCHMIDT, Andrei Zenkner. *O princípio da legalidade penal no Estado Democrático de Direito*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001, p. 244.



Acerca do tema, Cezar Roberto Bitencourt, ao citar Claus Roxin, deixa claro que “uma lei indeterminada ou imprecisa e, por isso mesmo, pouco clara não pode proteger o cidadão da arbitrariedade, porque não implica uma autolimitação do *ius puniendi* estatal, ao qual se possa recorrer”.<sup>21</sup>

O que se busca defender, como ponderou Andrei Zenkner Schmitt, em sua obra intitulada *O Princípio da Legalidade no Estado Democrático de Direito*, é que “o princípio da legalidade, dentre outras consequências, determina que não só as elementares do *tatbestand*, mas também as circunstâncias, adéquam-se ao “mandado de certeza”,<sup>22</sup> ou seja, “pelo respeito ao princípio da certeza do direito, portanto, os associados podem ter do direito um critério seguro de conduta, somente conhecendo antecipadamente, com exatidão, as consequências de seu comportamento”.<sup>23</sup>

Nessa perspectiva, o projeto de mudança do Código Penal Brasileiro, ao trazer, dentro de um mesmo dispositivo, contradição flagrante sobre qual o modelo de imputação de crimes às pessoas jurídicas adotado, lesa frontalmente o Princípio da Legalidade Estrita, em sua dimensão de necessidade de clareza e certeza, justamente porque os destinatários da norma não conhecem de antemão todas as circunstâncias da conduta proibida.

Não obstante isso, o princípio da legalidade estrita também é flagrantemente violado quando se verifica que as sanções para as pessoas jurídicas não são indicadas no próprio tipo penal. Um dos problemas observados é que “a Exposição de Motivos do Projeto de Código Penal refere que *as sanções de privação de liberdade trazidas pelos tipos penais não são compatíveis com a realidade das pessoas jurídicas*”.<sup>24</sup>

Importante ressaltar, neste ponto, que a mera alusão à incompatibilidade das sanções privativas de liberdade com a natureza das pessoas jurídicas não é o bastante para afirmar a existência de um sistema de sanções criminais próprias dos entes coletivos, até porque não se tem a cominação de penas próprias às pessoas jurídicas no projeto.

Na verdade, a pedra de toque em relação a todo esse contexto de incertezas recai, sem dúvida, sobre a ausência de uma teoria própria das pessoas jurídicas, haja vista que a teoria do delito tradicionalmente desenvolvida é pautada na responsabilidade individual do ser humano, exigindo-se ainda o elemento subjetivo do tipo, em respeito ao princípio da culpabilidade penal, então incompatível com as pessoas jurídicas.

Esse problema já foi objeto de crítica quando da edição da Lei de Crimes Ambientais, nos seguintes termos:

As normas legais criminalizadoras da pessoa jurídica (Lei 9.605/98) não possuem o *status* de lei penal: são *perfeitas* para as pessoas físicas porque contêm *preceito e sanção* dirigidos a seres humanos, como toda lei penal; são *imperfeitas para pessoas jurídicas* porque possuem *preceito*, mas não possuem *sanção* aplicável às pessoas jurídicas. Logo *não são leis penais* para pessoas jurídicas.<sup>25</sup>

<sup>21</sup> BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de direito penal: parte geral*. v.1. 13. ed. atual. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 11.

<sup>22</sup> SCHMIDT, Andrei Zenkner. Op. cit. p. 249.

<sup>23</sup> Ibidem, p. 236.

<sup>24</sup> BUSATO, Paulo César. Op. cit. p. 118, grifo do autor.

<sup>25</sup> DOS SANTOS, Juarez Cirino. Op. cit. p. 274.



SUMÁRIO



EXPEDIENTE



APRESENTAÇÃO



ENTREVISTAS

01



CRIME E SOCIEDADE

01

02

03

04

05



DIREITOS HUMANOS

01

02



ESCOLAS PENAIIS

01

02



RESENHAS

01

02

As penas são genéricas e não trazem limites mínimos e máximos, em flagrante afronta, mais uma vez, ao princípio da legalidade (*nulla poena sine lege*). Não existe critério de imputação e de individualização judicial da pena, conforme as peculiaridades das pessoas jurídicas, como deixa claro Paulo Queiroz, ao dizer que:

Precisamente por isso, não é suficiente que a lei preveja, sem mais, a possibilidade de responsabilização penal da pessoa jurídica. É necessário ainda estabelecer os critérios (objetivos e subjetivos) de imputação e individualização judicial da pena, conforme as peculiaridades da pessoa jurídica, inclusive para dar-lhe conformação constitucional e afastar as críticas político-criminais e dogmáticas que lhe são feitas.<sup>26</sup>

De fato, o Brasil, ao copiar o sistema de imputação francês, não trouxe nenhuma norma específica acerca da imputação às pessoas jurídicas. Não há também qualquer norma processual penal específica às pessoas jurídicas, o que torna a tarefa dos operadores do Direito nessa área extremamente tormentosa.

E mesmo que se diga que o Projeto de Lei do Senado 236/2012 preveja um título próprio para as pessoas jurídicas, não se pode falar em uma dogmática penal própria dos entes coletivos, visto que a pretensão de mudança apenas ampliou as hipóteses de criminalização, mantendo os mesmos problemas tradicionalmente debatidos e criando outros, como, por exemplo, o fato de pretender isolar a imputação criminal da pessoa jurídica da atuação dolosa das pessoas físicas, condicionando, contudo, a identificação do ato criminoso às condutas dos representantes legais ou contratuais ou de órgão colegiado no benefício ou interesse da entidade.

Certo é que a tentativa de transportar, de maneira forçada, a teoria do delito tradicional para a chamada “nova criminalidade”, imputando delitos ao ente coletivo independentemente das pessoas físicas, não apresenta avanço algum, seja na pretensão de prevenção dos delitos, seja em nome de uma suposta política criminal de repressão a essa criminalidade, mais especificamente porque os problemas advindos dessa escolha, quase que irracional, trarão mais dificuldades do que resultados satisfatórios.

Nessa perspectiva, Paulo Busato esclarece que “uma vez que opta pela responsabilização penal de pessoas jurídicas, é preciso fazê-lo de forma integral, de modo que, no mínimo, não sejam sacrificados os pilares básicos de desenvolvimento das garantias do modelo de imputação”.<sup>27</sup>

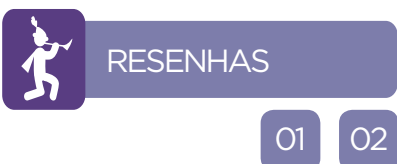
Também autores estrangeiros, tais como Luis Gracia Martín, ao escrever artigo para a obra *Responsabilidade penal das pessoas jurídicas: em defesa do Princípio da Imputação Subjetiva*, deixa claro que, nem mesmo argumentos de política criminal têm força para derrubar os argumentos tradicionalmente invocados contra a responsabilização criminal da pessoa jurídica, nos seguintes termos:

En resumen: no me parece posible fundamentar, tampoco a partir de las nuevas realidades que han de ser tenidas en cuenta como objeto de la valoración jurídica, una responsabilidad penal de las personas jurídicas. La doctrina tradicional y los argumentos por ella utilizados en contra de la fundamentación de la responsabilidad penal de las personas jurídicas continúan siendo plenamente válidos.<sup>28</sup>

<sup>26</sup> QUEIROZ, Paulo. *Responsabilidade penal da pessoa jurídica*. Disponível em: <<http://pauloqueiroz.net/responsabilidade-penal-da-pessoa-juridica1/>>. Acesso em: 09 fev. 2015.

<sup>27</sup> BUSATO, Paulo César. Op. cit. p. 103.

<sup>28</sup> MARTÍN, Luis Gracia. La cuestión de la responsabilidad penal de las propias personas jurídicas. In: PRADO, Luiz Regis; DOTTI, Ariel



O citado autor continua sua divagação ao dizer que, admitindo-se a responsabilidade criminal da pessoa jurídica, deve-se partir do desenvolvimento de instrumentos jurídicos de responsabilização das pessoas físicas que atuam no âmbito da empresa,<sup>29</sup> o que faz referência à teoria da heterorresponsabilidade ou dupla imputação, em oposição ao modelo de responsabilização independentemente da conduta das pessoas físicas.

Portanto, a par de todos os problemas já existentes com a criminalização de atos de pessoas jurídicas na lei de crimes ambientais, é nítido, pelo que foi exposto, que o acréscimo de uma teoria que desconsidera a vontade das pessoas físicas que atuam na empresa é completamente inviável frente a dogmática penal brasileira atual, assim como pela ausência de qualquer requisito específico de tipificação para as pessoas jurídicas, ferindo principalmente o princípio da Legalidade Estrita, para além dos pressupostos da conduta típica e a observância da culpabilidade.

#### 4 A TEORIA DO BEM JURÍDICO PENALMENTE RELEVANTE E O DIREITO PENAL SIMBÓLICO: AUSÊNCIA DE NECESSIDADE DA EXPANSÃO DA RESPONSABILIZAÇÃO CRIMINAL DA PESSOA JURÍDICA NOS MOLDES DO PRETENDIDO PELA REFORMA

Ultrapassados todos os problemas dogmáticos apontados, outra questão que merece destaque, no contexto de estudo da criminalidade em âmbito empresarial, é a inobservância de um bem jurídico *penalmente* relevante, o que torna o Projeto de Lei 236/2012 mera legislação penal simbólica.

Não se desconhecem, no contexto do que será discutido, as críticas voltadas à perda do potencial limitador da teoria do bem jurídico penalmente relevante, conforme defendem alguns autores, como, por exemplo, Yuri Corrêa da Luz, em sua obra intitulada *Entre bens jurídicos e deveres normativos: um estudo sobre os fundamentos do direito penal contemporâneo*, em que o autor traça uma linha de pensamento crítica acerca de qual seria, realmente, o âmbito de proteção do Direito Penal no Brasil.

Aduz o autor que:

Esse enfrentamento não foi, por sua vez, despropositado. Pelo contrário, foi motivado e guiado por um diagnóstico, a meu ver cada vez mais evidente, de que a chamada teoria do bem jurídico não estaria cumprindo duas das principais funções da ciência do Direito: servir de modelo descritivo adequado à compreensão e à operação do sistema jurídico, bem como apresentar critérios consistentes à crítica das práticas ilegítimas que surjam em sua autoprodução.<sup>30</sup>

Apesar disso, ante a tendência da legislação pátria em hipertrofiar a legislação penal com leis extravagantes, muitas vezes desnecessárias ou com técnica legislativa duvidosa, com violações aos pressupostos dogmáticos básicos do Direito Penal, entende-se por bem a delimitação de um bem jurídico penalmente relevante, mais especificamente, a observância da intervenção mínima e da lesividade no contexto da legislação brasileira.

(Coord). *Responsabilidade penal da pessoa jurídica: em defesa do princípio da imputação penal subjetiva*. 2.ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, p. 118.

<sup>29</sup> Ibidem.

<sup>30</sup> LUZ, Yuri Correa da. *Entre bens jurídicos e deveres normativos: um estudo sobre os fundamentos do direito penal contemporâneo*. São Paulo: IBCCRIM, 2013, p. 183.



SUMÁRIO



EXPEDIENTE



APRESENTAÇÃO



ENTREVISTAS

01



CRIME E SOCIEDADE

01

02

03

04

05



DIREITOS HUMANOS

01

02



ESCOLAS PENAIIS

01

02



RESENHAS

01

02

Com efeito, o Projeto de Novo Código Penal Brasileiro visa à ampliação da persecução penal aos entes coletivos dispondo no *caput* do artigo 39 acerca de punição por atos praticados contra a administração pública e a ordem econômico-financeira, para além da imputação por crimes ambientais.

Nesse âmbito, relevante uma análise acerca do impacto real que essa ampliação poderá provocar na ordem jurídica vigente, mormente quando outras searas do Direito sancionam as pessoas jurídicas e seus dirigentes, em alguns casos, de forma mais drástica que a própria legislação penal, como, por exemplo, a Lei 12.846/13, chamada Lei Anticorrupção, que sanciona o ente coletivo, cível e administrativamente, por atos contra a administração pública.

A citada lei traz penas de multa mais gravosas que as penas criminais genericamente previstas na lei de crimes ambientais e no próprio PLS 236/12, apresentando diversos dispositivos de coerção a atividades danosas perpetradas por pessoas jurídicas em seu âmbito de proteção civil e administrativo, como, por exemplo, a sanção do artigo 6º, inciso I, que traz multa no valor de até 20% (vinte por cento) do faturamento bruto do último exercício anterior ao da instauração do processo administrativo da empresa, excluídos os tributos, a qual nunca será inferior à vantagem auferida, quando for possível sua estimativa.

Chega-se ao ponto de afirmar que a Lei Anticorrupção visa sancionar penalmente as pessoas jurídicas de forma objetiva (sem dolo ou culpa), já que a lei possui conteúdo e gravidade de caráter penal, o que demonstra, sem entrar no mérito de discussão acerca dessa lei especificamente, a desnecessidade da responsabilidade criminal da pessoa jurídica no âmbito de atos contra a administração pública.

Em relação à ordem econômico-financeira, tem-se a Lei 12.529/11, ou lei Antitruste, que estrutura o Sistema Financeiro de Defesa da Concorrência, dispondo acerca da prevenção e repressão a infrações contra a ordem econômica.

Com efeito, o artigo 31 da supracitada lei pontua, expressamente, que as pessoas jurídicas serão sancionadas por atos atentatórios à ordem econômica, trazendo nos artigos 36 as infrações e nos artigos 37 a 44 as penas, consistentes em multa e proibições específicas, também sujeitando a pessoa jurídica à hipótese de multa de até 20% de seu faturamento bruto, sanção gravíssima, não havendo, diga-se, mais uma vez, a necessidade de criminalização da pessoa jurídica por atos contra a ordem econômico-financeira.

Nessa perspectiva, verifica-se que o PLS 236/12 apresenta visão restrita do ordenamento jurídico pátrio, na medida em que, a par de já existirem disposições sancionatórias às pessoas jurídicas por atos contra a administração pública e a ordem econômico-financeira, procura ampliar o alcance punitivo criminal em relação aos entes coletivos, ausente, porém, qualquer debate prévio acerca de sua necessidade.

Em razão disso, imperiosa a necessidade de apontamentos sobre a inobservância da teoria do bem jurídico, mais especificamente como “um conceito indispensável para dotar de eficácia o princípio da lesividade”<sup>31</sup> e como forma de se combater os efeitos nefastos do Direito Penal simbólico.

Nesse sentido, a par de a Constituição Federal consagrar como bens jurídicos o meio ambiente, a ordem econômica, dentre outros bens jurídicos difusos, é certo que:

<sup>31</sup> BATISTA, Nilo; ZAFFARONI, Eugênio Raúl. Op, cit. p. 215.



SUMÁRIO



EXPEDIENTE



APRESENTAÇÃO



ENTREVISTAS

01



CRIME E SOCIEDADE

01

02

03

04

05



DIREITOS HUMANOS

01

02



ESCOLAS PENAIIS

01

02



RESENHAS

01

02

A lei penal pode apenas, eventualmente, demarcar alguma ação que ofenda o bem jurídico de certo modo, porém, sua natureza fragmentária não lhe faculta outorgar uma verdadeira tutela (toda e qualquer ofensa ao bem jurídico que não observe estritamente o modelo típico é indiferente para lei penal).<sup>32</sup>

Exatamente por esse motivo é que se deve demarcar com precisão o alcance da tutela penal do bem jurídico constitucionalmente concebido como relevante. Dito de outro modo, deve-se abrir os olhos para a utilização da *lesividade* e do postulado da *última ratio* como forma de evitar-se o incremento do Direito Penal simbólico, justamente pelo fato de que existe diferença entre bens juridicamente tutelados e bens penalmente tutelados.

Essa situação é muito bem ilustrada por Juarez Cirino dos Santos, ao discorrer acerca do modelo de imputação de pessoas jurídicas por delitos ambientais, nos seguintes termos:

Sem dúvida, o direito do povo ao *meio ambiente ecologicamente equilibrado* deve ser protegido por todos os meios jurídicos, inclusive penais – observados os princípios de *intervenção mínima* e de *última ratio* da repressão criminal no Estado Democrático de Direito. Contudo, criminalizar a pessoa jurídica para proteger o meio ambiente parece inadequado, por razões instrumentais ou científicas: primeiro, a pena é o instrumento menos eficaz de política social; segundo, as determinações do ser – ou seja, a organização psicossomática do ser humano – constituem o limite intransponível das proposições punitivas do dever ser, excluindo a criminalização de entidades fictícias ou de meros aglomerados patrimoniais<sup>33</sup>.

