IBCCRIM

REVISTA BRASILEIRA DE
CIÊNCIAS CRIMINAIS

BRAZILIAN CRIMINAL SCIENCES REVIEW

Ano 25 • vol. 128 • fevereiro / 2017

Dossiê "Criminologia e Processo Penal"

Editor-associado – Gabriel Antinolfi Divan

REVISTA BRASILEIRA DE
CIÊNCIAS CRIMINAIS

Ano 25 • vol. 128 • fevereiro / 2017

Presidência
Cristiano Avila Maronna

Coordenação
Fernanda Regina Vilares

EQUIPE EDITORIAL DA REVISTA – IBCCRIM

EDITORA-CHEFE – Fernanda Regina Vilares

EDITORES-ASSISTENTES – Ana Carolina Carlos de Oliveira, Bruno Salles Pereira Ribeiro, Chiavelli Facenda Falavigno, Daniel Leonhardt, Pedro Castro e Vinicius Gomes de Vasconcellos.

EDITOR-ASSOCIADO – Gabriel Antinolfi Divan

EDITORES-EXECUTIVOS – Adriano Galvão, Eduardo Carvalho, Taynara Lira e Willians Meneses

CONSELHO EDITORIAL

Ada Pellegrini Grinover (USP – São Paulo/SP); Adolfo Ceretti (Università degli Studi di Milano-Bicocca – Itália); Afranio da Silva Jardim (UERJ – Rio de Janeiro/RJ); Alberto Silva Franco (IBCCRIM – São Paulo/SP); Alejandro Aponte (Pontificia Universidad Javeriana – Colômbia); Anabela Miranda Rodrigues (Universidade de Coimbra – Portugal); Ana Isabel Pérez Cepeda (Universidade de Salamanca – Espanha); Ana Messuti (Instituto Vasco de Criminologia – Espanha); Antonio Garcia-Pablos de Molina (Universidade Complutense de Madrid – Espanha); Antonio Magalhães Gomes Filho (USP – São Paulo/SP); Antonio Scarance Fernandes (USP – São Paulo/SP); Antonio Vercher Noguera (Universidade de Salamanca – Espanha); Bernardo del Rosal Blasco (Universidade de Alicante – Espanha); Carlos Gonzales Zorrilla (Universitat Autònoma de Barcelona – Espanha); Carlos María Romeo-Casabona (Universidad del País Vasco – Espanha); Cláudia Maria Cruz Santos (Universidade de Coimbra – Portugal); Cornelius Prittwitz (Universidade Johann Wolfgang Goethe de Frankfurt – Alemanha); David Baigún (Universidad de Buenos Aires – Argentina); Edmundo Hendler (Universidad de Buenos Aires – Argentina); Emilio Garcia Mendez (Universidad de Buenos Aires – Argentina); Ernesto Calvanese (Università degli Studi di Milano – Itália); Esther Gímenez-Salinas I Colomer (Universidad Ramon Llull - ESADE – Espanha); Eugenio Raúl Zaffaroni (Universidad de Buenos Aires – Argentina); Fernando Acosta (University of Ottawa – Canadá); Fernando Santa Cecília Garcia (Universidade Complutense de Madrid – Espanha); Francisco Muñoz Conde (Universidad Pablo de Olavide – Espanha); Geraldo Prado (UFRJ – Rio de Janeiro/RJ); Ignacio Berdugo Gómez de La Torre (Universidad de Salamanca – Espanha); Iñaki Rivera Beiras (Universidad de Barcelona – Espanha); Iván Navas Mondaca (Universidad San Sebastián – Chile); Jésus-María Silva Sánchez (Universidad Pompeu Fabra – Espanha) ; João Pedroso (Universidade de Coimbra – Portugal); Jorge de Figueiredo Dias (Universidade de Coimbra – Portugal); José Cerezo Mir (Universidad de Zaragoza – Espanha); José Francisco de Faria Costa (Universidade de Coimbra – Portugal); Juan Felix Marteau (Universidad de Buenos Aires – Argentina); Juan Pablo Montiel (Universidad de San Andrés – Argentina); Juarez Cirino dos Santos (UFPR – Curitiba/PR); Juarez Tavares (UERJ – Rio de Janeiro/RJ); Kai Ambos (Georg-August-Universität Göttingen – Alemanha); Luis Alberto Arroyo Zapatero (Universidad de Castilla-La Mancha – Espanha); Luis Fernando Niño (Universidad de Buenos Aires – Argentina); Luiz Regis Prado (UEM – Maringá/PR); Maria Paz Arenas Rodrigañez (Universidade Complutense de Madrid – Espanha); Manuel da Costa Andrade (Universidade de Coimbra – Portugal); Maria João Antunes (Universidade de Coimbra – Portugal); Mauricio Martínez Sánchez (Universidad Libre – Colômbia); Máximo Sozzo (Universidad Nacional del Litoral – Argentina); Miguel Reale Júnior (USP – São Paulo/SP); Nicolás Rodríguez García (Universidad de Salamanca – Espanha); Nila Batista (UERJ – Rio de Janeiro/RS); Pedro Caeiro (Universidade de Coimbra – Portugal); Olga Spinoza (Universidade do Chile – Chile); Pilar Gomes Pavón (Universidade Complutense de Madrid – Espanha); Raúl Cervini (Universidade da República do Uruguai – Uruguai); Rene Ariel Dotti (UFPR – Curitiba/PR); Roberto Bergalli (Universidad de Barcelona – Espanha); Sergio Moccia (Università di Napoli Federico II – Itália); Stella Maris Martinez (Universidad de Buenos Aires – Argentina); Urs Kindhäuser (Universidad de Bonn – Alemanha); Vicente Greco Filho (USP – São Paulo/SP)

CORPO DE PARECERISTAS (DESTE VOLUME – CHAMADA GERAL)

Antonio Carlos Tovo Loureiro (Ulbra – Porto Alegre/RS); Aury Lopes Jr. (PUCRS – Porto Alegre/RS); Bruno Tadeu Buonicore (Goethe Universität Frankfurt am Main - ALEM); Carlos Eduardo Millen Grosso (IFSC – Curitiba/SC); Davi Tangerino (UERJ – Rio de Janeiro/RJ); Deise Helena Krantz Lora (UCRC – Chapecó/RS); Diogo Malan (UERJ e UFRJ – Rio de Janeiro/RJ); Fábio Gomes de França (PMPB – João Pessoa/PB); Fabrício Dreyer de Ávila Pozzebon (PUCRS – Porto Alegre/RS); Francisco Monteiro Rocha Jr. (Universidade Positivo - Curitiba/PR); Frederico Gomes de Almeida Horta (UFMG – Belo Horizonte/MG); Frederico Valdez Pereira (Università degli Studi di Pavia - ITA); Gustavo Noronha de Ávila (UEM – Maringá/PR); Heidi Rosa Florêncio Neves (UNISA – São Paulo/SP); Israel Domingos Jorio (FDV – Vitória/ES); José Danilo Tavares Lobato (UFRRJ – ICHS – Seropédica/RJ); Luís Greco (Universidade Ludwig Maximilians - ALEM); Luiz Gustavo Gonçalves Ribeiro (MPMG – Belo Horizonte/MG); Oliveiros Guanais de Aguiar Filho (Universitat Pompeu Fabra - ESP); Rafhaella Cardoso (USP – São Paulo/SP); Riccardo Cappi (UEFS – Feira de Santana/BA); Roberto Augusto de Carvalho Campos (USP – São Paulo/SP); Rodrigo Duque Estrada Roig Soares (DPGERJ – Rio de Janeiro/RJ); Selma Pereira de Santana (UFBA – Salvador/BA); Tiago Joffily (MPRJ – Rio de Janeiro/RJ)

CORPO DE PARECERISTAS (DESTE DOSSIÊ)

André Machado Maya (TJRS – Porto Alegre/RS); Caíque Ribeiro Galícia (PUCRS – Porto Alegre/RS); Camila Prando (PPGD e UNB – Brasília/DF); Carolina Costa Ferreira (UNICEUB-Brasília/DF); Clécio Lemos (FVS – Vitória/ES); Daniel Leonhardt Santos (PUCRS – Porto Alegre/RS); David Leal da Silva (PUCRS – Porto Alegre/RS); Emília Giuliani (PUCRS – Porto Alegre/RS); Felipe Cittolin Abal (UPF- Passo Fundo/RS); José Antônio Gerzson Linck (CNEC – Gravataí/RS); Luis Antônio Bogo Chies (UCPEL – Pelotas/RS) ; Maiquel Ângelo Dezordi Wermuth (URNERS – Ijuí/RS); Marcelo de Moura (UCPEL- Porto Alegre/RS); Marcelo Mayora Alves (UFJF- Juiz de Fora/MG); Marco Aurélio Nunes da Silveira (UPF – Passo Fundo/RS); Marilia Denardin Budó (PPGD IMED – Porto Alegre/RS); Moyses Pinto Neto (ULBRA- Porto Alegre/RS); Renata A. da Costa (PPGD UNILASALLE – Canoas/RS)

AUTORES (DESTE VOLUME)

Adel El Tasse (UBA – ARG); Antonio Pedro Melchior (UFRJ – Rio de Janeiro/RJ); Augusto Jobim do Amaral (PUCRS – Porto Alegre/ RS); Carla Ventura (USP – Ribeirão Preto/SP); Gabriel Divan (UPF – Passo Fundo/RS); Gabriel Ignacio Anitua (UBA – ARG); Gisela Aguiar Wanderley (UNB – Brasília/DF); Gustavo D'Andrea (USP – Ribeirão Preto/SP); Gustavo de Souza Preussler (UFGD – Dourados/MS); Lucas Lopes Oliveira (UFPB – João Pessoa/PB; Maria Sâmara de Jesus Azevedo (FFCLR/ USP – São Paulo/SP); Patrick Cacicedo (USP – São Paulo/SP); Ricardo Donizete Guinalz (USP – São Paulo/SP); Ricardo Gonçalves Vaz de Oliveira (USP – Ribeirão Preto/SP); Ricardo Jacobsen Gloeckner (PUCRS – Porto Alegre/RS); Sara Luz (UNICAP – Recife/PE); Sérgio Kodato (USP – Ribeirão Preto/SP); Thadeu Augimeri de Goes Lima (USP – São Paulo/SP); Thiago Miranda Minagé (UFRJ/FND – Rio de janeiro/RJ); Vinícius de Assis Romão (PUCMG – Belo Horizonte/MG)

As opiniões expressas nos artigos são de responsabilidade dos autores.

IBCCRIM

Revista Brasileira de Ciências Criminais
revista@ibccrim.org.br – www.ibccrim.org.br

ISSN 1415-5400

Revista Brasileira de
CIÊNCIAS CRIMINAIS

Ano 25 • vol. 128 • fevereiro / 2017

Coordenação (editora-chefe)
Fernanda Regina Vilares

Publicação oficial do
Instituto Brasileiro de Ciências Criminais

IBCCRIM

THOMSON REUTERS
REVISTA DOS TRIBUNAIS™

ISSN.1415-5400

REVISTA BRASILEIRA DE CIÊNCIAS CRIMINAIS

Ano 25 • vol. 128 • fevereiro / 2017

Presidência
CRISTIANO AVILA MARONNA

Coordenação (editora-chefe)
FERNANDA REGINA VILARES

Os colaboradores desta Revista gozam da mais ampla liberdade de opinião e de crítica, cabendo-lhes a responsabilidade das ideias e conceitos emitidos em seus trabalhos.

THOMSON REUTERS ProView
INCLUI VERSÃO ELETRÔNICA DA REVISTA

© edição e distribuição da
EDITORA REVISTA DOS TRIBUNAIS LTDA.

Diretora Editorial
MARISA HARMS

Rua do Bosque, 820 - Barra Funda
Tel. 11 3613-8400 - Fax 11 3613-8450
CEP 01136-000 - São Paulo
São Paulo - Brasil

TODOS OS DIREITOS RESERVADOS. Proibida a reprodução total ou parcial, por qualquer meio ou processo - Lei 9.610/1998.

CENTRAL DE RELACIONAMENTO RT
(atendimento, em dias úteis, das 8h às 17h)
Tel. 0800-702-2433

e-mail de atendimento ao consumidor
sac@rt.com.br

e-mail para submissão de originais
revista@ibccrim.org.br

Visite nosso *site*
www.rt.com.br

Impresso no Brasil: [02-2017]
Profissional
Fechamento desta edição: [11.01.2017]

COPIA NÃO AUTORIZADA É CRIME
ABDR
ASSOCIAÇÃO BRASILEIRA DE DIREITOS REPROGRÁFICOS
RESPEITE O DIREITO AUTORAL
EDITORA AFILIADA

IBCCRIM

Instituto Brasileiro de Ciências Criminais

Diretoria da Gestão 2017/2018

Diretoria Executiva

Presidente
Cristiano Avila Maronna
1.º Vice-Presidente
Alexis Couto de Brito
2.º Vice-Presidente
Eleonora Rangel Nacif
1.º Secretário
Renato Stanziola Vieira
2.º Secretário
Carlos Roberto Isa
1.º Tesoureiro
Edson Luis Baldan
2.º Tesoureiro
Bruno Shimizu
Diretor Nacional das Coordenadorias Regionais e Estaduais
André Adriano Nascimento e Silva
Assessora da Presidência
Jacqueline Sinhoretto

Conselho Consultivo

André Pires de Andrade Kehdi
Carlos Alberto Pires Mendes
Helios Alejandro Nogués Moyano
Mariângela Gama de Magalhães Gomes
Sérgio Salomão Shecaira

Ouvidor

Rogério Fernando Taffarello

Coordenadores-Chefes dos Departamentos

Amicus Curiae
Maurício Stegmann Dieter
Biblioteca
Renato Watanabe de Morais
Boletim
Fernando Gardinali
Comunicação e Marketing
Humberto Barrionuevo Fabretti
Convênios
João Paulo Martinelli
Cooperação Jurídica Internacional
Silvia Steiner
Cursos
Yuri Felix
Estudos e Projetos Legislativos
Luis Guilherme Mendes de Paiva
Estudo sobre Ciências Criminais e Direitos Humanos
César Mortari Barreira
Estudos sobre Habeas Corpus
Alberto Zacharias Toron
Infância e Juventude
Mariana Chies S. Santos
Iniciação Científica
Natália Macedo Sanzovo
Journal de Ciências Criminais
Marina Pinhão Coelho Araújo
Justiça e Segurança Pública
Daniela Skromov
Mesas de Estudos e Debates
Maurides de Melo Ribeiro
Monografias
Frederico Normanha de Almeida

Núcleo de Pesquisas
Maíra Zapater
Política Nacional de Drogas
Luis Carlos Valois
Revista Brasileira de Ciências Criminais
Fernanda Regina Vilares
Revista Liberdades
Ivan Luis Marques da Silva
Sistema Prisional
Paulo Cesar Malvezzi

Presidentes das Comissões Organizadoras

23.º Seminário Internacional
Alexis Couto de Brito

21.º Concurso de Monografias de Ciências Criminais – IBCCRIM
Frederico Normanha de Almeida

Comissão Especial IBCCRIM – Coimbra

Presidente
Rafael Serra de Oliveira

Revista Brasileira de
CIÊNCIAS CRIMINAIS

Ano 25 • vol. 128 • fevereiro / 2017

Diretora Responsável
Marisa Harms

Diretora de Operações de Conteúdo
Juliana Mayumi Ono

Editoras: Aline Darcy Flôr de Souza, Andréia Regina Schneider Nunes, Cristiane Gonzalez Basile de Faria, Diego Garcia Mendonça, Iviê A. M. Loureiro Gomes, Luciana Felix e Marcella Pâmela da Costa Silva

Assistentes Administrativo Editorial: Juliana Camilo Menezes e Francisca Lucélia Carvalho de Sena

Produção Editorial
Coordenação
Daniel Cesar Leal Dias de Carvalho

Analistas de Operações Editoriais: André Furtado de Oliveira, Damares Regina Felício, Danielle Rondon Castro de Morais, Felipe Augusto da Costa Souza, Felipe Jordão Magalhães, Gabriele Lais Sant'Anna dos Santos, Maria Eduarda Silva Rocha, Mayara Macioni Pinto, Patrícia Melhado Navarra, Rafaella Araujo Akiyama, Thiago César Gonçalves de Souza e Thiago Rodrigo Rangel Vicentini

Qualidade Editorial e Revisão
Coordenação
Luciana Vaz Cameira

Analistas de Qualidade Editorial: Carina Xavier Silva, Daniela Medeiros Gonçalves Melo, Marcelo Ventura e Maria Angélica Leite

Analistas Editoriais: Daniele de Andrade Vintecinco e Mayara Crispim Freitas

Capa: Andréa Cristina Pinto Zanardi

Administrativo e Produção Gráfica

Coordenação
Caio Henrique Andrade

Analista de Produção Gráfica: Rafael da Costa Brito

Sumário

Dossiê Especial – Criminologia e Processo Penal

Editorial dossiê "Criminologia e Processo Penal": O processo penal das misérias

"Criminology and criminal procedure" Dossier's editorial: The criminal procedure of miseries

Gabriel Antinolfi Divan 17

A teoria crítica do Processo Penal

The critical theory of the Criminal Process

Antonio Pedro Melchior 27

A delação nos sistemas punitivos contemporâneos

The betrayal in systems punitive contemporaries

Augusto Jobim do Amaral e Ricardo Jacobsen Gloeckner 65

El principio de publicidad en los juicios por delitos de lesa humanidad en la Argentina. Reflexiones sobre las funciones del juicio penal

Publicity rights in trials of crimes agains humanity in Argentina. Thoughts on criminal justice functions

Gabriel Ignacio Anitua 91

Entre a lei processual e a praxe policial: características e consequências da desconcentração e do descontrole da busca pessoal

Between legal procedure and police practice: features and consequences of deconcentration and decontrol of police frisking

Gisela Aguiar Wanderley 115

O processo de Eldorado dos Carajás e sua perspectiva na criminologia dos massacres

The case of "Eldorado dos Carajás" and it's perspective in criminology of massacres

Gustavo de Souza Preussler 151

Aproximações criminológicas e processuais entre a "caça às bruxas" e a "guerra às drogas": a persistência da lógica inquisitorial no processo penal moderno
Approaches between criminology and criminal procedural law in "witchhunt" and in "war on drugs": the persistence of inquisitorialism logic in modern Procedural Criminal Law
LUCAS LOPES OLIVEIRA 197

Criminalização de uma cor: sistema punitivo como ferramenta de subjugação do indivíduo negro
Criminalization of a color: the subjugation of tool black people by the punitive system
SARA LUZ 233

A bússola orientadora do exercício do poder jurisdicional
Exercise guidance compass of the judicial power
THIAGO MIRANDA MINAGÉ 271

A violência estatal contra pessoas presas em flagrante e a observação de audiências de custódia em Salvador
State violence against people arrested by police in flagrant violation of the Law and the observation of "Audiências de Custódia" in Salvador
VINÍCIUS DE ASSIS ROMÃO 307

PROCESSO PENAL

A garantia de julgamento pelo juiz adequado na convenção americana de direitos humanos: alguns reflexos sobre o processo penal brasileiro
The guarantee of judgment by the appropriate judge in the inter-american convention on human rights: some repercussions on the Brazilian criminal procedure
RICARDO DONIZETE GUINALZ e THADEU AUGIMERI DE GOES LIMA 349

CRIME E SOCIEDADE

Representações sociais produzidas por deputados federais sobre a redução da maioridade penal
Social representations made by congressmen about reducing the minimum age of criminal responsibility
RICARDO GONÇALVES VAZ DE OLIVEIRA, GUSTAVO D'ANDREA, MARIA SÂMARA DE JESUS AZEVEDO, CARLA APARECIDA ARENA VENTURA e SÉRGIO KODATO 385

Democracia e processo de criminalização da corrupção no Brasil
Democracy and process of corruption criminalization in Brazil
PATRICK CACICEDO 409

Flexibilização de direitos e garantias no sistema penal brasileiro: responsabilidade coletiva da classe jurídica nacional pelo seu incremento
The flexibility of rights and guarantees in Brazilian penal system: collective responsibility of the national juridical class for its increasing
ADEL EL TASSE 431

ÍNDICE ALFABÉTICO-REMISSIVO

AUTORES 455

TEMAS 457

POLÍTICA EDITORIAL – REVISTA BRASILEIRA DE CIÊNCIAS CRIMINAIS 461

DIRETRIZES AO CORPO DE AVALIADORES – REVISTA BRASILEIRA DE CIÊNCIAS CRIMINAIS 471

CONDIÇÕES PARA SUBMISSÃO (*CHECKLIST*) 477

Editorial dossiê "Criminologia e Processo Penal": O processo penal das misérias

"Criminology and criminal procedure" Dossier's editorial: The criminal procedure of miseries

Gabriel Antinolfi Divan

Doutor em Ciências Criminais (PUC-RS). Professor do Programa de Pós-Graduação/Mestrado em Direito, da Universidade de Passo fundo-RS. Líder do Grupo de Pesquisa "Reclame as Ruas: direito, política, sociedade" (CNPQ).
divan.gabriel@gmail.com

Área do Direito: Processual; Penal

> *"The inevitable part played by the punishment industry in the reproduction of crime never need be discussed. The dangerous and indeed fascistic trend tower progressively greater numbers of hidden, incarcerated human populations is itself rendered invisible. All that matters is the elimination of crime – and you get rid of crime by getting rid of people who, according to the prevailing racial common sense, are the most likely people to whom criminal acts will be atributed."*
>
> Angela Davis, Race and Criminalization.
>
> *"A socialidade urbana pode escapar aos seus intérpretes, nas universidades; ou aos seus vigias, nas delegacias de polícia. Mas não aos atores ativos do drama, sobretudo quando, para prosseguir vivendo, são obrigados a lutar todos os dias."*
>
> Milton Santos, Por uma outra globalização.

Os saberes decantados tanto da técnica e da dogmática processual, quanto da crítica criminológica e suas bases sociológicas e de dados, por vezes, se encaram melancolicamente como rochedos imóveis. Por mais que pense na consistência teórica de propostas de um modelo de saber criminal abordado de forma integrada, as intersecções especulativamente profícuas possíveis de

Divan, Gabriel Antinolfi. Editorial dossiê "Criminologia e Processo Penal": O processo penal das misérias. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. vol. 128. ano 25. p. 17-25. São Paulo: Ed. RT, fevereiro 2017.

promoção não costumam atingir nem efetividade cotidiana, nem constância no caso dessas duas áreas. Espasmos são comumente verificados em meio a leituras vanguardistas que conseguem colocar os monólitos em harmonia, cooperação ou mescla, mas se esvaem de forma tão fugaz quanto ganham promoção pontual.

Se uma arquitetura penal vista de forma composta – com o encadeamento entre a esfera política de ideias, o saber criminológico como empiria, e a efetivação da lei penal (material) enquanto *lege lata* – como propunha Von Liszt, teve o ganho (ponderadas também suas limitações) de gerar aberturas conceituais ao menos visíveis em seu tempo, a construção solenemente pecava por excluir o espectro processual e procedimental de seu perímetro (FERNANDES, 2001, p. 43-44). O complemento que se pode fazer, não muito forçosamente, baseado na opinião de Roxin (2000, p. 22) e na possibilidade de integração da dogmática e da própria epistemologia processual nesse encadeamento é útil, mas nunca rendeu o apuro e a atenção doutrinária que mereceu em larga escala.

Alguma visão doutrinária processual se esforça em fazer cruzamentos, forte em um rol de ideias lançado de forma literal (e visceral) inconstantemente ao longo dos séculos, que ganha notável sintetização atual por Zaffaroni, para quem uma criminologia *cautelar* pode ser um eixo transversal que perpassa todo o saber-poder jurídico penal na tentativa de reconhecer o sistema penal (em sentido amplo) como um "massacre potencial" e procurar contê-lo a partir de uma crítica que, antes de outros predicados, se assume como civilizatória (2011, p. 553-554). Ao situar a necessidade de que se separe e reconheça o que, de fato, são os pânicos fabricados que retroalimentam a(s) máquina(s) punitiva(s) desde eras imemoriais e – dialogando com o realismo criminológico de língua inglesa – o que são medos racionais que propugnam ideias e estratégias de ação, Zaffaroni (2011, p. 579) promove insuspeita deixa para que se inclua também a esfera do direito processual e seu conjunto de saberes e influxos legais e políticos na discussão cautelar (e, sempre, civilizatória). E aqui se tem apenas uma especulação ou exemplo, de um sem número de possibilidades.

No entanto, a verificação tristemente mais comum de tangência entre os dois conjuntos de saberes é uma apropriação rasa, temporária, fugidia e sutil demais (Cf. DIVAN, 2015b, p. 115-116): onde, em esforços teóricos processuais, não raramente, a criminologia aparece como um pequeno vislumbre ideológico de realidade que paga espécie de tributo crítico necessário em momentos pontuais, e depois desaparece de qualquer chance de integração ou discussão, quase como compartimento isolado que procura prestar homenagem, mas que não participa do desenvolvimento do raciocínio ver-

DIVAN, Gabriel Antinolfi. Editorial dossiê "Criminologia e Processo Penal": O processo penal das misérias. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. vol. 128. ano 25. p. 17-25. São Paulo: Ed. RT, fevereiro 2017.

dadeiramente dogmático-processual exibido. Não raramente, surgem luzes criminológicas confinadas em algum capítulo ou subsecção de publicações sobre direito processual penal que, apartadas, não fazem mais do que servir, na classificação de Albrecht (Cf. 2010, p. 138 e ss.), de instância antiquada de "aconselhamento" ou legitimação (ou ainda, adorno) para o desenvolvimento da ideia, sem abalar ou tensionar o mesmo. Uma ideia de saber criminológico subalterno ou decorativo.

Do mesmo modo, muito da crítica criminológica não converge em considerações sobre a necessidade desse pensar estratégico – quiçá com a ideia de que em muitos níveis, há justificativa para se pensar os medos sociais como genuínos e o crime e os danos por ele causados como efetivos problemas a serem combatidos. Nesse aspecto, há atrito frente à ideia de alguns cânones criminológicos sobre a necessidade de cooperação e uso do sistema penal dentre dita estratégia (ANITUA, 2016, p. 59) – e boa parte do *mainstream* crítico se arvora (temendo recair em cooptação pura e simples) de um perigoso desdém em relação à necessidade de proposituras políticas e legais, preferindo um caráter de leitura que procura sempre a externalidade (ainda que termine muitas vezes inócua, de um jeito ou outro, pela temida cooptação, por um lado, ou pelo distanciamento excessivo e alienante, de outro).

Se há um sistema processual e uma maquinaria que se valem constantemente do amorfismo jurídico e do logro técnico-dogmático para (em um vício indutivo) permitir que surjam, crimes e culpados como fabricações (CORDERO, 2007, p. 17), a constatação vigilante, venha de que *front* vier, não pode se distanciar e sim incluir (ou procurar incluir) no cerne do debate o influxo crítico atento e comprometido.

De outra banda, o espetáculo aflitivo da aplicação canhestra dos dogmas persiste na ideia duplamente perversa na maior das meta-narrativas enquanto "mitologias" processuais, como lembra Casara (2015, p. 194-195): o processo visto como instrumento tanto de implemento de segurança pública quanto de pacificação social. Vértice dividido de forçosa trapaça em relação a um instrumental que deve ser de garantia/contenção (e nunca de franquear ou carimbar eficientismos) e que, igualmente, tem em pacificação um termo que normalmente vem coligado, estranhamente, a um edifício argumentativo que prima pelo *ethos* do conflito, da belicosidade, da guerra. A resposta a esse cenário não pode se cingir exclusiva e especificamente ao contraponto endógeno processual – uma vez que o ninho ideológico e político do ideário inquisitorial e totalitário não trafega pelo mesmo plano da disputa eminentemente retórica mediada por normas jurídicas e regras do jogo processual. Daí porque do baixo impacto de uma crítica que beba apenas de uma fonte em alterar o avanço real

Divan, Gabriel Antinolfi. Editorial dossiê "Criminologia e Processo Penal": O processo penal das misérias. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. vol. 128. ano 25. p. 17-25. São Paulo: Ed. RT, fevereiro 2017.

do perigo. E daí o porquê de uma efetiva abertura para um arejar conceitual que traga o arsenal criminológico para dentro de uma discussão e uma práxis efetiva na lida e na investigação processuais-penais.