Nesse sentido, é sabido que a criminalização de atos por pessoas jurídicas está intrinsecamente ligada, de acordo com seus defensores, à prevenção e repressão de delitos em âmbito econômico, ambiental e até mesmo em relação ao trato das empresas com agentes do Estado, buscando também a prevenção aos delitos de corrupção e seus correlatos.

Ocorre que recorre-se a uma suposta necessidade de proteção a bens jurídicos penalmente indeterminados, difusos, em que não se pode precisar, em muitos casos, o nexo de causalidade entre a conduta delitiva ou o resultado ou o perigo concreto advindo da conduta.

Ante a incapacidade de o Estado investigar e punir delitos em âmbito empresarial, dada à complexidade cada vez maior da organização interna das companhias, apela-se para argumentos de defesa social pautados na emergência, em muitos casos criados pela mídia.

O próprio Supremo Tribunal Federal, no Recurso Extraordinário 548.181, em que declarou a inconstitucionalidade da teoria da dupla imputação, referiu-se ao combate à impunidade como fundamento da imputação de crime a pessoa jurídica independentemente da pessoa física:

Condicionar a aplicação do art. 225, §3º, da Carta Política a uma concreta imputação também a pessoa física implica indevida restrição da norma constitucional, expressa a intenção do constituinte originário não apenas de ampliar o alcance das sanções penais, mas também de evitar a impunidade pelos crimes ambientais frente às imensas dificuldades de individualização dos responsáveis internamente às corporações, além de reforçar a tutela do bem jurídico ambiental.<sup>34</sup>

<sup>32</sup> Ibidem, p. 216.

<sup>33</sup> DOS SANTOS, Juarez Cirino. Op. cit. p. 266.

<sup>34</sup> BIDINO, Cláudio. Jurisprudência anotada – Supremo Tribunal Federal: direito penal e processual penal. Crimes ambientais. Responsabilidade



Essas características revelam nitidamente o caráter simbólico da pretensão de ampliação da criminalização da pessoa jurídica, pois os traços característicos do Direito Penal simbólico “costumam ser bens jurídicos manifestos pouco definidos, plásticos e coletivos (meio ambiente, ordem econômica, saúde pública, crime organizado etc.)<sup>35</sup>.”

E como bem ponderam Nilo Batista e Eugênio Raul Zaffaroni, “um caso particular de inadmissibilidade constitucional de um bem jurídico reside na legislação penal simbólica”.<sup>36</sup>

Ao que parece, a tentativa de mudança e ampliação do âmbito punitivo criminal aos entes coletivos no Projeto de Novo Código Penal não foge a esta regra.

Primeiramente porque não foram traçadas as bases teóricas para o modelo de imputação, se decorrentes de atos dolosos das pessoas físicas componentes dos quadros decisórios da empresa ou se independentes delas, em segundo lugar porque não houve debate sério e prolongado acerca da *necessidade* dessa ampliação, caracterizando nítida pretensão de resolução emergencial de conflitos, traço marcante do Direito Penal simbólico.

Acerca disso, vale dizer que:

A imposição de um conjunto de ressalvas não apenas contribui para uma quebra da lógica sistemática, desajustando a responsabilidade das pessoas jurídicas em face do sistema geral de atribuições de responsabilidade às pessoas físicas, como político-criminalmente põe em risco qualquer efetividade que se tenha pretendido lograr com a providência, convertendo um mecanismo legítimo de defesa das pessoas em face do abuso do capital novamente, em um mecanismo meramente simbólico, sem maiores efeitos.<sup>37</sup>

Em síntese, o questionamento que deve ser feito é o seguinte:

Diante de uma orientação que procura responsabilizar penalmente e de forma direta a pessoa jurídica, sob uma pretensa necessidade político-criminal de caráter pragmático e em nome de fins preventivos de defesa social, pergunta-se: haveria real e comprovada necessidade de sancioná-la penalmente? Não haveria outros meios mais eficazes e menos custosos? Seria legítima, pelo prisma dos princípios garantistas que informam um Estado de Direito democrático? Estaria em sintonia com as modernas diretivas político-criminais e criminológicas?<sup>38</sup>

A resposta para as indagações feitas na citação acima é negativa, ou seja, a tentativa de mudança no Código Penal em relação à criminalização de pessoas jurídicas não se pauta nos princípios garantistas que informam um Estado Democrático de Direito, pois não observa as garantias constitucionais penais e processuais penais, assim como desconsidera outros meios, de certa forma mais eficazes, no combate a atos lesivos perpetrados por pessoas jurídicas, especificamente contra a ordem econômico-financeira e contra a administração pública.

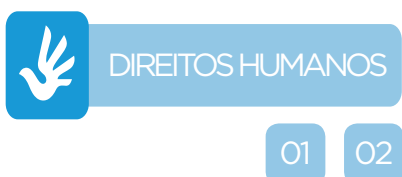
da pessoa física e jurídica. *Boletim do Instituto Brasileiro de Ciências Criminais*, São Paulo, n.266, ano 23, jan. 2015, p. 1820.

<sup>35</sup> BATISTA, Nilo; ZAFFARONI, Eugênio Raúl. Op. cit. p. 222.

<sup>36</sup> Ibidem, p. 221.

<sup>37</sup> BUSATO, Paulo César. Op. cit. p. 104.

<sup>38</sup> PRADO, Luiz Regis. Responsabilidade penal da pessoa jurídica: fundamentos e implicações. In: PRADO, Luiz Regis; DOTTEI, Ariel (Coord). *Responsabilidade penal da pessoa jurídica: em defesa do princípio da imputação penal subjetiva*. 2.ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, p. 132.



Com efeito, mesmo após trinta anos da previsão constitucional que fundamentou a responsabilidade penal da pessoa jurídica por crimes ambientais, ainda não se tem o conhecimento necessário acerca de suas bases ou, em outras palavras:

Trinta anos após a previsão constitucional, os esforços de regulação do comportamento corporativo seguem sendo assistemáticos no Brasil. Faltam construções dogmáticas adequadas ao nível de diferenciação da sociedade econômica, estamos muito longe de dominar a utilidade do sistema de sanções, desconhecemos as bases criminológicas (quem são as empresas, como afetam a nossa sociedade e como puni-las, endereçando a reprovação do comportamento) e sequer começamos os debates sobre o papel da responsabilidade penal da pessoa jurídica e dos programas de *compliance* na regulação do comportamento corporativo.<sup>39</sup>

Essa falta de sistemática própria para a punição em âmbito penal do ente coletivo, ausente o necessário conhecimento acerca até mesmo da utilidade do sistema de sanções, revela a total impropriedade do projeto de novo código penal nessa parte; mesmo que se admita a ampliação da persecução penal às pessoas jurídicas, “para que conjugue eficácia e segurança jurídica, deve desenvolver-se em requisitos e pressupostos específicos, paralelos aos correspondentes à proteção de bens jurídicos individuais, a fim de que não se confunda com eles”.<sup>40</sup> Não existe, portanto, bem jurídico penalmente relevante no âmbito da criminalização da pessoa jurídica por atos contra a administração pública e a ordem econômico-financeira, principalmente pelo fato de que outros ramos do Direito já sancionam fortemente os entes coletivos nesse âmbito de proteção, não se mostrando necessária esta ampliação delitiva no Novo Código Penal Brasileiro, até mesmo porque não se tem uma base teórica sólida acerca do tema no Brasil, o que, além de não trazer benefícios de ordem prática, acarretará inegáveis dificuldades dogmáticas e de política criminal, ampliando os tradicionais problemas em relação à teoria do delito, já exaustivamente apontados pela doutrina em relação à Lei de Crimes Ambientais.

## 5. CONSIDERAÇÕES FINAIS

A discussão ora posta neste trabalho é de suma relevância, pois, como já exposto, o texto do artigo 39 do PLS 236/12 é vacilante e entrega várias questões que devem ser encerradas antes da aprovação da lei, principalmente quanto ao modelo de imputação adotado, pois, como bem ponderou o professor Paulo César Busato, “a mensagem transmitida com essa postura é: *queremos sim a responsabilidade penal das pessoas jurídicas, mas não muito!*”.<sup>41</sup>

Isso ocorre, de certa forma, porque “a dogmática relativa aos crimes praticáveis pela pessoa jurídica está ainda por ser construída”,<sup>42</sup> não havendo necessidade alguma de se aprovar uma legislação emergencial, simbólica, para fins de dar respostas à sociedade, acarretando inegáveis problemas político-criminais e dogmáticos no futuro.

<sup>39</sup> SAAD-DINIZ, Eduardo. Brasil vs. Golias: os 30 anos da responsabilidade penal da pessoa jurídica e as novas tendências em compliance. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, v. 988, ano 107, p. 52, fev. 2018.

<sup>40</sup> ROSSI, Helena Costa. Intervenção jurídico-penal na sociedade globalizada: aspectos da responsabilidade penal da pessoa jurídica. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. São Paulo, v. 140, ano 26, p.102, fev. 2018.

<sup>41</sup> BUSATO, Paulo César. Op. cit. p. 103, grifo do autor.

<sup>42</sup> QUEIROZ, Paulo. Responsabilidade Penal da Pessoa Jurídica. Em: <http://pauloqueiroz.net/responsabilidade-penal-da-pessoa-juridica1/>. Acesso em: 09 fevereiro 2015.



01



01 02



01 02



01 02

Nesse sentido, Luís Greco, pondera o seguinte: “Creio que não é difícil enxergar o verdadeiro princípio seguido pelo projeto. Sob a cortina de fumaça do solene compromisso jurídico com a culpabilidade e a ofensividade, orienta-se o Projeto pela preocupação *em agradar à opinião pública*”.<sup>43</sup>

Portanto, levando em consideração o atual estágio da dogmática penal em relação à criminalização das pessoas jurídicas, a melhor opção seria a sua exclusão do Projeto de Lei 236/2012, podendo, contudo, retornar após amplo e exaustivo debate acerca dos pressupostos dogmáticos e, mais importante, acerca de sua real necessidade na regulação da vida em sociedade, até porque o Brasil aprovou leis que sancionam gravemente as pessoas jurídicas por atos lesivos à administração pública e à ordem econômico-financeira, mais um motivo para que o debate se aprofunde, evitando-se os nefastos efeitos do Direito Penal simbólico.

Por derradeiro, indesejável, nos termos da teoria orientadora da conduta típica majoritariamente aceita no Brasil, adotar-se um sistema de imputação que desconsidera a vontade das pessoas naturais, pois é a vontade delas que orienta a conduta criminosa.

## 6. REFERÊNCIAS

BATISTA, Nilo; ZAFFARONI, Eugênio Raul. *Direito penal brasileiro* – teoria do delito: introdução histórica e metodológica, ação e tipicidade. v. 2 2. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2010.

BIDINO, Cláudio. Jurisprudência anotada – Supremo Tribunal Federal: direito penal e processual penal. Crimes ambientais. Responsabilidade da pessoa física e jurídica. *Boletim do Instituto Brasileiro de Ciências Criminais*, São Paulo, n. 266, ano 23, jan. 2015.

BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de direito penal*: parte geral. v. 1. 13. ed. atual. São Paulo: Saraiva, 2008.

BUSATO, Paulo César. Responsabilidade penal de pessoas jurídicas no projeto do novo Código Penal Brasileiro. *Revista Liberdades* – Edição Especial – Reforma do Código Penal, São Paulo, 29 ago. 2012.

DOS SANTOS, Juarez Cirino. Responsabilidade penal da pessoa jurídica. In: PRADO, Luiz Regis; DOTTE, Ariel (Coord.). *Responsabilidade penal da pessoa jurídica*: em defesa do princípio da imputação penal subjetiva. 2. ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

ESTELLITA, Heloisa. *Responsabilidade penal de dirigentes de empresas por omissão*: estudo sobre a responsabilidade omissiva imprópria de dirigentes de sociedades anônimas, limitadas e encarregados de cumprimento por crimes praticados por membros da empresa. São Paulo: Marcial Pons, 2017.

FERRAJOLI, Luigi. *Direito e razão*: Teoria do garantismo penal. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

GRECO, Luis. Princípios fundamentais e tipo no novo projeto de Código Penal (Projeto de Lei 236/2012 do Senado Federal). *Revista Liberdades* – Edição Especial – Reforma do Código Penal, São Paulo, 29 ago. 2012.

<sup>43</sup> GRECO, Luis. Princípios fundamentais e tipo no novo projeto de Código Penal (Projeto de Lei 236/2012 do Senado Federal). *Revista Liberdades* – Edição Especial – Reforma do Código Penal, São Paulo, 29 de Ago. 2012, p. 41-42, grifo do autor.



SUMÁRIO



EXPEDIENTE



APRESENTAÇÃO



ENTREVISTAS

01



CRIME E SOCIEDADE



DIREITOS HUMANOS

01 02



ESCOLAS PENAIS

01 02



RESENHAS

01 02

LUIZI, Luiz. Notas sobre a responsabilidade penal das pessoas jurídicas. In: PRADO, Luiz Regis; DOTTI, Ariel (Coord.). *Responsabilidade penal da pessoa jurídica*: em defesa do princípio da imputação penal subjetiva. 2. ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

LUZ, Yuri Correa da. *Entre bens jurídicos e deveres normativos*: um estudo sobre os fundamentos do direito penal contemporâneo. São Paulo: IBCCRIM, 2013.

MARTIN, Luis Gracia. La cuestion de la responsabilidade penal de las propias personas juridicas. In: PRADO, Luiz Regis; DOTTI, Ariel (Coord.). *Responsabilidade penal da pessoa jurídica*: em defesa do princípio da imputação penal subjetiva. 2. ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

PRADO, Luiz Regis. Responsabilidade penal da pessoa jurídica: fundamentos e implicações. In: PRADO, Luiz Regis; DOTTI, Ariel (Coord.). *Responsabilidade penal da pessoa jurídica*: em defesa do princípio da imputação penal subjetiva. 2. ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

QUEIROZ, Paulo. *Responsabilidade penal da pessoa jurídica*. Disponível em: <<http://pauloqueiroz.net/responsabilidade-penal-da-pessoa-juridica1/>>. Acesso em: 09 fev. 2015.

ROSSI, Helena Costa. Intervenção jurídico-penal na sociedade globalizada: aspectos da responsabilidade penal da pessoa jurídica. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, v. 140, ano 26, p. 71-107, fev. 2018.

SAAD-DINIZ, Eduardo. Brasil vs. Golias: os 30 anos da responsabilidade penal da pessoa jurídica e as novas tendências em compliance. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, v. 988, ano 107, p. 25-53, fev. 2018.

SCHMIDT, Andrei Zenkner. *O princípio da legalidade penal no Estado Democrático de Direito*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.

TIEDEMANN, Klaus. *Responsabilidad penal de las personas jurídicas*. Disponível em: <[https://www.unifr.ch/ddp1/derechopenal/anuario/an\\_1996\\_07.pdf](https://www.unifr.ch/ddp1/derechopenal/anuario/an_1996_07.pdf)>. Acesso em 24 fev. 2015.



SUMÁRIO



EXPEDIENTE



APRESENTAÇÃO



ENTREVISTAS

01



CRIME E SOCIEDADE

01

02

03

04

05



DIREITOS HUMANOS

01

02



ESCOLAS PENAIS

01

02



RESENHAS

01

02

## A BUSCA DA VERDADE NO PROCESSO PENAL

### THE SEARCH FOR THE TRUTH IN THE CRIMINAL PROCESS

**Muriel Amaral Jacob**

Doutora em Filosofia do Direito pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo. Mestre em Direito pela UNIVEM. Professora adjunta na Universidade de Rio Verde, *campus* Rio Verde/GO. Advogada.

[murieljacob@hotmail.com](mailto:murieljacob@hotmail.com)**Sander Silva Ferreira**

Bacharel em Direito pela Universidade Estadual de Mato Grosso do Sul, Unidade Universitária de Paranaíba-MS. Pós graduando em Direito Público pela Estácio. Estagiário de pós-graduação no Ministério Público de Mato Grosso do Sul.