Mas a impermeabilidade da carapaça discursiva e técnica não aparece apenas com força em um lado, tal o alerta já feito. Enquanto há muito se discute se é possível, legítimo ou pelo menos conveniente que criminólogos queiram ver seu ideário transformado em política criminal efetiva (debate antigo e perene, sintetizado com argúcia há quase duas décadas por LARRAURI, 2000, p. 236-238) os dados avassaladores da sinistra empiria da atividade diária dos eixos coordenados do sistema jurídico-penal (legislação incriminadora – persecução – processo/procedimentos – sistemática de execução das penas) mostram que é preciso de algum modo dialogar com o monólito estanque visando algum tipo de penetração. Algum modo de conexão. Algum escoamento efetivo para a avalanche assustadora de dados e constatações.

Muito se escreve em torno da visível marca neoliberal discursiva ante a atuação do sistema jurídico-penal da entrada do século XXI: um influxo que chega via defesa intransigente de esquemas estatutários político-econômicos privilegiadores e recai sobre tendências tanto de atuação administrativa como de polícia (atingindo níveis de repressão física e higienismo imediatos, via encarceramento, para Harvey (2008, p. 178), tanto quanto para Wacquant (2008, p. 93-105)). Os influxos legislativos e operacionais também são sensíveis, em especulação, na lógica da velocidade e do padrão de análise negocial que pauta a nova versão do discurso (processual-civil, em origem) de economia processual, também na esfera criminal – onde somem os *frames* de garantias e liberdades básicas de caráter negativo (ligadas a um liberalismo filosófico e idealista, tido por antiquado) e surgem com força produtos para consumo que anunciam (e vendem) rapidez e eficiência. No "livre-mercado" dos ritos processuais, a "liberdade contratual" pautada na escolha e na voluntariedade é mais um ato farsante do mesmo enredo, e pululam os exemplos, como a obscura e velada (verdadeira) lógica da *bargain* desvelada por, entre outros, Vasconcellos (2015, p. 90-92).

Aliados (ou retroalimentados, ou, ainda, redivivos, em *loop*) pelo discurso *neo-con* pautado nessa linha, as antigas mazelas sociais que fustigam a alteridade, principalmente ante a fatores que perpassam questões de gênero e raça ou etnia, se unem àquelas relativas à classe social e ganham um triste e novo flagelo, ora em forma de manutenção, ora em forma de incremento da chancela jurídico-penal para o preconceito e seus drásticos produtos. Gomes (2015, p. 18-19) relata que além de descortinar a seletividade penal (em sentido amplo) a partir de enquadramentos que não visavam nada mais do

que tentar bloquear uma feminilidade fugidia ao padrão moral heteronormativo e machista (ex: criminalização do aborto), os últimos anos foram pródigos em ofertar um encarceramento feminino massivo no Brasil, em matéria de criminalidade patrimonial e outros enquadramentos tidos por tipicamente masculinos (por essa mesma lógica). Elemento que, se obviamente não possibilitam uma constatação que simplesmente iguale a questão de gênero na análise, traz, talvez, mais um efeito do amálgama entre gênero e capital, relativamente ao expediente punitivo (onde o encarceramento feminino também é o encarceramento feminino negro, sobretudo). Sem falar na evidência clara de uma epistemologia e uma metodologia (tidas por normais ou padrão) que nunca foram fartas em autocrítica e, ao menor descuido, ofertam ao feminino, às minorias de gênero e às pessoas não brancas uma condição que vaga entre o personagem estereotipado e o objeto de análise (passando pela reles concessão de espaços), mas nunca o protagonismo ou a base argumentativa (GOMES, 2015, p. 22).

A referência é, ora, tal um clamor ou um pedido de socorro: é possível seguir vendo mazelas relativas a indicadores e desníveis em relação à classe (sobretudo pobre), raça (sobretudo negra), gênero (sobretudo feminino) como parte de uma discussão exclusivamente política (ou "apenas" política, pejorativamente) ou algo que pesarosamente se conclui que é preciso ajustar (um dia)? É possível seguir com todo um manancial metodológico, temático, ideológico e estilístico trafegando à margem, sem que esse conjunto possa ser efetivamente usado e intente causar alguma mudança prática efetiva?

As questões relativas a esses fatores não são mais passíveis de serem vistas costumeiramente como variáveis: são constantes, são marcos de análise do sistema jurídico-penal planetário, a ganhar iluminação de parte de várias áreas do conhecimento humano, mas, que, por serem acopladas à ideia crítica de criminologia, chegam muitas vezes à teoria e à prática processuais como no máximo fonte de inspiração e não como efetivas constantes.

Para além da óbvia e rasa relação entre normas incriminadoras e atuação das agências persecutórias, como um todo, as normas processuais e seu arcabouço teórico ditam possibilidades e limites hipotéticos das atuações mais agudas do sistema. Revistas, buscas, invasões domiciliares, quebras investigativas de sigilos de várias ordens, contenções e aprisionamentos de caráter cautelar/preventivo, condições de libertação provisória e mesmo o efetivo resultado da incidência ou não do direito material, através do processo. Assim, é impensável que a práxis processual esteja ou possa estar satisfeita com um paralelismo tranquilo em relação ao arcabouço criminológico e todas as possibilidades de preenchimento e tensão interpretativa e/ou hermenêutica que

Divan, Gabriel Antinolfi. Editorial dossiê "Criminologia e Processo Penal": O processo penal das misérias. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. vol. 128. ano 25. p. 17-25. São Paulo: Ed. RT, fevereiro 2017.

choques de conceitos possam possibilitar para ambas esferas. É no processo e a partir dele e seus estamentos onde se lida com as pessoas, onde se enxergam seus olhos e pele (ou onde não se enxergam, como em emblemática cena do já clássico documentário "Justiça", de Maria Augusta Ramos, 2004), e onde as seletividades ganham chancela oficial *in loco* – e é nele e em seus estamentos que elas devem ser combatidas.

Do mesmo modo, é alarmante uma esfera criminológico-crítica que – por capricho ou motivações obscuras – recuse à tarefa de se posicionar na linha política de frente trabalhando para compor um processo mais justo (ou alarmantemente menos genocida, enquanto parte fundamental da engrenagem genocida já bem conhecida). A proposta de negação intermitente por vezes tem ares de posicionamento arredio a acordos e a comuns que não mais podem interessar e é louvável que assim o seja. Mas é preciso enfatizar que há sempre a possibilidade de a rebeldia ser travestismo para a covardia perante o gládio que está na ordem do dia. Entre a conveniência – e a conivência – está um funcionamento sistemático que, até ser abolido, precisa ser solucionado como tarefa real, existente, que se apresenta.

A matéria criminológica deve ser em parte destinada à matéria jurídico-processual. A matéria jurídico-processual deve ser perpassada ou aliada à criminológica. Os pontos nevrálgicos entre ambas que não redundam em comunicação seguem sendo motivo de assombro e questionamento diante de tamanha pertinência velada (ou ignorada):

> A criminologia (crítica), seus estudos, seus conceitos, seus dados, ideologia e aportes precisa ser vivificada no processo penal (mais: na aplicação diuturna do direito e de seus suportes dogmáticos, como um todo): servir-lhes de opositora, doutrinadora e manancial hermenêutico. É impossível, ou é dissimulação, que, ao mesmo tempo, se 'assuma' compromisso com as premissas impactantes de verve criminológica, e se passe ao largo de sua aplicação cotidiana apartando em dois mundos a generalização abstrata/técnica do direito e os dados que a concretização dessa aplicação oferece (DIVAN, 2015a, p. 85).

E é tanto na literatura jurídico-processual quanto na aplicação forense de seus elementos que se pode procurar brechas discursivas, políticas e conceituais para fazer valer com significância maior o brado oriundo tanto da literatura criminológica (crítica), das pesquisas e coletas de dados, quanto o lamento das ruas, celas, salas, modernas senzalas, favelas, e calçadas que lhes dão ânimo. E aqui há que se falar, sim, em compromisso político-ideológico: se muito da empáfia acadêmica com soluções críticas *prêt-à-porter* se cinge ao chamado

estado da arte por futilidade ou medo, e a comunicação se torna impossível frente ao domínio da demagogia que ainda mantém um curso ideológico bem distinto, mal disfarçado pelos discursos e esteios de neutralidade e imparcialidade que tanto convêm processualmente.

Afinal, se é no processo que se verifica de modo sensível quase todo o conjunto de elementos que uma criminologia esclarecida e esclarecedora estuda (e combate, invariavelmente), é nele, e em muita medida para ele, que os olhares, alças de mira e discursos criminológicos tem de se voltar (também). Se é também na decisão, na instrução criminal e nos processos onde se chancelam as seletividades, *etiquetamentos* e abusos é na realidade processual e procedimental que a criminologia deve também ter campo, objetivos e servir de arcabouço (como salientam, por todos, Mello e Valença (2016), – sendo que as autoras relatam conclusões em pesquisa a partir de análise de processos de ato infracional, mas cuja argumentação parece perfeitamente acoplável, aqui, no sentido da crítica à rotulação judiciária de um "tipo social perigoso" idealizado de pessoa).

A fartura de acenos, concordâncias, apoios distantes, solidariedades e referências encorajadoras precisa se traduzir em maior atitude e em maior apuro teórico e aberturas que contemplem, enfim, uma produtividade que promova trocas e tensões conceituais. As mazelas, ou misérias do processo (e do sistema penal, como um todo) não aguardam estáticas, porta afora, para compartimentação temática segura e catalogação. Elas são amálgama, metástase, mutação, movimento e infeliz fertilidade reprodutora. Que assim sejam também as armas e os antídotos contra elas.

Do contrário, as várias torres de marfim seguem inabaláveis em suas críticas e propostas elevadas demais para que sejam escutadas e arrojadas demais para que comuniquem algo a alguém.

> *"Ah, you've been with the professors and they've all liked your looks. With great lawyers you have discussed lepers and crooks. You've been through all of F. Scott Fitzgerald's books. You're very well-read, it's well-known. But something is happening here and you don't know what it is. Do you, Mr. Jones?"*
>
> Bob Dylan, *Ballad of a thin man.*

1. Referências

ALBRECHT, Peter Alexis. *Criminologia – Uma Fundamentação Para o Direito Penal.* Trad. Juarez Cirino dos Santos. Rio de Janeiro/Curitiba: Lumen Juris/ ICPC, 2010.

ANITUA, Gabriel Ignácio. *Recensión: el realismo de izquierda todavia estaba ahí.* Revista Crítica Penal y Poder. 2016, n. 11, septiembre (p. 58-64) OSPDH. Universidad de Barcelona.

CASARA, Rubens R. R. *Mitologia processual penal.* São Paulo: Saraiva, 2015.

CORDERO, Franco. "Introduzione". In: MANZONI, Alessandro. *Storia dela colona infame.* Milano: BUR, 2007.

DAVIS, Angela Y. "Race and Criminalization. Black americans and the punishment industry". *The house that race built.* New York: Vintage Books, 1997.

DIVAN, Gabriel Antinolfi. "Justa causa para a ação penal e suas possibilidades criminológicas – criminologia(s) no processo penal (hipótese preliminar)". *Revista Eletrônica Direito e Sociedade,* Canoas, v. 3, n. 1, p. 83 a 94, 2015a.

_____. *Processo Penal e Política Criminal: uma reconfiguração da Justa Causa para a Ação Penal.* Porto Alegre: Elegantia Juris, 2015b.

FERNANDES, Fernando. *O processo penal como instrumento de política criminal.* Coimbra: Almedina, 2001.

GOMES, Camilla de Magalhães. "Corpos negros e as cenas que não vi: um ensaio sobre os vazios de uma pesquisa criminológica situada". *Sistema Penal & Violência,* Porto Alegre, v. 8, n. 1, p. 16-28, jan.-jun., 2016.

HARVEY, David. *O neoliberalismo. História e implicações.* São Paulo: Edições Loyola, 2008.

LARRAURI, Elena. *La Herencia de la Criminología Crítica.* Madrid: Siglo Veintiuno de España, 2000.

MELO, Marília Montenegro Pessoa de; VALENÇA, Manuela Abbath. A Rotulação da Adolescente Infratora em Sentenças de Juízes e Juízas de Direito do Distrito Federal. *Sequência,* Florianópolis, n. 73, p. 141-164, ago. 2016.

ROXIN, Claus. *Política Criminal e Sistema Jurídico-Penal.* Trad. Luís Greco. Rio de Janeiro/São Paulo: Renovar, 2000.

SANTOS, Milton. *Por uma outra globalização. Do pensamento único à consciência universal.* 6. ed. São Paulo/Rio de Janeiro: Record, 2001.

VASCONCELLOS, Vinícius Gomes de. *Barganha e Justiça Criminal Negocial. Análise das tendências de expansão dos espaços de consenso no processo penal brasileiro.* São Paulo: IBCCRIM, 2015.

WACQUANT, Loïc. *As duas faces do gueto.* São Paulo: Boitempo, 2008.

ZAFFARONI, Eugenio Raul. *La palabra de los muertos. Conferencias de criminologia cautelar.* Buenos Aires: EDIAR, 2011.

Pesquisa do Editorial

Veja também Doutrina

- Criminologia cultural, complexidade e as fronteiras de pesquisa nas ciências criminais, de Salo de Carvalho – *RBCCrim* 81/294-338, *Doutrinas Essenciais de Direito Penal* 6/953-994 (DTR\2009\636).

A teoria crítica do Processo Penal

The critical theory of the Criminal Process

Antonio Pedro Melchior

Doutorando em Direito pela Universidade Federal do Rio de Janeiro. Mestre em Direito. Professor da Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro e da Pós-Graduação em Direito Processual Penal e Garantias Fundamentais da Academia Brasileira de Direito Constitucional – Rio. Membro do Núcleo de Direito e Psicanálise do Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal do Paraná. Advogado criminalista.
antoniopedromelchior@gmail.com

Recebido em: 19.09.2016
Aprovado em: 20.10.2016
Última versão autor: 03.11.2016

Área do Direito: Processual; Penal

Resumo: A articulação entre o Processo Criminal, Teoria Crítica e a Criminologia Crítica, na hipótese deste ensaio, é uma condição à transformação das práticas concretas do poder punitivo no contexto social, cultural e político do capitalismo. O objetivo da investigação é produzir ferramentas de intervenção efetiva no campo da justiça criminal, o que impõe a reformulação crítica do saber processual penal. A teoria crítica do processo penal é uma resposta aos problemas não solucionados pela teoria tradicional, de corte positivista e metodologia lógico formal. Está, portanto, orientada à formulação de um saber prático que funciona efetivamente como dispositivo de contrapoder jurídico. O saber processual penal, assim constituído, vai além do garantismo penal para construir instrumentos de proteção em razão do Estado, visando à eliminação dos obstáculos

Abstract: The articulation between the Criminal Process, Critical Theory and Critical Criminology, on the assumption of this essay, is a condition for processing concrete punitive power practices in social, cultural and political context of capitalism. The goal of the research is to produce effective intervention tools in the field of criminal justice, which enforces the reformulation of criminal procedure review. The critical theory of criminal process is a response to unresolved problems for the traditional theory, positivist cutting and formal logical methodology. It is, therefore, guided the formulation of practical knowledge that works effectively as legal counterweight device. Criminal procedural knowledge, so constituted, goes beyond the criminal garantism to build instruments of protection in the face of the State, aimed at removing obstacles that

que impedem a emancipação dos sujeitos, em especial do povo pobre e oprimido do Brasil.

PALAVRAS-CHAVE: Processo Penal - Teoria crítica - Criminologia crítica - Hermenêutica processual penal - Intervenções práticas.

prevent the emancipation of the subject, in particular the poor and oppressed people of Brazil.

KEYWORDS: Criminal procedural - Critical theory - Critical criminology - Criminal procedure hermeneutics - Practical interventions.

SUMÁRIO: 1. Introdução. 2. Epistemologia crítica do processo penal: aproximações metodológicas. 2.1 O método crítico: superação da análise lógico formal do processo penal. 3. Adesão do Direito Processual Penal à teoria crítica . 3.1 Diagnóstico do tempo presente: capitalismo periférico e o sistema de justiça criminal brasileiro. 3.2 Orientação à emancipação: controle radical da violência punitiva institucionalizada. 3.3 Comportamento crítico: tomada de posição dos atores judiciais. 4. Hermenêutica processual penal de Alberto Binder à luz da teoria crítica. 4.1 Reconstrução crítica da hermenêutica processual penal: mediação do social, do político e histórico. 4.2 Saber processual penal prático. 4.3 Saber processual penal ancorado na criminologia crítica. 4.3.1 Garantismo crítico e criminologicamente fundado. 5. Fundações democráticas da teoria crítica do Processo Penal. 5.1 Dispositivo de controle do poder punitivo. 5.1.1 Descrença na bondade do poder punitivo. 5.1.2 Perspectiva agnóstica da pena e crítica à racionalidade punitiva. 5.2 Defesa do princípio e do sistema acusatório. 6. Intervenções práticas da teoria crítica do Processo Penal. 6.1 Campo da investigação preliminar. 6.2 Campo da admissibilidade da acusação e do julgamento antecipado da causa penal. 6.3 Campo das nulidades e das medidas cautelares, em especial da prisão. 7. Conclusões. 8. Referências bibliográficas.

1. INTRODUÇÃO

> *"Na realidade, só um novo garantismo, alimentado criticamente pelo conhecimento empírico sobre os sistemas punitivos, pode servir para limitar de qualquer modo a sua contradição estrutural com os direitos humanos fundamentais, e instaurar na consciência política geral a constatação do quão pouco a intervenção da justiça penal pode fazer pela sua proteção."* Alessandro Baratta

A força do pensamento crítico está vinculada à construção de um determinado projeto de transformação social e cultural.[1] Em matéria processual penal, isso significa intervir para a consolidação de novas práticas no sistema de jus-

1. São as palavras de Vera Malaguti Batista referindo-se aos estudos de Loïc Wacquant. BATISTA, Vera Malaguti. *Depois do grande encarceramento.* Pedro Vieira Abramovay; Vera Malaguti Batista (org.). Rio de Janeiro: Revan, 2010. p. 34.

tiça criminal, cujo funcionamento concreto está atravessado por micro e macro patologias inquisitoriais.[2]

A construção de uma teoria crítica do processo penal esbarra, entretanto, em inúmeros desafios. Neste breve trabalho, não conseguiremos, de forma satisfatória, dar conta de nenhum deles. O objetivo é apresentar um determinado desenho que sirva, em última análise, como estímulo ao desenvolvimento de pesquisas orientadas à perspectiva crítica do direito processual penal no Brasil e para o povo brasileiro.

A primeira tarefa é dar conteúdo ao "crítico" a que nos referimos.[3] Após delimitá-lo enquanto método e epistemologia,[4] apresentaremos a *ideia* de um modelo crítico, como fez Marcos Nobre,[5] estabelecendo as bases conceituais a partir do trabalho pioneiro de Max Horkheimer, apresentado em 1937.[6]

A teoria crítica vivencia a *práxis* como algo que lhe é interior e, desta forma, encontra-se ancorada na realidade política e social, com o objetivo de emancipar os sujeitos ou, no caso do processo penal, eliminar os obstáculos que impedem esta emancipação. A ideia de *práxis*, especialmente explorada por

2. Geraldo Prado sintetiza a questão: "sem os instrumentos da crítica, a iniciação ao Processo Penal levaria o estudioso a ficar perdido em um mundo de teorias desencontradas da prática". PRADO, Geraldo. *Sistema acusatório*. A conformidade das leis processuais penais. 4. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006. p. 3.

3. Com Rubens Casara, construímos a análise de uma teoria do processo penal brasileiro a partir de uma perspectiva crítica. Para uma investigação aprofundada, sugere-se conferir a obra CASARA, Rubens R.R; MELCHIOR, Antonio Pedro. *Teoria do processo brasileiro*. Dogmática e crítica. Conceitos fundamentais. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2013. A formulação dos problemas envolvendo uma teoria crítica *do* e *para* o processo penal brasileiro se deve à conversações com Salo de Carvalho no âmbito do Grupo de Pesquisa *Teoria Crítica e Crítica da Racionalidade Punitiva* na Faculdade Nacional de Direito (FND-UFRJ).

4. Trabalharemos neste ensaio com as considerações de Geraldo Prado a respeito do método crítico na tensão estabelecida com o método tradicional, herança de uma dogmática jurídica forjada no seio da modernidade (por sua vez, fruto da radicalidade do capitalismo). Conferir especialmente o trabalho: PRADO, Geraldo. *Transação penal*. (O tempo e o modo). Coimbra: Almedina, 2015.

5. NOBRE, Marcos. *A teoria crítica*. Rio de Janeiro: Zahar, 2001. Conferir, igualmente, a obra organizada pelo mesmo autor. NOBRE, Marcos. *Curso livre de teoria crítica*. Campinas: Papiros, 2013.

6. HORKHEIMER, Max. Teoria Tradicional e Teoria Crítica. (1937) *Textos escolhidos*. Walter Benjamin, Max Horkheimer, Theodor W. Adorno, Jurgen Habermas. Trad. José Lino Grunnewald (et al). São Paulo: Abril Cultural, 1980. p. 117-161.

Karl Marx[7] na primeira fase do seu pensamento é, portanto, um conceito força que devemos trabalhar.

Uma teoria crítica que opere na dogmática pressupõe, ainda, um saber sociologicamente referido – no caso do saber penal, criminologicamente referido. É a criminologia crítica que permitirá esta ancoragem da práxis na realidade.[8] Disso resulta um questão entre a teoria crítica do processo penal e o garantismo penal que precisará ser esclarecida.

Em suma: a teoria crítica do processo criminal é, ou pretende ser, uma proposta dogmática (ou crítico-dogmática) e, ao mesmo tempo, uma ação política. Esta teoria pressupõe um saber radicado na criminologia crítica e, portanto, encerra uma determinada proposta hermenêutica do saber processual penal.[9]

Esta perspectiva produz, portanto, um saber que melhor se apresenta como mecanismo de controle das respostas violentas do Estado aos desvios criminalizados, às pessoas criminalizadas e como instrumento jurídico de afirmação das garantias fundamentais em razão do poder estatal. As decisões judiciais dogmaticamente fundadas na teoria crítica do processo criminal são, ainda, mais igualitárias, seguras e, finalmente, produzem uma solução mais justa e legítima do caso penal.

2. EPISTEMOLOGIA CRÍTICA DO PROCESSO PENAL: APROXIMAÇÕES METODOLÓGICAS

> *"A questão do método é, aqui, especialmente cara, porque o modo como os doutrinadores a enfrentam diz muitos acerca do conceito que assinalam ao processo penal como um todo e à maneira como enxergam os fins do processo."*
> Geraldo Prado

7. A pedra de toque da dialética marxista, segundo Michael Löwi, é precisamente esta: "a categoria da práxis como esforço de superação da oposição abstrata entre fatos e valores, pensamento e ação, teoria e prática". LÖWY, Michael. *A teoria da revolução no jovem Marx*. São Paulo: Boitempo, 2012. p. 40.
8. São as palavras de Salo de Carvalho a respeito dos inconvenientes em se trabalhar apenas com o conceito de transdisciplinaridade, vulgarizado pelo uso indiscriminado. Ancorar o saber processual penal crítico na criminologia crítica é, portanto, determinar o sentido da análise.
9. Articularemos a perspectiva crítica do processo penal com a hermenêutica processual penal defendida por Alberto Binder.

A definição metodológica constitui um passo importante no processo de formação do conhecimento. Há perspectivas muito diferentes sobre como isso ocorre.[10] A tomada de posição quanto ao método é, de qualquer forma, o primeiro ponto firme da teoria crítica do processo criminal.

Por método, entenderemos a "ferramenta conceitual de que se vale o estudioso para conhecer algo, o objeto da sua atenção científica".[11] A crítica funcionará, aqui, como instrumento e mecanismo para o "conhecer" e "agir" (pensados conjuntamente em uma teoria crítica). Uma ferramenta disponível aos juristas para que reflitam sobre os pressupostos, resultados, utilização, alcance, os limites e a significação socioculturais da dogmática tradicional[12] e suas implicações no sistema de justiça criminal.[13]

Nosso objetivo é conhecer este setor peculiar da realidade que constitui o ordenamento jurídico do processo penal.[14] Para isso, precisamos de uma *epistemologia específica* e *interna*. Específica porque se trata de levar em conta uma

10. As tensões entre os diversos pensadores recai basicamente sobre o binômio sujeito-objeto. Não há condições de estabelecer as distintas visões sobre o ponto neste ensaio. Trabalharemos a partir da epistemologia dialética e crítica. Esta formulação epistemológica é uma reação às concepções empiristas e racionalistas, especialmente o positivismo e o idealismo. Para uma indispensável delimitação destas questões, conferir as obras de Geraldo Prado e Hilton Ferreira Japiassu (já referidas) e de MARQUES NETO, Agostinho Ramalho. *A ciência do direito*. Conceito, objeto, método. Rio de Janeiro: Renovar, 2001. Abordando a relação entre sujeito e objeto sob outro aspecto, conferir os estudos de MORIN, Edgar. *Ciência com consciência*. Trad. Maria D. Alexandre e Maria Alice Sampaio Dória. 13. ed. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2010.

11. PRADO, Geraldo. *Transação penal*... cit., p. 90.

12. A dogmática tradicional está vinculada a uma determinada autoimagem da Dogmática Jurídica, para usar da expressão de Vera Andrade. A jurista e criminóloga crítica explica que esta autoimagem se identifica com a ideia de Ciência do Direito, que tem por objeto o Direito Positivo vigente em um dado tempo e espaço. Se identifica ainda com uma determinada tarefa metódica, qual seja, a construção de um sistema de conceitos elaborados a partir da interpretação do material normativo segundo procedimentos intelectuais (lógico formais) de coerência interna que tem por função ser útil à aplicação do Direito. ANDRADE, Vera Regina Pereira de. *A ilusão de segurança jurídica*. Do controle da violência à violência do controle penal. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015. p. 48.

13. Referindo-se à epistemologia crítica, conferir a obra clássica de JAPIASSU, Hilton Ferreira. *Introdução ao pensamento epistemológico*. Rio de Janeiro: F. Alves, 1975. p. 73.

14. GUASP, Jaime. *Concepto y metodo de derecho penal*. Madri: Editorial Civitas, 1997. p. 72.

disciplina intelectualmente constituída em unidade bem definida do saber e de estudá-la de modo a demonstrar sua organização e funcionamento. Interno porque se trata de realizar uma análise crítica dos procedimentos de conhecimento que este saber utiliza para estabelecer os seus próprios fundamentos.[15]

Para construirmos as bases de uma teoria crítica do processo penal, partimos daquilo que ela não é.[16] Geraldo Prado, em outras palavras, realizou parte deste trabalho na obra *Transação penal, o tempo e o modo*. Demonstrou como a teoria tradicional do processo penal no Brasil assentou-se no positivismo e, desta forma, produziu um saber fundado em um método técnico-jurídico despido de qualquer problemática histórico-social.[17] Este saber reproduziu uma análise técnico-científica pura do fenômeno processual, responsável por configurar aquilo que Alberto Binder chamou de *ideologia do trâmite*, cuja superação hermenêutica vamos apresentar como condição para a produção de novas práticas no sistema de justiça criminal.

A construção da dogmática jurídico penal coincide com a trajetória da modernidade, cuja materialização, por sua vez, coincide com a aparição do capitalismo.[18] A modernidade esteve marcada por promessas ambiciosas e pela "tentativa de um desenvolvimento equilibrado entre regulação e emancipação humana, os dois grades pilares em que se assenta."[19] Ancorada na realidade social do capitalismo, este equilíbrio nunca foi obtido: a preponderância do *controle* na dinâmica da sociedade capitalista constitui o justo obstáculo às promessas de *emancipação* (justiça, autonomia, solidariedade, liberdade e igualdade, por exemplo).[20]

---

15. JAPIASSU, Hilton Ferreira. Op. cit., p. 16.
16. Na definição de Horkheimer, a palavra *Teoria* "equivale a uma sinopse de proposições de uma campo especializado, ligadas de tal modo entre si que se poderiam deduzir de algumas dessas teorias todas as demais. (...) Sua validade real reside na consonância das proposições deduzidas com os fatos ocorridos". Esta é uma descrição do sentido *tradicional* da *teoria*, em que se exige um sistema teórico livre de contradições. A *Teoria* em uma perspectiva *crítica*, pelo contrário, só se concebe enquanto sistema sempre incoerente e incompleto, portanto, passível de constantes processos de retificação. A contradição que permeia o laço social, funda o sistema teórico e é, pelo crítico, levada à máxima tensão. Conferir HORKHEIMER, Max. Op. cit., p. 117-119.
17. PRADO, Geraldo. *Transação penal*... cit., p. 107-109.
18. A questão é amplamente enfrentada por Vera Andrade. ANDRADE, Vera Regina Pereira de. Op. cit., p. 32.
19. ANDRADE, Vera Regina Pereira de. Op. cit., p. 32.
20. "Na medida em que a trajetória da modernidade se identificou com a trajetória do capitalismo, o pilar da regulação – tornado pilar da regulação capitalista – veio a

No contexto do sistema de justiça criminal, as promessas da modernidade devem assumir um significado às avessas: não se trata de realizá-los ou solucionar conflitos a eles relativos, mas de impedir a sua violação ali onde intervenha a violência punitiva institucionalizada.[21]

O processo penal deverá, portanto, resgatar e concretizar estas promessas, enfrentando como os dispositivos de controle operam e eliminando os obstáculos que impedem a emancipação. Isso significa um compromisso com a crítica à *práxis* repressiva, o que não se observa nas abordagens tradicionais da teoria.

2.1 O método crítico: superação da análise lógico formal do processo penal

A adesão da dogmática brasileira tradicional ao método lógico formal seguiu, enfim, a orientação de Arturo Rocco, segundo o qual não se deve ultrapassar a experiência assinalada pelo direito positivo vigente.[22] Esta concepção traduz um projeto metodológico, mas igualmente político jurídico: submeter a ciência penal à finalidade de assegurar a instauração e conservação do modelo de produção capitalista, em que a relação entre saber, norma penal e opressão social não se deve verificar.

Esta é exatamente a perspectiva que uma teoria crítica do processo penal vem radicalmente retificar. Como escreveu Geraldo Prado, a doutrina tradicional brasileira, com sua perspectiva restrita da história, aplicada ao processo penal, "considera basicamente as condições de produção das normas jurídico-processuais, dissociadas dos conflitos que afligiram a população negra e índia, escrava e liberta, e os grupos de imigrantes pobres, além das mulheres e crianças".[23]

Uma teoria crítica, fundada em uma epistemologia dialética subverte este paradigma dogmático.[24] A análise lógico formal das normas processuais penais

---

fortalecer-se à custa do pilar da emancipação, num processo histórico não linear e contraditório". SANTOS, Boaventura Souza. Derecho y Política. *Cuadernos de Filosofia del Derecho*. n. 6. Alicante, 1989. p. 225.

21. São as precisas palavras de Vera Regina Andrade. ANDRADE, Vera Regina Pereira de. Op. cit., p. 34.

22. Geraldo Prado enfrenta especialmente as ideias de Rocco, escritas na obra ROCCO, Arturo. *El problema y el método de la ciência del derecho penal*. Bogotá: Editorial Temis, 1999. p. 8-9.

23. PRADO, Geraldo. *Transação penal*... cit., p. 107

24. Para uma exata noção de paradigma, conferir a obra de KUHN, Thomas S. *A estrutura das Revoluções Científicas*.. Trad. Beatriz Vianna Boeira e Nelson Boeira. São Paulo:

é superada por um racionalismo renovado, que se interessa em compreender *como* é utilizado o *poder* em que o saber científico implica; e como é utilizado não só pelos próprios juristas, mas também por aqueles que encomendam, manipulam e aplicam os resultados das ciências, no caso do sistema de justiça criminal, o Estado e seus agentes.[25]

A epistemologia crítica, na qual a teoria crítica do processo penal se apoia, interroga os investigadores e os atores do sistema criminal, exigindo que optem por duas possibilidades quanto à tomada de posição:

> a) ou eles aceitam a alienação como se fosse um estado de coisas natural, continuando a estabelecer uma distinção entre a responsabilidade da *criação* e a da *utilização* do saber; b) ou então, revoltam-se contra ela, mas também contra seu estado de produtores "neutros" de informações, passando a preocupar-se com os objetivos fundamentais da *pesquisa*, onde todo trabalho intelectual deve adquirir significação final. (...).

No que diz respeito ao sistema de justiça criminal, a transformação das condições históricas do nosso tempo depende da máxima adesão à segunda posição.

Os juristas deverão abandonar a ideia segundo o qual a ciência sempre é positiva (isenta e neutra de qualquer contaminação) para aceitar a ideia de uma ciência crítica, capaz de analisar as relações que ela mantém com a sociedade, bem como as orientações ou utilizações eventuais que esta sociedade poderá impor-lhe.[26]

Juristas críticos põem em questão uma espécie de objetividade que se apresenta como racionalização de crenças ingênuas, a – históricas. Há muitas crenças deste tipo no imaginário intelectual dos juristas tradicionais. Um dos objetivos

---

Perspectiva, 2009. O conceito de epistemologia dialética pode ser encontrado na obra citada de Agostinho Ramalho Marques Neto: "Para a dialética, o importante é a *relação*, tomada não exatamente no seu sentido abstrato e genérico, mas a relação concreta que efetivamente ocorre dentro do processo histórico do ato de conhecer. (...) Toda pesquisa criadora é um trabalho de *construção* de conhecimentos novos, mas uma construção ativa, engajada, e não uma simples captação passiva da realidade". MARQUES NETO, Agostinho Ramalho. *A ciência do direito...* cit., p. 13

25. MARQUES NETO, Agostinho Ramalho. *A ciência do direito...* cit., p. 29. Podemos acrescentar neste ponto a observação de Hilton Ferreira Japiassu: "o que a epistemologia crítica pretende mostrar é que, uma vez que o conhecimento científico se torna cada vez mais um *poder*, é este próprio poder que irá constituir, nas sociedades industrializadas, a *significação real* da ciência". JAPIASSU, Hilton Ferreira. Op. cit., p. 77.

26. Esta é a conclusão a que chega Hilton Japiassu. (Op. cit., p. 76).

da epistemologia crítica é enfrentar estes mitos, como fez, por exemplo, Rubens Casara. A superação da mitologia processual penal é, pois, um condição para consolidarmos novas práticas de viés democrático.[27]

A limitação analítica a que estão sujeitos os juristas não críticos produz mais do que um encurtamento da visão jurídica das normas processuais. A dificuldade em reconhecer a interdependência entre o sistema de justiça criminal e os sistemas econômicos e sociais, produz uma indiferença no reconhecimento das singularidades étnicas e de classe que redundam em prisões superlotadas de negros e pobres.

A dogmática jurídica penal tradicional, de corte positivista, dá ao enfoque histórico uma perspectiva cronológica, alijada das contradições e lutas responsáveis pela construção e modificação do Direito. Esta perspectiva é recusada por uma epistemologia crítica do processo penal, que parte de uma concepção dialética da história para, conhecendo o funcionamento concreto do sistema de justiça criminal, apresentar os mecanismos potenciais de resistência jurídica e política do tempo presente.

3. Adesão do Direito Processual Penal à teoria crítica

> *"Cada teoria crítica, cada teórico crítico que produz um novo diagnóstico do tempo em vias da emancipação da dominação constrói um modelo crítico que lhe é próprio."* Marcos Nobre

Algumas características da chamada teoria crítica foram apresentadas. Não será possível desenvolver neste espaço muita coisa além disso. Retomaremos os pontos principais para sistematizar os fundamentos da teoria crítica do processo penal.

A expressão teoria crítica representa, neste texto, o modelo crítico construído a partir do trabalho de Marx Horkheimer, *Teoria Tradicional e Teoria Crítica,*

27. Mito da Verdade Real, Mito da Neutralidade do Julgador, Mito da Imparcialidade do Ministério Público, Mito do Processo Penal como instrumento de pacificação social, dentre vários outros. Rubens Casara trabalha com a ideia de que a produção de mitos é uma condição própria do pensamento científico. Assinala, entretanto, que um processo penal democrático tem a primordial função de desconstruir os mitos autoritários que reforçam o poder de Estado e restringem a força política e jurídica das liberdades fundamentais. Conhecer a obra é fundamental para a consolidação de um pensamento crítico no processo criminal. Conferir CASARA, Rubens. *Mitologia processual penal*. São Paulo: Saraiva, 2015.

apresentado em 1937.[28] A ideia de um *modelo crítico* demarca um campo teórico que estimula a multiplicidade de contribuições. A teoria crítica valoriza a pluralidade de abordagens críticas no seu interior e, assim, mantém-se aberta a constantes renovações.

O programa de investigação traçado por Horkheimer quando esteve à frente do Instituto de Pesquisa Social foi caracterizado pelo trabalho coletivo interdisciplinar. As investigações se unificam pela referência comum ao pensamento marxista e, por esta razão, a experiência em Frankfurt ficou conhecida como *materialismo interdisciplinar*.[29]

Esta observação se justifica para esclarecer que não há objeções teóricas à construção de um processo penal crítico. São conhecidas as contribuições da teoria crítica à economia, psicologia, ciência política, sociologia, história e ao direito.[30] Pensar uma teoria crítica do processo penal é uma decorrência desta última interseção.

A teoria crítica designa, portanto, um campo teórico, cuja convergência está em tomar a obra de Marx como referência primeira de investigação, o que não significa, como lembrado por Marcos Nobre,[31] tomá-la como doutrina acabada.

---

28. Marcos Nobre explica que a "origem da expressão *teoria crítica* já traz consigo uma grande quantidade de dados e elementos a serem analisados. Vê-se, por exemplo, que a teoria crítica está ligada a um Instituto, a uma revista, a um pensador que estava no centro de ambos (Horkheimer) e a um período histórico marcado pelo nazismo (1933-45), pelo stalinismo (1924-53) e pela segunda guerra mundial (1939-45)". O autor lembra ainda que o Instituto de Pesquisa Social nasceu da iniciativa do economista e cientista social Felix Weil, apoiado por Friedrich Pollock e por Horkheimer. Escola de Frankfurt, por sua vez, designa uma forma de intervenção política e intelectual no debate público alemão do pós-guerra, tanto no âmbito acadêmico como na esfera pública. A explicação é dada, *ipsi literis*, por Marcos Nobre em NOBRE, Marcos. *A teoria crítica*... cit., p. 13.

29. A referência ao marxismo não implica em um engessamento nas ideias originais de Marx. É frequente a lembrança de que a teoria crítica, sujeita a constantes renovações de seus pressupostos em razão do tempo histórico, enfrentou o legado teórico de Marx de diversas formas.

30. Estiveram envolvidos com a Economia Friedrich Pollok, Henry Grossmann e Akjadij Gurland. Com a Ciência Política e o Direito, Franz Neumann e Otto Kirchhmeimer. Com a Sociologia e a História, Theodor W. Adorno, Leo Loward e Walter Benjamin. Com a Filosofia, Max Horkheimer e Hebert Marcuse e, finalmente, com a Psicologia e Psicanálise, Erich Fromm. Para um exame mais detalhado das contribuições atuais destes autores, conferir NOBRE, Marcos (org.). *Curso livre de teoria crítica*. Campinas: Papiro, 2013.

31. NOBRE, Marcos. *A teoria crítica*... cit., p. 23.

A finalidade primeira de uma teoria crítica é dar conta do seu próprio tempo e, desta forma, enfrentar uma configuração histórica e política específica. O objetivo comum de teoria crítica é, em síntese, "o de produzir um diagnóstico do tempo capaz de fornecer uma compreensão acurada e complexa do momento histórico e de suas potencialidades emancipatórias".[32]

3.1 Diagnóstico do tempo presente: capitalismo periférico e o sistema de justiça criminal brasileiro

A teoria crítica do processo penal deve produzir diagnósticos do tempo presente e, com base nele, produzir prognósticos capazes de orientar ações concretas de transformação do sistema de justiça criminal. A perspectiva crítica do processo criminal não se dirige, portanto, a formular ideias abstratas, mas a oferecer uma probabilidade concreta de agir por dentro da própria lógica social do sistema.

A crítica se estabelece, portanto, a partir do funcionamento e desenvolvimento concreto do sistema de justiça criminal em uma estrutura econômica, social e jurídica própria do capitalismo financeiro e global. Esta é a conjuntura real e não outra. Além disso, é preciso considerar como este funcionamento opera em um sistema de justiça criminal latino-americano e brasileiro. A possibilidade de resistência e de transformação depende desta consciência e, assim, da imersão na realidade marginal das práticas punitivas no Brasil.

Em resumo, a teoria crítica do processo penal leva em conta as condições concretas em que deve se dar ação. Estas condições envolvem a desarticulação do Estado Social numa espécie de *continum* substitutivo rumo ao Estado Penal; redes de proteções sociais transformadas em típicos instrumentos de vigilância e, finalmente, a consolidação de um regime liberal-paternalista, em que a "mão invisível" do mercado de trabalho precarizado encontra o seu complemento no punho de ferro do Estado.[33]

A teoria crítica do processo penal está, portanto, comprometida em "explicar a concreta realidade jurídica como resultado de um complexo conjunto de condições econômicas, sociais e culturais."[34] No Brasil, isso significa a construção de uma teoria que se pense a partir de um ambiente desarticulado social-

32. NOBRE, Marcos. Introdução. Modelos de Teoria Crítica... cit., p. 19

33. WACQUANT, Loïc. *Punir os pobres:* a nova gestão da miséria nos Estados Unidos, Rio de Janeiro: Revan, 2003. p 148.

34. PRADO, Geraldo. *Transação Penal*... cit., p. 122.

mente, em que a maioria da população se encontra numa exclusão formal dos mecanismos de produção.

Devemos considerar ainda os efeitos produzidos pela economia subjetiva do capitalismo. Estes efeitos são um dos maiores desafios à consolidação de um comportamento crítico dos atores judiciais. A centralidade do mercado, como terceiro organizador da subjetividade, estimulou uma espécie de antilaço social.[35] Os valores individualistas da competição, egoísmo e o enfraquecimento das redes de solidariedade, favoreceram a consolidação de sentimentos de medo e insegurança que desaguarão em frequentes novas formas de controle pelo sistema criminal.[36] Na lógica social, política e subjetiva regida pelo mercado, o processo penal é concebido de forma utilitária e as garantias penais e processuais penais estão, nesta condição, sujeitas às análises de custos e negociações.

Os vetores da ação transformadora encontram-se, desta forma, em um diagnóstico preciso do sistema de justiça criminal no capitalismo. É a partir desta matriz que se pode afirmar a adesão do direito processo penal à teoria crítica.

3.2 *Orientação à emancipação: controle radical da violência punitiva institucionalizada*

> *"Um comportamento que esteja orientado para essa emancipação, que tenha por meta a transformação do todo, pode servir-se sem dúvida do trabalho teórico, tal como ocorre dentro da ordem desta realidade existente. Contudo ele dispensa o caráter pragmático que advém do pensamento tradicional como um trabalho profissional socialmente útil."* Max Horkheimer

A emancipação é uma promessa da modernidade, o que se pode verificar pela extensão dos direitos políticos, sociais e culturais inscritos na maior parte das constituições contemporâneas. A instauração do capitalismo, coincidente com o projeto da modernidade, paradoxalmente, restringiu esta orientação, mas não impediu a sua realização. A contradição que funda a dialética deixa, portanto, espaço para a ação transformadora.

35. MARQUES NETO, Agostinho Ramalho. Subsídios para pensar a possibilidade de articular Direito e Psicanálise. *Direito e neoliberalismo*: elementos para uma leitura interdisciplinar. Curitiba: EDIBEJ, 1996.

36. KARAM, Maria Lúcia (org.). *Globalização, sistema penal e ameaças ao estado democrático de direito*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005. p. 1. Ver também a obra já referida de Wacquant. Recomenda-se ainda a leitura de GIORGI, Alessandro de. *A miséria governada através do sistema penal*. Rio de Janeiro: Revan: ICC, 2006.

O sistema de justiça criminal não é o *locus* à emancipação do povo pobre, negros, índios ou mulheres brasileiras. A relação entre o processo penal crítico e a emancipação se dá às avessas. O seu objetivo é levantar os obstáculos que impedem a emancipação de se concretizar.[37] O controle da violência punitiva institucionalizada restringiria a submissão dos indivíduos à engrenagem punitiva do Estado. A produção de conhecimento crítico amplia, assim, a possibilidade de que estejam livres para desenvolver as suas potencialidades e cumprir o projeto de emanciparem-se.[38]

O modelo capitalista institucionaliza a dominação também e, especialmente, pelo sistema de justiça criminal. A teoria crítica do processo penal parte deste funcionamento concreto e, desta forma, não se limita a dizer como as coisas são ou eram. Faz-se teoria para que ela se confirme na prática transformadora das relações políticas, sociais e jurídicas existentes.

A produção de um conhecimento que se oriente à emancipação caracteriza um dos princípios fundamentais da teoria crítica[39] e é, por esta via, que o direito processual penal com ela se relaciona.

3.3 *Comportamento crítico: tomada de posição dos atores judiciais*

A ausência de compromisso com a emancipação é um dos fatores que distinguem, segundo Horkheimer, a teoria tradicional da teoria crítica. Outro aspecto é a falta de *atitude crítica* diante do existente.[40] Nas palavras de Horkheimer:[41]

> (...) o pensamento crítico é motivado pela tentativa de superar realmente a tensão, de eliminar a oposição entre a consciência dos objetivos, espon-

37. Veremos os exemplos de como isto poderia ocorrer na última parte deste trabalho. Uma teoria crítica do processo penal, por exemplo, propõe uma reconfiguração da *justa causa*, retificando e enrijecendo os critérios à admissibilidade de uma acusação.

38. A criminalização dos movimentos sociais é um dos dispositivos utilizados pelo Estado para frear a luta popular e, assim, frustrar as promessas emancipatórias. A teoria crítica do processo penal exige dos sujeitos processuais e demais atores um *comportamento crítico* que impeça a utilização política do sistema de justiça criminal. Promotores, Juízes e Advogados críticos, tomados desta consciência, encontrarão na teoria os fundamentos pelos quais poderão agir para evitar esta utilização.

39. NOBRE, Marcos. *A teoria crítica.* Op. cit., p. 30-31.

40. NOBRE, Marcos. Max Horkheimer. A teoria crítica entre o nazismo e o capitalismo Tardio. *Curso livre de teoria crítica.* p. 37.

41. HORKHEIMER, Max. Op. cit., p. 113.

> taneidade e racionalidade, inerentes ao indivíduo, de um lado, e as relações do processo de trabalho, básicas da sociedade, de outro. O pensamento crítico contém um conceito de homem que contraria a si enquanto não ocorrer esta identidade.

O comportamento crítico tem a sociedade como seu objeto primeiro e, portanto, compreende os problemas do sistema de justiça criminal (e do processo penal) como dados necessariamente ligados à organização social. Para os representantes do pensamento teórico crítico, os fatos, tais como surgem na sociedade, não lhe são exteriores. Esta atitude é inversa àquela tomada pelo teórico tradicional, que vê a realidade social e seus produtos algo *foracluído* da investigação.[42]

Em nome de uma suposta neutralidade, os juristas não críticos adaptam o pensamento à realidade e, assim, produzem um tipo de conhecimento que reforça o *status quo*. No item em que descrevemos a epistemologia crítica, foram esclarecidos alguns destes problemas. Com Geraldo Prado foi possível observar como se deu a formação de uma cultura jurídico penal no Brasil, filiada a um método técnico-jurídico ou uma análise cronológica elementar da história. Esta formação deu ensejo ao que estamos chamando de teoria tradicional do processo penal, partindo da categoria proposta por Max Horkheimer.

A teoria tradicional, de inspiração positivista, não enfrenta o funcionamento concreto do sistema de justiça criminal sob uma perspectiva histórica e social. Os princípios penais e processuais penais são tomados como *princípios abstratos*, sem consciência da força normativa e política que possuem em con-

42. *Foraclusão* é o nome dado por Jacques Lacan para indicar a rejeição de um significante fundamental para fora do universo simbólico do sujeito. Apropriando-se da expressão, é o que faz a teoria tradicional ao separar o fato percebido dos processos subjetivos de quem o percebe e, fundamentalmente, dos processos sociais reais que o determinam. Na perspectiva tradicional da teoria, os cientistas, embora atrelados ao aparelho social, veem suas realizações como uma reprodução contínua do existente. Segundo Horkheimer, "eles tem apenas que se enquadrar ao seu "conceito", ou seja, fazer teoria no sentido descrito acima. Dentro da divisão social do trabalho, o cientista tem que conceber e classificar os fatos em ordens conceituais e dispô-los de tal forma que ele mesmo e todos os que devem utilizá-lo possam dominar os fatos o mais amplamente possível." Em suma: o material em fatos, a matéria, é fornecida de fora. Esta visão é recusada pela teoria crítica: "os fatos que os sentidos fornecem são pré-formatados de modo duplo: pelo caráter histórico do objeto percebido e pelo caráter histórico do órgão perceptivo". Conferir HORKHEIMER, Max. Op. cit., p. 121 e 125.

creto. A abordagem tradicional da teoria separa o "conhecimento" e o "agir", o cientista social do agente social.

Esta concepção não investiga as estruturas ou as condições históricas em que o sistema criminal atuou e atua. A ausência de conexão com a realidade social produz uma teoria estéril, parcial e, desta forma, constrói uma imagem de justiça que não passa de uma aparência. A lógica da doutrina tradicional é, portanto, a mesma lógica ilusória do capitalismo. Formalmente se promete algo sobre uma liberdade e igualdade que nunca será alcançada.

Toda literatura jurídico penal se inaugura com uma declaração solene de princípios e garantias, mas a condição real do sistema se traduz em hipercriminalização e hiperencarceramento. A descrição das normas constitucionais é perfeitamente apresentada, sem prejuízo das mais básicas violações em curso. A legalidade convive com práticas subterrâneas de punição, a ofensividade não obsta a prisão por crimes famélicos, as garantias processuais, exaltadas em livros não chegam aos acusados em geral. O *comportamento crítico* é, última instância, uma reação a este estado de coisas.

A construção de um saber com real conexão na realidade é o objetivo-fim da teoria crítica do processo penal. Isso depende da tomada de atitude crítica dos Atores Judiciais e demais agentes que interagem com o sistema de justiça criminal. Conhecer a realidade já é um momento da sua ação. Agir é, igualmente, conhecer esta realidade e transformá-la.[43]

4. Hermenêutica processual penal de Alberto Binder à luz da teoria crítica

Grosso modo, a hermenêutica processual penal expressa o trabalho de construção de sentido das normas processuais penais que, segundo se defende neste texto, deve estar atravessado pelo funcionamento concreto do sistema de justiça penal.

Esta proposta deve ser integralmente creditada à Alberto Binder, cuja obra *Derecho Procesal Penal, Hermenéutica Procesal Penal* constitui um ponto de referência indispensável às reflexões. Binder não relaciona a sua concepção

43. Esta relação não significa que inexiste diferença entre "o que é" (teoria) e "o que deve ser" (prática). A eliminação do fosso entre teoria e prática eliminaria a própria capacidade de dizer que existe uma coisa e outra. Em outras palavras, como colocou Marcos Nobre, eliminaria as duas dimensões fundamentais da vida humana: o conhecer e o agir. NOBRE, Marcos. *A teoria crítica...* cit., p. 8.

hermenêutica do processo penal com a teoria crítica, aqui caracterizada a partir das colocações de Horkheimer em 1937. Os pressupostos que utiliza e a configuração que atribui ao saber processual penal permitem, entretanto, esta articulação, uma vez que os pontos de contatos são muitos.

É de Alberto Binder a afirmação de que o saber sobre o sentido das normas processuais penais deve buscar o objetivo de modificar as práticas do poder punitivo. Diz ainda que este saber deve se ocupar das *formas patológicas* de exercício do poder no interior do processo penal, admitidas como normais e sem importância. Finalmente, a hermenêutica processual penal deve ser capaz de instruir os Atores sobre a orientação geral do sistema de justiça criminal, adestrando-os ao sentido do jogo e preparando-os com a sensibilidade adequada para participar de um processo penal no contexto de uma democracia.[44]

O enfoque proposto por Binder diferencia-se, dentre outros, daquele proposto tanto por Ferrajoli quanto por Zaffaroni. Nestas abordagens, é comum estabelecer a contraposição entre Estado democrático de Direito e Estado autoritário ou, neste último caso, Estado policial. Claro que, em qualquer hipótese, trata-se de configurar uma espécie de dicotomia não estabelecida em termos absolutos, mas que aponte para a existência de pulsões cujo direcionamento aponta para os referenciais apropriados a um ou outro sistema político.

Embora não seja difícil encontrar, no interior dos Estados ditos democráticos, setores, pensamentos, práticas e tendências autoritárias, para Binder, a verdadeira contraposição ontológica no processo penal se estabelece "não entre o democrático e o autoritário, mas dentro de uma dinâmica instalada no interior do próprio campo democrático".[45]

Por esta razão de base, a antinomia fundamental do processo penal estaria radicada essencialmente na contraposição entre eficiência repressiva e limites ao poder punitivo.

Estes limites são entendidos enquanto garantias pensadas para proteger a todos os cidadãos dos danos que podem ser ocasionados por uma política tão forte como a que organiza o poder punitivo do Estado.[46] Segundo Alberto Binder, o estado de tensão entre estas forças configura todas as instituições processuais e, consequentemente, impõe que as normas processuais sejam analisadas

44. BINDER, Alberto M. *Derecho procesal penal*... cit., p. 47.

45. BINDER, Alberto M. *Derecho procesal penal*... cit., p. 124.

46. BINDER, Alberto M. *Derecho procesal penal*... cit., p. 111

ou como ferramentas de política criminal ou como parte do sistema de garantias, "é dizer, como ferramentas de proteção do cidadão".[47]

O reconhecimento de que esta tensão atravessa as normas processuais e a atuação das agências repressivas é importante. A contraposição entre estas duas forças no interior do direito processual penal (eficiência versus garantia) expressa, em uma perspectiva social mais ampla, o conflito estabelecido entre demanda por ordem e tutela das liberdades fundamentais.

A teoria crítica, por tudo quanto foi dito, exige um saber penal e processual penal que se dedique, antes de tudo, a construir ferramentas de limites, estabelecendo contornos muito precisos para o exercício do poder punitivo.[48] A defesa radical destes dispositivos representa, para uma teoria crítica do processo penal, uma exigência do comportamento crítico diante da emancipação. Emancipação que não se pode obter sem a consciência da importância das "ferramentas concretas de defesa da liberdade, historicamente construídas para reparar os graves danos que o abuso de poder gerou e, ainda, tem gerado cotidianamente".[49]

4.1 Reconstrução crítica da hermenêutica processual penal: mediação do social, do político e histórico

Influem diretamente na justiça penal as normas jurídicas vinculadas ao exercício da violência por parte do Estado, assim entendidas como as que autorizam, orientam, restringem ou condicionam o exercício do poder penal.[50]

O processo penal e o direito penal possuem uma mesma unidade política e conceitual, configurando o chamado direito criminal. Há, entretanto, três critérios funcionais para separar as normas penais das processuais penais: (i) normas que criam delitos e fixam penas; (ii) normas que regulam o juízo penal: (iii) normas que regulam o exercício da execução da pena. As normas processuais penais são aquelas concernentes ao desenvolvimento e organização do juízo penal, assim como tudo o que for relativo à preparação e controle.[51]

47. BINDER, Alberto M. *Derecho procesal penal*... cit., p. 102

48. BINDER, Alberto M. *Derecho procesal penal*... cit., p. 112.

49. Sobre a tentativa de estender às vítimas o conceito de garantias, conferir a mesma obra de BINDER, Alberto. *Derecho procesal penal*.. cit., p. 113.

50. BINDER, Alberto M. *Derecho procesal penal*... cit., p. 157.

51. BINDER, Alberto M. *Derecho procesal penal*... cit., p. 148-150.

Alberto Binder insiste que a reconstrução hermenêutica do direito processual penal exige que a disciplina incorpore a mediação do social, do político e histórico. Esta exigência permite que a sua proposta seja considerada fundamental à construção de uma teoria crítica do processo penal. Trata-se de um ponto importante de convergência.

A teoria crítica investiga as estruturas econômicas, sociais e políticas para descobrir as condições históricas em que se pode dar a ação. Isso produz um conhecimento crítico que orienta práticas de emancipação. É o que lhe diferencia, na essência, das teorias tradicionais.