[sandersf\\_94@hotmail.com](mailto:sandersf_94@hotmail.com)

**Resumo:** O presente estudo tem como tema de discussão a busca da verdade no processo penal, através de uma análise sobre o instituto da prova no Direito Processual Penal, com enfoque crítico ao princípio da “verdade real”, motriz de todo o sistema probatório. Parte-se da hipótese de que uma teoria processual condizente com os moldes constitucionais e com a ideia de Justiça é aquela que tem, na busca da verdade, uma condição necessária para a justa solução da controvérsia. O julgador deve buscar a verdade por intermédio dos meios probatórios previamente previstos pelo sistema processual, que devem demonstrar sua eficiência em alcançar e traduzir os fatos da maneira mais próxima possível à verdade. Trata-se de estudo justificável, tendo em conta a relevância que o tema da verdade encontra no Direito Processual, e a necessidade de se conferir aplicabilidade à força normativa da Constituição Federal. A metodologia utilizada nesta pesquisa é de caráter bibliográfico, por meio da análise descritiva e método dedutivo.

**Palavras-chave:** Direito Processual Penal. Verdade Real. Provas. Aproximação. Princípio.

**Abstract:** The present study has as a topic of discussion the search for truth in the criminal process, through an analysis of the institute of proof in Criminal Procedural Law, with a critical focus on the principle of “real truth” driving the entire probationary system. It starts from the hypothesis that a procedural theory commensurate with the constitutional criminal process, through an analysis of the institute of proof in Criminal Procedural Law, with a critical focus on the principle of “real truth” driving the entire probationary system. It starts from the hypothesis that a procedural theory commensurate with the constitutional molds and with the idea of Justice is that which, in the pursuit of truth, has a necessary condition for the just solution of the controversy. The judge must seek the truth by means of the evidentiary means previously foreseen by the procedural system, which must demonstrate its efficiency in reaching and translating the facts as closely as possible to the truth. It is a justifiable study, taking into account



SUMÁRIO



EXPEDIENTE



APRESENTAÇÃO



ENTREVISTAS

01



CRIME E SOCIEDADE

01

02

03

04

05



DIREITOS HUMANOS

01

02



ESCOLAS PENAIS

01

02



RESENHAS

01

02

the relevance of the topic of truth in procedural law, and the need to confer applicability to the normative force of the Federal Constitution. The methodology used in this research is of a bibliographic character, through descriptive analysis and deductive method.

**Keywords:** Criminal Procedural Law. Real Truth. Evidences. Approximation. Principle.

**Sumário:** Introdução; 1. A verdade na filosofia e as teorias da verdade; 2. A verdade no processo; 3. A prova como meio de obtenção da verdade, 3.1. Óbices à obtenção da verdade no processo penal: provas ilícitas e ilegítimas; 4. Desmistificação da verdade real; Considerações finais; Referências Bibliográficas.

## INTRODUÇÃO

O presente estudo tem como tema de discussão a busca da verdade no processo penal, através de uma análise sobre o instituto da prova no Direito Processual Penal, com enfoque crítico ao princípio da “verdade real” insculpido no artigo 156, I, do Código de Processo Penal e motriz de todo o sistema probatório.

Neste viés, a pesquisa tem por escopo compreender e fomentar, com arrimo na dogmática filosófica, a conceituação de verdade para adentrar na discussão da verdade material como princípio processual, vista por muitos como característica fundante do sistema processual penal que, historicamente, legitimou e deu chancelas a inúmeras barbáries em virtude da tão aclamada “verdade real”.

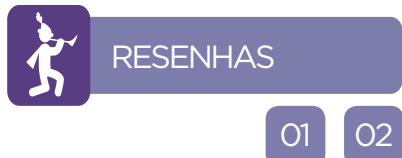
Assim, para se chegar ao discurso da verdade real no processo penal e sua crítica, fez-se necessária uma breve digressão na dogmática filosófica, a fim de se determinar o que filosoficamente compreende-se por verdade para, a partir de então, traçarmos um paralelo com a famigerada verdade material e sua aplicação no processo.

Como sabido, diante da relevância dos bens tutelados na seara penal, buscou-se estabelecer uma verdade fidedigna àquela do fato-crime, justificando-se os amplos poderes instrutórios que o legislador ordinário outorgou ao magistrado na tentativa de obtê-la, porquanto o único meio de alcançá-la, ao menos em maior probabilidade, seria por meio do instituto das provas.

Assim, infere-se que o Estado-Juiz, através do magistrado, deverá estar convicto da verdade dos fatos para que possa prolatar sua decisão, pautada no anseio de justiça, seja ela condenatória, para dar efetividade ao *jus puniendi* estatal condenando o agente criminoso, seja absolutória, para manter em liberdade indivíduo sabidamente inocente.

Dessa forma, é imperioso que haja um mínimo de cognição na busca pelo alcance da verdade no processo penal, haja vista a indisponibilidade dos bens tutelados. Não deve, porém, a busca pela “verdade real” funcionar como discurso para subjugar o acusado, como se este fosse mero instrumento do processo, em verdadeiro disparate aos anseios de um processo penal, eminentemente garantista e que fora endossado sobremaneira com o advento da atual Carta Republicana.

Como se sabe, tal seara processual destina-se à reconstrução fática do delito cometido em momento pretérito, anterior à atividade processual, de tal sorte que os resultados obtidos poderão interferir diretamente na liberdade de locomoção do acusado, direito este constitucionalmente salvaguardado com status de garantia fundamental do indivíduo e, por consectário, indisponível.



Aliás, diante da indisponibilidade dos bens jurídicos tutelados em matéria penal é que o legislador pátrio adotou o princípio da verdade real insculpido no artigo 156, I, do Código de Processo Penal e motriz de todo o sistema probatório. Por tal princípio subentende-se que, por estar em jogo a liberdade do indivíduo, poderá o magistrado requisitar a produção de provas de ofício, não devendo contentar-se com a produção das provas ao encargo exclusivo das partes, cabendo-lhe imiscuir na instrução probatória, sempre que necessário, com o desiderato de se chegar à verdade material dos fatos.

Todavia, no decorrer do presente opúsculo, questiona-se o conceito de verdade sob o ponto de vista filosófico, bem como a impossibilidade de trazer a lume o conhecimento da verdade real no processo, porquanto não poderá o judiciário coadunar-se com a injustiça de atribuir ao acusado a pecha da condenação quando não condizente com a verdade, máxime quando sua inferência não defluir do arcabouço probatório coligidos aos autos, não podendo a decisão do magistrado desassociar-se das provas carreadas ao processo, sob pena de impingir-lhe uma inarredável faceta arbitrária.

Mas a verdade nem sempre espelha a veracidade fática, daí a decisão absolutória se colocar muitas vezes como soberana mesmo diante da inadequada absolvição de indivíduos verdadeiramente culpados. Destarte, a pesquisa buscou constatar se a busca da verdade real é, de fato, possível de ser alcançada no processo penal diante dos limitados meios de cognição dos quais poderá o julgador valer-se na tentativa de reconstrução do fato criminoso.

Desse modo, a presente pesquisa busca indagar se seria possível o alcance da famigerada “verdade real” sem que isso pudesse prejudicar os direitos fundamentais e as garantias processuais do indivíduo; bem como se seria possível sustentarmos que tal decisão, consubstanciada na sentença judicial que será prolatada nos autos, corresponde de fato à verdade tal qual objetivada pelo processo penal e se em termos absolutos e fidedignos.

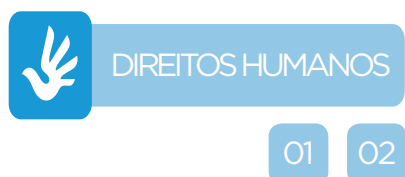
A metodologia utilizada nesta pesquisa é de caráter bibliográfico e jurisprudencial, sendo consultadas fontes impressas e virtuais, por meio da análise descritiva e método dedutivo.

## 1 A VERDADE NA FILOSOFIA E AS TEORIAS DA VERDADE

Cumprе consignar, inicialmente, que a busca pela verdade é tão antiga tal qual a filosofia. Aliás, conforme assinalado por Aristóteles (1984, p. 11), nas linhas iniciais do livro I da sua obra *Metafísica*, tal anseio no aprimoramento do conhecimento exsurge como corolário natural da raça humana, pois “todos os homens têm, por natureza, o desejo de conhecer”.

Logo, pode-se afirmar que o seu nascedouro dar-se-á concomitantemente com o ser humano, pois, conforme destacou a filósofa Marilena Chauí (2000, p. 112), “o desejo da verdade aparece muito cedo nos seres humanos como desejo de confiar nas coisas e nas pessoas, isto é, de acreditar que as coisas são exatamente tais como as percebemos e o que as pessoas nos dizem é digno de confiança e crédito”.

Em certa medida, tal busca “visa atender os próprios anseios da alma humana, pois não possui controle absoluto da verdade. Do ponto de vista universal, seu conhecimento sobre a verdade é apenas parcial” (BARROS, 2013, p. 27).



No entanto, “o conceito de verdade é uma questão que atormenta os pensadores e filósofos, desde os tempos mais remotos, não existindo um conceito único ou um consenso sobre o assunto, diversificando as correntes filosóficas que discutem a esse respeito” (JACOB, 2015, p. 97).

Não há, pois, um critério único e seguro sobre o que de fato corresponda à verdade. Na realidade, sabe-se que dificilmente haverá entre os filósofos um consenso sobre o assunto, pois, segundo Miguel Reale (1999, p. 71) “a Filosofia não pretende o plano do exato, nem faz concorrência às ciências no campo da exatidão”.

Todavia, no processo penal, é indispensável que o julgador busque se aproximar, tanto quanto possível, da verdade dos fatos para que haja pacificação com justiça, a qual é vista por muitos como escopo maior de um processo que se discute sobre direitos indisponíveis.

Assim, seria temeroso que a decisão que vier a segregar o indivíduo de sua liberdade possa estar desassociada da noção de que o processo, de fato, logrou êxito no alcance da verdade.

Muito embora seja a verdade real, em essência, inatingível, a crença de tê-la alcançável denota-se útil para apaziguar o clamor social e a conformação das partes envolvidas na contenda judicial. No entanto, tal crença tornar-se-á inconcebível quando utilizada para justificar atitudes e paradigmas inquisitoriais adotados pelo julgador na busca de se estabelecer a verdade no processo.

Nesse diapasão, impende consignar que em tempos pretéritos a verdade das coisas e dos relatos pautava-se precipuamente no pensamento divino, ou seja, “a vontade de Deus é a verdade a ser seguida!” (SAMPAIO, 2010, p. 33).

Com efeito, é sabido que “até pouco mais de cinco séculos atrás, a humanidade, na visão da cultura ocidental, vivia da firme convicção de que as suposições pregadas pela fé e religião, correspondiam, de fato, à verdade [...]” (JACOB, 2015, p. 95).

Não obstante, vislumbra-se tal correspondência nos períodos de Inquisição Católica, período em que os dogmas religiosos, pautados na vontade e nos anseios divinos, eram concebidos pela igreja como verdades incontestáveis e, como trivial, acarretava, aos que contra elas insurgiam, terríveis perseguições eclesiásticas em prol das denominadas verdades divinas.

Todavia, com o avanço científico e tecnológico as verdades pautadas na religião, concebidas até então por absolutas, começam a cair por terra. Isso porque tais verdades passam a ser corroboradas através do método científico, cujo rigor e exatidão dos resultados são enaltecidos e concebidos com maior idoneidade na busca pela verdade, porquanto experimentalmente comprovados.

Logo, a verdade em termos absolutos denota-se um ideal inalcançável, inclusive nas ciências mais rígidas como na física e matemática que desde a Teoria da Relatividade, formulada por Albert Einstein, consolidou o entendimento de que a verdade será sempre relativa, contingente a determinado contexto, pois somente será considerada válida até que nova teoria mais consistente lhe contradiga, substituindo-a sempre que demonstrar inconsistente ou obsoleta.



SUMÁRIO



EXPEDIENTE



APRESENTAÇÃO



ENTREVISTAS

01



CRIME E SOCIEDADE

01

02

03

04

05



DIREITOS HUMANOS

01

02



ESCOLAS PENAIIS

01

02



RESENHAS

01

02

Atualmente, chega-se a conclusões de que até mesmo na Física é determinada na busca de verdade, ou seja, ainda para as ciências exatas, a verdade somente é absoluta até que haja prova em contrário, deixando, portanto, de ser verdade para se tornar uma não verdade. A verdade, portanto, mostra-se sempre relativa dependendo daquele que impõe a função de observá-la. (SAMPAIO, 2010, p. 23).

Por consectário, depreende-se que a veracidade dos fatos, dos relatos, das coisas, das proposições, enfim, dos arquétipos ideais comumente empregados à verdade, muito embora sejam consensualmente aceitos no seio social, além de não absolutos, podem ser revestidos de caracteres transitórios e relativos, de sorte a manterem consonância com os avanços sociais, e mais notadamente com o aprimoramento do método científico.

Destarte, as proposições que antes eram tidas como verdadeiras e incontestáveis, serão como tal até que se comprove em sentido diverso a sua inveracidade (FERRAJOLI, 2010).

Sem embargos da inexistência de uma noção firme e segura quanto ao conceito de verdade, pondere-se que, na dogmática da filosofia, diversificaram-se as teorias que falam a seu respeito, sendo conveniente realçar, ainda que de forma superficial, as diversas teorias que se propuseram a fomentá-la.

Na primeira delas, a correspondência consubstancia-se no ideal aristotélico de “Negar aquilo que é, e afirmar aquilo que não é, é falso, enquanto afirmar o que é e negar o que não é, é a verdade” (ZILLES, 2005, p. 131).

Nesse sentido, aliás, é o que se extrai da noção de verdade ontológica estabelecida por Tomás de Aquino, que, embora pautada nos anseios divinos, retrata a noção de correspondência ou adequação entre o juízo do intelecto e a realidade intencionada – *veritas est adequatio rei in intellectus* (ZILLES, 2005).

Na determinação das coisas, Tomás de Aquino estabelece a existência de apenas uma verdade, já que a verdade é precisamente Deus. Por conseguinte, há possibilidade da determinação da verdade pelo conhecimento humano, o que impede seu julgamento. A mente não julga a verdade, mas julga segundo a verdade. O que atualmente geraria um romantismo jurídico, Tomás de Aquino definiu com precisão a imparcialidade jurisdicional, na qual o juiz julga conforme a lei, mas não a lei. Assim, a decisão deveria ser, na visão do filósofo, o reconhecimento da verdade, mas não a própria verdade.

Pelo exposto, depreende-se que a verdade está no pensamento ou na linguagem, não no ser ou na coisa. Em outros termos, “haverá um enunciado verdadeiro se houver correspondência com determinado fato” (JACOB, 2015, p. 97).

Pela teoria da coerência, a verdade de uma proposição deve ser aferida e analisada, não de forma isolada, mas através de um contexto em que, confrontada com outras proposições cientificamente corroboradas e, por vezes, já imbuídas na convicção humana, demonstre-se coerente com os estudos científicos para que seja considerada verdadeira. Nesse prisma, havendo coerência entre os enunciados ora confrontados, serão, pois, ambos verdadeiros, ao passo que, sendo incongruentes entre si, ao menos um deles será falso.

Observe-se que tal teoria tem como ponto cerne a contradição dos enunciados ou das proposições. Destarte, uma vez confrontados dois ou mais enunciados, sendo contraditórios entre si, considera-se verdadeiro aquele que se demonstrar mais coerente com as convicções humanas e que, por vezes, esteja em consonância com os estudos científicos que lhe darão – ou não – idoneidade.



01



[...] Em uma perspectiva um pouco diferente, uma teoria da coerência também é usada no domínio da análise semiótica do processo judicial, na qual se presta especial atenção aos <<relatos>> que narram às partes, as testemunhas e os advogados. [...] Nessa perspectiva, a coerência do <<relato>> desempenha um importante papel persuasivo e os meios de prova tendem a ser compreendidos como um suporte para um <<relato>> convincente. [...] (TARUFFO, 2014, p. 26-27).

Já no que tange à teoria do consenso, que tem como expoente o filósofo alemão Jürgen Habermas, a compreensão da verdade se dá, na definição deste, com “a conformidade de uma alegação ou, respectivamente, como capacidade de consenso no discurso dos participantes, o qual, entretanto, está sob a ideia orientadora de um diálogo livre e universal” (HABERLE<sup>1</sup> apud JACOB, 2015, p. 99).