Todo espaço social é um resultado de uma série de atravessamentos, quanto mais o sistema de justiça criminal, profundamente marcado pela tradição inquisitorial. Esta relação – justiça penal e o campo social – comparece em todos os segmentos do processo comunicativo que se encontra na base da relação normativa.[52] A mediação histórica, proposta por Alberto Binder, está na base do método histórico crítico de que se vale a teoria crítica do processo penal.[53] Ela é fundamental para nos prevenir da tradição inquisitorial, pois adverte que todo conhecimento que se elabore sobre o direito processual penal se produzirá a partir, e não apesar dela.

O espaço judicial é um espaço de lutas políticas entre diversas perspectivas ideológicas e discursivas (crença na funcionalidade da prisão, crença na verdade real etc.). Esta luta está para além do cidadão que está juiz, promotor ou defensor, individualmente isolados. As organizações exercem um grande poder de configuração das condutas e respondem pela maior parte das práticas e disseminação da cultura inquisitiva no processo penal.[54] A conclusão a que chega Alberto Binder é importante à teoria crítica que nos propusemos refletir.

A justiça penal se apresenta como uma multiplicidade de departamentos, tribunais, fiscais, unidades de investigação e outras dedicadas ao arquivo, a receber documentos, expedir notificações, atender ao público, administrar pessoal etc. Todos estes setores encontram-se conectados por um sem número de trâmites, mais ou menos formalizados. Elas são indispensáveis à pretensão de monopólio

52. BINDER, Alberto M. *Derecho procesal penal*... cit., p. 161.

53. Para uma abordagem do método histórico crítico no direito processual penal, conferir a obra citada de PRADO, Geraldo. *Transação penal*... cit., p. 123.

54. BINDER, Alberto M. *Derecho procesal penal*... cit., p. 20. "El papel de esas organizaciones para configurar las prácticas individuales es tan grande que todos hemos visto como la uniformización del lenguage, de las vestimentas, de los modos, de las relaciones y finalmente de las perspectivas vitales va siendo moldeado poco a poco por la estrutura y cultura de cada organización".

da violência do Estado.[55] Em razão do seu caráter indispensável, a organização – rotinas, regras, cultura etc. – influi de um modo determinante na reconstrução do sentido das normas. Este é o argumento central de Binder, com o qual não se pode discordar. Todas as práticas que se desenvolvem na justiça penal têm como raiz aquela burocracia e seus trâmites. Por isso, a realidade organizacional e burocrática constitui uma das mediações que se deve ter em conta no processo hermenêutico de reconstrução do sentido das normas processuais penais.[56]

Em síntese: a tarefa de construção de um saber sobre a justiça penal se encontra submetida a uma série de mediações e regras políticas que constrangem e obrigam a todo aquele que produz um saber sobre as suas normas. Este saber está orientado por uma visão restritiva do exercício do poder penal e, como contrapartida, por uma interpretação extensiva e progressiva da defesa das garantias.

Todas as ferramentas de política criminal devem ser interpretadas restritivamente. Em sentido contrário, a determinação do sentido das normas processuais que protegem a liberdade dos cidadãos deve ser realizada segundo diretrizes que ampliem as suas margens de abrangência. Em outras palavras, as ferramentas de defesa da liberdade devem ser interpretadas extensiva e progressivamente.[57]

Estas regras de hermenêutica estão na base de uma teoria crítica do processo penal. Decorrem da opção constitucional pelo Estado Democrático de Direito e enunciam diretrizes que devem orientar a prática dos atores judiciais.

4.2 Saber processual penal prático

Constituir um saber prático é a razão fundamental da hermenêutica proposta por Alberto Binder. Esta preocupação representa, igualmente, o núcleo duro de uma teoria crítica do processo penal, fortemente marcado pelo *materialismo prático*[58] que surge da relação entre teoria e *práxis*, poder e resistência, dominação e emancipação.[59]

55. BINDER, Alberto M. *Derecho procesal penal...* cit., p. 299.

56. BINDER, Alberto M. *Derecho procesal penal...* cit., p. 300.

57. BINDER, Alberto M. *Derecho procesal penal...* cit., p. 169-172.

58. MARX, Karl. "Ad Feuerbach (1845)", In: K. Marx e F. Engels. *A ideologia alemã*. São Paulo: Boitempo, 2007. p. 534.

59. "A Teoria Crítica não se bate nem por uma ação cega (sem levar em conta o conhecimento) nem por um conhecimento vazio (que ignora que as coisas poderiam ser de outro modo), mas questiona o sentido de 'teoria' e de 'prática' e a própria distinção

A teoria crítica do processo penal está orientada a enfrentar não apenas as disposições legais nitidamente inquisitoriais, mas, igualmente, as grandes e pequenas práticas, hábitos e ideias cristalizadas no ensino jurídico do processo e no sistema de justiça criminal.[60] Trata-se de construir ferramentas que, em última instância, sirvam à elaboração daquilo que Alberto Binder chamou de um saber de batalha: um saber que oriente a atuação dos atores jurídicos e intervenha neste duelo de práticas, em que se jogam os valores fundamentais da sociedade.[61]

Para que sirva como ferramenta de intervenção prática, e não somente analítica, o saber processual penal não pode ser visto sob uma perspectiva meramente sequencial, ou seja, um conjunto de normas que regulam os atos processuais ou a faculdade das partes (*ideologia do trâmite*). A chamada justiça penal é, ainda segundo Binder, configurada por um *universo de práticas* e sistemas normativos que, *lato sensu*, também devem ser compreendidas enquanto *atos processuais*.[62]

A normatividade, quando se está em questão esta parcela do poder que administra a justiça criminal, deve considerar diferentes regras e modelos informais de funcionamento.[63] A constituição de um saber processual penal crítico, com aptidão para produzir novas práticas deve, portanto, dar conta de todas as dimensões do sistema penal, inclusive, e principalmente, do chamado sistema penal subterrâneo.[64] Esta visão representa uma característica que lhe diferencia radicalmente da teoria tradicional, concentrada única e exclusivamente em uma análise lógico formal das normas e meramente sequencial do processo.

Em síntese, a teoria crítica do processo penal ratifica a necessidade de construção de um saber cuja tarefa seja: 1. reconstruir o sentido das normas pro-

---

entre esses dois momentos. Caberá à ideia mesma de "crítica" o papel de realizar essa tarefa." NOBRE, Marcos. *A teoria crítica*... cit., p. 8.

60. BINDER, Alberto M. *Derecho procesal penal*... cit., p. 10.

61. BINDER, Alberto M. *Derecho procesal penal*... cit., p. 10.

62. BINDER, Alberto M. *Derecho procesal penal*... cit., p. 39.

63. Nas palavras de Alberto Binder: "Los abogados suelen ler los códigos y normas procesales como si se tratara solamente de un conjunto de trámites, observanla realidade burocratizada de nuestros sistemas de justicia penal y observan trámites y, por lo tanto, se adiestran para reproducires los trámites e expandir-los. Así se instala la dinâmica essencial de la reconfiguración inquisitorial de los sistemas adversariales (...)". BINDER, Alberto M. *Derecho procesal penal*... cit., p. 80.

64. Sobre sistema penal subterrâneo, conferir ZAFFARONI, Eugenio Raul, et al. *Direito penal brasileiro*. Teoria geral do Direito Penal. Rio de Janeiro: Revan, 2003. p. 52-53.

cessuais, levando em conta o funcionamento concreto da justiça criminal (formal e subterrâneo); 2. busque a modificação das práticas do poder criminal, consciente de que se trata de um campo de larga disputa política e ideológica; 3. se ocupe das *formas patológicas* de exercício do poder no interior do processo penal, admitidas como normais e sem importância.

4.3 *Saber processual penal ancorado na criminologia crítica*

A criminologia crítica representa uma das principais vias de desconstrução do papel desempenhado pelo poder criminal. A demonstração prática de sua (des)funcionalidade como instrumento efetivo de tutela de bens jurídicos e sua afirmação como mero fato de poder implica numa visão limitadora da persecução estatal frente ao indivíduo, essencial à reconstrução hermenêutica do processo penal, conforme se propõe neste texto.[65]

O direito processual penal, ancorado na criminologia crítica, considera as diversas formas de opressão (funcionamento concreto do sistema) como parte integrante do seu próprio saber. Da formulação dos dispositivos legais à interpretação e aplicação pelos atores judiciais, todos devem orientar-se no sentido de transformação destas práticas. A criminologia crítica finca o processo penal na realidade e, desta forma, produz uma nova análise do papel do Estado e dos processos de criminalização. Sem isso, o saber processual penal se reduz a uma teoria perdida no universo concreto das práticas punitivas.

É importante que se diga, porém, que a análise dos processos de criminalização formal e sua relação com os mecanismos de controle social e político do capitalismo corresponde precisamente ao objeto da criminologia crítica e radical. A denúncia ideológica da seletividade do sistema criminal no capitalismo será, portanto, como adiantou Alberto Binder, um encargo dos criminólogos e criminólogas críticos.

Isso não nos impede de construir um modelo crítico de processo penal que incorpore o exercício concreto destes mecanismos com vistas à reconstrução hermenêutica do seu saber. Ao processualista penal crítico caberá desvelar, denunciar e atuar para expurgar as inúmeras práticas inquisitoriais que a criminologia crítica aponta como o funcionamento ordinário da máquina repressiva estatal.[66]

65. CASARA, Rubens R. R. MELCHIOR, Antonio Pedro. *Teoria do processo penal brasileiro.* Dogmática e crítica. Conceitos fundamentais. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2013. p. 469.

66. BINDER, Alberto. *Hermeneutica procesal penal...* cit., p. 15-16. Conferir, igualmente, BINDER, Alberto. *Política criminal de la formulación a la práxis.* Buenos Aires: Ad-

4.3.1 *Garantismo crítico e criminologicamente fundado*

> "*(...) uma ciência penal que não incorpora esses dados e não enfrenta todos os seus problemas tendo em conta essa função seletiva (do sistema penal), ou é uma ciência superficial – em definitivo, uma ciência ruim – ou é cúmplice dessa mesma ordem (injusta), que se reveste com trajes científicos.*" Alberto Binder

Uma teoria crítica do processo penal só se confirma na prática transformadora do sistema de justiça criminal. Há no seu interior um compromisso concreto com a emancipação, aqui entendida como efetiva realização da liberdade em um sistema de justiça criminal atravessado pela lógica social do capitalismo e, consequentemente, fascistizado.

Este compromisso com a emancipação joga a teoria crítica do processo penal para além do garantismo abstrato da dogmática tradicional, entendida como "ciência normal".[67] O garantismo, como lembra Salo de Carvalho, em razão da fundação kantiana baseada em Hume, nega os vínculos com a sociologia, ciência do ser. O garantismo penal, no contexto de uma teoria crítica do processo penal deve, portanto, ser muito bem "enquadrado" como uma espécie de pauta mínima, piso, e não teto.[68]

A dogmática crítica do processo penal é fortemente alimentada pelo conhecimento empírico dos sistemas punitivos e, desta forma, está em melhores condições de proteger os direitos humanos. Esta dogmática, nos parece, corresponde àquilo que Vera Regina Andrade chamou de ciência extraordinária e marca o compromisso com a busca da segurança prometida, dos direitos humanos e de igualdade, inscritos no projeto político e social da modernidade.[69] Nas palavras de Alessandro Baratta:[70]

-hoc, 1997. p. 119.

67. BARATTA, Alessandro. Prefácio. In: ANDRADE, Vera Regina Pereira de. *A ilusão de segurança jurídica.* Do controle da violência à violência do controle penal. 3. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015.

68. Estas ponderações devem ser tributadas *ipsi litteris* à Salo de Carvalho no contexto das conversações estabelecidas no âmbito do grupo de pesquisa já citado nesta obra. *Teoria crítica e crítica da racionalidade punitiva* na Faculdade Nacional de Direito (FND-UFRJ).

69. Conferir a obra já referida de ANDRADE, Vera Regina Pereira de. *A ilusão da segurança jurídica.*

70. BARATTA, Alessandro. Prefácio. In: ANDRADE, Vera Regina Pereira de. Op. cit.

> O diagnóstico realista sobre a incapacidade da Dogmática de controlar o sistema punitivo conjugando racionalidade e emancipação (as duas promessas contraditórias da modernidade) se abre numa perspectiva de esperança: uma nova ciência do direito penal que encontra as suas premissas numa adequada relação com a análise empírica sobre o real funcionamento do sistema punitivo, poderá talvez "resgatar" o potencial de controle da Dogmática e as "promessas da modernidade" repensando-as sobre as contradições do tempo presente.

Estas ponderações lembram as objeções de Alberto Binder sobre a orientação constitucional do processo penal. A par de seus inegáveis avanços, esta perspectiva não incorpora a visão empírica sobre os sistemas judiciais, novas formas de ensino do saber processual e, como tal, ainda se apega a categorias comuns de tipo procedimental, vinculadas a uma análise sequencial do processo penal.[71]

5. Fundações democráticas da teoria crítica do Processo Penal

5.1 *Dispositivo de controle do poder punitivo*

> "*(...) ela tem claro que todo o poder tende insuportavelmente ao abuso, que o poder "imbeciliza" (Nietzsche), que o poder não suporta a alteridade, que o poder necessita, em consequência, de verdade absoluta (Bauman), que o poder necessariamente é mentiroso (Heidegger).*" Amilton Bueno de Carvalho[72]

Democracia importa em controle do poder estatal. O propósito forte do Estado de Direito é o de sujeitar os poderes públicos à lei, em última instância, a limites de contenção.[73] Ao direito processual penal cabe estabelecer os instrumentos capazes de concretizar estes limites. Estas são premissas básicas de uma teoria crítica do processo penal, neste ponto, visivelmente herdados do garantismo penal.

Há um vínculo indissociável entre regime político constituído e modelo de processo penal. A democracia exige uma teoria crítica do processo penal, porque apenas ela é capaz de realizar um controle efetivo do poder punitivo e produzir práticas libertárias efetivas.

---

71. BINDER, Alberto. *Derecho procesal penal...* cit., p. 88-89.
72. No caso, Amilton Bueno de Carvalho se referia à Defensoria Pública que, em uma Teoria Crítica do Processo Penal, tem a sua máxima relevância reconhecida.
73. Cf. FERRAJOLI, Luigi. *Derecho y razón*: teoría del garantismo penal. 6 ed. Madrid: Trotta, 2004.

A prevalência da liberdade em virtude do poder punitivo é uma qualidade que os regimes autoritários, em definitivo, não possuem. A concentração de poder (centralismo político) está aliada à concepção autoritária do processo penal, cuja marca principal é o *intervencionismo estatal intenso,* ilustrado no *caráter plenipotenciário* do julgador criminal. Diogo Malan demonstrou isso muito bem.[74] Uma democracia, na qual a preocupação com o poder integra o próprio conceito, deve nos conduzir ao caminho inverso daquele trilhado pela epistemologia própria do sistema criminal nazista.[75]

O Processo Penal, desde uma teoria crítica, surge (e só se justifica) como limite ao poder estatal, ao poder punitivo, na redução do arbítrio e na produção de práticas orientadas a racionalizar as respostas estatais aos desvios criminalizados.[76] Dispositivo de contrapoder jurídico:[77] esta é a natureza política do processo penal crítico em uma democracia real.

Em suma, um dos pilares que estruturam a teoria crítica do processo penal é a exigência de controlar o exercício do poder punitivo do Estado. A limitação do poder punitivo como cerne da preocupação democrática se justifica pela "suposição" de que o seu exercício *goza* na propensão natural de tendência ao arbítrio.

5.1.1 Descrença na bondade do poder punitivo

> *"Hoje não são melhores os que, antes de cometer seus crimes mais graves, sempre os fazem preceder por alguns belos discursos sobre o bem público e o*

74. MALAN, Diogo. *Ideologia política de Francisco Campos:* influência na legislação processual penal brasileira (1937-1941). In: MELCHIOR, Antonio Pedro; MALAN, Diogo; SULOCKI, Victoria-Amalia de Barros Carvalho Gozdawa de. *Autoritarismo e processo penal brasileiro.* v. 1. Coleção Matrizes Autoritárias do Processo Penal Brasileiro. Geraldo Prado e Diogo Malan (orgs.). Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2015.

75. Sobre a relação entre o sistema penal brasileiro e o modelo nazista, conferir a obra de FRAGOSO, Christiano Falk. *Autoritarismo e sistema penal.* Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2015.

76. CASARA, Rubens R. R., MELCHIOR, Antonio Pedro. Op. cit., p. 28.

77. Por dispositivo, entendemos a lição que Gilles Deleuze extrai da obra de Michel Foucault: como "um conjunto multilinear, composto por linhas de natureza diferente, (...) linhas (...) que seguem direções, traçam processos que estão sempre em desequilíbrio, e que ora se aproximam ora se afastam uma das outras." DELEUZE, Gilles. *O que é um dispositivo.* Disponível em: [www.arteria.art.br/wp-content/uploads/2013/10/Deleuze-O-que-e%CC%81-um-dispositivo.pdf]. Acesso em: 06 abr. 2014.

> *interesse geral. Pois, ó Longa, conheces bem o formulário do qual eles podem servir-se com muita sutileza em alguns lugares. Mas é possível falar em fineza onde há tanto descaramento?"* Étienne de la Boétie, 1530-1563

Uma teoria crítica do processo penal parte do pressuposto inegociável de que não se deve confiar em quaisquer das agências comprometidas com o poder punitivo. A crença na bondade do poder é "um golpe pelo *imaginário*", como concluiu Jacinto Nelson de Miranda Coutinho.[78]

O desvelamento desta ilusão (de confiança no poder punitivo) é um desdobramento da preocupação democrática com o exercício do poder do Estado. Como tivemos a oportunidade de dizer com Rubens Casara:[79] se a pessoa que se dispõe a pensar o processo penal não toma esta preocupação como fundamento de identificação do conteúdo democrático, tudo muda. Diga-me a crença que tens no poder e te direi qual processo penal terás. Muda a forma com que se compreende o papel do julgador, os limites do poder por ele exercido e, ao fim, modifica-se a forma com que se pensa a missão do processo penal na "era do grande encarceramento".

O "*princípio da irregularidade dos atos dos poderes*, expresso no absoluto pessimismo em relação ao agir persecutório"[80] gera repercussões práticas de grande envergadura. A desconfiança não apenas redefine as posturas dos sujeitos processuais,[81] questiona a pretensão de busca da verdade real, como altera radicalmente o regime probatório.

5.1.2 Perspectiva agnóstica da pena e crítica à racionalidade punitiva

Toda fala sobre justiça penal está impregnada de uma forte influência das crenças que esta pessoa possui a respeito das funções da prisão e do castigo, de uma forma geral. O processo penal, como caminho irredutível à aplicação da pena, evidentemente, tem suas regras voltadas a cumprir os objetivos atribuídos pelas teorias tradicionais: retribuição e prevenção especial ou geral (positiva ou negativa). Os reflexos da política criminal adotada, ou seja, a op-

78. COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. O papel do pensamento economicista no direito criminal de hoje. *Revista da Faculdade de Direito da UFPR*. v. 31. Curitiba, 1999. p. 244.

79. CASARA, Rubens R. R., MELCHIOR, Antonio Pedro. Op. cit., p. 28

80. CARVALHO, Salo de. *Antimanual de criminologia*... cit., p. 75.

81. CARVALHO, Salo de. *Antimanual de criminologia*... cit., p. 75.

ção relativa ao trato do poder penal, vão assim construindo as bases de um determinado modelo de processo criminal.[82]

Por isso, com Rubens Casara, temos ressaltado a necessidade de entender o processo penal democrático em consonância com a crítica trazida pela teoria agnóstica. O processo penal se articularia com os instrumentos de redução dos danos causados tanto pelo desvio quanto pela reação a ele, afastando-se dos discursos retóricos centrados nas mais diversas teorias justificacionistas da pena.[83]

Conforme apontado por Maria Lucia Karam, "a pena só se explica em sua função simbólica de manutenção de poder e em sua finalidade não explicitada de manutenção e reprodução deste poder".[84]

A pena concebida como um *fato político* demanda, portanto, um processo penal que limite severamente as políticas públicas concebidas segundo uma estratégia de guerra e que, neste contexto, apostam na confiança na bondade do poder repressivo (Salo de Carvalho).[85]

5.2 Defesa do princípio e do sistema acusatório

A defesa do princípio e do sistema acusatório é uma decorrência natural de uma teoria que recusa a confiança no poder do Estado e se operacionaliza como dispositivo de redução e controle radical da repressão criminal. Este trabalho tem o objetivo de apresentar um desenho fundamental da teoria crítica do processo penal e, portanto, não permite que se avance nas características que identificam os princípios acusatório e inquisitivo, cujos respectivos sistemas possuem o mesmo nome.[86] Algumas ideias básicas precisam, entretanto, ser fixadas.

---

82. CASARA, Rubens R. R.; MELCHIOR, Antonio Pedro. *Teoria do processo penal brasileiro*... cit., p. 26.

83. CASARA, Rubens R. R.; MELCHIOR, Antonio Pedro. *Teoria do processo penal brasileiro*... cit., p. 26.

84. KARAM, Maria Lúcia. Utopia transformadora e abolição do sistema penal. *Conversações abolicionistas*: uma crítica do sistema penal e da sociedade punitiva. Edson Passetti, Roberto Baptista Dias da Silva; Carmen Junqueira (et al) (orgs.). São Paulo: Instituto Brasileiro de Ciências Criminais, 1997. p. 67-84.

85. CARVALHO, Salo. *Antimanual de criminologia*... cit., p. 140.

86. Como alerta Geraldo Prado, se reconhecemos a existência de uma categoria jurídica, a que chamamos de *sistema acusatório*, "não há como, pura e simplesmente, justa-

O princípio acusatório decorre dos princípios democrático e republicano e deles retira a vocação para o respeito aos direitos fundamentais e a ideia de separação das funções estatais de acusar e julgar. São essas as "regras do jogo" (repartição democrática de poderes/funções entre os sujeitos processuais e respeito aos direitos fundamentais) que o princípio acusatório enuncia para diferenciar o sistema acusatório do inquisitório.[87]

A teoria crítica do processo penal não se atém, entretanto, a uma constatação de que o sistema processual adotado no Brasil é acusatório, porque assim estabeleceu a Constituição da República de 1988. É preciso forçar o funcionamento concreto do sistema a obedecer a esta exigência, sem o qual não se garante a prevalência da liberdade diante do poder punitivo. Geraldo Prado reforça esta premissa há décadas: as "regras do jogo"' não dizem nada se não olharmos para os sujeitos históricos que as concretizam, ou melhor, essas regras que asseguram o julgamento justo "não se concretizam sem a interferência dos sujeitos que participam do processo", logo, "não há dúvida de que são os atos que esses sujeitos praticam que hão de diferenciar os vários modelos processuais".

Dito de outra forma, a partir da convicção de que os atos processuais ao ser concretizados "atendem a funções determinadas" (ou seja, "não são desinteressados"), ainda que os próprios atores jurídicos não as percebam com clareza, a mera existência formal de um julgador distinto do acusador e do defensor não é suficiente à caracterização do princípio acusatório. Impõe-se identificar a separação de funções em concreto, posto que de pouco vale a existência formal de um órgão julgador separado daquele encarregado de acusar, se a função de acusar (e acusar não se limita a formular uma imputação), produzindo provas e buscando a condenação, em concreto é exercida pelo juiz.

---

pô-lo com exclusividade a um preciso princípio acusatório, pois a identidade entre um e outro resultaria, por exigência lógica, na exclusão de uma das duas categorias". O princípio acusatório não se confunde, portanto, com o sistema acusatório, embora o integre com a função de dar coerência aos seus diversos elementos. A este respeito, ver o trabalho de PRADO, Geraldo. *Sistema acusatório*... cit., p. 103 e, ainda, CASARA, Rubens R. R.; MELCHIOR, Antonio Pedro. Op. cit., p. 67. Adota-se o entendimento de Jacinto Nelson de Miranda Coutinho, segundo o qual *sistema* pode ser de entendido como o "conjunto de temas colocados em relação por um princípio unificador, que formam um todo pretensamente orgânico, destinado a uma determinada banalidade". COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. Introdução aos princípios gerais do direito processual penal brasileiro. *Revista de Estudos Criminais do ITEC*. n. 1. Sapucaia do Sul: Notadez Informações. p. 28-200.

87. CASARA, Rubens R. R.; MELCHIOR, Antonio Pedro. Op. cit., p. 67.

O sistema acusatório recoloca o processo penal no contexto dos processos políticos, sociais e culturais que estão por trás do exercício do poder criminal, da funcionalidade real do sistema de justiça e da atuação dos atores jurídicos.[88]

6. INTERVENÇÕES PRÁTICAS DA TEORIA CRÍTICA DO PROCESSO PENAL

A teoria crítica do processo penal deve ser compreendida com um saber de batalha, prático, como sustenta Alberto Binder. Saber que se destina a movimentar uma máquina de resistência, cujo objetivo é produzir novas práticas no sistema de justiça criminal.

A par de todos os obstáculos, devemos insistir na criação de constrangimentos democráticos, o que significa não arredar o pé desta disputa de sentidos e práticas relacionadas ao poder punitivo. As intervenções práticas que somos capazes de produzir são muitas. Daremos parcos exemplos, apenas para que se provoquem novas reflexões críticas e, assim, possa-se dar andamento ao propósito de modificar as micro e macro patologias inquisitivas do sistema penal.

6.1 Campo da investigação preliminar

O Inquérito Policial é a forma, por excelência, de investigação preliminar no Brasil. Não se vê como, desde o ponto de vista da teoria crítica do processo penal, se possa investigar o inquérito, sem problematizar, a fundo, a forma com que a policia age no país.

Embora não lhe caiba a função de polícia judiciária (instituição que interessa ao inquérito e se fixa a dogmática tradicional), não podemos perder de vista a forma com que a Polícia Militar atua. Monopolizando a ponta do controle punitivo institucionalizado, esta polícia é responsável pela quase totalidade dos flagrantes[89] e, ainda, por milhares de condenações criminais.

---

88. CASARA, Rubens R. R.; MELCHIOR, Antonio Pedro. Op. cit., p. 63.

89. Há uma aposta do Estado em concentrar esforços na polícia de segurança e não na polícia judiciária. Trata-se de executar uma política criminal de enfrentamento da "microcriminalidade de rua", o que repercute nos altos índices de seletividade e de instauração de inquérito provenientes do Auto de Prisão em Flagrante. Pesquisas do Estudo de Núcleo de Violência da USP apresenta que 59% dos inquéritos da cidade de São Paulo são instaurados automaticamente após a lavratura do APF. A leitura dos dados permite concluir, portanto, que o propósito de investigação ampla e eficiente é substituído pela atuação emergencial e paliativa do policiamento osten-

Uma intervenção prática da teoria crítica do processo penal redunda em tomar com premissa, jamais a presunção de legitimidade dos atos da administração pública, mas, sim, a presunção de irregularidade dos atos do poder punitivo, neste caso, trazidas ao processo na palavra do agente policial.

Anderson Lobo da Fonseca[90] apresenta as pesquisas realizadas pelo Núcleo de Estudos da Violência (NEV) da Universidade de São Paulo, em que se constatou que 74% das prisões por tráfico de drogas neste Estado contaram apenas com testemunhos de policiais que realizaram a prisão e, em 76 % dos inquéritos da cidade, os agentes que dela participaram foram ouvidos como principais testemunhas.[91]

Ao mesmo tempo, uma pesquisa elaborada pelo Direito FGV quanto ao índice de confiança na Justiça (ICJBrasil) indica que:

> 77% da população com renda inferior a dois salários mínimos não confia na atuação da polícia. Esta descrença atinge 59% da população com renda acima de 10 salários mínimos. Já entre a população com nível de renda entre dois e dez salários mínimos, o grau de desconfiança varia entre 65% e 63%. De uma forma geral, apenas 36% da população declarou estar satisfeito com a polícia.[92]

Em um país, cujo histórico de violações aos direitos humanos pela instituição policial é imenso, onde a maioria esmagadora da população diz não confiar

sivo. É a conclusão de Anderson Lobo da Fonseca. FONSECA, Anderson Lobo da. A força da palavra repressiva. *Le Monde Diplomatique Brasil*. ano 8. n. 93. abr. 2015. p. 32-33.

90. FONSECA, Anderson Lobo da. A força da palavra repressiva. *Le Monde Diplomatique Brasil*. ano 8. n. 93. abr. 2015. p. 32-33.