Em que pese seu valor teórico, insta ressaltar que, sob a ótica da teoria em comento, sua mazela consiste na hipótese em que, arrimada no discurso e na aceitação deste pelos seus participantes, através do consenso, pode-se considerar como errôneo ou equivocado o discurso que em essência seria verdadeiro, rejeitando-o pelo fato de não haver entre os interlocutores consenso e aceitação no que tange à sua veracidade.

Outrossim, ao revés, pode-se aceitar como verdades as afirmações que, a princípio, são equivocadas, inverídicas ou errôneas, na medida em que, no plano do discurso, embora deturpada sua veracidade, haja um consenso entre seus participantes no sentido de que tal relato seja veraz.

Por um lado, o consenso pode chegar a afirmar como verdadeiro um erro e, por outro, pode rejeitar o reconhecimento a verdades, como no caso das teses de Galileu. Se todos afirmam que o sol gira ao redor do planeta Terra, a maioria ou unanimidade democrática de modo algum asseguram a verdade. [...] O consenso não pode ser o último critério de verdade ou falsidade, sem recurso à experiência e à evidência e sem referência ao objeto (ZILLES, 2005, p. 135-136).

Aos pragmáticos, por sua vez, uma crença seria verdadeira se produzisse bons efeitos. Assim, “a verdade do conhecimento para os pragmáticos consiste na concordância do pensamento com os objetos práticos do homem – naquilo, portanto, que provar ser útil e benéfico para sua conduta prática” (SAMPAIO, 2010, p. 24).

Na realidade, segundo Miguel Reale (1999, p.169), “costuma-se dizer que para o pragmatismo o critério de verdade não é a adequação do sujeito ao objeto, mas a medida de sua conveniência sociocultural, como utilidade menor ou maior para o homem”.

Assim, “uma verdade só é verdade porque vai ao encontro das exigências vitais do homem” (REALE, 1999, p. 169).

Depreende-se, por consequência, que “[...] uma ideia é verdadeira enquanto for útil para nossa vida crer nela. Se, por exemplo, a hipótese da existência de Deus satisfaz, produz efeito em nossa vida, é verdadeira” (ZILLES, 2005, p. 136).

Tal silogismo, contudo, de correlacionar aquilo que nos é profícuo ao critério de verdade, certamente tornar-se-á incoerente quando a “não verdade” possa nos parecer útil, contrariando assim toda posição pragmática consubstanciada na noção de verdade-utilidade.

Com inegável influência e aceitação filosófica, a teoria semântica da verdade, cujo expoente é o filósofo polonês Alfred Tarski (1902-1983), tem, a princípio, seu interesse restringido à análise da “concepção aristotélica clássica de verdade”.

<sup>1</sup> HABERLE, Peter. *Os problemas da verdade no Estado Constitucional*. Tradução de Urbano Carvelli. Porto Alegre: Fabris, 2008.



SUMÁRIO



EXPEDIENTE



APRESENTAÇÃO



ENTREVISTAS

01



CRIME E SOCIEDADE



DIREITOS HUMANOS

01

02



ESCOLAS PENAIIS

01

02



RESENHAS

01

02

Tarski, ao elaborar a concepção semântica de verdade, busca em certa medida evitar os denominados paradoxos semânticos a que os enunciados estão suscetíveis, ou seja, busca rechaçar os aspectos ambíguos concernentes à linguagem, o que faz através de recursos metalinguísticos.

Assim, seria um paradoxo inadmissível, por exemplo, a “possibilidade de uma proposição ser verdadeira mesmo que ninguém acredite nela, ou falsa mesmo que todo mundo acredite nela” (HAACK, 2002, p. 162).

Para tanto, qualquer definição semântica da verdade, para ser aceitável, deve satisfazer uma condição material e outra de correção formal. Com efeito, sem se ater às minúcias, saliente-se que a condição material é exposta por Tarski através de sua célebre formulação de que: “‘A neve é branca’ é verdade se, e somente se, a neve é branca”. Ao passo que, segundo Susan Haack (2002, p. 147), o requisito formal “[...] diz respeito à estrutura da linguagem na qual a definição de verdade deveria ser dada, os conceitos que podem ser empregados na definição, e as regras formais às quais a definição deve se conformar”.

Nesse viés, imprescindível se faz que eventual definição de verdade seja, ao menos, materialmente adequada e formalmente correta para que, então, possa ser considerada satisfatória.

Por fim, tem-se a teoria da verdade como redundância, introduzida por Frege e Frank P. Ramsey, tendo neste seu maior realce; a noção de verdade aqui empregada parte da ideia de “[...] que os predicados ‘verdadeiro’ e ‘falso’ são redundantes no sentido de que eles podem ser eliminados de todos os contextos *sem perda semântica*” (HAACK, 2002, p. 177).

Desse modo, conquanto haja eliminação dos mencionados predicados (‘é verdadeiro’, e ‘é falso’), entende-se que o enunciado, ainda assim, manterá sua (in) veracidade quando implicitamente aferido. Pode-se dizer, em suma, que tal teoria tem como ponto marcante a busca por estabelecer uma lógica textual, pautada na formação dos enunciados e do discurso que dele se faz, buscando evitar o excesso desnecessário ou a deficiência das informações.

Segundo Susan Haack (2002, p. 177) “não há realmente nenhum problema independente acerca da verdade, mas meramente uma confusão linguística”. Para a referida autora, na concepção clássica de Ramsey a redundância se dá quando ‘Para todo  $p$ , se ele afirma  $p$ , então  $p$ ’ (HAACK, 2002, p. 181).

Eis, portanto, a redundância expressada no enunciado “ $p$ ”, consistente nos predicados “verdadeiro” e “falso”, cuja eliminação não afetaria na capacidade da compreensão daquilo que se profere. Sendo assim, ao enunciá-lo mesmo que ausentes os referidos predicados, de igual modo, serão compreensíveis.

Logo, conquanto haja supressão dos predicados, seja ele verdadeiro ou falso, será possível aferir a veracidade ou falsidade do enunciado, porquanto sendo a verdade obtida por critérios linguísticos seriam eles redundantes e, portanto, implicitamente aferíveis.

Malgrado a doutrina tenda a inclinar o entendimento no sentido de que o processo estaria relacionado com o ideal trazido pela primeira dessas teorias elencadas, por conta sobretudo do silogismo judicial feito no enquadramento, através de um juízo de subsunção do fato-crime, perpetrado pelo agente, com a devida norma sancionadora. Não se deve, contudo, desprezar as demais, tendo cada qual sua parcela de contribuição no aferimento da verdade reconstruída no processo.



SUMÁRIO



EXPEDIENTE



APRESENTAÇÃO



ENTREVISTAS

01



CRIME E SOCIEDADE

01

02

03

04

05



DIREITOS HUMANOS

01

02



ESCOLAS PENAIIS

01

02



RESENHAS

01

02

Assim, se, no âmbito da filosofia, a verdade seria a correspondência do pensamento com a coisa ou fato cuja veracidade se perquirirá, no processo a veracidade da imputação acusatória será estabelecida quando, exaurida a cognição necessária em sua reconstrução, restar provado que os fatos se deram da forma como narrada pelos interlocutores e que se enquadram ao tipo legal, previamente aferível pelo conhecimento humano.

Contudo, há de ter cuidado com tal afirmação, pois, conforme analisaremos com maior acuidade no decorrer do presente trabalho, existem inúmeros entraves ao alcance da verdade real no processo penal.

## 2 A VERDADE NO PROCESSO

Como se sabe, o Direito é uma ciência complexa, estando em constante evolução e jamais estanque. Logo, dessume-se que a verdade, no âmbito do processo, seja uma verdade histórica, não pelo simples fato de que deverá, através da instrução probatória, ser reconstruída no seio processual a fim de se legitimar a decisão final, mas também porque somente será perquirida quando versar sobre fatos penalmente relevantes, descritos previamente em legislação que, a depender dos anseios sociais de cada época, jamais permanecerá incólume.

Ademais, por se tratar de uma verdade contingente, somente será considerada verdadeira até que novas provas sejam suficientes a elidi-la, evidenciando, destarte, estar o pronunciamento jurisdicional equivocado ou calcado em um erro até então não demonstrado nos autos.

Assim, há no âmbito doutrinário entendimento de que no processo prevalece “uma ‘verdade histórica’, sendo definida como aquela que se procura obter com o propósito de assegurar a realidade de certos acontecimentos, de certos fatos realizados no tempo e no espaço” (BARROS, 2013, p. 25).

Isso ocorre porque os fatos passados que atinam à conduta delituosa não são passíveis de experiência direta pelo magistrado; e, mesmo que fossem, estaria sua imparcialidade maculada, sendo, quando muito, verificados a partir de suas consequências, seus efeitos, quando penalmente relevantes, cingidos pela estrita observância do devido processo legal.

Não obstante, pode-se afirmar que “o processo penal é uma recepção natural de fatos históricos, tornando necessária a degustação dessas informações para que haja uma demonstração próxima da realidade” (SAMPAIO, 2013, 160). Portanto, segundo Denis Sampaio (2013, p. 165), “o processo, indubitavelmente, possui a função de regularizar uma situação processual, mas também de reconstruir um fato histórico, que deverá ser demonstrado através da prova sob o crivo inafastável do contraditório”.

Assim, entre os processualistas modernos há uma clara “[...] preocupação em saber se o fato reconstruído no processo é o mesmo ocorrido no mundo físico, ou seja, se a ideia do fato que se obtém no processo guarda consonância com o fato ocorrido no passado” (MARINONI; ARENHART, 2015, p. 30).

Diante disso, a doutrina clássica sempre se inclinou a crer que a verdade como princípio processual se dividiria em duas vertentes, quais sejam, a verdade formal, que estaria afeta aos escopos do processo civil e a verdade material, também denominada de substancial ou real, que seria ínsita do processo penal.



01



01 02



01 02



01 02

Em suma, tal dicotomia da verdade se pauta sobretudo na ideia de que no processo penal, por versar em grande maioria com direitos indisponíveis, não poderá o julgador ser condescendente com a elucidação dos fatos como encargo exclusivo das partes, sendo o juiz dotado de iniciativa probatória.

Aliás, conforme consignado pelo legislador ordinário na Exposição de Motivos do Código de Processo Penal, o magistrado deixa de ser um expectador inerte na produção de provas, sendo-lhe permitido não somente dar impulso à ação penal e, ao final, julgá-la, mas também ordenar, de ofício, as provas que lhe pareçam úteis e necessárias ao esclarecimento da “verdade material”.

Dessa forma, o princípio da verdade real insculpido no artigo 156, I do Código de Processo Penal e motriz de todo o sistema probatório tem gerado grande furor entre os doutrinadores no que tange à sua (in) constitucionalidade, em especial por afrontar o sistema acusatório adotado pela Constituição Federal (art. 129, I, CF/88).

Não obstante, vislumbra-se que, à luz do sistema acusatório adotado pela Constituição Republicana, é inconcebível a tentativa de compatibilizá-lo com arquétipos inquisitoriais proeminentes em outrora e ainda cultuados na atual codificação adjetiva.

Nesse prisma, todas as normas infraconstitucionais que denotem tal hipótese revelaram-se incompatíveis materialmente com a Magna Carta e, portanto, padeceram do vício de inconstitucionalidade ou não serão recepcionadas tal qual se sucedeu com o denominado processo judicialiforme, consistente na deflagração de ofício (sem provocação das partes) da ação penal pelo juiz (art. 26, CPP).

No entanto, ainda persiste o ranço inquisitorial constante do art. 156, I, do CPP, que possibilita ao magistrado determinar, de ofício, mesmo antes de iniciada a ação penal, a produção de provas que reputa relevante ao esclarecimento da “verdade material”.

É consabido, entretanto, que a atuação do magistrado antes mesmo de iniciada a ação penal se justifica para preservar e tutelar as garantias fundamentais do acusado; as quais, não obstante, poderão ser infringidas no transcorrer da persecução penal. Não deve, contudo, o discurso da verdade real legitimar a atuação do magistrado como se parte fosse, mormente quando imbuído da tentativa de se buscar provas que possam lastrear eventual decreto condenatório do indivíduo, como se este fosse mero instrumento do processo e, como tal, verdadeiro “inimigo” do processo penal.

Ora, em um Estado Democrático de Direito que consolidou um sistema penal garantista, o qual fora endossado sobremaneira com o advento da atual Constituição Federal, não se deve olvidar que a presunção de inocência estabelecida pelo legislador constituinte erige-se uma verdadeira regra de tratamento, além do viés probatório no tocante ao ônus da prova.

Noutro vértice, destaca-se ainda, nessa visão dicotômica da referida verdade, que, segundo o entendimento doutrinário tradicional, a verdade formal estaria afeta aos escopos da codificação civil como forma de abreviar litígios. Tal ilação resulta da própria estrutura do processo civil que, por lidar em grande maioria com direitos disponíveis, poderá o julgamento circunscrever-se aos fatos e provas trazidas pelas partes sem maiores delongas.

Não será, pois, de ingerência ou interesse estatal que se busque uma verdade mais acurada, uma vez que poderá o magistrado pautar seu julgamento nas denominadas presunções ou ficções, sem demandar esforços mais acentuados



SUMÁRIO



EXPEDIENTE



APRESENTAÇÃO



ENTREVISTAS

01



CRIME E SOCIEDADE

01

02

03

04

05



DIREITOS HUMANOS

01

02



ESCOLAS PENAIS

01

02



RESENHAS

01

02

na elucidação da verdade. Diferentemente, no processo penal, diante da indisponibilidade dos bens tutelados, é defeso às partes transacionarem senão no âmbito dos Juizados Especiais, observados os parâmetros e diretrizes traçadas pelas legislações pertinentes.

No entanto, essa vetusta divisão vem sendo sistematicamente rechaçada pela doutrina processual moderna, segundo a qual a verdade que se busca no processo seria uma verdade processual, sendo indiferente a maior ou menor atuação do julgador na instrução probatória para caracterizá-la. De fato, atualmente, tal diferenciação parece não ter mais razão prática, mas tão só doutrinária, pois a verdade não deve comportar adjetivações, posto ser una e inatingível.

Não obstante, tem sido cada vez mais frequente o estabelecimento de amplos poderes instrutórios ao juiz no âmbito do processo civil, mormente em se tratando de causas relacionadas ao interesse público, tais como a ação civil pública, alimentos, tutela, curatela etc. (BARROS, 2013).

Ademais, no processo penal poderá a busca pela verdade ser relegada ou ficar em segundo plano quando se tratar de infrações penais de menor potencial ofensivo, casos em que os mecanismos de transação e conciliação darão ensejo à denominada “verdade consensuada”; assim como nas ações penais privadas, em que o perdão do ofendido, quando aceito, acarretará na consequente extinção de punibilidade do acusado, a teor do que dispõe o art. 107, V, do Código Penal (BRASIL, 1940).

Em casos tais, não é crível que o Estado-Juiz siga em busca da verdade real quando ao ofendido não mais lhe convém buscá-la. Além disso, o critério basilar para aplicação de um ou outro princípio será, em regra, a (in) disponibilidade dos bens tutelados; porém, soa inadequado sustentar, indistintamente, que ao Direito Processual Civil bastará apenas a verdade formal dos fatos; e que, no processo penal, não poderá o magistrado a ela aquiescer, cabendo-lhe buscar a aproximação, tanto quanto possível, com a verdade material.

Obviamente, não se nega o predomínio da verdade material no processo penal, até porque há no campo penal inúmeros instrumentos probatórios (tais como interceptação telefônica, busca pessoal, prisão preventiva e temporária a fim de se assegurar a conveniência da instrução criminal, etc.) dos quais não dispõe o magistrado no campo do processo civil na busca pela verdade.

Todavia, ambos os princípios encontraram guarida numa ou noutra seara processual, nas quais poderá haver a tutela de diferentes interesses, ora de interesse privado justificando o emprego da verdade formal, ora em que predominará o interesse público, devendo o Estado-Juiz perquirir uma verdade mais acurada, condizente com a verdade material.

Em outros termos, embora discrepantes os critérios adotados na busca pela verdade, ambas as searas processuais podem não lograr êxito na obtenção da verdade almejada. Dessa forma, ainda que adote uma investigação com conotações mais rígidas pela busca da verdade, como no Direito Processual Penal, ou, até mesmo, com feições mais flexíveis admitindo, por exemplo, presunções de verdade, como no Direito Processual Civil, ambos os sistemas sujeitar-se-ão às limitações impostas pelo legislador quanto a maior ou menor conveniência legislativa de se apurar a verdade dos fatos discutidos em juízo.

Outra questão assaz intrincada e que tem gerado certa divergência doutrinária é saber se a verdade constituiria uma das finalidades do processo e, nesse sentido, se caberia ao julgador buscá-la para a correta aplicação da norma



SUMÁRIO



EXPEDIENTE



APRESENTAÇÃO



ENTREVISTAS

01



CRIME E SOCIEDADE



DIREITOS HUMANOS

01

02



ESCOLAS PENAIIS

01

02



RESENHAS

01

02

material e concretização de uma decisão justa, ou, ao revés, por ser ela inatingível em sua essência, deveria o processo ter como desiderato apenas solucionar os conflitos sociais, não sendo a verdade seu desígnio ou finalidade.

Parece-nos, contudo, que, para concretização de uma decisão justa, ela não poderá estar desassociada do ideal de verdade, pois somente a certeza de tê-la alcançado (embora, em essência, a verdade absoluta seja inalcançável) é que gerará o sentimento social de que houve a pacificação com justiça.

Nesse contexto, a verdade será de extrema importância para proferimento de uma decisão justa. Realmente, aqui, a verdade estará intrinsecamente ligada à justiça, pois, a verdade é apta a legitimar a resolução de conflitos, tendo em vista que a sociedade e as partes envolvidas, em um processo judicial, se satisfazem com decisões pautadas na mesma, justamente, como dito anteriormente, em razão da natural busca do homem pelo conhecimento da verdade e sua aquietação quando a encontra (JACOB, 2015, p. 107).

Sem embargos de tal controvérsia, antes de adentrarmos na questão da verdade alcançada no processo, cabe-nos dedicar de forma bem resumida alguns apontamentos na diferenciação de verdade, certeza e convicção.

De início, infere-se que verdade e certeza não se confundem, pois a verdade é algo objetivo, que nos levaria a refutar a hipótese de que os fatos possam eventualmente ter se consolidado de maneira diversa que, no entanto, não restou provada nos autos processuais.

Para a visão filosófica, a verdade seria adequação do pensamento com a coisa, ao passo que a certeza seria a crença nessa percepção, ou seja, a crença na realidade passada, que será retratada nos autos processuais.

Logo, a certeza é algo subjetivo, que pode não corresponder à verdade e, conforme destacado por Malatesta (1996), pode-se ter certeza do que objetivamente é falso, bem como duvidar do que objetivamente é verdade.

Já no que tange à convicção, segundo Malatesta (1996, p. 52): “entende dizer menos do que certeza [...], além de *certo*, exprime o máximo ponto da persuasão: é a persuasão por uma segura visão intelectual, e não pelo impulso cego do espírito”.

De certo modo, “o convencimento que torna perfeita a certeza, para que conserve sua natureza genuína e racional, não deve ser determinado por razões estranhas à verdade” (MALATESTA, 1996, p. 52).

Portanto, vislumbra-se que seu conceito possui íntima ligação com o ideal de persuasão e estreita relação com a matéria probatória, pois é através desta que o juiz se convence acerca da (in) existência do fato-crime narrado na peça acusatória.

### 3 A PROVA COMO MEIO DE OBTENÇÃO DA VERDADE

Consigne-se ainda que o único meio de se reconstruir a verdade sobre determinado fato ocorrido no passado será por meio do instituto da prova, sendo arbitrária a decisão penal condenatória que não esteja lastreada no manancial probatório.

Assim, tendo em vista que o julgador não presenciou a ocorrência dos fatos, cujo conhecimento se dará por meio de alegações e do quanto provado em juízo, é nesse sentido que a prova ganha importância ímpar para o processo



SUMÁRIO



EXPEDIENTE



APRESENTAÇÃO



ENTREVISTAS

01



CRIME E SOCIEDADE

01

02

03

04

05



DIREITOS HUMANOS

01

02



ESCOLAS PENAIIS

01

02



RESENHAS

01

02

penal. Todavia, a instrução probatória deve se dar de acordo com as normas e princípios da Constituição Federal e do Código de Processo Penal, não se podendo buscar a verdade a todo custo.

Como se sabe, a função precípua da prova seria a formação do convencimento do julgador acerca da veracidade dos fatos alegados. Diante disso, o artigo 156 do Código de Processo Penal apregoa que: “o ônus da prova incumbe a quem alega [...]”. Todavia, constata-se que o ônus probatório em matéria penal, apesar da controvérsia doutrinária, deverá ser estabelecido à luz do princípio constitucional da presunção de inocência, recaindo em maior parcela sob o encargo da acusação – Ministério Público ou querelante –, que deverá elidi-la.

Ao réu, por sua vez, em sintonia com o que é preconizado no artigo 386, VII, do Código de Processo Penal, bastará que suas alegações sejam suficientes e idôneas a gerarem, no espírito do julgador, dúvida razoável quanto à veracidade das alegações constantes na exordial acusatória.

Isso se dá porque, segundo Afrânio Silva Jardim (2007, p. 213): O réu não assume o ônus de provar fato positivo que negue a acusação, permanecendo o autor com o ônus de provar aquilo que originalmente afirmou.

Assim, por exemplo, ao “afirmar que, para ser absolvido, o acusado tem o ônus de gerar uma dúvida razoável sobre a existência da legítima defesa equivale dizer a que, para ele ser condenado, o Ministério Público teria o ônus de provar, além de qualquer dúvida, a inocorrência da legítima defesa” (BADARÓ, 2003, p. 235).

Nesse sentido, aliás, é possível vislumbrar a adoção de tal entendimento pelo Pretório Excelso, no julgamento do HC 107795/SP (Min. Rel. Celso de Melo, DJe 211 – 07.11.2011), cujo teor denota-se curial trazer à baila. Vejamo-lo, em parte, abaixo transcrito:

[...] Ao delinear um círculo de proteção em torno da pessoa do réu – que jamais se presume culpado, até que sobrevenha irrecorrível sentença condenatória –, o processo penal revela-se instrumento que inibe a opressão judicial e que, condicionado por parâmetros ético-jurídicos, impõe, ao órgão acusador, o ônus integral da prova, ao mesmo tempo em que faculta ao acusado, que jamais necessita demonstrar a sua inocência, o direito de defender-se e de questionar, criticamente, sob a égide do contraditório, todos os elementos probatórios produzidos pelo Ministério Público.

Com efeito, à luz do sistema acusatório, é bastante discutível a iniciativa probatória do juiz, o qual deve manter-se equidistante das partes envolvidas no processo, havendo, destarte, entendimento de que seu poder instrutório deve ser meramente supletivo, não se admitindo a figura do juiz investigador, ante a sua imparcialidade.

Todavia há que se diferenciar iniciativa para atividade probatória de iniciativa acusatória. O juiz tem e deve ter o interesse no descobrimento da verdade, não importando que ela interesse, exclusivamente, ao órgão acusatório, porque poderá beneficiar o réu em detrimento da acusação. Nesse sentido:

Pensamos ser perfeitamente possível construir uma linha divisória entre o que seja iniciativa probatória e iniciativa acusatória do juiz penal. A iniciativa acusatória estará sempre presente quando o juiz, qualquer que seja o argumento declinado, empreenda atividade probatória de iniciativa da acusação. E mais: que tal atividade revele-se substitutiva ou mesmo supletiva daquela que a própria lei impõe, como ônus processual, ao Ministério Público (art. 156, CPP). (OLIVEIRA, 2017, p. 355)



01



01 02



01 02



01 02

No entanto, a discricionariedade judicial pode ser suprimida ou evitada, porque está superado o conceito de juiz como boca que profere as palavras da lei. É necessário, todavia, romper o círculo vicioso no qual a discricionariedade se transforma em arbitrariedade, especialmente no contexto da apreciação das provas, que podem levar ao injusto cerceamento da liberdade.

A discricionariedade judicial deve ser dirigida não a estender, mas, sim, a reduzir a intervenção penal, enquanto não for motivada por argumentos cognoscitivos seguros. A dúvida sobre a verdade jurídica demanda a intervenção de instituições garantidoras, a exemplo da presunção de inocência, do ônus da prova a cargo da acusação, do *in dubio pro reo*.

### 3.1 ÓBICES À OBTENÇÃO DA VERDADE NO PROCESSO PENAL: PROVAS ILÍCITAS E ILEGÍTIMAS

Como cediço, havendo uma antinomia de valores ou princípios, caberá ao julgador, diante das circunstâncias fáticas e concretas, sopesar seus valores de sorte a prevalecer a aplicação daquele princípio cujo valor denotar-se com maior proeminência na solução do conflito, sem atentar gravemente contra a dignidade dos envolvidos na contenda judicial.

Nesse viés, depreende-se que a vedação da admissibilidade das provas ilícitas busca, sobretudo, evitar que o discurso da verdade real possa eventualmente macular seriamente a dignidade do réu no processo, o qual, até prova em contrário, presume-se inocente por força de mandamento constitucional. Assim, infere-se que, a depender da situação fática e concreta, a vedação a prova ilícita poderá resultar em verdadeiro óbice ao alcance da denominada verdade real.

O Código de Processo Penal peca ao definir no artigo 157 o que se entenderia por provas ilícitas, não distinguindo se haveria infringência de norma processual ou de cunho material. A doutrina, porém, consubstanciada na clássica lição de Pietro Nuvolone, conforme destacado por Denilson Feitoza (2008), é praticamente uníssona em distinguir prova ilícita, aquela obtida com inobservância e infringência das normas constitucionais e de cunho material, de provas ilegítimas, consideradas aquelas que atentariam contra as normas de cunho processual, podendo dar-se ainda de forma concomitante, infringindo normas materiais e processuais.

No entanto, tal distinção possui apenas relevância doutrinária, pois, na prática, tanto uma quanto outra serão inadmissíveis no processo, seja porque deverão ser desentranhadas dos autos, seja porque terão, conforme o caso, sua nulidade decretada.

Nesse aspecto, cabe destacar que o legislador também reputou como inadmissíveis no processo aquelas provas cuja obtenção derivou-se de prova obtida ilicitamente, a teor do artigo 157, § 1º do Código de Processo Penal.

Trata-se da adoção da teoria norte-americana do *fruits of the poisonous tree* (frutos da árvore envenenada), pela qual subteende-se que a prova obtida em tais circunstâncias também estaria contaminada por meio de repercussão causal, e por isso padeceria da mácula da ilicitude originária, devendo, por tal razão, ser igualmente rechaçada sua utilização no processo (MORAES, 2017).

Todavia, assim como para a maioria dos direitos constitucionais, tal vedação não possui caráter absoluto, sendo mitigado em variadas circunstâncias.



SUMÁRIO



EXPEDIENTE



APRESENTAÇÃO



ENTREVISTAS

01



CRIME E SOCIEDADE

01

02

03

04

05



DIREITOS HUMANOS

01

02



ESCOLAS PENAIIS

01

02



RESENHAS

01

02

A primeira delas, quando a prova secundária denotar ser proveniente de uma *fonte independente*, sem relação de nexos causal com a prova contaminada originariamente, tendo por si só o condão de lastrear um decreto condenatório.

A segunda exceção é a denominada *descoberta inevitável*, pela qual, seguindo os trâmites típicos e de praxe, próprios da investigação criminal, seria inevitavelmente descoberta por outro modo que não fosse oriundo da prova originária obtida ilicitamente.

Tem-se ainda a limitação da *mancha ou contaminação expurgada*, quando, em virtude de circunstâncias supervenientes à cadeia probatória, como no caso de evento futuro, consubstanciado na vontade do agente em colaborar com a persecução criminal, atenua-se o nexos causal entre prova primária e secundária, caso em que poderá, pois, ser utilizada no processo, porquanto o vício inicial fora afastado ou elidido (LIMA, 2017).

Além disso, cumpre consignar que há uma ampla discussão no seio doutrinário e jurisprudencial acerca da aplicação do princípio da proporcionalidade em matéria de provas ilícitas, de modo a possibilitar a sua utilização no processo, em especial quando produzida para absolvição de indivíduo sabidamente inocente.

Nesse sentido, aliás, é que no âmbito jurisprudencial tem-se aceitado utilizar as provas obtidas em tese ilicitamente quando seja o único meio de o indivíduo demonstrar sua inocência, pois nesse caso estariam em conflito o direito de liberdade e a vedação às provas ilícitas, ambos salvaguardados pelo legislador constituinte; mas, quando sopesados seus valores, deverá o direito à liberdade, inegavelmente, prevalecer.

Ora, conquanto fosse possível descortinar-se a verdade dos fatos através da utilização de determinada prova obtida ilicitamente, tal prova – se não produzida em favor do acusado, quando presentes algumas das causas justificativas de ilicitude, a exemplo da legítima defesa ou estado de necessidade, que justificariam a sua utilização para absolvição de indivíduo sabidamente inocente – deverá ter desprezada sua utilização no processo.

Em situações tais, a busca pela verdade material deve ser relegada em detrimento da preservação de direitos igualmente assegurados pelo legislador constituinte no rol dos direitos e garantias individuais e fundamentais do indivíduo. Assim, a exemplo daqueles direitos ligados à honra, vida privada e intimidade, revestidos geralmente pelo manto da cláusula de reserva de jurisdição, somente poderão ser relativizados, na persecução penal, mediante decisão judicial devidamente fundamentada.

Convém ressaltar, no entanto, em consonância com o entendimento majoritário da doutrina pátria, que é defeso a utilização da prova ilícita *pro societate* ou a favor da acusação. Há, entretanto, o entendimento de que a sua utilização em tais casos seria necessária sobretudo no combate ao crime organizado (AVENA, 2017).

Contudo, sem embargos de tal divergência, parece-nos mais coerente com os escopos de um sistema penal garantista, como foi delineada pela Magna Carta de 1988, que a sua utilização deverá ser refutada quando utilizada para condenar o réu.

É certo, pois, que o processo deverá guiar-se indubitavelmente por insuprimível regra moral e ética, que importa na lisura processual e na necessária observância do devido processo legal com todos os seus consectários, sendo inconcebível que a verdade estabelecida no processo possa estar em dissonância com os ditames e princípios velados pelo legislador constituinte.



01



01 02



01 02



01 02

Por tal razão, depreende-se que todo o sistema de garantias fundamentais, postas a salvaguarda, na Constituição Republicana, deverá ser respeitado e não há o que falar em restrição de tais garantias, ainda que para se chegar ao alcance da denominada verdade material.

#### 4 DESMISTIFICAÇÃO DA VERDADE REAL

Já ultimando a pesquisa, convém trazer a lume os motivos pelos quais entendemos não ser possível o alcance da tão aclamada verdade real, elencando-os de modo a demonstrar qual a verdade obtida e utilizada no processo. Para tanto, é pertinente colacionar os dizeres de Muriel Amaral Jacob (2015, p. 89-90), que, diante da total impossibilidade de se reconstituir fidedignamente determinado fato passado, esclarece os motivos de tal dificuldade. Vejamos:

A um, porque o magistrado não conhece referido fato, não estava presente naquele momento, mas simplesmente os enunciados sobre o fato, afirmado pelas partes, sobre os quais se tentará provar. A dois, porque será utilizado um raciocínio dedutivo ou indutivo baseado em enunciados supostamente verdadeiros, ficando assim no campo da probabilidade. A três porque a averiguação dessa “verdade” deverá dar-se dentro do processo penal, mediante princípios e normas estabelecidas na Constituição Federal e no Código de Processo Penal, que muitas vezes produzem situações em que se apresentam entraves legais para que se alcance a verdade real, como é o caso das provas obtidas por meios ilícitos, dentre outros.

Infere-se, portanto, que a verdade alcançada no processo penal será, pois, uma verdade formal (aquela dos autos), limitada por variados fatores que a impedem de ser reconstituída de forma absolutamente fidedigna. Como se sabe, o processo penal tem como escopo primordial reconstruir, através da instrução probatória, em maior proximidade possível, a realidade do fato-crime narrado na peça acusatória, cujo resultado irá lastrear a decisão que colocará fim à contenda judicial.

No entanto, é inteiramente inadequado falar que tal reconstrução refletirá, invariavelmente, a verdade real dos fatos ocorridos no passado. Isso porque o magistrado não presenciou os fatos diretamente senão pelos efeitos ou resultados deles provenientes, que serão trazidos aos autos por meio das narrativas feitas pelas partes; as quais, em seu discurso, poderão usurpar ou suprimir ponto relevante que não os favoreça.