91. Uma pesquisa realizada pelo Centro de Estudos de Segurança e Cidadania (CESeC) analisou a situação jurídica de todos os 1.330 presos por tráfico de drogas em 2013 na cidade do Rio de Janeiro, com processo concluído até março de 2015. Em 95% do casos, policiais militares foram responsáveis pela prisão em flagrante e, em 88,4% foram as únicas testemunhas de acusação. Em nenhum dos 242 casos (prisão em flagrante em 2013) os réus foram vistos vendendo drogas. Todos foram presos por estar portando ou guardando substâncias ilícitas. Salienta-se na pesquisa que a alegação de tráfico foi quase na totalidade das vezes feita por policiais e sancionado por juízes com base no enunciado n. 70 da Súmula do TJRJ. Os resultados completos estão disponíveis em: [ucamcesec.com.br]. Acesso em: 06 jun. 2016.

92. Pesquisa disponível em: [http://fgvnoticias.fgv.br/pt-br/noticia/pesquisa-do-icjbrasil-avalia-confianca-nas-instituicoes-do-estado]. Acesso em: 09 abr. 2015.

na polícia, não pode admitir condenações lastreadas unicamente na palavra do agente policial.

A teoria crítica do processo penal promove, neste contexto, uma mudança de paradigma no regime de valoração da prova, destituindo a validade do enunciado n. 70 do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, por exemplo, responsável por conferir à exclusiva palavra do agente policial uma absoluta força probante. Da mesma forma, torna plenamente possível contraditar o testemunho policial por considerá-lo indigno de fé.

Várias outras intervenções práticas poderíamos produzir na investigação preliminar. Considerando a forma violenta e arbitrária, ao arrepio da lei, com que a instituição policial atua no país, devemos considerar imprestável o "reconhecimento de pessoas" por álbuns em delegacias ou as confissões extrajudiciais. Finalmente, eliminaríamos do contexto democrático bordões como "nulidade do inquérito não contamina a ação penal", dissuadindo velhas práticas institucionalizadas pelo Estado, como a tortura ou as pressões psicológicas para delatar.

6.2 Campo da admissibilidade da acusação e do julgamento antecipado da causa penal

A fase do juízo de admissibilidade da imputação é o momento apropriado para controlar o poder de perseguir as pessoas conferido, por exigência do sistema acusatório, ao Ministério Público (regra). Exercer o filtro judicial das acusações infundadas[93] pelo exame rigoroso da justa causa, perquirir a licitude na obtenção dos elementos de informação (também as provas cautelares ou irrepetíveis), enfim, controlar o trabalho das agências repressivas.

A teoria crítica do processo penal, ao contrário do que faz a dogmática tradicional, confere imenso valor à fase da admissibilidade da acusação. Neste campo, podemos produzir novas e importantes práticas.

Em primeiro lugar, impõe-se que a decisão que recebe a denúncia seja suficientemente motivada. O recebimento da denúncia modifica o lugar simbólico que o cidadão ostenta na sociedade (passar a réu), joga o sujeito no espetáculo degradante do processo penal e, assim, amplia toda sorte de sofrimento.

Qualquer ato do poder estatal que toque no indivíduo, atingindo direitos fundamentais, deve, portanto, ser absolutamente fundamentado. Assim, são

93. Conferir a obra de LOPES JR., Aury; GLOECKNER, Ricardo Jacobsen. *Investigação preliminar no processo penal*. São Paulo: Saraiva, 2014.

nulas as decisões por etiqueta na capa dos autos, respostas padronizadas e, ainda, ilegítima a posição teórica que considera o recebimento da denúncia um mero ato ordinatório.

Ainda nesta fase, por pressuposto, a teoria crítica do processo penal toma como inadmissível a regra do *in dubio pro societate*. O apelo ao significante "sociedade" constrói a ideia artificial de um interesso comum, supostamente consensual, de que, na dúvida, vale mais a submissão do indivíduo ao processo penal do que a limitação ao poder de perseguir do Estado. Este deslizamento é a senha para reduzir o cidadão à engrenagem da máquina repressiva do poder estatal.[94]

Para uma teoria crítica do processo penal, a dúvida jamais produzirá consequências contrárias ao interesse do indivíduo em relação ao Estado, por serem interesses protegidos em razão da própria relação de poder que se coloca, vertical e de sujeição. Em nenhuma fase do processo penal, portanto, como disse Aury Lopes Jr., o cidadão perde a proteção constitucional.[95] A regra do *in dubio pro societate* ou, melhor, *in dubio contra reum* (Geraldo Prado) está fora de circulação em um novo modelo de funcionamento da justiça criminal.

Podemos igualmente produzir novos parâmetros na fase do Julgamento Antecipado da Causa Penal (art. 397/art. 399 do CPP). Este é o momento em que devemos excluir da justiça criminal todas as condutas que, ofendendo o princípio da ofensividade, da adequação social e da intervenção mínima, por exemplo, não deviam ingressar no sistema.

O dispositivo que autoriza a absolvição sumária por manifesta atipicidade da conduta ganha, desta forma, outros contornos. Na medida em que assume a função política de limitar o poder, o processo penal crítico torna a possibilidade de julgamento antecipado uma ferramenta importante para obstruir que condutas insignificantes ingressem na administração de justiça criminal e, consequentemente, atua para constranger a criminalização da miséria e o grande encarceramento.

6.3 *Campo das nulidades e das medidas cautelares, em especial da prisão*

Partindo da premissa de que a forma processual foi instituída pelo Estado com o objetivo de regular ele próprio (em uma atuação que poderá terminar

94. CASARA, Rubens R. R.; MELCHIOR, Antonio Pedro. *Teoria do processo penal brasileiro*. p. 420.

95. LOPES JR., Aury. *Direito processual penal e sua conformidade constitucional*. v. 1. 4. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris. p. 534.

com alguém encarcerado), a teoria crítica do processo penal não pode admitir que a prática de um ato irregular produza qualquer efeito.

A aversão às formas processuais como instrumentos de garantia do cidadão é típica das concepções autoritárias do processo penal, na qual o poder do Estado-juiz é elevado à máxima potência. Se o princípio da instrumentalidade das formas é a maneira encontrada por modelos totalitários de processo penal[96] para salvar suas próprias violações (regime das nulidades relativas), então, um modelo crítico e democrático há de servir-se integralmente ao contrário: blindagem política e jurídica contra os desvios estatais (regime das nulidades absolutas).

A constituição de um saber processual de batalha para enfrentar o problema das medidas cautelares em geral, e da prisão, em particular, é o nosso maior desafio. A realidade prisional do país é lamentável, com cárceres onde não se respira, superlotação e doenças. Uma máquina de triturar pessoas e expectativas, humilhar famílias e sentenciar permanentemente o preso ao sofrimento. Um processo penal que não tem este funcionamento concreto como pilar de sua teoria e prática deve se assumir como ferramenta a serviço do poder para impor dor e mais nada.

O processo penal crítico, ao contrário, reconhece a imperiosa tarefa permanente de realocação dos conflitos e deve, portanto, manter-se consciente da necessidade cotidiana de "abandonar a violência como interação social e política".[97] Está, ainda, atravessado pela perspectiva da criminologia radical e, como tal, constitui igualmente um instrumento de resistência à seletividade penal.

A teoria crítica do processo penal compreende "a estrutura econômica e as superestruturas jurídicas e políticas de controle social" e tem consciência "da impossibilidade de resolver o problema do crime no capitalismo".[98]

Comprometida com "as classes trabalhadoras e o conjunto das categorias sociais subalternas e massas marginalizadas",[99] a prática imposta pela teoria

96. GLOECKNER, Ricardo Jacobsen. *Nulidades no processo penal.* Introdução principiológica à teoria do ato processual irregular. Salvador: JusPodvim, 2013. p. 266.

97. CARVALHO, Salo de. Considerações sobre as incongruências da Justiça Penal Consensual: retórica garantista, prática abolicionista. *Escritos de direito e processo penal.* Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002. p. 263.

98. SANTOS, Juarez Cirino dos. *A criminologia radical.* Rio de Janeiro: Lumen Iuris. ICPC, 2013. p. 43.

99. SANTOS, Juarez Cirino dos. *A criminologia radical.* Rio de Janeiro: Lumen Iuris. ICPC, 2013. p. 43.

crítica do processo penal não negocia com o paradigma etiológico do delito, o julgamento com base no direito penal do autor, tampouco pode admitir decisões judiciais que violentem a dignidade do povo oprimido do Brasil.

Recentemente, o juízo de uma das varas criminais do Estado do Rio de Janeiro deferiu mandado genérico de busca e apreensão coletiva em todas as casas do Complexo do Alemão. Milhares de residências sujeitas ao "pé na porta" da polícia.[100]

O compromisso crítico do processo penal com a criação de obstáculos à opressão de classe no país, evidentemente, não permite que uma medida cautelar de busca seja deferida sem determinar especificamente o local e o que deverá ser apreendido. A consequência que se impõe do ponto de vista dogmático e legal é um só: declaração de ilicitude de todas as provas obtidas em agressão à inviolabilidade do domicílio daquelas milhares de pessoas. Uma decisão como esta – eis o motivo da importância de termos juízes críticos no Brasil[101] – produziria uma grande transformação prática, obrigando as agências repressivas a fazer o que já se sentem obrigadas a fazer quando pretendem cumprir mandados em regiões nobres da cidade.

7. Conclusões

A construção de uma teoria crítica do processo penal é um projeto inacabado. Por definição, a teoria deve ser permanentemente sujeita a outras proposições críticas, capazes de retificar suas colocações e, assim, compatibilizar seus pressupostos com o tempo presente. A condição histórica determina a formulação teórica dos instrumentos capazes de produzir novas práxis.

100. A notícia está disponível à consulta na internet: "A Justiça autorizou a Polícia Civil a entrar nas casas de moradores do Complexo da Maré, amanhã, durante a ocupação do conjunto de favelas. O mandado coletivo de busca e apreensão foi expedido pelo juiz da 39ª Vara Criminal da capital, Ricardo Coronha Pinheiro, e é válido para todas as residências das favelas Nova Holanda e Parque União, ocupadas pela mesma facção que controla o tráfico no Complexo do Alemão. Nas outras favelas, a polícia ainda não tem mandados para poder revistar imóveis" Disponível em: [http://extra.globo.com/casos-de-policia/justica-expede-mandado-coletivo-policia-pode-fazer-buscas-em-todas-as-casas-do-parque-uniao-da-nova-holanda-12026896.html]. Acesso em: 02 jun. 2016.

101. E temos: Por todos, Rubens Casara, Simone Nacif, Marcos Peixoto, Marcelo Semer, Andréa Pachá, Alexandre Morais da Rosa, Kenarik Boujikian, Alexandre Bizoto, Paulo de Oliveira Baldez, Gisele Bondin, Gerivaldo Neiva, Sérgio Verani e Geraldo Prado (os dois últimos, atualmente aposentados) etc.

A teoria crítica do processo penal insere este saber no seio de outros processos políticos, culturais, sociais, econômicos e políticos. A consolidação de novas práticas no contexto de uma persecução penal não está desassociada da luta pela transformação da lógica social do capitalismo, responsável por fortificar o inquisitorialismo e as diversas manifestações do fascismo na sociedade brasileira contemporânea.

A formação de uma nova compreensão do processo penal é inseparável, portanto, de uma nova compreensão do mundo e da experiência política necessária para alterar o estado de coisas. A análise teórica não será possível fora da experiência que nasce das práticas concretas do sistema de justiça criminal.

O desejo de alterar as práticas não apenas põe em xeque as condições reais de existência, mas produz a modificação da consciência do próprio agente que se põe a pensar a teoria. A teoria crítica do processo penal fomenta, desta forma, esta espécie de prática em que coincidem mudança do sistema de justiça e de si mesmo. Trata-se, em última instância, da assunção de um comportamento crítico pelos atores judiciais e demais agentes do Estado.

A dialética entre teoria e ação social está na base de um processo penal orientado a enfrentar os erros, abusos e violações ocasionados pelo exercício do poder punitivo do Estado. O comportamento crítico dos Atores Judiciais nascerá, portanto, da consciência desta tensão entre poder e resistência, dominação e emancipação, que marca o funcionamento do sistema de justiça criminal.

A teoria crítica possui profunda desconfiança na bondade do poder punitivo e, desta forma, cria inúmeros instrumentos de controle do poder estatal. Instituindo um modelo de processo penal concebido como dispositivo de contrapoder jurídico, o pensamento crítico produz transformações sociais e culturais de larga escala e, ainda, oferece melhor segurança de que a decisão judicial será política e juridicamente legítima.

Eis, enfim, a finalidade de uma teoria crítica do processo penal: construir um saber processual que incorpore a realidade concreta do Brasil e nos prepare para atuar neste campo do poder, responsável por organizar as respostas violentas do Estado. Constituir um saber prático que atravesse o sentido das normas processuais e nos permita escrever de forma digna, em atenção às milhares de pessoas encarceradas, sobre direito processual penal. Afinal, como disse Alberto Binder, esta é a disciplina em que se estuda "os mecanismos que nós, seres humanos, utilizamos para prender nossos semelhantes dentro de jaulas".

8. Referências bibliográficas

ANDRADE, Vera Regina Pereira de. *A ilusão de segurança jurídica*. Do controle da violência à violência do controle penal. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015.

ANYIAR, Lolita. *Democracia y justiça penal*. Caracas: Ediciones del Congresso de La República, 1992.

BARATTA, Alessandro. *Criminologia crítica e crítica ao direito penal*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

_____. Prefácio. In: ANDRADE, Vera Regina Pereira de. *A ilusão de segurança jurídica*. Do controle da violência à violência do controle penal. 3. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado.

BATISTA, Nilo. *Matrizes ibéricas do direito penal brasileiro*. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 2000.

BATISTA, Vera Malaguti. *Depois do grande encarceramento*. Pedro Vieira Abramovay; Vera Malaguti Batista (org.). Rio de Janeiro: Revan, 2010.

BAYÓN, Juan Carlos. Democracia y derechos: problemas del constitucionalismo. *El Canon neoconstitucional*. Miguel Carbonell e outro (org.). Madrid: Editorial Trotta, 2010.

BINDER, Alberto M. *Derecho procesal penal*. Hermenéutica Procesal Penal. Buenos Aires: Ad-Hoc, 2013.

_____. *Política criminal de la formulación a la práxis*. Buenos Aires: Ad-hoc, 1997.

BIRMAN, Joel. *Arquivos do mal-estar e da resistência*. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2006.

BOURDIEU, Pierre. *Os usos sociais da ciência*. Por uma sociologia clínica do campo científico. São Paulo: Editora Unesp, 2004.

CARVALHO, Salo. *Antimanual de criminologia*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

_____. *Penas e garantias*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2013.

CASARA, Rubens. *Mitologia processual penal*. São Paulo: Saraiva, 2015.

CASARA, Rubens R. R.; MELCHIOR, Antonio Pedro. *Teoria do processo brasileiro*. Dogmática e crítica. Conceitos fundamentais. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2013.

COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. O papel do pensamento economicista no direito criminal de hoje. *Revista da Faculdade de Direito da UFPR*. v. 31. Curitiba, 1999.

_____. Introdução aos princípios gerais do direito processual penal brasileiro. *Revista de Estudos Criminais do ITEC*. n. 1. Sapucaia do Sul: Notadez Informações.

FERRAJOLI, Luigi. *Garantismo*. Uma discussão sobre Direito e Democracia. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2012.

_____. *Derecho y razón: teoría del garantismo penal*. 6. ed. Madrid: Trotta, 2004.

GLOECKNER, Ricardo Jacobsen. *Nulidades no processo penal*. Introdução principiológica à teoria do ato processual irregular. Salvador: JusPodvim, 2013.

GIORGI, Alessandro de. *A miséria governada através do sistema penal*. Rio de Janeiro: Revan; ICC, 2006.

GUASP, Jaime. *Concepto y metodo de derecho penal*. Madri: Editorial Civitas, 1997.

HORKHEIMER, Max. Teoria tradicional e teoria crítica. (1937). *Textos escolhidos*. Walter Benjamin, Max Horkheimer, Theodor W. Adorno, Jurgen Habermas. Trad. José Lino Grunnewald (et al). São Paulo: Abril Cultural, 1980.

JAPIASSU, Hilton Ferreira. *Introdução ao pensamento epistemológico*. Rio de Janeiro: F. Alves, 1975.

KARAM, Maria Lúcia (org.). *Globalização, sistema penal e ameaças ao estado democrático de direito*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.

KARAM, Maria Lúcia. Utopia transformadora e abolição do sistema penal. Conversações abolicionistas: uma crítica do sistema penal e da sociedade punitiva. Edson Passetti, Roberto Baptista Dias da Silva; Carmen Junqueira (et al) (orgs.). São Paulo: Instituto Brasileiro de Ciências Criminais, 1997.

KUHN, Thomas S. *A estrutura das revoluções científicas*. Trad. Beatriz Vianna Boeira e Nelson Boeira. São Paulo: Perspectiva, 2009.

LA BOÉTIE, Étienne, 1530-1563. *Discurso da servidão voluntária*. Trad. Casemiro Linarth. São Paulo: Martin Claret, 2009.

LOPES JR., Aury. *Direito processual penal e sua conformidade constitucional*. 4. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris.

LOPES JR. Aury, GLOECKNER, Ricardo Jacobsen. *Investigação preliminar no processo penal*. São Paulo: Saraiva, 2014.

LÖWY, Michael. *A teoria da revolução no jovem Marx*. São Paulo: Boitempo, 2012.

MALAN, Diogo. *Ideologia política de Francisco Campos*: influência na legislação processual penal brasileira (1937-1941) In: MELCHIOR, Antonio Pedro; MALAN, Diogo; SULOCKI, Victoria-Amalia de Barros Carvalho Gozdawa de. *Autoritarismo e processo penal brasileiro*. v. 1. Coleção Matrizes Autoritárias do Processo Penal Brasileiro. Geraldo Prado e Diogo Malan (orgs.). Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2015.

MARTINS, Rui Cunha. *A hora dos cadáveres adiados*. Corrupção, expectativa e processo penal. São Paulo: Atlas, 2013.

_____. O ponto cego no direito. *The brazilian lessons*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

MARQUES NETO, Agostinho Ramalho. A ciência do direito. Conceito, objeto, método. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

_____. Subsídios para pensar a possibilidade de articular Direito e Psicanálise. *Direito e neoliberalismo:* elementos para uma leitura interdisciplinar. Curitiba: EDIBEJ, 1996.

MARX, Karl. Ad Feuerbach (1845). In: K. Marx e F. Engels. *A ideologia alemã.* São Paulo: Boitempo, 2007.

MORIN, Edgar. *Ciência com consciência.* 13.ed. Trad. Maria D. Alexandre e Maria Alice Sampaio Dória. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2010.

MELCHIOR, Antonio Pedro. *O juiz e a prova.* O *sinthoma* político do processo penal. Uma análise da gestão da prova pelo juiz à luz do Direito, História e Psicanálise. Curitiba: Juruá, 2013.

MELCHIOR, Antonio Pedro; MALAN, Diogo; SULOCKI, Victoria-Amalia de Barros Carvalho Gozdawa de. *Autoritarismo e processo penal brasileiro.* Coleção Matrizes Autoritárias do Processo Penal Brasileiro. v. 1. Geraldo Prado e Diogo Malan (orgs.). Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2015.

NOBRE, Marcos. *A teoria crítica.* Rio de Janeiro: Zahar, 2001.

_____. (org.). *Curso livre de teoria crítica.* Campinas: Papiros, 2013.

PAULO NETTO, José. *Introdução ao estudo do método de Marx.* São Paulo: Editora Expressão Popular, 2011.

PRADO, Geraldo. *Sistema acusatório.* A conformidade das leis processuais penais. 4. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

_____. *Transação penal.* (O tempo e o modo). Coimbra: Almedina, 2015.

_____. *Prova penal e sistema de controles epistêmicos.* A quebra da cadeia de custódia das provas obtidas por meios ilícitos. São Paulo: Marcial Pons, 2014.

RIVERO, Jean. MOUTOUH, Hugues. *Liberdades públicas.* São Paulo: Martins Fontes, 2006.

ROCCO, Arturo. *El problema y el método de la ciência del derecho penal.* Bogotá: Editorial Temis, 1999.

SANTOS, Boaventura Souza. Derecho y Política. *Cuadernos de Filosofia del Derecho.* n. 6. Alicante. p. 225, 1989.

SANTOS, Juarez Cirino dos. *A criminologia radical.* Rio de Janeiro: Lumen Iuris. ICPC, 2013.

WACQUANT, Loïc. *Punir os pobres:* a nova gestão da miséria nos Estados Unidos, Rio de Janeiro: Revan, 2003.

ZAFFARONI, Eugenio Raul, et al. *Direito penal brasileiro.* Teoria geral do Direito Penal. Rio de Janeiro: Revan, 2003.

PESQUISAS DO EDITORIAL

Veja também Doutrina

- A importância da criminologia crítica na interpretação do sistema jurídico-criminal, de Joe Tennyson Velo – *RT* 886/387-425 (DTR\2009\510); e
- Direito penal e filosofia da linguagem: uma aproximação concreta, de Pedro Augusto Simões Da Conceição – *RBCCrim* 108/91-125 (DTR\2014\9547).

A DELAÇÃO NOS SISTEMAS PUNITIVOS CONTEMPORÂNEOS

THE BETRAYAL IN SYSTEMS PUNITIVE CONTEMPORARIES

AUGUSTO JOBIM DO AMARAL

Doutor em Altos Estudos Contemporâneos (Ciência Política, História das Ideias e Estudos Internacionais Comparativos) pela Universidade de Coimbra. Doutor em Ciências Criminais pela PUC-RS. Professor do Programa de Pós-Graduação em Ciências Criminais (Mestrado e Doutorado) da PUC-RS.
guto_jobim@hotmail.com

RICARDO JACOBSEN GLOECKNER

Doutor em Direito pela Universidade Federal do Paraná (UFPR). Professor do Programa de Pós-Graduação em Ciências Criminais (Mestrado e Doutorado) da PUC-RS.
ricardogloeckner@hotmail.com

Recebido em: 30.09.2016
Aprovado em: 20.10.2016

ÁREA DO DIREITO: Penal

RESUMO: Importa ao presente trabalho questionar qual o sentido que conduz atualmente as práticas de delação e, sobretudo, qual o mote confessional que a orienta. Para tanto, analisa, diante dos regimes de veridição, as estratégias aduzidas e desdobráveis da delação pelo operador da confissão: (1) recordar o princípio reinstaurando o pacto implícito sobre o qual se funda a soberania da instituição judicial e constitui um compromisso punitivo que dá sentido à sanção imposta; e (2) por uma espécie de "contrato de verdade", permitir a quem julga saber com um saber indubitável, por isso sua deriva à banalização. Em suma, por estes contornos da história do pensamento jurídico-criminal, melhor se amparam as reflexões sobre as munições do poder punitivo advindas dos mecanismos delatórios.

ABSTRACT: Matter to this work question what meaning currently leads the plea bargaining practices and, above all, which the confessional motto that guides. It analyzes, before veridiction schemes, the considerations and rollaway strategies tipoff by confession operator: (1) remember the principle reinserting the implicit pact on which is founded the sovereignty of the judicial institution and is a punitive commitment giving meaning the penalty imposed; and (2) a kind of "real contract" allowing who understands with a knowing beyond doubt, so its drift to the trivialization. In short, for these outlines the history of legal and criminal thinking, better bolster the reflections on the ammunition of the punitive power of the resulting mechanisms of plea bargaining.

AMARAL, Augusto Jobim do; GLOECKNER, Ricardo Jacobsen. A delação nos sistemas punitivos contemporâneos. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. vol. 128. ano 25. p. 65-89. São Paulo: Ed. RT, fevereiro 2017.

PALAVRAS-CHAVE: Delação - Regimes de veridição - Confissão - Poder punitivo.

KEYWORDS: Plea bargaining - Veridiction regimes - Confession - Punitive power.

SUMÁRIO: 1. Introdução - do atual estado de arte no processo penal brasileiro. 2. Confissão e o governo pela verdade na prática judicial. 3. A delação como novo regime de verdade no processo penal brasileiro. 4. Permeabilidade delatória e regimes de heteroveridição. 5. Palavras conclusivas. 6. Referências.

1. INTRODUÇÃO – DO ATUAL ESTADO DE ARTE NO PROCESSO PENAL BRASILEIRO

Dado o profundo caldo cultural autoritário que experimentamos por tradição, a partir de uma rotina naturalizada de violências institucionalizadas e amparada categoricamente – não apenas por largo espectro midiático, mas por discursos criminológicos prontos a legitimar o poder punitivo –, algo emerge destacado e com (certo) ar de novidade no contexto brasileiro: as práticas de *delação*, que atualmente ganharam protagonismo inédito e – difícil negar – acabam por orientar a persecução criminal.

Não será exagerado afirmar que o tão cindido campo de discussão sobre o conteúdo (objeto) do processo penal, que poderia ir, ao menos, desde o debate sobre a inexistência nele de *lide* através do *caso penal*[1] ou descrito desde uma *pretensão acusatória*,[2] hoje – a rigor por uma fenomenologia rigorosa – inegavelmente pode ser resumido, em grande medida, como tendo seu lastro numa espécie de "pretensão delatória". Arrisca-se a afirmar que a dinâmica das megaoperações policialescas e seus megaprocessos nada menos arbitrários, vertidos sob o *slogan* do "combate à corrupção" – que a justiça criminal brasileira aprendeu a importar tardiamente, pouco importando ao menos se questionar o que tais práticas acarretaram de concreto nas experiências dos países que as realizaram,[3] a saber, nada de decréscimo nas práticas

1. Cf. MIRANDA COUTINHO, Jacinto Nelson de. *A lide e o conteúdo do processo penal*. Curitiba: Juruá, 1989.
2. Cf. LOPES JR., Aury. *Direito Processual Penal*. 13. Ed. São Paulo: Saraiva, 2016.
3. ROSE-ACKERMAN, Susan; PALIFKA, Bonnie J. *Corruption and government*: causes, consequences and reform. 2. ed. Cambridge: Cambridge University Press, 2016; ROSE-ACKERMAN, Susan. *Corruption*: a study in politicial economy. New York/San Francisco/London: Academic Press, 1978 e DELLA PORTA, Donatella; VANNUCCI, Alberto. *The hidden order of corruption*: an institucional approach. Farnhan/Burlington: Ashgate, 2012.

de corrupção, todavia um sensível aperfeiçoamento nas suas performances[4] –, constroem algo como que um arcabouço narrativo de arranque sobre o qual irá se debruçar toda e qualquer hipótese no processo penal, seja ela acusatória ou defensiva, e orientará todos seus movimentos e estratégias. Se a luta travada através do processo penal deveria representar uma pretensão deflagrada desde um movimento acusatório mínimo que precisará ser comprovado, o atual estado da arte processual penal no Brasil não dista de possuir como epicentro, ou como polo atrator, o próprio conteúdo das delações ou de seus desdobramentos conexos com as mesmas propriedades.[5] Em suma, seu objeto mais íntimo, nem tão obsceno assim, ou seja, aquilo sobre o que se deverá esgrimar a teia argumentativa diz respeito ao curso delatório apresentado, sobretudo posto como existente até que se consagre o contrário. A presença do "primato dell'ipotesi sui fatti", como afirmava Cordero,[6] ademais representa uma inclinação do magistrado numa espécie de autodoação, aproximando-se de uma *convicção apressada*. Portanto, passando longe de qualquer *pré-ocupação de inocência*[7] democraticamente concebida e mais próximo o julgador do componente alucinatório da *evidência* – pois passa por cima das *condições de esteio* e adere prontamente ao polo da *aceitação*[8] – produzem-se subjetividades jurídicas (atores político-criminais) que, forjadas oportunisticamente e sem perder tempo, pois angustiados pela eficiência, amparam-se no cinismo dos "jogos processuais" e destilam o medo como estratégia. Cinismo e medo, eis os afetos político-criminais centrais nestes contextos.

Sendo assim, o roteiro de uma *criminologia midiática*[9] dinamizadas por um autoritarismo *cool* é bem conhecido por todos. A pornografia penal terá um du-

4. Sobre o legado da tão afamada "operação mãos limpas" na Itália e suas objetivas consequências nefastas, cf. o já clássico VANNUCCI, Alberto. The controversial legacy of "Mani Pulite": a critical analysis of italian corruption and anti-corruption policies. *Bulletin of Italian Politics*, v. 1, n. 2, 2009, p. 233-264.

5. AMARAL, Augusto Jobim do. A cultura inquisitiva na justiça criminal: a propósito da delação nos sistemas penais contemporâneos *Boletim IBCCRIM*, n. 274, set. /2015.