Com efeito, a reconstrução de determinado fato histórico será sempre minimalista e, em geral, imperfeita. Isso porque, conforme consignado alhures, o julgador não experimenta diretamente a ocorrência do(s) fato(s), cuja reconstrução, a depender da “[...] metodologia empregada para apuração da verdade dos fatos narrados, além da quantidade e qualidade de informação acerca do fato probando é possível aproximar ou distanciar da verdade” (CECARELLI, 2011, p. 22).

Afora isso, ficará o magistrado adstrito à análise do cotejo probatório, sendo arbitrária a decisão judicial que nele não se funda. E, nesse compasso, não devemos olvidar que a reconstrução judicial dos fatos passados, conquanto de mínima complexidade, equivale em todo caso à sua interpretação pelo magistrado, através de um raciocínio indutivo-dedutivo, de sorte que poderá o juiz valorizar algumas provas e descurar-se de outras, ficando assim no campo daquilo que provavelmente aconteceu ou que ao menos restou provado.



Logo, somente será considerado verdadeiro aquilo que está nos autos e que, muito embora possa eventualmente não refletir a verdade real dos fatos, será considerado válido quando construído com observância do contraditório e demais princípios concernentes ao devido processo legal.

Assim, segundo Paulo Rangel (2015, p. 7) “descobrir a verdade processual é colher elementos probatórios necessários e lícitos para se comprovar, com *certeza* (**dentro dos autos**), quem realmente enfrentou o comando normativo e a maneira pelo qual o fez”.

Igualmente, o juiz não pode “afastar-se das provas carregadas para os autos, mesmo que não condigam com a verdade processual primária (que, por não estar nos autos, ele não conhece), pois a solução do caso penal deve ser alcançada através da verdade judiciária com os limites impostos pela ordem jurídica” (RANGEL, 2015, p. 8).

Desse modo, a conclusão que se extrai da análise do contexto probatório é um juízo de certeza sobre um fato que pode ou não pode ter acontecido conforme narrado, provado e decidido, ficando no campo da probabilidade, ou seja, haverá uma dedução daquilo que provavelmente ocorreu.

Isso porque nem mesmo as provas possuem aptidão de demonstrar de forma absoluta o que realmente ocorreu, mas são meros indicativos que poderão, em virtude de diversas situações, tais como falha pericial, falibilidade na prova testemunhal, decurso de tempo etc., não refletir a verdade dos fatos. Realmente, na medida em que tal reconstrução dependerá de cognição humana, não podemos desprezar que o magistrado, eventualmente, possa estar persuadido ou equivocado em sua conclusão.

Assim, quando se afirma que o fato narrado corresponde à verdadeira realidade, diante dos limitados meios de cognição dos quais dispõe o magistrado, basta-lhe acarretar um elevado grau de certeza de que os fatos realmente ocorreram de tal jaez, em consonância com o que lhe fora narrado e, nos autos, restaram provado.

Convencendo-se disso, o magistrado, ainda que possa estar equivocado, alcança a certeza necessária para proferir a decisão. Quando forma sua convicção, ela pode ser verdadeira (correspondente à realidade) ou errônea (não correspondente à realidade), mas jamais *falsa*, que é um “juízo não verdadeiro”. Sustentar que o juiz atingiu uma convicção falsa seria o mesmo que dizer que o julgador atingiu uma “certeza incerta”, o que é um contrassenso. Para haver condenação, exige-se que o magistrado tenha chegado ao estado de certeza, não valendo a mera probabilidade [...] (NUCCI, 2016, p. 301).

Ademais, a verdade obtida no processo deve ser ética, processualmente válida, o que resulta na denominada verdade suficiente, pois o resultado alcançado na reconstrução dessa verdade sobre os fatos, no processo, dificilmente resultará em uma verdade absolutamente fidedigna, destoando-se de todo ideal que permeia a noção de verdade real.

Com efeito, o descobrimento da verdade no processo penal deve guiar-se por uma insuprimível regra moral, que a submete à observância de rigorosos princípios éticos, mormente se tal busca acarretar na subversão de garantias constitucionais e processuais do acusado.

Como é cediço, a Carta Magna erigiu em seu bojo a imperativa regra constitucional da presunção de inocência, de modo que, além do viés probatório que dela dimana, tal preceito deverá ser aferido como nítida regra de tratamento, não podendo, pois, o acusado ser tratado como mero instrumento do processo, assim como já fora concebido em tempos pretéritos na sistemática processual de outrora.



SUMÁRIO



EXPEDIENTE



APRESENTAÇÃO



ENTREVISTAS

01



CRIME E SOCIEDADE

01

02

03

04

05



DIREITOS HUMANOS

01

02



ESCOLAS PENAIS

01

02



RESENHAS

01

02

Assim, acreditamos que nos dias hodiernos já não mais se deve concebê-la como dogma fundamental do processo, o qual deverá ser aferido como instrumento, não apenas de aplicação do direito material, mas também de se preservar as garantias processuais do acusado e de assegurar a estrita observância do devido processo legal com todos os seus consectários, conquanto em prejuízo da referida verdade substancial.

Diante disso é que, além dos variados meios de impugnação da decisão judicial, a coisa julgada, quando oriunda de sentença penal condenatória, poderá ser relativizada, observados os parâmetros legais, através da revisão criminal; porquanto não poderá o judiciário coadunar-se com a injustiça de se atribuir ao acusado a pecha da condenação quando não condizente com a verdade.

Logo, considerando os inúmeros entraves que impossibilitam o seu alcance em termos fidedignos, a verdade utilizada no processo não deve ser considerada em termos absolutos; será, pois, contingente e aceita a partir do que restou provado nos autos. Dessa feita, a verdade exarada na sentença judicial, em caso de sentença condenatória, somente será como tal até que novas provas a contradigam, denotando não estar o resultado obtido em maior proximidade com a verdadeira realidade fática.

De outro lado, será soberana a decisão absolutória, mesmo que diante da inadequada absolvição de indivíduo verdadeiramente culpado, não podendo, pois, ser ulteriormente desconstituída em prol da sociedade ou da acusação. Trata-se de significativo abalo ao alcance da verdade real, pois não poderá o Estado, pelo mesmo fato, buscar condená-lo (BARROS, 2013).

Ademais, conforme consignado alhures, a verdade no processo deve ser uma verdade ética e processualmente válida. Portanto, a verdade alcançada e utilizada no processo penal, em resultados práticos, devido a todos os óbices que limitam seu alcance no seio processual, será senão uma verdade formal, aceitável porque atingida com a estrita observância do devido processo legal com todos os seus consectários.

Nesse sentido, aliás, esclarece Lopes Júnior (2016, p. 210) que a verdade assim é contingencial, e que a legitimação da decisão se “[...] dá por meio da estrita observância do contraditório e das regras do devido processo. São essas regras que, estruturando o ritual judiciário, devem proteger do decisionismo e também do outro extremo, em que se situa o processo inquisitório e sua verdade real”. Assim, não poderá a descoberta da verdade no processo prescindir da necessária observância ao contraditório entre as partes.

Nessa perspectiva, cumpre consignar os dizeres de Luigi Ferrajoli (2010, p. 48), segundo o qual:

[...] a verdade perseguida pelo modelo formalista como fundamento de uma condenação é, por sua vez, uma *verdade formal* ou *processual*, alcançada pelo respeito a regras precisas e relativas somente a fatos e circunstâncias perfilados como penalmente relevantes. Esta verdade não pretende ser a verdade; não é obtida mediante indagações inquisitivas alheias ao objeto pessoal; está condicionada em si mesma pelo respeito aos procedimentos e às garantias da defesa. E, em suma, uma verdade mais controlada quanto ao método de aquisição, porém mais reduzida quanto ao conteúdo informativo do que qualquer hipotética “verdade substancial”, no quádruplo sentido de que se circunscreve às teses acusatórias formuladas de acordo com as leis, de que deve estar corroborada por provas recolhidas por meio de técnicas normativamente preestabelecidas, de que é sempre uma verdade apenas provável e opinativa, e de que na dúvida, ou na falta de acusação ou de provas ritualmente formadas, prevalece a presunção de não culpabilidade, ou seja, da *falsidade*



01



01 02



01 02



01 02

*formal* ou *processual* das hipóteses acusatórias. Este, ademais, é o valor e, também, o preço do “formalismo”, que no direito e no processo penal preside normativamente a indagação judicial, protegendo, quando não seja inútil nem vazio, a liberdade dos cidadãos, justamente contra a introdução de verdades substanciais, tão arbitrárias quanto intoleráveis.

Portanto, o discurso sobre a busca da verdade real, conquanto ultrapassado, mostra-se ainda presente na sistemática processual e jurisdicional. Todavia, é inconcebível que tal busca legitime práticas inquisitoriais, ferindo demasiadamente o sistema acusatório, adotado pela atual Constituição Republicana, sobre o discurso de se chegar ao alcance de uma verdade, em essência, inalcançável.

Não deve, pois, o discurso sobre a verdade material autorizar que a atividade judicial se desenvolva visando “[...] a produção probatória com finalidade de condenação e de se chegar à utópica verdade real, já que a reconstituição histórica dos fatos dentro do processo não se apresenta como a verdade defendida pelos filósofos [...]” (JACOB, 2015, p. 114).

Com efeito, não se pode coadunar com a manutenção de paradigmas inquisitoriais, pelos quais possa o discurso da verdade real justificar que o julgador se utilize de todo arcabouço probatório possível a fim de se chegar à efetiva condenação do acusado, usurpando função acusatória previamente delineada pelo texto constitucional.

Diga-se ainda que o silogismo processual em que se estabelece a verdade dos fatos, expressada na sentença estatal, dificilmente se enquadrará no ideal de perfeita correspondência entre a resultante probatória com a verdadeira realidade do fato-crime, motivo pelo qual soa desarrazoado sustentar a possibilidade de se alcançar a verdade real no processo penal.

### CONSIDERAÇÕES FINAIS

Á guisa de arremate, depreende-se que a verdade real denota-se de difícil alcance, constituindo-se a crença de sê-la alcançável, a nosso ver, uma ligeira ingenuidade. Muito embora, não se nega que a busca pela verdade deva ser amplamente perquirida pelas partes e o magistrado na correta apuração dos fatos; o resultado alcançado, porém, dificilmente será condizente com a verdade real tal qual objetivada: em termos absolutos e fidedignos.

Nesse compasso, por oportuno, urge esclarecer que não se defende uma postura totalmente cética no processo; por ser um reducionismo grosseiro afirmar, indiscriminadamente, que toda sentença judicial jamais estará calcada na verdade. Porém, acreditar e fomentar o discurso da “verdade real” como um ideal alcançável no processo, através da instrução probatória, parece-nos um grande devaneio.

Primeiro, porque tal reconstrução buscará demonstrar, através da instrução probatória, a realidade de evento pretérito, o qual o juiz não presenciou, mas que lhe caberá julgar. Segundo, porque o magistrado, ao perquirir a verdade no processo, utiliza-se de raciocínio dedutivo ou indutivo, cujo resultado, baseado em enunciados supostamente verdadeiros, ficará no campo da probabilidade daquilo que possivelmente ocorreu. E, por fim, tal reconstrução deve se dar em consonância com as normas e princípios previstos na Constituição Federal e no Código de Processo Penal, os quais, a depender da situação, configuram-se como verdadeiro óbice ao alcance da verdade real, a exemplo das provas ilícitas e ilegítimas.



SUMÁRIO



EXPEDIENTE



APRESENTAÇÃO



ENTREVISTAS

01



CRIME E SOCIEDADE

01

02

03

04

05



DIREITOS HUMANOS

01

02



ESCOLAS PENAIS

01

02



RESENHAS

01

02

Logo, não se obtém a verdade pelo processo, mas a certeza jurídica de que os fatos reconstituídos correspondam, de fato, à verdade. Conforme assegurado anteriormente, verdade e certeza não se confundem, e sendo a certeza algo subjetivo, que se pauta na crença da realidade, mas que poderá eventualmente ser falsa, seria ela mais condizente com o resultado obtido no seio processual, realçando a ideia da convicção do magistrado como fator preponderante para determinação da verdade processualmente alcançável.

Ademais, a verdade no processo será estabelecida de acordo com o que estiver nos autos, cabendo ao juiz dizê-la através de um juízo de valor, arrimado nas provas que foram insertas ao processo e, mais propriamente, na força de um discurso que será exarado na sentença judicial, a qual será contingente e dificilmente refletirá a verdade absoluta.

Assim, um processo que tem na verdade material seu dogma fundante, mas que na realidade denota-se impossível obtê-la, não deve, pois, trazê-la expressamente, devendo ser rechaçado pela flagrante incompatibilidade com os anseios estabelecidos por um sistema processual garantista, o qual fora endossado sobremaneira com o advento da atual Constituição Republicana, que tem na dignidade humana seu princípio motriz.

E conforme demonstrado no decurso deste trabalho, o discurso da verdade real ainda realça em certos dispositivos, constantes na lei adjetiva, o autoritarismo estatal contra o indivíduo estigmatizado na relação processual.

Isso porque a inexistência da tão aclamada “verdade real” denota-se evidente, permanecendo os efeitos inquisitoriais quando se autoriza ao magistrado utilizar-se de todo o seu poder instrutório para efetiva condenação do acusado, quando na realidade a legitimação de sua decisão deve-se dar pautada na verdade processualmente alcançável, não a todo custo, mas assegurada sobre o prisma da dignidade da pessoa humana.

Assim, demonstra-se temerosa a possibilidade de o indivíduo ser privado de sua liberdade, ainda que inocente, mas que em face de um discurso suficiente à dissuasão de quem incumbe julgar o processo possa condená-lo, conquanto injustamente; não condiz com o objetivo supremo de um Estado Democrático de Direito disseminar a iniquidade em vez de propagar justiça e restabelecer a paz social.

Portanto, à guisa de arremate, depreende-se que é possível aferir certa similitude entre os anseios processuais adotados pelo legislador pátrio na busca da verdade – especificamente pelo princípio da verdade real inserto na norma constante do art. 156, I, do CPP – com o ideal de correspondência já proposto por Aristóteles, na medida em que a sentença judicial será considerada verdadeira quando consubstanciada em um amplo e robusto contexto probatório.

No entanto, soa inadequado falar em verdade real no processo penal, porquanto inalcançável por variados motivos, dentre os quais a total impossibilidade de reconstrução fidedigna do fato passado, além de inúmeros óbices impostos pela legislação, que a impossibilitam de ser alcançada a todo custo, conforme demonstrado no transcorrer deste trabalho.

## REFERÊNCIAS

ARISTÓTELES. *Metafísica*. Tradução de Vincenzo Cocco. Coimbra: Atlântida, 1984.

AVENA, Noberto Cláudio Pâncaro. *Processo penal*. 9. ed. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: MÉTODO, 2017.



SUMÁRIO



EXPEDIENTE



APRESENTAÇÃO



ENTREVISTAS

01



CRIME E SOCIEDADE

01

02

03

04

05



DIREITOS HUMANOS

01

02



ESCOLAS PENAIIS

01

02



RESENHAS

01

02

BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivanhy Badaró. *Ônus da prova no processo penal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

BARROS, Marco Antonio de. *A busca da verdade no processo penal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

BRASIL, Constituição (1988). *Constituição Federal*. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constitucao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constitucao.htm). Acesso em: 10 jul. 2017.

\_\_\_\_\_. Presidência da República. Casa Civil. Subchefia para Assuntos Jurídicos. *Código de Processo Penal*. Decreto-Lei nº 3.689, de 03 de outubro de 1941. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/del3689compilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689compilado.htm). Acesso em: 11 jul. 2017.

\_\_\_\_\_. Presidência da República. Casa Civil. Subchefia para Assuntos Jurídicos. *Código Penal*. Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/Del2848compilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del2848compilado.htm). Acesso em: 14 jul. 2017.

CECARELLI, Camila Franchitto. *Prova ilícita por derivação no direito processual penal brasileiro*. 2011. 174 f. Dissertação (Mestrado em Direito). Universidade de São Paulo, São Paulo, 2011.

CHAUÍ, Marilena. *Convite à filosofia*. 2. ed. São Paulo: Ática, 1995.

FEITOZA, Denilson. *Direito processual penal: teoria, crítica e práxis: suplemento eletrônico da 5ª edição*. Niterói: Impetus, 2008. (188 p). Disponível em: <http://www.professormoreno.com.br/.../REFORMA-CPP-Denilson-Feitoza-SUPLEMENTO-5>. ed. 1[1]>. Acesso em: 28 jul. 2017.

FERRAJOLI, Luigi. *Direito e razão: teoria do garantismo penal*. Prefácio da 1. ed. italiana, Norberto Bobbio. 3. ed. rev. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

HAACK, Susan. *Filosofia das lógicas*. São Paulo: UNESP, 2002.

JACOB, Muriel Amaral. *O princípio da verdade real: limites à sua evocação como fundamento do direito processual penal moderno*. 2014. 125 f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Centro Universitário Eurípides de Marília, Fundação de Ensino “Eurípides Soares da Rocha”, Marília, 2015.

JARDIM, Afrânio Silva. *Direito processual penal*. 11. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2007.

LIMA, Renato Brasileiro de. *Código de processo penal comentado*. 2. ed. Salvador: Juspodivim, 2017.

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

MALATESTA, Nicola Framarino Dei. *A lógica das provas em matéria criminal*. Tradução de Paolo Capitanio. v. 1. São Paulo: Bookseller, 1996.

MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. *Prova e convicção*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

MORAES, Alexandre de. *Direito constitucional*. 33. ed. São Paulo: Atlas, 2017.



SUMÁRIO



EXPEDIENTE



APRESENTAÇÃO



ENTREVISTAS

01



CRIME E SOCIEDADE

01

02

03

04

05



DIREITOS HUMANOS

01

02



ESCOLAS PENAIS

01

02



RESENHAS

01

02

NUCCI, Guilherme de Souza. *Código de processo penal comentado*. 15. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2016.

OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. *Curso de processo penal*. 21. ed. São Paulo: Atlas, 2017.

RANGEL, Paulo. *Direito processual penal*. 23 ed. São Paulo: Atlas, 2015.

REALE, Miguel. *Filosofia do direito*. 19. ed. São Paulo: Saraiva, 1999.

SAMPAIO, Denis. *A verdade no processo penal: a permanência do sistema inquisitorial através do discurso sobre a verdade real*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

TARUFFO, Michele. *A prova*. Tradução João Gabriel Couto. São Paulo: Marcial Pons, 2014.

ZILLES, Urbano. *Teoria do conhecimento e teoria da ciência*. São Paulo: Paulus, 2005.



SUMÁRIO



EXPEDIENTE



APRESENTAÇÃO



ENTREVISTAS

01



CRIME E SOCIEDADE

01

02

03

04

05



DIREITOS HUMANOS

01

02



ESCOLAS PENAIS

01

02



RESENHAS

01

02

## “Crimes de ódio – racismo, feminicídio e homofobia” Regina Cirino Alves Ferreira de Souza

Christiano Fragoso

Advogado Criminal. Professor Adjunto de Direito Penal da Universidade do Estado do Rio de Janeiro.

[christiano@fragoso.com.br](mailto:christiano@fragoso.com.br)

Durante o 24.º Seminário Internacional do Instituto Brasileiro de Ciências Criminais, foi lançado o livro *Crimes de Ódio – racismo, feminicídio e homofobia*, de autoria de REGINA CIRINO ALVES FERREIRA DE SOUZA, mestre em Direito Penal pela Universidade de São Paulo.

É este precisamente o trabalho com que REGINA obteve o grau de mestre em Direito Penal, no qual analisa, de forma percuciente, a emergência e a atualidade dos crimes de ódio preconceituoso.

O livro, que é prefaciado por FLAVIA PIOVESAN, professora de Direito Constitucional da PUC-SP, e apresentado por RENATO DE MELLO JORGE SILVEIRA, professor titular de Direito Penal da USP, é de triste atualidade, na medida em que vemos grassar, no Brasil e no mundo, agressões intolerantes a outros seres humanos, muitas vezes tão somente em virtude de serem diferentes. Como diz AXEL HONNETH, muito citado pela autora, a *reificação* do outro é um fenômeno contemporâneo, e que atinge níveis ainda mais alarmantes quanto se trata de pessoas que vivam suas vidas de modo diferente do que nós mesmos vivemos. Essa reificação é um dos importantes elementos a dar ensejo à perpetração de crimes de ódio.

O livro se inicia com uma análise do que seja o ódio, que consiste em uma “paixão lenta, profunda e de difícil ou impossível dissipação”, e a considerações desses estados emocionais no Direito Penal, numa perspectiva histórica e na atualidade.

O livro se dedica a interessante abordagem dos crimes de ódio no regime nacional-socialista, para, em seguida, buscar a origem dos crimes de ódio (*hate crimes*), discutindo ainda os modelos de *hate crime*.

Em seguida, o livro trata dos *hate crimes* no contexto nacional, fazendo um panorama histórico, que remonta à escravidão, passando pelo racismo étnico, e chegando a delitos motivados por diferenças sexuais, por questões de gênero e por outras circunstâncias discriminatórias.

Em atitude rara nos estudos nacionais, o trabalho ainda incursiona pelas propostas legislativas de criação de novos delitos, debatendo-as com vigor e tirocínio. A autora se dedica, muito firmemente, a criticar e enaltecer as propostas legislativas, mostrando estar ciente (e consciente) dessa tarefa política do penalista, que é contribuir para o melhoramento de nossa legislação penal.

Trata-se de um livro importante neste quadrante da história nacional e internacional, e que, enfim, nos faz refletir sobre a necessidade de maior empatia, solidariedade, tolerância e respeito ao próximo, como pré-condições para uma sociedade livre e verdadeiramente democrática.



SUMÁRIO



EXPEDIENTE



APRESENTAÇÃO



ENTREVISTAS

01



CRIME E SOCIEDADE

01

02

03

04

05



DIREITOS HUMANOS

01

02



ESCOLAS PENAIS

01

02



RESENHAS

01

02

## Criminologia e subjetividade no Brasil, de Cristina Rauter

**Obra resenhada:** RAUTER, Cristina. Criminologia e subjetividade no Brasil. Rio de Janeiro: Revan, 2003.

**Raíssa Vieira de Gouveia**

Graduada em Direito pela Universidade Federal de Uberlândia.

[raissadegouveia@gmail.com](mailto:raissadegouveia@gmail.com)

Para a melhor crítica e compreensão da obra a ser estudada é mister um conhecimento mínimo sobre a autora. Cristina Rauter é pesquisadora do campo da violência e dos processos de criminalização contemporâneos e da questão de corporeidade com enfoque transdisciplinar. Atualmente leciona, na Universidade Federal Fluminense, a disciplina de Psicologia Social e Institucional do Departamento de Psicologia; e coordena o Núcleo Transdisciplinar Subjetividades, Violências e Criminalidade (TRANSCRIM).<sup>1</sup>

A obra *Criminologia e subjetividade no Brasil* é composta por três textos, os quais foram escritos entre 1979 e 1985. O primeiro deles é intitulado “O nascimento da criminologia no Brasil”, e relata o marco inicial e o desenvolvimento dessa ciência, abordando temas como a inter-relação entre juristas e o desenvolvimento progressivo da criminologia; a influência da criminologia no Direito Penal; a perspectiva de anormalidade do criminoso (seja a física ou social); o surgimento da psicanálise criminal (que não foi recepcionada pelos juristas brasileiros) e da psiquiatria; e a adoção desses estudos pelo Código Penal de 1940.

O segundo texto é “Diagnóstico psicológico do criminoso: tecnologia do preconceito”, no qual a autora, em abordagem crítica, desmascara e expõe como se dão, verdadeiramente, as avaliações, os exames e procedimentos de diagnósticos naqueles indivíduos que estão no cárcere. Primeiramente ela mostra o determinismo que se busca na história pretérita do condenado, passado que condena o delinquente; na sequência, relata que uma família instável é instantaneamente aceita como fator desestruturante na vida do indivíduo encarcerado; aborda ainda a estigmatização, principalmente cultural, daqueles que ingressam no sistema carcerário, taxados como integrantes de uma subcultura ou até mesmo de não possuírem cultura; expõe a atuação daqueles que ela denomina como “funcionários do cárcere”; e, por fim, expõe como se dá o tratamento penitenciário.

O último texto da obra é “Os carreiristas da indisciplina – um estudo sobre a psiquiatria e seus ‘antissociais’”, no qual Cristina Rauter mostra a relação entre a psiquiatria e a justiça penal; expõe o tratamento oferecido ao psicopata, o qual é tido como principal ligação entre a psiquiatria e a justiça, e ainda como um “carreirista da indisciplina”.

Diante dessa breve apresentação, apenas com o intuito de localizar o leitor, passa-se a uma análise de algumas das principais colocações da autora. Estas serão abordadas, quando cabível, em constante diálogo com outras obras, a fim de enriquecer as perspectivas nela expostas.

<sup>1</sup> Disponível em: < <http://buscatextual.cnpq.br/buscatextual/visualizacv.do?id=K4783096T2>>. Acesso em: 08 ago. 2015.



SUMÁRIO



EXPEDIENTE



APRESENTAÇÃO



ENTREVISTAS

01



CRIME E SOCIEDADE

01

02

03

04

05



DIREITOS HUMANOS

01

02



ESCOLAS PENAIS

01

02



RESENHAS

01

02

Cristina Rauter, desde o alvorecer de sua obra, no primeiro texto [*O nascimento da criminologia no Brasil*], deixa claro o seu objetivo: “[...] analisar a constituição histórica da criminologia no Brasil, bem como a história das transformações dos dispositivos de poder que este saber foi capaz de instrumentar”.<sup>2</sup>

Essas mudanças analisadas por Cristina se referem a uma redefinição nas maneiras de julgar e punir, implicando diretamente uma modificação no discurso jurídico e em dispositivos legais.

A criminologia é abordada, nesse cenário, como um saber que se adequa ao poder para implementar práticas efetivas de controle para a “gestão de massas humanas”. O saber, na linguagem da autora, torna-se uma “arma”. E, ainda, destina-se à instrumentalização e validação dos procedimentos utilizados pelo Estado na busca de controle social.

Especificamente no Brasil, essa arma vem sendo adotada objetivando um processo de normalização, criando assim uma tecnologia penal normalizadora, voltada para ambições como reeducação, cura e ressocialização.

Nessa perspectiva, Foucault apresenta em sua obra *Estratégia, poder-saber* instigante passagem em que a sociedade ocidental formula verdades, as quais estão sempre vinculadas ao poder ou aos mecanismos deste; sendo que essa própria produção de verdades possui o poder de unir os indivíduos de uma sociedade. No decorrer da obra, essa é uma preocupação constante do autor: a relação entre o poder e o saber.<sup>3</sup> E Rauter relata, nesse mesmo sentido, a nuance entre a criminologia, como saber um saber, a um instrumento do poder.

É pertinente a colocação da autora, tendo em vista que o que é ensinado, divulgado, na maioria dos casos, é aquilo permitido por quem detém um mínimo de poder. Isso pode ser observado em qualquer relação. Como exemplo, em uma universidade, os professores ditam o que irão ministrar, pois eles possuem o poder de escolha; e o saber que deles emana é reflexo das perspectivas conjunturais da universidade, a qual estabelece novamente uma relação de poder.

Rauter, então, inicialmente, problematizou a criminologia como um saber que serviu, e vem servindo, como instrumento de contenção e disciplina das massas sociais. Por meio daquilo que é técnico e de conhecimento de todos, o Estado cria uma máscara de legitimidade para o exercício de poder, transformando consequentemente os institutos e dispositivos jurídicos.

Isso pode ser notado, nos dias de hoje, nos estudos sobre ressocialização do delinquente, os quais se configuram como verdadeira utopia, mas que servem para acalantar o ânimo daqueles que veem na prisão uma afronta, por exemplo, à dignidade da pessoa. Nesse sentido, vale transcrever a crítica feita por Luís Carlos Valois:

Muitos Tribunais usam o termo “ressocializar” como termo encarcerador. O tema ressocialização é muito perigoso porque é legitimador da prisão. Quando eu digo que a prisão vai servir para alguma coisa, eu estou legitimando essa atividade punitiva. Nenhuma prisão no mundo ressocializa ninguém. A pessoa pode se ressocializar sem prisão, com prisão e apesar da prisão. O discurso ressocializador está sendo usado para encarcerar. Na minha pesquisa, em cada 100 acórdãos que usavam o termo ressocialização, 60 usavam para encarcerar, aumentar ou agravar pena, mesmo todos sabendo que a prisão não ressocializa. Como eu posso dizer para um cidadão que eu vou colocá-lo na prisão para ressocializá-lo? Soa

<sup>2</sup> RAUTER, Cristina. *Criminologia e subjetividade no Brasil*. Rio de Janeiro: Revan, 2003. p. 15.

<sup>3</sup> FOUCAULT, Michel. *Estratégia, poder-saber*. 3. ed.. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2007. p.229.



SUMÁRIO



EXPEDIENTE



APRESENTAÇÃO



ENTREVISTAS

01



CRIME E SOCIEDADE

01

02

03

04

05



DIREITOS HUMANOS

01

02



ESCOLAS PENAIAS

01

02



RESENHAS

01

02

até ridículo. Não podemos punir dessa forma, com um argumento desfeito pela realidade. Se chegássemos ao ponto de dizer: “Olha, a prisão não é para ressocializar, é para te prender pelo que você fez, para te punir”, seria um grande avanço; contanto que levássemos em consideração o princípio constitucional, fundamento do Estado Democrático de Direito, a dignidade humana. O mínimo que se deveria fazer era respeitar a dignidade da pessoa humana. Isso já estaria ótimo. A gente não respeita nem a dignidade, quanto mais possibilitar a ressocialização de alguém.<sup>4</sup>

Cristina Rauter relata que é notável a redução no uso de formas que são explicitamente violentas em substituição a uma suavização das penas por meio de novas tecnologias de poder capazes de conseguir, por outro meio, a “docialidade” dos indivíduos. As leis brasileiras, assim, tentam se humanizar, progressivamente, com a adoção de legislações liberais que são importadas, principalmente, do modelo liberal europeu.

Nota-se, dessa forma, a existência de uma legislação liberal de face autoritária, “pano de fundo” para o modo de punir e disciplinar. Para obter a disciplinarização, o Judiciário brasileiro serviu-se da criminologia para redefinir paulatinamente as noções de delito e de punição, de modo que a justiça ao menos aparentasse humanizada, com finalidade terapêutica.

Entretanto, como exposto, a conjunção entre criminologia e Judiciário ainda não conseguiu ocultar a violência inerente à estrutura brasileira, a qual vive uma constante combinação de norma e repressão. Nessa perspectiva, cabe ser lembrado o estudo de Pierre Bourdieu *O poder simbólico*, que observa que o formalismo estruturante do Direito confere a ele determinada autonomia; e também que o seu instrumentalismo faz dele uma ferramenta a serviço das classes dominantes.<sup>5</sup> É importante apontar essa perspectiva, haja vista que o instrumento oculto funciona como um poder simbólico, do qual o Judiciário se utiliza para reprimir e promover a almejada coesão social.

A criminologia opera assim, segundo Rauter, ao menos em nível discursivo, transformações sobre o Direito Penal. Traçando uma linha histórica, a autora elucida que, primeiramente, o discurso criminológico apresenta o criminoso anormal, o qual não foi tematizado pelo Direito liberal, já que neste todos os cidadãos seriam responsáveis.<sup>6</sup>

Em segundo lugar, a criminologia tece diversas críticas aos fundamentos do Direito Penal liberal, principalmente após o advento da obra de Beccaria *-Dos delitos e das penas*. E, por fim, haveria o advento da cientificidade do Direito Penal por meio da criminologia.

Importante legado deixado por Beccaria foi a ideia da proporcionalidade na aplicação das penas, concomitantemente com a infalibilidade e rapidez na aplicação dessas. As penas, para ele, deveriam ser proporcionais aos delitos; ele apresentava-se como crítico das penas de morte, torturantes ou degradantes, consoante elucidado por Mario Sbriccoli.<sup>7</sup>

<sup>4</sup> Os problemas do sistema carcerário. Disponível em: <<http://jornalggn.com.br/blog/luisnassif/os-problemas-do-sistema-carcerario-brasileiro>>. Acesso em: 23 mai. 2015.

<sup>5</sup> BOURDIEU, Pierre. *O poder simbólico*. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 1989. p. 209.

<sup>6</sup> RAUTER, Cristina. *Criminologia e subjetividade no Brasil*. Rio de Janeiro: Revan, 2003, p. 20. Nessa perspectiva, não havia nessa época distinção entre crianças, anormais, loucos, pessoas com discernimento reduzido, entre outros. Punia-se tendo em vista apenas o delito e não o delinquente.