6. CORDERO, Franco. *Guidda alla procedura penale*. Roma: UTET, 1986, p. 51.

7. AMARAL, Augusto Jobim do. A pré-ocupação de inocência no processo penal. *Revista da Faculdade de Direito UFMG*, Belo Horizonte, n. 62, p. 85-115, jan./jun. 2013.

8. AMARAL, Augusto Jobim do. *Política da prova e cultura punitiva*: a governamentalidade inquisitiva do processo penal brasileiro contemporâneo. São Paulo: Almedina, 2014, p. 496 ss.

9. ZAFFARONI, Eugenio Raul. *A questão criminal*. Tradução Sérgio Lamarão. Revisão Antonio Almeida. Rio de Janeiro: Revan, 2013, p. 193 ss.

Amaral, Augusto Jobim do; Gloeckner, Ricardo Jacobsen. A delação nos sistemas punitivos contemporâneos. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. vol. 128. ano 25. p. 65-89. São Paulo: Ed. RT, fevereiro 2017.

plo e complementar cenário: para a patuleia, costumeira clientela do sistema penal, ela será ambientada por vasto cardápio de programação de alguma televisionada "polícia em ação", entretanto, para a casta privilegiada, a ode punitiva deverá ter outra roupagem, afinal deve ser retratada através de capítulos diários como qualquer novela e finamente contornada por "delações" vazadas e veiculados por telejornais de uma grande mídia anêmica de democracia.

Daí o uso tático da história da corrupção e a necessidade de se entender a estratégia manipuladora envolvida. Não obstante, de forma muito mais profunda que uma mera intuição, já não surpreende mais a âncora das práticas punitivas atuais, qual seja, qualquer meio insidioso de investigação: rompimento de algum sigilo telefônico, fiscal, contábil etc. conectado quando, não imediatamente, a uma prisão temporária para mobilizar algum indício mais concreto; ato contínuo, se tudo correr a contento, há a formação do "acordo de delação". Portanto, a *governabilidade de um dispositivo inquisitivo*[10] não cessará em demonstrar suas reconfigurações.

2. CONFISSÃO E O GOVERNO PELA VERDADE NA PRÁTICA JUDICIAL

Não obstante, por ora, ao nosso interesse importa questionar qual o sentido que conduz as práticas de delação e o mote confessional que a orienta, bem como as estratégias aduzidas por elas, para que melhor se entenda os desdobramentos do poder punitivo munido por estes mecanismos delatórios.

Para tanto, cabe lembrar que, entre os meses de abril e maio de 1981, Michel Foucault ministrou um seminário na Universidade Católica de Louvain chamado "*Mal faire, dire vrai. Fonction de l'aveu en justice*"[11] (Presses Universitaires de Louvain/University of Chicago Press, 2012). O "curso de Louvain" fora dado a criminólogos interessados em interrogar a história da *confissão* como forma de vínculo e relação entre veridição e jurisdição. Como que em uma banda de Moebius, o político e o filosófico se integram neste estudo para realizar uma *etnologia do dizer verdadeiro*. De um modo geral, da ligação dos indivíduos feita pelas formas de veridição, Foucault concebe a *confissão* como

10. AMARAL, Augusto Jobim do. *O dispositivo inquisitivo*: entre a ostentação penal e a estética política do processo penal. 2. ed. São Paulo: Almedina, 2016 (no prelo).

11. Para fins pedagógicos, utilizaremos a excelente versão espanhola, quando necessário, com nossa tradução: FOUCAULT, Michel. *Obrar mal, decir la verdad:* función de La confessión en la justicia. Curso de Lovaina, 1981. Edición original establecidad por Fabienne Brion y Bernard E. Harcout. Edición en español al cuidado de Edgardo Castro. Buenos Aires: Siglo Veintiuno Edfitores, 2014.

"um ato verbal mediante o qual o sujeito põe uma afirmação sobre o que ele mesmo é, comprometendo-se com essa verdade, pondo-se numa relação de dependência com relação ao outro e, por sua vez, também transforma a relação que tem consigo mesmo".[12]

Neste instante, nem a nós, muito menos a Foucault, dentro de uma filosofia crítica das veridições, cabe investigar sobre que condições pode haver um enunciado verdadeiro, não obstante parece mais importante perguntar diretamente sobre as *formas de veridição*, quer dizer, quais são os diferentes jogos de verdade/falsidade que se instauram nos diversos modos do *dizer verdadeiro*. Em suma: qual seriam o lugar e o papel do *dizer verdadeiro* na prática judicial?[13] Nesta história política das veridições é que se poderá perceber como pôde aparecer, e em que condições, determinado modo de veridição (*Wahrsagen*), bem como o que isso representa. Estudar o *governo pela verdade* acaba sendo a reflexão sobre o *dizer verdadeiro* como prática social, ou seja, pensá-lo como uma arma nas relações entre os sujeitos, um modificador de força entre aqueles que falam e como elemento dentro de uma estrutura institucional. Assim, no aspecto judicial, no instante em que a *palavra de verdade* e a *palavra de justiça* se conectam, precisamente, é que esses contornos chamam ainda mais a atenção e ganham importância inédita.[14] Será desde a parelha *veridição-jurisdição* foucaultiana, ou noutros termos, como o *dizer a verdade* passa também a *dizer o justo*, que arriscaremos brevemente deslizar para, ao final, perceber no que vem a calhar o pensamento acerca da *confissão* como técnica de autoveridição e as práticas de *delação*, particularmente no contexto brasileiro.

Dentro dos marcos da etnologia política-institucional do *dizer verdadeiro*, Foucault perpassa no seminário ao menos três importantes domínios históricos: a antiguidade clássica grega, o momento cristão medieval e, por fim, o domínio moderno contemporâneo. Ao nosso foco imediato, neste longuíssimo e complexo trajeto, quanto ao momento medieval cristão, cabe destacar inicialmente o *instante anterior* ao da *juridificação da penitência* (dada só depois através da sua sacramentalização no século XIII). No *cristianismo primitivo* (que vai até Santo Agostinho), porém, a penitência era um recurso não renovável

12. FOUCAULT, Michel. *Obrar mal*... cit., p. 27.

13. Tema em geral também concebido diretamente no projeto do curso dos anos 1979-1980. FOUCAULT, Michel. *Do governo dos vivos*. Curso no Collège de France (1979-1980). Edição estabelecida sob a direção de François Ewald e Alessandro Fontana, por Michel Senellart. Tradução Eduardo Brandão. São Paulo: Martins Fontes, 2014.

14. FOUCAULT, Michel. *Obrar mal*... cit., p. 38.

para o sujeito reintegrar-se à comunidade, uma espécie de reconhecimento da condição de pecador (*exomologesis*), centrado em um grande ritual de suplício, em que a veridição advinha da *mortificação do corpo*.[15] Nada desta manifestação espetacular de martírio (central até o século V) ainda se assemelhava com a enunciação verbal dos pecados ligada à confissão.

No entanto, o panorama modifica-se com as práticas monásticas (monacato entre os séculos IV-V) em que o *dizer a verdade* torna-se central neste movimento ascético ligado às relações de obediência, submissão e direção contínua e infinita. O central agora é o *exercício de linguagem*: *deve-se falar* – verbalização para implicar domínio, daí o nascimento do *princípio da confissão perpétua* ligado diretamente ao princípio geral de obediência.[16] Foucault destaca que este programa irrealizável de confissão permanente de si verificada no monacato, juntamente com o trabalho como valor espiritual/econômico de hierarquia e regulação, permite surgir nos monastérios uma codificação rigorosa das faltas e principalmente de castigos. Em outras palavras, há um duplo movimento,[17] do século IV ao VII, que levará à chamada *penitência tarifada* (uma penitência = uma falta) a partir do século VII: por um lado, a dificuldade de aplicar nas comunidades monásticas a confissão permanente faz ingressar outras técnicas, como a do castigo diante da falta cometida. Já, em outra parte, nas comunidades não monásticas viu-se a atenuação do princípio da *exomologesis*, em que a penitência passa a ser ajustada às novas funções de direção espiritual (*função pastoral*), ou seja, a obrigação de verdade com relação ao outro passa por uma série de codificações de condutas e sanções. Portanto, explica-se como o monacato agregado ao direito germânico da época acaba por ser fundamental para a formação da ideia de proporção entre pecado-satisfação. Pode-se dizer que emerge um sistema econômico de transação de penitências, sobretudo determinante na história da jurisdicionalização da Igreja convertida como Poder a infringir penas civis/canônicas.[18]

Será assim, com a Igreja convertida em poder jurisdicional que, a partir do século X, haverá a juridificação da penitência por meio da sua sacramentalização (consagrada por intermédio do Canon XXI no Concílio IV de Latrão em

15. FOUCAULT, Michel. *Obrar mal*... cit., p. 121 ss. e FOUCAULT, Michel. *Do governo*... cit., p. 177 ss.
16. FOUCAULT, Michel. *Obrar mal*... cit., p. 156.
17. FOUCAULT, Michel. *Obrar mal*... cit., p. 193.
18. FOUCAULT, Michel. *Do governo*... cit., p. 85 ss.

1215).[19] Tal obrigação universal de confessar, independentemente se pecado há, é a estampa da *confissão* como operador primordial para entender desde lá a superposição da *forma sacramental* e da *forma judicial da penitência*. A cena judicial se estabelece como estrutura da própria relação Homem/Deus, quase que como condição do poder temporal da Igreja. A introdução deste "sujeito confessante", incitado a dizer o que se pergunta, ademais de ter podido manter unidas ambas as dimensões, como se sabe, teve papel indispensável na maquinaria penal, consolidando o poder punitivo e a institucionalização da sua prática judicial.[20]

Em uma precisa curva de análise, foi a inquisição (pouco afeita a simplificações)[21] – com a juridicização das práticas eclesiásticas e com o desenvolvimento das monarquias desde um "Estado de Justiça", mormente deslocando o peso do *enfrentamento* característico dos modelos germânicos (adversariais) para a *decisão* (resolução do soberano desde o estabelecimento da verdade, decidindo-se por uma sanção a partir do apurado) – que elevou a *confissão como peça central* da prática judicial a partir do século XII.[22] Aqui, sua importância também reside por se situar na fronteira entre os processos acusatório e inquisitório.[23] Lembremos que, de alguma maneira, nas ordálias a confissão era extraída dos desafios e enfrentamentos, ligada às *práticas de prova*. Porém a base da confissão dada pela inquisição fará com que ela seja uma estranha mescla entre *constatação da prova* e a *própria corroboração da verdade*, ou seja, ao mesmo tempo *verdade* e *prova* – daí por que *extrair a* "confissão é (...) a prova inquisitorial da verdade".[24] A seu turno, o método da *tortura* que permite arrancar tal verdade, nunca esqueçamos, dever ser visto, não como mera prática selvagem, mas com uma espécie de jogo, profundamente regulamentado em seu procedimento, bem determinado seus meios, formas e intensidades. Por óbvio, um duelo profundamente desigual e nefasto, mas que guarda em si um esquema de jogo sob o qual se podia, desde as regras, ceder

19. FOUCAULT, Michel. *Obrar mal*... cit., p. 201 ss. e FOUCAULT, Michel. *Do governo*... cit., p. 177 ss.

20. FOUCAULT, Michel. *Obrar mal*... cit., p. 218.

21. Cf. *Discurso penal e política da prova*: a governabilidade inquisitiva do processo penal brasileiro contemporâneo. São Paulo: Almedina, 2014.

22. FOUCAULT, Michel. *A verdade e as formas jurídicas*. Tradução Roberto Machado e Eduardo Morais, supervisão Léa Novaes et. al. Rio de Janeiro: NAU, 2003, p. 55 ss.

23. FOUCAULT, Michel. *Obrar mal*... cit., p. 221.

24. FOUCAULT, Michel. *Obrar mal*... cit., p. 222.

ou resistir para ganhá-lo.[25] Para além da retomada da tortura quando do estabelecimento das grandes estruturas estatais, nos séculos XVI e XVII, cabe frisar através disso a inclusão da confissão (como "prova plena") nos então sistemas de "provas legais". Em apertada síntese, até o século XVIII, há um vínculo essencial da *confissão* tanto com a *tortura* quanto com a *prova legal*.

Não obstante, o ponto de giro importante ao nosso argumento pode ser apontado desde a seguinte questão: o que aconteceu, porém, a partir da segunda metade do século XVIII com o crepúsculo dos elementos *tortura* e *prova legal*? Poder-se-ia indagar diretamente se, com os ditos códigos modernos, a confissão perdeu a importância? Resposta peremptória: não![26] Muito pelo contrário, a confissão ganhou valor ímpar sustentado plenamente até hoje nos sistemas penais contemporâneos. Para tanto, há que se atentar ao novo significado geral do sistema penal dado à época. Ao menos duas dimensões são fundantes aqui.

Primeiro, em linhas gerais, para os contratualistas de então, o que deveria fundar a lei era a vontade de todos.[27] Assim, o traço de permanência nas teorias penais surgidas na época (mantido até hoje), é a ideia de que, quando alguém comete um crime, será punido em conformidade a uma lei querida por ele, ou seja, uma espécie de autocastigo. *Desde a premissa de que lei estampa a vontade geral, nasce a ficção de que aquele que cometeu o crime deve se reconhecer na lei que o afeta, validando o castigo que irá sofrer.* Como se, pela confissão, não dissesse apenas "sim, cometi/cometemos o crime", mas, sobretudo, ao dizer, expressasse de alguma forma o princípio mesmo da lei penal, legitimando-o. Trata-se, com a argúcia própria da chamada ilustração penal, de uma refundação da defesa social, agora nos limites de um rito de soberania, que fará permanentemente recordar um místico pacto social, tendo a confissão como elemento inafastável. Sem termos claro que isso hodiernamente se mantém como exigência operativa exatamente porque diz respeito ao fundamento mesmo do poder de punir exercido por meio do sistema penal, pouco se entenderá do papel simbólico e central da confissão, e da delação, por conseguinte, em nosso cotidiano judicial.

A confissão, desta maneira, passa a ser vista como ato que deve manifestar como verdade o que é o exercício do suposto "direito de punir". Diretamente

25. Cf. FOUCAULT, Michel. *Vigiar e punir: nascimento da prisão*. 19. ed. Tradução Raquel Ramalhete. Petrópoles: Vozes, 1987.

26. FOUCAULT, Michel. *Obrar mal*... cit., p. 224 ss.

27. FOUCAULT, Michel. *Obrar mal*... cit., p. 225.

aí a importância atualíssima em nossos sistemas penais, em que se têm recorrido ostensiva e compulsivamente às técnicas de confissão, delação e afins, como que para *retomar o fundo perdido de legitimidade de um poder punitivo* vagando na busca de restaurar e recordar o pacto que fundaria a soberania da sua instituição judicial. Por último, não se olvide que a confissão, dentro do panorama descrito, mormente dos discursos de legitimação da pena, resumidos mediante a dupla função, castigar e corrigir próprias do período, acaba por envolver também outra valência. Se a pena, sob tais discursos de uma nova economia da punição do século XVIII, além de punir, deve corrigir, o ato de confessar do agente, muito para além de representar a assunção de sua culpa em que há o reconhecimento do castigo como algo justo, ainda mais, há nesta confissão a aceitação desde logo em participar dos efeitos corretivos que se atribui ao castigo. Enfim, aqui a confissão paira como a primeira prenda do pacto punitivo.

A confissão, noutro aspecto, dentro desse *novo regime de verdade*,[28] acaba assumindo ainda propriedade outra. Naquele momento, ao sair do modelo probatório tarifado definido por um código prévio, o que entrava em jogo era o vetor da consciência do julgador. Toca a ele dizer o que é convincente ou não, alijado de complicados cálculos sobre elementos de prova, em que a verdade não se pondera mais conforme unidades de medida dadas de antemão. Na prática penal, a partir da segunda metade do século XVIII, a verdade deveria se definir por elementos de demonstração ponderados racionalmente pelo julgador, o que quer dizer que a verdade que passa a atuar nesse terreno é da sorte de um assunto comum a todos, devendo ser produzida como assunto patente a todo homem soberano em sua racionalidade e consciência. Não se precisará deduzir disso a importância inédita que a confissão toma como prova irrefutável, equivalente à evidência em matéria penal e, por consequência, convertendo-se na forma de prova mais buscada judicialmente.

Em apertada síntese, deve-se destacar que o operador da confissão (1) recorda o princípio, reinstaura o pacto implícito sobre o qual se funda a soberania da instituição judicial e constitui um compromisso punitivo que dá sentido à sanção imposta; e (2) por uma espécie de "contrato de verdade", permite a quem julga saber com um saber indubitável, por isso sua deriva à banalização, representada por alguns sintomas os quais cabe sempre percebê-los.[29]

28. FOUCAULT, Michel. *Obrar mal*... cit., p. 226.

29. FOUCAULT, Michel. *Obrar mal*... cit., p. 227.

3. A DELAÇÃO COMO NOVO REGIME DE VERDADE NO PROCESSO PENAL BRASILEIRO

Portanto, o que a confissão, traduzida em necessidade fundacional do sistema penal, ao menos desde o século XVIII, tem a nos dizer sobre suas práticas desdobradas, como a *delação* (ou seus eufemismos de colaboração), nestes e noutros contextos sistemas judiciais penais, que talvez ainda não tenham sido suficientemente exploradas? Ademais, por que em cenários de crises naturalizadas por demandas constantes de punição e por populismos instrumentalizados midiaticamente e recepcionados pelos atores jurídico-penais, o recurso a seus métodos são recorrentes? Por que em certas conjunturas os processos criminais movem-se como que máquinas a serem impulsionadas por delações consecutivas apostas com o valor de verdade ou como premissas a conduzir o juízo?

A *delação* por si só caberia vê-la, em contornos genéricos, por um lado, como uma espécie ou mesmo a partir da finalidade mesma da *confissão*, qual seja, alcançar o maior número de culpáveis possível para impulsionar a eficácia da maquinaria persecutória; por outro não obstante, a delação revigora o que a confissão carrega em sua gênese, principalmente em momentos de grande influxo autoritário, quer dizer, inflaciona uma valência ao mesmo tempo da ordem da *verdade* e da *prova*: joga tanto como *constatação probatória* quanto principalmente como *verdade ratificada*, fazendo surgir a verdade não apenas para o criminoso, requalificando a relação de adesão legítima à punição que se sofre, mas também capaz de forjar por seu mecanismo uma nova condição em que a palavra dita no "acordo de delação" é revestida de *palavra da verdade* ou, no mínimo, aposta como premissa a orientar até mesmo as presunções no processo penal. Mais do que declarar algo novo sobre si ou sobre alguém, há na *confissão*, sendo profundamente ampliado na *delação*, um enorme *custo de enunciação*[30] envolvido, em que se reforça radicalmente a relação de submissão ao poder punitivo. Sobretudo, este custo de enunciação qualifica o *dizer confesso*, que passa a travestir-se como *compromisso de verdade*.

Assim, a *delação* acaba por se tornar atualmente o eixo sobre o qual gira um *novo regime de verdade no processo penal brasileiro*. A sua importância é evidenciada, portanto, pela tamanha submissão a qual tanto a investigação quanto a sentença devem a ela obedecer. O que se instrui, em maior ou menor medida, é delimitado pelo delatado e desde aí será formado o juízo, de acordo com o que não for supostamente entendido como refutado. Se, como afirmado, desde

30. FOUCAULT, Michel. *Obrar mal*... cit., p. 25.

a segunda metade do XVIII, com a nova posição que a confissão assume e com o sistema do chamado "livre convencimento", o julgador é jogado para fora das premissas da prova tarifada e centrada a prática do julgamento desde uma verdade entendida não desde pedaços a serem calculados, mas se está frente a uma sorte de verdade indivisível, apurável de maneira comum por qualquer ser humano racional e consciente. O que isso importou não foi apenas a soberania da consciência do julgador, mas a proximidade e o nivelamento da decisão à percepção comum a todos de uma verdade que desde então, evidenciada pela confissão, é prova irrefutável e deve ser patente a todos. Por este motivo fundamentalmente que desde lá passa a ser a confissão a forma de prova mais buscada. Nada diferente ocorre com a delação convertida no âmago do processo penal hoje. Portanto, isso talvez demonstre, ademais, o porquê da enorme adesão e cooptação realizadas pelos meios massivos de comunicação nos chamados megaprocessos, a partir das delações exaustivamente exibidas, afinal, estão ambos a trabalhar sob o mesmo material: um *senso comum que demanda uma verdade de fácil assimilação em que precisamente qualquer distância entre prova e verdade se esfumaça.* Novamente um processo penal retroalimentado pelo combustível midiático.

Isto só faz adiantar talvez a principal pista característica que a *confissão* carrega acima de qualquer outra: a *confissão* é da ordem da *dramaturgia.*[31] Segundo Foucault, ponto sensível da "dramática" judicial-penal será todo o elemento que num cenário ponha em manifesto o fundamento de legitimidade e o sentido daquilo que nele se desenvolve. Por isso a intensidade ímpar encontrada na *confissão/delação*, e o recurso a ela e a sua lógica, sempre em instantes peculiares.

Nada ornamental, portanto, o exame que queira pensar sobre como vêm operando as práticas de delações e o porquê de sua posição de destaque na grande escala dos processos criminais atualmente. Diga-se diretamente: sempre que a cada instante de exposição de sua falência e ilegitimidade o poder punitivo venha a ser confrontado, algum de seus principais aparatos, caso da lógica da *confissão/delação* – tal como se fossem baterias de defesa blindadas pelos mais diversos atores (políticos) que se prestem a este papel –, sua dinâmica indicará movimentos na direção da tentativa de restaurar algum fundo de soberania perdido ou alguma justificação fracassada ao seu poder.

Se estamos hoje às voltas, quiçá como nunca, da permeabilidade a uma rotina que acaba por reconduzir a confissão ao trono da rainha das provas,

31. FOUCAULT, Michel. *Obrar mal*... cit., p. 228.

pouco avançaremos se tais figuras forem encaradas apenas sob argumentos comuns. Se premiar a delação é escancaradamente transmitir valores tão negativos quanto o que se supõe enfrentar, encerrando atitudes profundamente reprováveis no plano ético chanceladas pelo Estado, já pouco se consegue esconder seu parentesco com a chantagem institucionalizada. Tudo isso, e muito mais, à exaustão, já fora criticado sem talvez se chegar ao ponto nodal. O que parece não ter sido explorado adequadamente é, frise-se, o que representa as agências de punição lançarem mão compulsivamente, como prática generalizada, de meios que tentam viabilizar a pena mediante a colaboração daquele que irá sofrê-la, ou seja, o que há por detrás da lógica do binômio confissão/tortura que vimos?

Tentamos aqui lançar alguma direção. As pulsões concentradas nas atuais práticas de delação, por exemplo, apenas poderão ganhar contornos profícuos de análise se forem vistas, além de tudo, como sintoma de algo pouco mais profundo e desafiador: a percepção de que um poder punitivo, carente de legitimidade, quem sabe nos seus estertores ("em busca das penas perdidas", como se poderia dizer"),[32] e por intermédio de quem esteja disposto a se lançar nessa cruzada, tenta restaurar e revalidar, a todo instante, algum mítico fundamento de existência.

A hipótese central esboçada, ainda que rapidamente, daquilo que a história dos jogos de verdade e de poder nos indica é: *a confissão/delação, por seu caráter de dramaturgia que põe de manifesto o fundamento da punição em si, desnuda-se como elemento central de adesão à legitimidade do poder punitivo, podendo-se surpreender e entender o recurso a estes dispositivos pelas maquinarias jurídico-penais autoritárias preocupadas em garantir seu exercício.* Sob o adágio da confissão, vê-se reiteradamente os fascismos sociais tomarem protagonismo, ou seja, *diretamente conectadas estão o maior recurso a tais práticas e a tamanha intensidade autoritária de seu sistema de justiça.* Será exatamente em instantes de elevada exposição da ilegitimidade do poder punitivo que ele próprio, por meio de estratégias múltiplas, lançará mãos de diferentes linguagens autoritárias, prontas a se expandirem por meio de alguma gramática, como a da *confissão/delação*, representantes privilegiados que são da permanente tentativa de recobrar a validade e a soberania do poder punitivo.

32. ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *Em busca das penas perdidas*: A perda de legitimidade do sistema penal. Tradução de Vânia Romano Pedrosa e Amir Lopes da Conceição. Rio de Janeiro: Revan, 1991.

4. Permeabilidade delatória e regimes de heteroveridição

Como visto, através da confissão não se chega unicamente a um dizer sobre aquilo que se é. Nem tampouco se trata de um dizer sobre um fato determinado. Através da confissão, forma-se um compromisso, no qual o confidente se obriga não apenas a falar de si, mas a ser aquilo que afirma.[33] Evidentemente, a justiça criminal não se constitui como um local privilegiado da confissão, à medida que a sociedade ocidental inventou o dispositivo confessional,[34] um dispositivo pelo qual o poder opera através da individualização.[35] Assim sucede na psiquiatria, na psicanálise e no direito. Essa confissão se trata de uma forma do dizer verdadeiro, posto que se a confissão é falsa, deixa de ser uma confissão.[36] É, portanto, um modo de veridição. Contudo, uma veridição de si mesmo, uma hermenêutica de si, a obrigação de alguém dizer a verdade.[37] Eis como a confissão pode ser apresentada no Ocidente.

Como afirma Foucault,[38] o problema da instalação da confissão como um modo de se produzir a verdade está intimamente ligado à maneira como o sistema inquisitório substitui o acusatório (a partir do Estado soberano). Evidentemente, já não se trata de se produzir a verdade através da contenda entre dois competidores. Mas operar-se-á a instalação de um dispositivo em que a resolução do conflito se dá através de uma decisão do soberano ou de seu representante. Uma vez que o estabelecimento da verdade se torna absolutamente necessária, aquela emanada do próprio acusado se transformará em elemento essencial, em elemento primordial. A confissão retorna (não se deve esquecer os cânones romanos) como a manifestação da verdade por parte daquele que cometeu o delito. Temos a justaposição entre a externalização da verdade

33. FOUCAULT, Michel. *Obrar mal*... cit., p. 26.

34. "A confissão passou a ser, no Ocidente, uma das técnicas mais altamente valorizadas para produzir a verdade. Desde então nos tornamos uma sociedade singularmente confessanda". FOUCAULT, Michel. *A história da sexualidade I*: a vontade de saber. São Paulo: Graal, 1988, p. 67.

35. "O indivíduo, durante muito tempo, foi autenticado pela referência dos outros e pela manifestação de seu vínculo com outrem (família, lealdade, proteção); posteriormente passou a ser autenticado pelo discurso de verdade que era capaz de (ou obrigado a) ter sobre si mesmo. A confissão da verdade se inscreveu no cerne dos procedimentos de individualização pelo poder". FOUCAULT, Michel. *A história*... cit., p. 67.

36. FOUCAULT, Michel. *Obrar mal*... cit., p. 29.

37. FOUCAULT, Michel. *Obrar mal*... cit., p. 109.

38. FOUCAULT, Michel. *Obrar mal*... cit., p. 221.

(o confitente como meio de prova) e o sujeito sobre o qual deverá recair a punição. Este sistema híbrido permitirá que ao mesmo tempo, o confidente ratifique, homologue uma acusação, através da corroboração da acusação, garantindo o testemunho sobre si mesmo.

A relevância que confissão teve no sistema inquisitorial jamais poderia ser comparada àquela que se encontra no direito ocidental contemporâneo.[39] O primeiro fundamento, de acordo com Foucault, que outorga esta ampla importância à confissão nos sistemas de justiça criminal contemporâneos, diz respeito às próprias bases do sistema criminal, isto é, aquilo que lhe estrutura e o legitima. Partindo-se do pressuposto de que o que funda a sociedade (e evidentemente o sistema de justiça criminal) é a vontade geral – vontade de todos – aquele que pratica o delito não receberá uma pena vinda de alguma entidade exterior. Trata-se, antes, de uma pena autoinflingida, de um autocastigo. A enunciação da confissão será, não apenas um meio de prova, mas também, no registro simbólico, o próprio reconhecimento da autoridade do Estado, de sua soberania. Como acentua Foucault,[40] a confissão será um rito de soberania, onde o culpado concede aos juízes os fundamentos jurídicos e políticos para a condenação. A confissão será uma *laudatio* do pacto social e um instrumento útil para que o magistrado se livre de toda e qualquer carga psíquica no ato de condenar (é como se o confidente estivesse pedindo a punição, que viria de bom grado).

A segunda razão[41] que torna a confissão tão importante na estrutura judicial contemporânea reside no modo e na forma de veridição que se apresenta, uma vez que a confissão e o regime de verdade devem ser colocados sob o escrutínio da sentença e dos mecanismos investigatórios e de produção probatória. Ausente o sistema das provas legais (ao menos do ponto de vista formal), deverá agora o magistrado avaliar, subjetivamente, os elementos probatórios que se apresentam como suficientes para uma condenação. Será, portanto, a decisão, proferida pelo juiz (ou jurado), que julgará o conjunto de elementos hábeis a condenar ou absolver o imputado. A confissão estabelecerá uma verdade que é manifestada de modo irrefutável, que se colocará no regime de evidência, pelo que garantirá a idoneidade não apenas da decisão, mas dos próprios elementos de investigação recolhidos. A confissão purga, assim, eventuais erros e omissões contidos na investigação e no processo. Através da confissão não

39. FOUCAULT, Michel. *Obrar mal*... cit., p. 224.

40. FOUCAULT, Michel. *Obrar mal*... cit., p. 226.

41. FOUCAULT, Michel. *Obrar mal*... cit., p. 226.

será mais necessário ao órgão decisório recolher os fragmentos de verdade, as pequenas narrativas, nem tampouco decifrar as entrelinhas do caso. A verdade se manifestará radiante, inevitável. Assim, por mais que os códigos afirmem a inexistência de um meio de prova superior aos demais, as práticas confessionais demonstram o contrário. Obter a confissão garante a emanação de uma verdade a todos constatável.

A terceira razão da relevância da confissão nos sistemas de justiça criminal contemporâneos, de acordo com Foucault,[42] reside no reforço dos efeitos ressocializadores próprios da pena. Ao confessar, o acusado não apenas dá o primeiro passo no sentido de buscar a emenda como também adere, subjetivamente, ao "tratamento" que lhe será aplicado mais adiante. Seja como efeito mnemotécnico do pacto social, como contrato de verdade que permite colocar a decisão fora de qualquer dúvida ou como aderência psíquica ao castigo, a confissão se apresenta como elemento ineliminável do sistema de justiça criminal.[43]

A essencialidade da confissão para o sistema de justiça criminal obrigou a um novo tratamento, que se daria sobre um conjunto de casos. Desde o sujeito que se recusa a confessar até o sujeito incapaz de confessar (os casos de loucura), tornou-se necessário duplicar o sistema confessional. Diante da impossibilidade de se obter a confissão, à evidência, aqueles três níveis distintos sobre os quais a confissão operaria distintos efeitos – todos eles indispensáveis – acabariam se ausentando do sistema judicial. Assim, uma lacuna não suscetível de preenchimento se abriria, impedindo a construção simbólica da soberania, frustrando o contrato de verdade e impedindo a atribuição de efeitos disciplinadores à pena. A necessidade de se colocar algo como um fantasma da confissão produziu um novo regime, não mais regido a partir de uma hermenêutica de si mesmo. Seria necessário *alguém confessar por outrem*, assegurar a verdade quando o confidente se negasse ou mesmo fosse incapaz de confessar. Assim, mecanismos de heteroveridição se encarregariam de colmatar aquela lacuna que não poderia permanecer aberta. No plano do processo penal, o exame psiquiátrico se encarregaria de assegurar a verdade do crime. No campo da execução da pena, o laudo psicológico se encarregaria de assegurar a adesão do apenado aos regimes disciplinares da correção. São, como acentua Foucault,[44] pontos de difração, permitindo que o sistema caísse para fora de

42. FOUCAULT, Michel. *Obrar mal*... cit., p. 226.

43. FOUCAULT, Michel. *Obrar mal*... cit., p. 227.

44. FOUCAULT, Michel. *Obrar mal*... cit., p. 229.

seus trilhos.[45] Foucault afirmará que este movimento permite destacar aquilo que estava implícito ou invisibilizado nas práticas penais: se tratava, também, de construir uma subjetividade, que ligasse o crime ao criminoso, o que, segundo o autor, provocará um descarrilamento da confissão no sistema penal contemporâneo. O exame psiquiátrico e o psicológico se constituirão como desdobramentos da confissão, seus dúplices, garantindo a produção de uma subjetividade criminal. Assim, tais elementos exercerão um papel dramatúrgico que escapa à confissão, pois representam dimensões que inserem um hiato entre a mecânica do crime e aquela da responsabilidade criminal. O ocaso da confissão nasceria da impossibilidade de o sujeito criminoso assegurar os motivos pelos quais cometeu o crime, quais as suas finalidades, seus interesses, tudo aquilo que foge à alçada do estabelecimento de uma verdade no campo do processo penal. Estas funções não poderiam ser desempenhadas pela confissão, pelo que, portanto, encontraremos mecanismos que a multiplicam.

A leitura de Foucault a despeito das técnicas e modos de veridição no processo penal parece acertada. Entretanto, deixamos entreaberto um ponto. Se a adesão do criminoso à proposta de emenda representada pela pena e o ritual mnemotécnico de se celebrar a soberania podem ser colocados em xeque pelos elementos dúplices que se arrastam por detrás da confissão, comprimindo-a e relegando-a a um papel secundário, o mesmo não se pode dizer acerca da confissão como um contrato de verdade.

Não se deve desconhecer que a confissão jamais consistiu em um ato descolado de outro, o testemunho. Como Foucault intuíra, à confissão é reservado um papel ratificador do crime, ao colocar a palavra falada do criminoso como prova inconcussa, incorruptível. Sabemos também que a confissão trabalhou a partir de um testemunho de si mesmo. Esta conjunção de fatores é que a torna tão diversa de outros tantos meios de prova. A confissão, de regra, operava em par com a delação, de sorte que o fenômeno não poderia ser fracionado sem se prestar a devida atenção. A confissão, portadora de uma veridição, permitia o florescimento instantâneo de seu dúplice: a heteroveridição. E aqui, muito embora Foucault apresente importantes fundamentos e razões para que tais regimes inundem o cenário jurídico do processo penal, o gérmen da heteroveridição já se encontrava instalado ali, justamente naquele contrato de verdade instalado na emersão da confissão. A confissão, ao permitir o florescimento de uma verdade inabalável, permitia que se usasse, de forma a extrapolar seus limites, tal manifestação. Da confissão que brotava já blindada, seria possível

45. FOUCAULT, Michel. *Obrar mal*... cit., p. 229.

atingir terceiros nominados pelo confidente. Se de fato, o confidente falava a verdade de si, nada mais justo que tal uso fosse expandido para outros casos. Neste momento, o testemunho também seria revestido pela imaculada verdade que brotava do confidente. Sendo a verdade unitária, sem fragmentos, parece muito claro que aquela parcela da confissão conecta ao testemunho pudesse ser inundada por aquela aura, por aquele revestimento que envolvia o falar-de-si do confidente. Como uma dobra interna à confissão, o testemunho era inebriado pelo valor de verdade. O que pode parecer contraditório ou paradoxal se transformou em um elemento que percorre os dois modelos processuais – acusatório e inquisitório. Da confissão inserta na estética inquisitorial aos pontos nevrálgicos do sistema adversarial, com as nuances contratuais que o processo anglo-saxão lhe outorgou.

A comunicação de tradições jurídicas permitiu que a delação ocupasse espaço cada vez maior nos processos de natureza inquisitória. Também se desenvolveu, com incrível adaptação aos mecanismos processuais menos rígidos próprios do modelo adversarial norte-americano, uma força indiscutível. Como contrato de verdade, a delação ocupou um espaço que, independentemente do modelo processual penal, se constituiria como essencial e indispensável aos processos criminais nas democracias ocidentais contemporâneas.

A justaposição entre confidente e testemunha permite à delação duplicar o efeito de verdade que brota da confissão, estendendo-o ao testemunho. Enquanto no sistema adversarial a delação corresponde a um sistema de negociação do próprio processo, os sistemas inquisitoriais contemporâneos tiveram de proceder a adaptações, criando novas figuras ou ao menos, figuras à primeira vista estranhas, quiçá incomunicáveis.

5. Palavras conclusivas

O processo penal brasileiro, nos últimos anos, tem sido extremamente receptivo à incorporação de institutos próprios do sistema de justiça criminal norte-americano. Podemos apontar ao menos alguns institutos que acabaram por penetrar no ordenamento jurídico brasileiro, a ponto de modificar dramaticamente o cenário no processo penal.

Na reforma de 2008, o legislador alterou o código de processo penal para introduzir questões relativas à prova ilícita, claramente se inspirando em precedentes criados através de julgamentos da Suprema Corte Americana. Na mesma reforma, o legislador tratou de regular a técnica de coleta da prova testemunhal, introduzindo uma versão fraca – porém inspirada – no exame cruzado (*cross examination*) norte-americano. O novo código de processo civil

claramente orientou-se na fixação de precedentes judiciais, seguindo o modelo do *stare decisis*. Em 1995, o Brasil permitiu a renúncia ao processo mediante a aplicação de uma pena restritiva de direito, não privativa de liberdade, supostamente inspirada no *plea bargaining* americano (transação penal). Nesta mesma década, se consolidou a importação de mecanismos americanos, através do que se convencionou denominar como "delação premiada", posteriormente denominada como "colaboração premiada".

Em síntese, não iremos discutir aqui em que consiste o *plea bargaining* nem como ele se constituiu nos Estados Unidos em uma peça ineliminável do sistema de justiça criminal (integrante dos *alternative dispute resolution*)[46].

46. Recomendamos sobre o tema LANGBEIN, John H. Torture and plea bargain. In: *Yale Law School Legal Scholarship Repository*. Paper 543, 1978; LANGBEIN, John H. Land without plea bargain: how the germans do it. *Yale Law School Legal Scholarship Repository*. Paper 534, 1979; LANGBEIN, John H. Understanding the short history of plea bargaining. *Yale Law School Legal Scholarship Repository*. Paper 544, 1979. LANGER, Maximo. From legal transplants to legal translation: the globalization of plea bargaining and the americanization thesis in criminal procedure. *Harvard International Law Journal*. v. 45. n.1, 2004; LANGER, Maximo. Rethinking plea bargaining: the practice and reform of prosecutorial adjudication in american criminal procedure. *American Journal of Criminal Law*. v. 33, 2006; KAGAN, Robert. *Adversarial legalism*: the american way of law. Cambridge: Harvard University Press, 2001; SMITH, Douglas A. The plea bargaining controversy. *Journal of Criminal Law and Criminology*. v. 77, 1986; FINE, Ralph Adam. Plea Bargaining: an unnecessary evil. *Marquette Law Review*. v. 70, 1987. HESSICK III, F Andrew. Plea bargaining and convicting the innocent: the role of the prosecutor, the defense counsel, and the judge. *Brigham Young University Journal of Public Law*. v. 16, 2002; ZACHARIAS, Fred C. Justice in plea bargaining. *William & Mary Law Review*. v. 39, 1998; PADGETT, John F. The emergent organization of plea bargaining. *American Journal of Sociology*, v. 90, 1985; SAVITSKY, Douglas. Is plea bargaining a rational choice? Plea bargaining as an engine of racial stratification and overcrowding in the United States prison system". *Rationality and Society*. v. 24. n. 2, 2012; FEELEY, Malcoml M. Plea bargaining an the structure of the criminal process. *Berkeley Law Scholarship Repository*; NAGEL, Stuart S; NEEF, Marian. Plea bargaining, decision theory and equilibrium models I. *Indiana Law Journal*. v. 51, 1976; DERVAN, Lucian E. Overcriminalization 2.0: the symbiotic relatioship between plea bargaining and overcriminalization. *Journal of Law, Economics and Policy*. v.7. n.4, 2011; CHAMPION, Dean J. Felony. Plea bargaining and probation: a growing judicial and prosecutory dilemma. *Journal of Criminal Justice*. v. 16, 1988; RAUXLOH, Regina E. Formalization of plea bargaining in Germany: will the new legislation be able to square the circle? *Fordham International Law Journal*. v. 34, 2011. McCONVILLE, Mike; MIRSKY, Chester L. *Jury Trials and Plea Bargaining*: a true history. Oxford: Portland: Hart Publishing, 2005; TURNER, Jenia Iontcheva. Judicial participation in plea negotiations: a comparative view. *American Journal of Compa-*

Para efeitos deste ensaio, o que importa destacar é a capacidade adaptativa deste contrato de verdade, que acaba por se instalar como elemento-chave na lógica inquisitória brasileira.

A delação premiada (posteriormente chamada de colaboração premiada) apareceu em diversas legislações dos anos noventa, no Brasil. Mas é substancialmente nos últimos anos que ela adquire um contorno mais amplo, confundindo-se com a própria prática da justiça criminal brasileira para determinadas modalidades delituosas, em especial, quando diante de crimes ligados a organizações criminosas.

Fundamentalmente, tanto a jurisprudência quanto a doutrina são claudicantes na computação dos requisitos e dos limites jurídicos no que concerne à delação. Isto tem levado a constantes dilemas processuais, contribuindo para a sua integração ao universo inquisitório. Em que pese grande parte da doutrina asseverar que a sua adoção representa uma demonstração inequívoca do avanço dos espaços negociais no processo penal brasileiro, o que traduziria uma tendência americanizadora, a delação se colocou como uma operação metástica do inquisitório, não a sua negação.

Assim, devemos ter muito claramente as diferenças existentes entre o modelo processual penal americano, que lentamente vai incorporando alguns

rative Law. v. 94, 2006; BURKE, Alafair S. Prosecutorial passion, cognitive bias, and plea bargainig. *Marquette Law Review*. v. 91, 2007; FISHER, George. *Plea bargaining's triumph*: A history of plea bargaining in America. Stanford: Stanford University, 2003; McCONKIE, Daniel S. Judges as framers of plea bargaining. *Stanford Law & Policy Review*. v. 26. n. 61, 2015; SMITH, Bruce P. Plea bargaining and the eclipse of the jury. *Annual Review Law and Society*. v. 1, 2005; BROWN, Darryl K. The perverse effects of efficiency in criminal process. *Virginia Law Review*. v. 100, 2014; DERVAN, Lucien E. The surprising lessons from plea bargaining in the shadow of terror. *Georgia State University Law Review*. v. 27, 2010; BOLL, Mathias. *Plea bargaining and agreement in the criminal process*: a comparison between Australia, England and Germany. Hamburg: Diplomic Verlag, 2009; WRIGHT, Ronald F. Trial distortion and the end of innocence in federal criminal justice. *University of Pennsylvannia Law Review*. v. 154. n. 79, 2006; BURNS, Robert P. The death of the American trial. *Northwestern University School of Law Scholarly Commons*. Paper 176, 2009; SLOBOGIN, Cristopher. Plea bargaining and the substantive and procedural goals of criminal justice: from retribution and adversarialism to preventive justice and hybrid-inquisitorialism. *Vanderbilt University Law School Working Paper Number* 15-4; ALSCHULER, Albert. The prosecutor's role in plea bargaining. *University of Chicago Law Review*. v. 50, 1968; VASCONCELLOS, Vinícius Gomes de. *Barganha e justiça negocial criminal*: análise das tendências de expansão dos espaços de consenso no processo criminal brasileiro. São Paulo: IBCCRIM, 2015.

Amaral, Augusto Jobim do; Gloeckner, Ricardo Jacobsen. A delação nos sistemas punitivos contemporâneos. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. vol. 128. ano 25. p. 65-89. São Paulo: Ed. RT, fevereiro 2017.

elementos do sistema continental (assim como permite que outros tantos modelos processuais agreguem institutos processuais americanos que serão posteriormente adaptados).[47] A inevitável hibridização[48] das culturas processuais penais permite que encontremos distintos processos de adaptação e reelaboração de instrumentos processuais alienígenas. Se no modelo americano clássico (sistema adversarial), o acordo expressa a penetração da lógica econômica e de categorias como a autonomia da vontade, de forma profunda na estética do processo, a ponto de o júri se transformar em um elemento residual e subsidiário do sistema de justiça criminal (não obstante a sua alegação de ser um elemento fundamental da justiça americana), como deveria ser pensado o fenômeno brasileiro?

As pistas podem ser trabalhadas a partir de um muito breve comparativo com o sistema italiano, a fim de que possamos compreender como houve o contato e a comunicação com a cultura jurídica adversarial. A reforma italiana se deu em 1988-1989, através da construção de um código de processo penal (código Vassali) que procurou superar a estrutura inquisitória e o legado do período fascista. Na base de o processo já se encontravam diversos institutos baseados no ideário adversarial. Contudo, com o advento da famosa Operação *Mani Pullite*, aquela estrutura processual adversarial entra em colapso, mediante o advento do que se convencionou chamar de legislação de emergência.[49] Como se pode notar, a inspiração adversarial italiana foi soterrada por uma avalanche de leis que recriaram a cultura inquisitória, própria da legislação pretérita. Foram necessários muitos anos para se recuperar o tempo perdido.

No Brasil, como se sabe, há a vigência de um código autoritário – apesar das constantes reformas que foram sendo feitas ao longo dos anos – sobre o qual posteriormente foram depositadas legislações que também podem ser chamadas de emergenciais. Enquanto na Itália havia um claro e manifesto choque de "espíritos legislativos" entre o Código Vassali e as leis emergenciais (leis anti-máfia), no Brasil a legislação especial não tencionou um sistema vigen-

47. Cf LANGER, Maximo. From legal transplants to legal translation: the globalization of plea bargaining and the americanization thesis in criminal procedure. *Harvard International Law Journal*. v. 45. n. 1, 2004; KAGAN, Robert. *Adversarial Legalism*: the american way of law. Cambridge: Harvard University Press, 2001.

48. Em específico sobre a delação Cf. SLOBOGIN, Cristopher. Op. cit.

49. MOCCIA, Sergio. *La Perenne Emergenza*: tendenze autoritarie nel sistema penale. 2 ed. Napoli: Edizioni Scientifiche Italiana, 2000; RICCIO, Giuseppe. *Politica penale dell'emergenza e costituzione*. Napoli: Edizioni Schientifiche Italiane, 1982; CHOUKR, Fauzi Hassan. *Processo Penal de Emergência*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002.

te. Não havia contradições a serem reconfiguradas, nem, tampouco, diatribes expressas, seja pela legislação, seja pela jurisprudência. A legislação especial, no Brasil, mesmo após o advento da Constituição de 1988, não hibridizou um sistema. Reforçou aquele já existente. Enquanto na Itália o uso abusivo das técnicas delatórias adicionou um elemento adversarial a uma estrutura adversarial (embora governada por uma mentalidade ainda inquisitorial), no Brasil, o incremento da delação foi uma estratégia inquisitorial (embora baseada em um modelo adversarial), para um processo inquisitorial, governado por uma mentalidade inquisitorial.

Ao se atribuir determinada centralidade à delação na fase de investigação preliminar, o processo penal, de nítidos contornos inquisitórios e autoritários, foi atingido frontalmente. Sua função acabou sendo a de homologar confissões e delações, servindo, nas mais das vezes, como um mecanismo de projeção e multiplicação de delações. A possibilidade de se ampliar o rol de delatores através do processo, a ausência de limites processuais (possibilidade da delação em grau recursal), a utilização da prisão para delação (encontrada em diversas ocasiões na Operação Lava-Jato), a especialização de alguns advogados em intermediar delações, tudo isso transformou a delação em um ato judicial, ou seja, centralizou a figura do magistrado no tratamento da delação. Se, com efeito, o enfeixamento de poderes nas mãos de uma parte configura o sistema inquisitorial (Schunemann), a delação, no processo penal brasileiro, exsurge justamente neste panorama, o da ampliação de poderes judiciais já excessivos, segundo a lógica do Código vigente. Em síntese, a delação acresceu novos poderes judiciais aos já (excessivamente) existentes.

A delação ingressa no Brasil, não como um contrafator adversarial em um regime inquisitorial. Antes o reforça, através de uma tendência a justapor eficiência em um sistema inquisitório. Se no sistema adversarial o *plea bargaining* já causou irreparáveis estragos ao funcionamento do sistema de justiça criminal norte-americano, imagine-se o que poderá advir de um sistema inquisitório, em que a delação cumprirá a tarefa de se evitar processos, tudo centralizado nas mãos do juiz. Inclusive, em projeto de Lei encabeçado pelo Ministério Público Federal, propõe-se uma nova modalidade de prisão preventiva para que o preso forneça informações para recuperação do ativo (leia-se: prisão para confissão).

A forma de tratamento da delação se dá em meio ao protagonismo judicial e à transformação de o processo penal em mero apêndice pós-investigação preliminar (onde realmente tais acordos são feitos), cuja finalidade será a de homologar as versões dadas na fase preliminar, e se possível, obter novas confissões e delações.

Amaral, Augusto Jobim do; Gloeckner, Ricardo Jacobsen. A delação nos sistemas punitivos contemporâneos. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. vol. 128. ano 25. p. 65-89. São Paulo: Ed. RT, fevereiro 2017.

Este contrato de verdade que se estabelece como uma projeção da verdade confessada se integra ao universo inquisitório, sendo dele, uma metástase. Uma confissão sem máculas (a jurisprudência de forma massiva nega os vícios na fase de investigação preliminar) e sem sujeição ao controle de validade (trata-se de um contrato de verdade derivado de coação obtida com a prisão, na maioria dos casos) somada a um testemunho irrebatível (reflexo projetivo da hermenêutica de si). Um processo inquisitório pautado por postulados de eficiência. Pode-se, portanto, afirmar, que a era das delações corresponde a uma nova fase do inquisitório brasileiro, demonstrando que, como metástase, o inquisitório evolui.

6. REFERÊNCIAS

ALSCHULER, Albert. The Prosecutor's Role in Plea Bargaining. *University of Chicago Law Review*. v. 50, 1968.

AMARAL, Augusto Jobim do. A cultura inquisitiva na justiça criminal: a propósito da delação nos sistemas penais contemporâneos *Boletim IBCCRIM*, n. 274, set./2015.

_____. A pré-ocupação de inocência no processo penal. *Revista da Faculdade de Direito UFMG*, Belo Horizonte, n. 62, p. 85-115, jan./jun. 2013.

_____. *O dispositivo inquisitivo*: entre a ostentação penal e a estética política do processo penal. 2. ed. São Paulo: Almedina, 2016 (no prelo).

_____. *Política da prova e cultura punitiva*: a governabilidade inquisitiva do processo penal brasileiro contemporâneo. São Paulo: Almedina, 2014.

BOLL, Mathias. *Plea bargaining and agreement in the criminal process*: a comparison between Australia, England and Germany. Hamburg: Diplomic Verlag, 2009.

BROWN, Darryl K. The perverse effects of efficiency in criminal process. *Virginia Law Review*. v. 100, 2014.

BURKE, Alafair S. Prosecutorial passion, cognitive bias, and plea bargainig. *Marquette Law Review*. v. 91, 2007.

BURNS, Robert P. The death of the american trial. *Northwestern University School of Law Scholarly Commons*. Paper 176, 2009.

CHAMPION, Dean J. Felony. Plea bargaining and probation: a growing judicial and prosecutory dilemma. *Journal of Criminal Justice*. v. 16, 1988.

CHOUKR, Fauzi Hassan. *Processo penal de emergência*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002.

CORDERO, Franco. *Guidda alla procedura penale*. Roma: UTET, 1986.

DELLA PORTA, Donatella; VANNUCCI, Alberto. *The hidden order of corruption*: an institucional approach. Farnhan/Burlington: Ashgate, 2012.

DERVAN, Lucian E. Overcriminalization 2.0: the symbiotic relatioship between plea bargaining and overcriminalization. *Journal of Law, Economics and Policy*. v. 7. n. 4, 2011.

_____. The surprising lessons from plea bargaining in the shadow of terror. *Georgia State University Law Review*. v. 27, 2010.

Discurso Penal e Política da Prova: a governabilidade inquisitiva do processo penal brasileiro contemporâneo. São Paulo: Almedina, 2014.

FEELEY, Malcoml M. Plea bargaining an the structure of the criminal process. *Berkeley Law Scholarship Repository*.

FINE, Ralph Adam. Plea bargaining: an unnecessary evil. *Marquette Law Review*. v. 70, 1987.

FISHER, George. *Plea bargaining's triumph*: A history of plea bargaining in America. Stanford: Stanford University, 2003.

FOUCAULT, Michel. *A história da sexualidade I*: a vontade de saber. São Paulo: Graal, 1988.

_____. *A verdade e as formas jurídicas*. Tradução Roberto Machado e Eduardo Morais, supervisão Léa Novaes et. al. Rio de Janeiro: NAU, 2003.

_____. *Do governo dos vivos*. Curso no Collège de France (1979-1980). Edição estabelecida sob a direção de François Ewald e Alessandro Fontana, por Michel Senellart. Tradução Eduardo Brandão. São Paulo: Martins Fontes, 2014.

_____. *Obrar mal, decir la verdad:* función de La confessión en la justicia. Curso de Lovaina, 1981. Edición original establecidad por Fabienne Brion y Bernard E. Harcout. Edición en español al cuidado de Edgardo Castro. Buenos Aires: Siglo Veintiuno Edfitores, 2014.

_____. *Vigiar e punir:* nascimento da prisão. 19ª ed. Tradução Raquel Ramalhete. Petrópoles: Vozes, 1987.

HESSICK III, F Andrew. Plea bargaining andconvicting the innocent: the role of the prosecutor, the defense counsel, and the judge. *Brigham Young University Journal of Public Law*. v. 16, 2002.

KAGAN, Robert. *Adversarial legalism*: the american way of law. Cambridge: Harvard University Press, 2001.

LANGBEIN, John H. Land without plea bargain: how the germans do it. *Yale Law School Legal Scholarship Repository*. Paper 534, 1979.

_____. Torture and plea bargain. *Yale Law School Legal Scholarship Repository*. Paper 543, 1978.

_____. Understanding the short history of plea bargaining. *Yale Law School Legal Scholarship Repository*. Paper 544, 1979.

LANGER, Maximo. From legal transplants to legal translation: the globalization of plea bargaining and the americanization thesis in criminal procedure. *Harvard International Law Journal*. v. 45. n. 1, 2004.

_____. Rethinking plea bargaining: the practice and reform of prosecutorial adjudication in american criminal procedure. *American Journal of Criminal Law*. v. 33, 2006.

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

McCONKIE, Daniel S. Judges as framers of plea bargaining. *Stanford Law & Policy Review*. v. 26. n. 61, 2015.

McCONVILLE, Mike; MIRSKY, Chester L. *Jury trials and plea bargaining*: a true history. Oxford: Portland: Hart Publishing, 2005.

MIRANDA COUTINHO, Jacinto Nelson de. *A lide e o conteúdo do processo penal*. Curitiba: Juruá, 1989.

MOCCIA, Sergio. *La Perenne Emergenza*: tendenze autoritarie nel sistema penale. 2 ed. Napoli: Edizioni Scientifiche Italiana, 2000.

NAGEL, Stuart S; NEEF, Marian. Plea bargaining, decision theory and equilibrium models I. *Indiana Law Journal*. v. 51, 1976.

PADGETT, John F. The emergent organization of plea bargaining. *American Journal of Sociology*, v. 90, 1985.

RAUXLOH, Regina E. Formalization of plea bargaining in Germany: will the new legislation be able to square the circle? *Fordham International Law Journal*. v. 34, 2011.

RICCIO, Giuseppe. *Politica penale dell'emergenza e costituzione*. Napoli: Edizioni Schientifiche Italiane, 1982.

ROSE-ACKERMAN, Susan. *Corruption*: A study in politicial economy. New York/San Francisco/London: Academic Press, 1978.

_____; PALIFKA, Bonnie J. *Corruption and government*: causes, consequences and reform. 2. ed. Cambridge: Cambridge University Press, 2016.

SAVITSKY, Douglas. Is plea bargaining a rational choice? Plea bargaining as an engine of racial stratification and overcrowding in the United States prison system. *Rationality and Society*. v. 24. n. 2, 2012.

SLOBOGIN, Cristopher. Plea bargaining and the substantive and procedural goals of criminal justice: from retribution and adversarialism to preventive justice and hybrid-inquisitorialism. *Vanderbilt University Law School Working Paper Number* 15-4.

SMITH, Bruce P. Plea bargaining and the eclipse of the jury. *Annual Review Law and Society*. v. 1, 2005.

SMITH, Douglas A. The plea bargaining controversy. *Journal of Criminal Law and Criminology*. v. 77, 1986.