<sup>7</sup> SBRICCOLI, Mario. *Beccaria ou o advento da ordem*. O filósofo, os juristas e a emersão do problema penal. Storia del diritto penale e della giustizia. Scritti editi e inediti. Tradução da língua francesa por Ricardo Sontag. v. I. Milano: Giuffrè, 2010..



01



01 02



01 02



01 02

As mudanças operadas no direito liberal se deram principalmente, segundo Cristina Rauter, nos seguintes aspectos: na transferência da centralização do Direito sobre os delitos e as penas para a análise daquele que cometeu o delito, o qual deve ser analisado a partir de sua personalidade; na crítica ao livre arbítrio, demonstrando que não é a razão que monitora os atos, mas os instintos, afetos e atos reflexos; na pena, que antes deveria ser apenas legítima e, nesse período, passa a ser analisada sob a ótica de sua eficácia, amparando-se não mais na noção estrita de proporcionalidade, mas na modalidade de pena mais eficaz para a defesa de seus “inimigos anormais”.

Cristina Rauter descreve que a primeira etapa da influência criminológica no Brasil se deu com a inauguração da obra de Lombroso – *O homem delinquente* (1871) –, considerada a fundadora da criminologia. Constitui-se nessa fase um saber sobre o criminoso e a constituição deste como anormal. Assim, o criminoso é considerado um ser atávico, ou seja, reflexo de seus antepassados. Portanto, a punição baseava-se na anormalidade do criminoso.

Lombroso, um médico e não propriamente jurista, deslocou o eixo de observação do delito, considerado em si mesmo, para a figura do delinquente. É como se fosse uma revolução copernicana em âmbito criminal. Rejeitou a ideia clássica do aspecto legal, estritamente, do crime, deu ênfase ao determinismo e defendeu o tratamento do delinquente, por ser ele primitivo e doente.<sup>8</sup>

A análise criminológica passa então a recair sobre a figura do delinquente,<sup>9</sup> influenciada também por Ferri, que cria a ideia do criminoso como um anormal moral. Com esse autor, há a sobreposição da análise do corpo com a análise comportamental. Desenvolve-se, então, a noção de periculosidade e procedimentos classificatórios dos criminosos. Estes são denominados como degenerados morais. Por conseguinte, o crime torna-se um mal moral hereditário e não mais apenas atávico.

Tendo em vista a observância da degeneração moral, expõe Rauter que se inicia a análise dos criminosos sob o ponto de vista cultural. Assim, um estudo tanto quanto preconceituoso classifica os indivíduos pelo parâmetro racial. Com essa ideia há uma exasperação no controle de punição, a qual se volta à eliminação e exclusão do criminoso.

Surge posteriormente o discurso da cura do criminoso em perspectiva médica, que retoma a defesa da pena com finalidade científica e humanitária, que produziu novos discursos de recuperação, readaptação e cura dos condenados. É nesse cenário que surge, a partir da segunda metade do século XIX, a psiquiatria, a qual passa a disputar com o Direito Penal o papel de “gestora dos criminosos”. Com ela a exclusão de um cidadão passa a se dar a título de tratamento, haja vista os indivíduos serem considerados doentes e não mais criminosos infratores de um código de leis. Por conseguinte, sob um novo rótulo, qual seja de um tratamento, as pessoas continuam sendo excluídas, agora sob uma perspectiva de custódia “hospitalar”.

A psiquiatria, uma ciência que analisa a *psiqué*, buscou estudar e tratar os delinquentes a fim de a princípio reintegrá-los à sociedade. Esse discurso até se mantém, em dias de hoje, mas o fracasso dessa gestão da delinquência resulta principalmente em penas de caráter perpétuo, já que enquanto não se notar qualquer melhora o indivíduo ficará sob custódia.

<sup>8</sup> ALVAREZ, Marcos César. A criminologia no Brasil ou como tratar desigualmente os desiguais. *Dados*, Rio de Janeiro, v. 45, n. 4, p. 3, 2002.

<sup>9</sup> Nesse sentido também nos ensina Marcos, o qual relata o entusiasmo dos brasileiros na adoção dessas formas de saber importadas da Europa. ALVAREZ, Marcos César. *A criminologia no Brasil ou como tratar desigualmente os desiguais*, op. cit., p. 2.



01



01 02



01 02



01 02

Nesse cenário, relata Cristina Rauter, ocorre a “medicalização” da lei, aproximando o crime de doença mental, transferindo maior poder ao psiquiatra. Isso não tarda em receber diversas críticas, uma delas é que haveria exculpação do criminoso ao transformá-lo em doente. Desse modo, temia-se a transformação da sociedade em um grande hospício. A criminologia, nesse contexto, tenta imbuir o Judiciário de uma tecnologia própria para a guarda desses “doentes”, com apoio da psiquiatria, mas não se confundindo com ela.

O liame mais notável entre a psiquiatria e a criminologia se dá na figura do psicopata. A patologia nesse caso, segundo Rauter, será uma opção de incriminação desse indivíduo, o qual é taxado como inimigo da lei por natureza. A partir daí inaugura-se o manicômio judiciário.

A seguir, a autora descreve o surgimento da criminologia psicanalítica, que defende uma anormalidade curável e a necessidade da lei expondo uma redefinição da pena, haja vista o desejo do delinquente em obter a pena. É nesse ponto que muitos defendem a transformação das prisões de punitivas a recuperadoras e educativas. Consequentemente, as punições devem ser substituídas pelo controle, já que o crime é produto de uma errônea canalização de impulsos sexuais. À vista disso, a tarefa do Estado deveria ser, precipuamente, educativa.

Além de analisar o criminoso, Rauter aponta que a criminologia se ocupa do estudo das causas sociais do crime, a qual é feita pelos criminólogos críticos ou mesmo socialistas. É recorrente a inter-relação entre a pobreza e o crime, a qual se dá devido ao mal-estar físico que aquela causa ou ainda graças à distribuição díspar entre os bens. Então, o meio social é visto como incentivador de crimes.

Nesse sentido, não se pode deixar de citar Loïc Wacquant, o qual, em sua obra *Punir os pobres*, discorre que “a substituição progressiva de um (semi) Estado-providência por um Estado penal e policial, no seio do qual a criminalização da marginalidade e a ‘contenção punitiva’ das categorias deserdadas faz as vezes de política social”.<sup>10</sup> Isso é ainda mais acentuado nos dias correntes, em que o Estado, notadamente estigmatizador, ao invés de fazer uma gestão social propiciando as condições necessárias ao desenvolvimento dos cidadãos de seu território, continua a fazer a gestão de pessoas por meio do cárcere e da punitividade. Essa deficiência mostra o quão ineficaz ainda é a atuação estatal.

A proposta da criminologia, no contexto narrado pela autora, era gerir e tutelar a miséria – esta que é resultante da indisciplina e ociosidade, e que deveria ser combatida com o trabalho. Ainda nessa perspectiva, analisaram-se as multidões criminosas compostas pelas massas populares, as quais representavam uma ameaça ao Estado, contra as quais cabia apenas a força punitiva estatal. Esse estudo é aproveitado pelo Judiciário, que se pauta por um saber que propicia uma estratégia de controle sobre as formas de organização popular.

Narra Cristina que o Código Penal de 1940 é o diploma que concretamente introduz no Brasil as inovações conduzidas pela criminologia, enfatizando novamente a indissociabilidade desta das estratégias de poder. A criminologia cria uma nova concepção de crime: um fenômeno com características naturais, produto de uma anormalidade social ou individual.

Os institutos mais característicos dessa inter-relação, enuncia a autora, foram a inserção, no Código supramencionado, da medida de segurança e do critério de periculosidade. Dessa forma, observa-se a transformação de uma mentalidade

<sup>10</sup> WACQUANT, Loïc. *Punir os pobres: a nova gestão da miséria nos Estados Unidos*. Rio de Janeiro: Revan, 2003. p. 19-20.



SUMÁRIO



EXPEDIENTE



APRESENTAÇÃO



ENTREVISTAS

01



CRIME E SOCIEDADE

01

02

03

04

05



DIREITOS HUMANOS

01

02



ESCOLAS PENAIS

01

02



RESENHAS

01

02

punitiva para outra tratativa, qual seja –de readaptação ou reforma do delinquente. Assim conclui-se, mais uma vez, que o discurso criminológico é usufruído como uma tecnologia disciplinar, a qual dota o Judiciário de racionalidade, transformando uma função iminentemente repressiva em uma função técnica.

No segundo texto [*Diagnóstico psicológico do criminoso: tecnologia do preconceito*], Rauter analisa pressupostos de avaliação, exames e procedimentos diagnósticos de indivíduos encarcerados, considerados “criminosos” (p. 83). A autora tomou como base, para isso, o famoso exame de verificação de cessação de periculosidade, o qual é utilizado até hoje, diga-se de passagem, para os delinquentes submetidos a regime fechado.

Ela ressaltou, nesses diagnósticos, a importância dada à história pretérita do delinquente, a qual é uma condenação prévia; à família como instituição que degradou-se e interferiu prontamente na formação do criminoso; à discriminação cultural daqueles que ingressam no cárcere taxados como integrantes de uma “subcultura” ou até mesmo de nenhuma cultura; à atuação dos denominados pela autora como “funcionários do cárcere” e, conseqüentemente, ao tratamento penitenciário dado aos que ali ingressam.

Ela ressalta que, com o advento do Código de 1940, o estudo da personalidade é enfatizado a fim de prever não só as técnicas de tratamento penal adequadas como também futuros comportamentos delitivos na aferição da culpabilidade do agente. Isso é corolário do princípio da individualização das penas. O laudo psicológico pode ser verdadeiramente fonte de estudos ou apenas um acaso da arbitrariedade. E é inegável a preponderância dessa segunda perspectiva: não há um caráter científico nesses laudos.

É bastante criticável o critério da análise da personalidade do delinquente, haja vista a escassez de embasamento utilizado pelo magistrado. Nem mesmo os psicólogos conseguem estabelecer precisamente um mapa de como é dada a personalidade de um indivíduo, quiçá um juiz com centenas de processos e que olha apenas elementos fornecidos pela acusação e defesa, excluída a subjetividade do indivíduo. O magistrado pauta-se, portanto, por critérios arbitrários e insuficientes para o verdadeiro conhecimento daquele que delinuiu. Esse conhecimento pleno dificilmente será alcançado por qualquer ciência.

Importante ressaltar que essa análise influi diretamente no destino do preso, o qual, dependendo do resultado, restará encarcerado por um tempo ainda mais prolongado. O Judiciário lança mão, portanto, de procedimentos considerados aparentemente, “técnicos e humanos” como mais uma estratégia de dominação.

Relata a autora que os diversos diagnósticos utilizados pela execução penal são antes instrumento estigmatizador e efetivador de procedimentos carcerários, e não de modificação das instituições carcerárias. Nessa seara, observa-se que o saber técnico instrumenta, cada vez mais, técnicas de controle sobre a população.

Os exames executados na área Jurídica são marcados pela coleta da história do sujeito, assim como os exames psicológicos e psiquiátricos em geral. Isso se dá notadamente nos procedimentos judiciais e policiais, nos quais se almeja reconstituir a história do réu ou do suspeito.

São exames marcados por um determinismo cego, mecânico e simplista, que permite considerar conseqüências nem sempre verdadeiras (carências familiares na infância + miséria = crime). Trata-se, segundo a autora, de uma quase sujeição do indivíduo aos fatos de sua vida pregressa, que o rotulam de criminoso.



SUMÁRIO



EXPEDIENTE



APRESENTAÇÃO



ENTREVISTAS

01



CRIME E SOCIEDADE

01

02

03

04

05



DIREITOS HUMANOS

01

02



ESCOLAS PENAIS

01

02



RESENHAS

01

02

O fenômeno do crime é revelado também pela análise familiar do sujeito, que, a depender de sua estrutura familiar, receberá ou não determinado tratamento. Essa questão é ainda mais maximizada em se tratando de delinquentes de baixa renda, estigmatizados exatamente pela pobreza e por valores familiares que porventura difiram daqueles dominantes na sociedade, o que se refletirá diretamente no laudo a ser realizado.

O que se pode facilmente verificar é que também os exames de cessação de periculosidade compartilham da ideologia posta em ação desde a fase policial (no reconhecimento do crime e do criminoso) até a fase judicial: pune-se e julga-se muito mais um indivíduo em função de sua classe social do que em função de seu crime. Segundo tal concepção, quem é o criminoso? Alguém pobre, negro, favelado, analfabeto, rude e não tanto alguém que matou ou furtou, simplesmente. (p.98)

Nesse sentido, vale ressaltar novamente o estudo realizado por Wacquant, que demonstra a marginalização e estigmatização de indivíduos pobres e negros, que são maioria no cárcere.<sup>11</sup> Esta a adoção de um Direito Penal que pune o autor, ou seja, que considera a culpabilidade ou periculosidade do indivíduo pelo que ele é e não pelo que praticou.

A autora denuncia que, para existir um laudo, são necessários indivíduos para realizá-lo; e que os laudos são realizados em uma situação de desequilíbrio de poder, entre quem executa e o “paciente”. Por vezes, psicólogos que normalmente deveriam ser imparciais em sua profissão disseminam o diagnóstico por todas as fases do processo, documento este que, em muitos casos, é segregatório e não avalia fielmente o paciente. Este, por sua vez, que busca na dissimulação sua proteção, não confia nas estruturas de dominação reinantes.

As perspectivas de ressocialização e cura do condenado mostram-se novamente inócuas no cenário predominante dentro dos cárceres. Prossegue a autora afirmando que a possibilidade de trabalho – que em tese deveria ser um direito – se torna um privilégio para aqueles considerados menos perigosos, os quais, submetidos à tutela estatal, se tornam apenas uma parcela de mão de obra mais barata para a movimentação do sistema. Daí que o cárcere tende a formar indivíduos reincidentes, preparando-os para voltar ao crime.

A prisão passa a ser um estigma na vida do delinquente, o qual, quando egresso do cárcere, não consegue boas oportunidades de emprego e muito menos a sua “ressocialização”. Em uma visão marxista, a autora entende a função da prisão como reprodução de estigmas sociais que geram confusão entre crime e pobreza, colocando as parcelas miseráveis da população sob vigilância.

Por conseguinte, sob a utopia fracassada de ressocializar, tratar, o cárcere apenas promove mais repressão, o que denota mais uma das máscaras estatais para ocultar a sua violência. Diante dessa realidade, a autora observa:

Seria de se esperar que todos os profissionais envolvidos com a promoção da chamada saúde mental encontrassem meios de solidarizar-se com estas manifestações, ou, ao menos, de não atuarem contra elas, superando sua condição de ‘funcionários do cárcere’ e, como tais, envolvidos na reprodução e atualização de seus mecanismos mortificadores. (p.107)

<sup>11</sup> WACQUANT, op. cit. p. 23.



01



01 02 03 04 05



01 02



01 02



01 02

A autora mostra, assim, que até mesmo os funcionários do cárcere desnaturalizam o verdadeiro sentido deste – que seria, utopicamente, a ressocialização –, tratando desigualmente os indivíduos e atualizando constantemente o mecanismo que os oprime e estigmatiza.

No último texto [*Os carreiristas da indisciplina- um estudo sobre a psiquiatria e seus “antissociais”*], Rauter afirma que a relação entre justiça penal e psiquiatria tem se aperfeiçoado desde o início do século XIX. O que se dá, em essência, é a substituição de uma forma de controle – penal – por outra, psiquiátrica, a qual pretende até mesmo prever o delito e agir preventivamente.

Uma das principais doenças em que se transita nesse liame é a personalidade psicopata, indivíduos geralmente taxados como antissociais e, em sua maioria, definidos como incuráveis.

Sobre esse “doente”, a autora conclui:

Inadequado à prisão ou ao hospital psiquiátrico, o psicopata pode ser o ponto claro deixado pela maquinaria disciplinar, o eterno indisciplinado que, no interior de sua engrenagem, coloca-a perigosamente em questão, demandando a formulação de novas estratégias que no momento não se fazem presentes. (p.125)

Portanto, passando de uma perspectiva histórica à análise do criminoso, e daí para a inserção da psiquiatria em meio criminal, a autora brilhantemente expõe as principais críticas a nosso sistema. A criminologia, ao analisar quem é o delinquente, mostra que o sistema é estigmatizante e arbitrário. É mister que diante dessa realidade busquem-se novas formas de tentar melhorá-la, para que haja uma efetiva ressocialização do delinquente, combatendo-se instrumentos de controle arbitrários, estigmatizantes e segregatórios.