TURNER, Jenia Iontcheva. Judicial Participation in Plea Negotiations: a comparative view. *American Journal of Comparative Law*. v. 94, 2006.

VANNUCCI, Alberto. The controversial legacy of "Mani Pulite": A critical analysis of Italian corruption and anti-corruption policies. *Bulletin of Italian Politics*, v. 1, n. 2, 2009.

VASCONCELLOS, Vinícius Gomes de. *Barganha e justiça negocial criminal*: análise das tendências de expansão dos espaços de consenso no processo criminal brasileiro. São Paulo: IBCCRIM, 2015.

WRIGHT, Ronald F. Trial distortion and the end of innocence in federal criminal justice. *University of Pennsylvannia Law Review*. v. 154. n. 79, 2006;

ZACHARIAS, Fred C. Justice in plea bargaining. *William & Mary Law Review*. v. 39, 1998.

ZAFFARONI, Eugenio Raul. *A questão criminal*. Tradução Sérgio Lamarão. Revisão Antonio Almeida. Rio de Janeiro: Revan, 2013.

_____. *Em busca das penas perdidas*: A perda de legitimidade do sistema penal. Tradução de Vânia Romano Pedrosa e Amir Lopes da Conceição. Rio de Janeiro: Revan, 1991.

Pesquisas do Editorial

Veja também Doutrina

- Colaboração premiada e incentivos à cooperação no processo penal: uma análise crítica dos acordos firmados na "operação lava jato", de Thiago Bottino – *RBCCrim* 122/359-390 (DTR\2016\22984);
- Delação premiada e idoneidade probatória, de Tiago Cintra Essado – *RBCCrim* 101/203--227 (DTR\2013\2653);
- Delação premiada, de Jaques de Camargo Penteado – *RT* 848/711-736 (DTR\2011\2668); e
- Valor probatório da colaboração processual (delação premiada), de Frederico Valdez Pereira – *RT* 879/475, *RBCCrim 77*/175-201, *Doutrinas Essenciais Processo Penal* 3/577--601 (DTR\2009\828).

Veja também Jurisprudência

- Conteúdo Exclusivo Web: JRP\2011\11381.

El principio de publicidad en los juicios por delitos de lesa humanidad en la Argentina. Reflexiones sobre las funciones del juicio penal

Publicity rights in trials of crimes agains humanity in Argentina. Thoughts on criminal justice functions

Gabriel Ignacio Anitua
Universidad de Buenos Aires/ Universidad Nacional de José C. Paz.
ganitua@derecho.uba.ar

Autor convidado

Área do Direito: Penal; Processual; Constitucional

Resúmen: En el presente trabajo se analizan recientes decisiones de los tribunales federales argentinos que juzgan delitos cometidos durante la última dictadura militar. En particular, las que hacen referencia al principio de publicidad de los juicios orales. Más allá de las imprevisiones de la normativa procesal, aparecen en juego principios constitucionales. En ellos la publicidad del juicio no sólo está prevista como una garantía del acusado, sino que también consideran a la publicidad como un principio de la forma de realizar los juicios en los Estados democráticos y aquí se discuten varias de sus funciones.

Palabras clave: Democracia – Garantías – Memoria histórica – Juicio penal – Publicidad.

Abstract: In this paper, recent decisions by Argentine federal courts who judge crimes committed during the last military dictatorship are analyzed. In particular, those referring to the principle of publicity of oral judicial proceedings. Beyond the gaps of procedural rules, constitutional principles are highlighted. Following them, the publicity of the trial is not only intended as a guarantee of the defendant, but also consider publicity as a principle of how to conduct trials in democratic states and here are discussed it's various functions

Keywords: Criminal procedure – Democracy – Historical memory – Individual guarantees – Publicity.

Sumário: 1. Introducción. 2. Las resoluciones recientes sobre la publicidad de los juicios. 3. Publicidad y democracia. 4. Publicidad y garantías. 5. Bibliografía.

Anitua, Gabriel Ignacio. El principio de publicidad en los juicios por delitos de lesa humanidad en la Argentina. Reflexiones sobre las funciones del juicio penal. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. vol. 128. ano 25. p. 91-113. São Paulo: Ed. RT, fevereiro 2017.

1. INTRODUCCIÓN

Es complejo pero necesario analizar los aspectos sociales (y trascendentes) que emergen cuando se juzga penalmente, esto es, cuando se recrea un conflicto especialmente violento y al que le puede seguir una respuesta también violenta como corolario de dicha recreación. En todos ellos debe haber una amplia publicidad, que tenga el objetivo de transparentar a la propia justicia penal y a la vez lograr que ese acontecimiento, tan importante y perturbador de las conciencias como para merecer ser alcanzado por la justicia penal, sea conocido por la mayor cantidad de gente posible en sus re-definiciones jurídicas y pacificadoras.[1]

En pos de ello, "No puede limitarse a quienes asisten a las sesiones (...), la publicidad debe proyectarse más allá de los meros asistentes a las sesiones del juicio oral como garantía de ese proceso de control y del efecto dialogal. En este sentido los medios de comunicación juegan un papel indispensable. La publicidad no puede ser entendida en términos tan restrictivos de relativa e inmediata, hoy por el contrario su verdadera dimensión la hace de carácter absoluto (salvo las excepciones de moralidad, orden público o seguridad nacional) y mediata, es decir, aquella que se obtiene mediante intermediarios, en este caso, los *mass media*".[2]

Es que con la publicidad no sólo está en juego el saludable principio de control de los actos públicos, ya que conocer, por el motivo que fuese, es una forma importante de participar en el gobierno sobre la cosa pública. La democracia se basa en el consentimiento informado y en el control público de los actos estatales. Y también es una forma de garantizar el cumplimiento de los fines del juicio penal, incluyendo el de todas las otras garantías.

La publicidad es esencial para la misma justicia penal, pero se juega en mucha mayor medida en los casos que reclaman la atención de toda la sociedad, y que por ello sí merecen la confiscación o atracción para sí de la esfera de lo público, en su doble acepción.

2. LAS RESOLUCIONES RECIENTES SOBRE LA PUBLICIDAD DE LOS JUICIOS

La transparencia continúa siendo una de las claves de los procesos de democratización. Lo es en función del futuro democrático pero también en pos

1. Para una visión más amplia, ANITUA, Gabriel Ignacio. *Justicia penal pública. Un estudio a partir del principio de publicidad de los juicios penales*. Buenos Aires: Editores del Puerto, 2003.
2. LATORRE, Virgilio, "Función jurisdiccional y libertad de expresión". GAVALDÁ, Josep-Vicent, BERNARDO, José María y PELLISER, Nel·lo. *Justicia y representación mediática*. Madrid: Biblioteca nueva, 2001, p. 91.

de la revisión del pasado autoritario. La justicia penal, y sus vinculaciones con la verdad, tienen una especial relevancia para los procesos de uso jurídico y político de la memoria.

Es por ello que no es casual que los criterios recientes de los Tribunales que han aludido al principio de la publicidad, sean los que se relacionan con el juzgamiento de los delitos contra la humanidad, cometidos durante la última dictadura militar.

En efecto, es en estas decisiones jurisprudenciales donde se ha complejizado y puesto en cuestión el alcance de la publicidad de los juicios. Y ello ha sido por la demanda de algunos medios de comunicación y de algunos grupos de víctimas así como otros sectores de la sociedad civil, por hacer efectiva la publicidad mediante la difusión televisiva de esos juicios.

Esto es lo que ha sucedido en otros casos de hechos atroces y que también tuvieron ese impacto en la sociedad (desde el que se siguió al señor Barreda por el múltiple homicidio de miembros de su familia, en La Plata, o a Luis Luque y Luis Tula, por el homicidio de María Soledad Morales en Catamarca).

Y la demanda social es lo que en estos casos, además, permitió que no prosperasen intentos políticos y jurídicos de no realización de las ceremonias de enjuiciamiento sobre los crímenes atroces y característicos de una forma de poder sin derecho. De aquellos reclamos de "juicio y castigo", la demanda estrictamente jurídica, y ligada a la verdad y la memoria, se relaciona con el juzgamiento, pero un enjuiciamiento caracterizado por el principio de publicidad, de acuerdo a los modelos liberal-democráticos como el de la Constitución argentina.

En efecto, puede afirmarse, por la triple manda constitucional de realizar juicios penales ante jurados, que la publicidad de las audiencias penales tiene raigambre constitucional en la Argentina desde la vigencia de la Constitución Nacional de 1853. Sin embargo el legislador nacional omitió reglamentar un juicio con estas características durante casi un siglo y medio. Este problema no fue resuelto con la regulación que impuso la publicidad y la oralidad de las audiencias penales, desde 1992. El nuevo Código de procedimientos penales sigue el modelo europeo más que el que está en la Constitución, y recepta la tradición inquisitiva reformada o mixta –previamente adoptada por las distintas provincias argentinas desde principios del siglo XX – que consta de una primera etapa de instrucción secreta, y otra de juicio esencialmente pública.

Esta última publicidad, además, fue interpretada por la mayoría de los tribunales en forma tan restringida, que no modificó la anterior cultura jurisdiccional de no publicidad de los juicios.

En ese marco, y en los casos o resoluciones que mencionaré, se refleja ese conflicto entre las demandas sociales y las culturas judiciales, en torno a la transparencia y difusión pública de los juicios penales.

Desde temprano han sido los Tribunales Federales de la Capital los interpelados para permitir una amplia cobertura periodística, e incluso la televisación del juicio en su totalidad.

En los casos seguidos contra Julio "el Turco Julián" Simón y sobre la Masacre de Fátima, el Tribunal Oral Federal 5 no autorizó el ingreso de fotógrafos o camarógrafos a las audiencias. El juicio se realizó durante el año 2006, y luego sería este Tribunal el que monopolizaría los primeros juicios orales. En esas otras ocasiones el Tribunal permaneció en este entendimiento restrictivo del principio de publicidad, y en ese sentido emitió la resolución más fundada sobre esta materia que es la que se comentará más abajo (las seis ocasiones previas no había fundado la negativa a la presencia de cámaras).

Mientras tanto, los Tribunales Orales Federales de La Plata 1 y 2 no pusieron trabas a la cobertura periodística en los juicios contra Miguel Etchecolatz y Jorge Bergés (en 2004), y contra Miguel Etchecolatz y el capellán von Wernich (en 2007). Allí, y ante pedidos de los medios, se transmitieron en vivo los juicios completos pero, tras la desaparición de Julio López el Tribunal comenzó a pedir el consentimiento de los testigos para esa difusión.

Otro buen ejemplo de relación entre prensa y justicia constituyeron las prácticas implementadas por el Tribunal Oral Federal de Córdoba en la causa seguida contra Luciano Menéndez por algunos de los hechos acontecidos en La Perla, donde se hicieron rondas para que los reporteros gráficos pudieran entrar y así turnarse para obtener imágenes de la sala de audiencias. Ese juicio fue, además, filmado por la Universidad de Córdoba. Allí como en los juicios ante los Tribunales Orales de Neuquén y Corrientes de ese mismo año de 2008, se evitó la filmación de los testigos en sus declaraciones por los medios públicos y privados (y solo se registraron por la grabación del Tribunal).

A mi criterio una buena resolución,[3] y luego dos acordadas[4] a las que siguió una buena práctica fue la seguida ese mismo año por el Tribunal Oral Federal de Tucumán en el juicio oral contra Bussi y otros por la desaparición de Vargas Aignasse. Allí, si bien los fotógrafos y camarógrafos sufrieron limitaciones en

3. En un incidente planteado por la defensa de Bussi y Menéndez para que el juicio siguiera el procedimiento del Código anterior lo que se deniega con el argumento de que hoy, constitucional y convencionalmente, todo juicio penal debe hacerse en audiencia oral y pública: TOCF de Tucumán (Carlos Jimenez Montilla, Gabriel Casas y Josefina Curi) en causa "Vargas Aignasse, Guillermo s/Secuestro y Desaparición" (incidente de incompetencia)", de 10 de abril de 2008.

4. Acordadas n. 58 y 59 del Tribunal Oral en lo Criminal Federal de San Miguel de Tucumán (pautas para asegurar la publicidad del debate y lo relativo a la televisación en directo del juicio) del 26 de junio de 2008.

el ingreso a la sala de audiencias, se realizó una transmisión oficial del juicio, en la que se distorsionaba la imagen cuando declaraban testigos. El juicio a Bussi fue televisado por Canal 10 tucumano y la Universidad de Tucumán.

En 2008 el Tribunal Oral Federal nro. 6 de la Capital Federal garantizó la publicidad del juicio al gendarme Rei, en el cual, además del registro oficial, Canal 7 filmó con cámara propia todas las audiencias.

En ese mismo tiempo, el Tribunal Oral Federal 1 de San Martín que juzgó (en distintos juicios) a los delitos cometidos en el centro de detención de Campo de Mayo invirtió el criterio platense: autoriza la transmisión de las declaraciones si los testigos lo solicitan. Canal 7 filmó la audiencia inicial con tres cámaras en la sala.

Estas oscilaciones o interpretaciones, en general no fundamentadas, de los Tribunales Orales, dieron lugar a planteos para regular esta tensión. Ello llevó a la peor de las posibles soluciones ya que los propios jueces (que deberían de ser los controlados por la publicidad) regularon una materia que debería estar en manos del legislador y que de hecho no necesita ninguna restricción de acuerdo a los mandatos constitucionales y legales vigentes.

La decisión de mayor calado fue en apariencia emanada por la Corte Suprema sin ser pedida, pero en verdad fue consecuencia del alto nivel de tensión desarrollado entre los integrantes del Tribunal Oral 5 y los medios y organizaciones de la sociedad civil, por quienes los representantes de las querellas y el fiscal de la causa, Félix Crous, habían recurrido la decisión de no permitir la difusión del juicio a los responsables del centro de detención "Mansión Seré".[5] Una semana antes de que la Cámara de Casación se expidiera frente a ese planteo, y frente a la posible resolución de ese Tribunal,[6] los miembros de la Corte Suprema de Justicia auto-regularon la cuestión.[7]

5. Resolución del 14 de agosto de 2008.

6. El 3 de noviembre de 2008 la Cámara de Casación Penal, en dos resoluciones, no hizo lugar a la queja interpuesta por el fiscal entendiendo que la resolución criticada, además de ser irrecurrible no es arbitraria ya que, "tratándose de una facultad discrecional del Tribunal Oral, apoyada en fundamentos expresos, y que además aseguró la participación del público en la medida de lo posible y la conservación de la audiencia a través del registro oficial, no se observa arbitrariedad alguna, sin que la sola opinión diversa del impugnante pueda sustentarla". Para finalizar, la Cámara le hace saber al Tribunal que "en el futuro deberá considerar lo dispuesto sobre el tema por la Corte Suprema de Justicia mediante Acordada Nro. 29/08 (Expte. N° 4233/08) del día 28 de octubre de 2008".

7. Acordada 29/2008, del 28 de octubre de 2008. Disponible en: [www.csjn.gov.ar/documentos/verdoc.jsp].

Lo cierto es que a través de la Acordada 29/2008, la Corte Suprema de Justicia de la Nación dictó una tal normativa para la difusión audiovisual de los juicios orales en casos de evidente trascendencia pública. La acordada decía tener el propósito de "garantizar el derecho a la información" de la población, que podría enterarse a través de los medios de comunicación de lo acontecido dentro de las salas de los tribunales durante los actos iniciales, alegatos y lectura de sentencia de las audiencias penales. Esa mención ya sería una primera de las limitaciones en el acceso de medios a las audiencias de juicio, que de hecho se estipulan allí. La otra sería la insuficiencia de espacio. A pesar de ello, algunos Tribunales interpretaron estas reglas, dictadas por la Corte en uso de sus facultades de superintendencia, como una ampliación a la publicidad que estaban dispuestos a aceptar, y las mismas fueron cumplidas estrictamente en un gran número de casos, y en otros incluso en forma más restrictiva.

Así, por ejemplo, el Tribunal Oral Federal de Neuquén, que entendió en el caso conocido como "La Escuelita", limitó en un primer momento el acceso a la prensa, en particular televisiva y gráfica. Sin embargo, y merced a las gestiones realizadas por las partes querellantes del proceso y otras organizaciones, el Tribunal accedió finalmente a permitir el acceso de la prensa, admitiendo incluso la difusión de la señal de audio e imagen en la calle, donde decenas de personas pudieron seguir parte del debate.

En el caso del Tribunal Oral Federal de Santa Fe en el juicio seguido contra Víctor Hermes Brusa y otros, en el que varios medios de comunicación se quejaron por la falta de espacio de una sala que permitía el ingreso de, apenas, unas treinta personas. Si bien se permitió el ingreso de fotógrafos, cámaras y cualquier otro objeto electrónico estando las partes en la sala de audiencias, el permiso comprendió únicamente los momentos previos del juicio, y se establecieron asimismo límites para la filmación del enjuiciamiento que no fueron debidamente fundados en la motivación de la decisión. Por su parte, el mismo reclamo en relación al tamaño de la sala de audiencias se presenta en los enjuiciamientos conocidos como "Quinta de Funes" y "Fábrica Militar de Armas Domingo Matheu", que están siendo llevados adelante en la ciudad de Rosario.

El 26 de mayo de 2009, el Tribunal Oral Federal de Mar del Plata no puso reparos a la difusión del juicio seguido a Mansilla y Duret por el secuestro, torturas y muerte de Labolita.

Finalmente, el Tribunal Oral Federal 5 interpretó restrictivamente la Acordada 29/2008, dictando una nueva normativa. Esto se evidenció, primeramente, en la causa conocida como "Mansión Seré", al leerse las sentencias condenatorias de los represores Alberto Pedro Borda, Hipólito Mariani y César Comes, entre otros, el 30 de octubre de 2008, oportunidad en la que el tribunal

impidió el ingreso de las cámaras de televisión, aunque se brindó a los medios de comunicación la posibilidad de tomar la señal del circuito cerrado de filmación de la sala de audiencias.

Con posterioridad, en relación a las audiencias de la causa seguida contra Olivera Rovere y otros, también se observaron nuevas restricciones al acceso de la prensa. En un principio, el Tribunal se negó a permitir el ingreso de reporteros gráficos, aduciendo que la acordada no especificaba que se permitía la entrada de "cámaras fotográficas". Así, en el acto de apertura del juicio oral contra Jorge Olivera Róvere, el 10 de febrero de 2009, el tribunal impidió que la prensa tomara registro de la lectura del requerimiento fiscal y del auto de elevación a juicio, y sólo permitieron que un fotógrafo de la agencia Télam tomara imágenes de la audiencia por un lapso de tres minutos antes de que el imputado ingresara en la sala.

Finalmente, y frente al pedido del fiscal de difundir públicamente el acto inicial del enjuiciamiento de Teófilo Saá, Humberto José Román Lobaiza, Felipe Jorge Alespeiti y Bernardo José Menéndez, previsto para el 31 de marzo de 2009, y debido a la "intransigencia de la prensa televisiva", ese tribunal trató el tópico en una resolución del 27 de marzo de ese año.[8]

Esa extensa fundamentación para denegar pedidos de difusión mediática se plantea asimismo como una normativa para "los debates de similares características a realizarse en el futuro", Los criterios de publicidad del Tribunal 5 reducen incluso los de la Acordada 29/2008 de la CSJN ya que cuando ésta permite la grabación a "un medio televisivo local o nacional, preferentemente público", aquel lo hace, para evitar la "difusión manipulada de lo acaecido", solamente a las cámaras que se cuenten con los "recursos propios del Tribunal", operadas por personal capacitado de la Policía Federal Argentina. Este recurso no es inmediatamente facilitado a otros medios, sino que por el contrario no queda claro si se podrán ver en el futuro esas grabaciones.

La mayor parte de la resolución se compone de citas de trabajos de mi autoría y de Alberto Bovino y de otros autores que advierten de riesgos de "manipulación", como Sartori o Frascaroli, o los condicionamientos de la prensa, como García o Maier o Slokar. Con ello el tribunal advierte la "enorme complejidad de la cuestión" y el temor de que la televisación no vaya a difundir "lo sustancial", sino "lo que impacta, lo que vende, y posar la cámara innecesariamente

8. Resolución ordenatoria de los actos iniciales del debate en la causa 1268 que se une a la 1261, Tribunal Oral Federal 5 por unanimidad (Guillermo Gordo, Daniel Obligado y Ricardo Farías) del 27 de marzo de 2009.

en el público, el imputado, las partes o el tribunal, a fin de obtener miradas, gestos o reacciones que den volatilidad al ambiente, lo cual puede acarrear consecuencias insospechadas". Temen a los medios de difusión masiva porque "se ven 'obligados a vender' su producto, a presentarlo de modo que resulte aceptado, y en ocasiones esto no es factible si se quiere reproducir fielmente el caso". Con ello dejan de responder al pedido de acceder a todo el juicio, que es lo que se solicitaba por parte de periodistas y grupos de la sociedad civil. Ni siquiera se proveyó del material que supuestamente registraba el tribunal, ni en forma directa ni diferidamente. Esto no solo va en contra de la dicha Acordada, sino que también va en contra de lo dispuesto constitucional y legalmente en la materia, y además va en contra de lo que ha sucedido históricamente en este tipo de casos. Más allá del rechazo de los demandantes, los integrantes del Tribunal fueron denunciados frente al Consejo de la Magistratura por los funcionarios del Ministerio de Justicia, Eduardo Luis Duhalde y Luis Hipólito Alén.[9]

3. PUBLICIDAD Y DEMOCRACIA

En los diversos procesos de transición hacia la democracia, o de búsqueda de democratización de las sociedades, se ha tenido especialmente en cuenta a los sistemas judiciales y en concreto a los juicios sobre el pasado reciente. Desde 1983 se decía en Argentina, en particular, que el proceso penal "debería avanzar hacia formas de mayor participación social. En tal sentido, la publicidad del juicio es un requisito primario, por un lado, el mejor cumplimiento de las garantías constitucionales, y por el otro, la satisfacción de la conciencia jurídica popular, amén del control de las actuaciones y la posibilidad de conocimiento de hechos que no pueden permanecer ocultos, como ocurrió en la Argentina con el juzgamiento de los integrantes de las ex juntas militares".[10]

En efecto, ese relevante antecedente de justicia transicional se filmó en la totalidad de sus casi mil horas de audiencias, por Argentina Televisora Color (la televisión oficial). Esas grabaciones constan en copia en 147 cassettes (las filmaciones completas fueron llevadas y depositadas en el Parlamento noruego en 1988 por los seis jueces que emitieron la sentencia) y su valor histórico

9. Se desestimaron las denuncias de haber vulnerado el principio de publicidad de los juicios penales en el expediente 376/09, caratulado "Copias extraídas del Expte. 31/09 s/ Act. de los Dres. Obligado – Farías – Gordo (Int. T.O.C.F. N°5)" resuelto el 12 de agosto de 2010.

10. VÁZQUEZ ROSSI, Jorge E., "Crisis de la justicia penal". *Doctrina Penal*, n. 10, Buenos Aires: Depalma, 1987, p. 449.

es incalculable. Sin embargo, por sugerencia del gobierno constitucional del presidente Alfonsín, y resolución de la Corte Suprema de Justicia, la televisión pública sólo pudo mostrar a la ciudadanía argentina, en directo, imágenes sin voz de las declaraciones testimoniales en flashes informativos, y recién luego de la sentencia se emitió un compilado de la grabación. El fundamento expreso de la resolución era el evitar el choque de algunas sensibilidades con la trama de relatos de horror que movilizó el juicio. Se desconocen las razones verdaderas de la restricción a una difusión que los públicos anhelaban. Según uno de los jueces que integraba la Cámara de enjuiciamiento, "los seis jueces estábamos a favor de la televisación, porque era nuestra única garantía de integridad. Decíamos, 'a menos que lo vea todo el país, mañana pueden venir a decirnos que esto ha sido un juicio amañado'. Nosotros éramos muy conscientes de que nada había cambiado en las Fuerzas Armadas", argumentando luego que la transmisión podía llegar a ser una cuestión de seguridad personal.[11] La relación entre los medios de prensa (no sólo el audiovisual) y la justicia cambió cualitativamente desde este momento: "El juicio a las Juntas, hizo comprender a los medios que podían controlar la labor de los jueces, enmarcarla, criticarla, exponerla celebrarla y, probablemente también, influenciarla".[12] Pero no solamente la administración de justicia sufrió con esa relación, sino que además ganó en prestigio, junto con la idea del naciente "Estado democrático de derecho", que se asentaba sobre la memoria y la justicia como pilares básicos.

Este es el antecedente más directo que debió haber sido considerado a la hora de abordar los juicios que se han reiniciado en estos años. Fue no sólo pionero en la efectiva publicidad de los juicios argentinos (estaba vigente entonces un código procesal inquisitorial y secreto), sino que también fue pionero en el mundo en cuanto a la revisión desde el propio Estado de actuaciones criminales previas.

De hecho, la publicidad sería la característica definitiva en los procesos seguidos tras la caída de dictaduras en Latinoamérica, tras la caída del comunismo en el Este europeo, y tras la caída del régimen de "apartheid" en Sudáfrica (incluso en este último caso, en que el castigo quedaba expresamente exceptuado como consecuencia de acuerdo a al lógica "umbutu").[13]

11. León Arslanián en una entrevista al diario Clarín en 24 de agosto de 1997, p. 11.

12. CÁRCOVA, Carlos María. "Notas sobre la relación entre discurso jurídico y discurso mediático", en *Enlace. Revista de Sociología Jurídica*, n. 2, Oñati, Oñati IISJ, 1997, p. 171.

13. Ver, entre otros, COHEN, Stanley. "Crímenes estatales de regímenes previos: conocimiento, responsabilidad y decisiones políticas sobre el pasado". *Nueva Doctrina Pe-*

Los otros antecedentes se vinculan a una justicia "desde afuera". En todos ellos también la publicidad fue herramienta principal para emitir mensajes a las poblaciones con el formato civilizado de la justicia penal. En las postrimerías de la derrota del nazi-fascismo europeo, el juicio de Nüremberg dio comienzo a una serie de procesos donde se juzgaron los que se darían en conocer como crímenes contra la humanidad. Ni en ese juicio ni en algunos de los que le sucedieron se obvió la importancia de reflejar y difundir públicamente lo que allí se hacía. La función simbólica fue especialmente cuidada, lo mismo que el valor histórico del proceso. Actualmente podemos ver imágenes grabadas del juicio a través de las cámaras de filmación y aquella no es de las consecuencias del juicio menos importantes. En su propio tiempo también fue valioso el conocimiento acerca de la verdad de los crímenes nazis, para rescatar a las víctimas y para impedir el negacionismo y con él la repetición del pasado.

Existen antecedentes temporalmente más cercanos. La difusión pública de los juicios a través de la televisión ha sido de las materias más discutidas dentro de la organización del Tribunal Penal Internacional para la antigua Yugoslavia en mayo de 1993. Luego de esas discusiones se adoptó la decisión de filmar todos los juicios y difundirlos públicamente.[14] Finalmente, diez televisiones de todo el mundo comenzaron a partir de 1996 a retransmitir en directo los juicios desarrollados en este Tribunal. El primer juicio en este Tribunal fue el llevado adelante contra el ex policía Duncan Tadic, acusado de torturar y matar a croatas y bosnios entre mayo y agosto de 1992. Las imágenes del juicio se distribuyeron en todo el mundo, pero en especial en Bosnia Herzegovina, donde la cadena estatal transmitió ocho horas del juicio durante cada uno de los días que duró.[15] En las audiencias del Tribunal para la antigua Yugoslavia hubo seis cámaras en cada una de las tres salas, que estaban bajo la dirección

nal, t. 1997/B, Buenos Aires: del Puerto, 1997, p. 557 y siguientes. Más ampliamente, del mismo autor *Estados de Negación*. Buenos Aires: Depto. de Publicaciones facultad de Derecho UBA, 2003.

14. Se realizó sobre ello un informe durante el año 1999: MASON, Paul. "Report on the Impact of Electronic Media Coverage of Court Proceedings at the International Criminal Tribunal for the Former Yugoslavia". *Centre for Media & Justice*, Southampton, octubre de 2000, en la siguiente dirección telemática (URL): [www.solent.ac.uk/law/cmj]. Es un estudio de opiniones y actitudes de los miembros del Tribunal que se manifiestan a favor de la presencia de las cámaras en su Tribunal (porque no afecta el normal desarrollo del mismo, y por ser educativo etc.).

15. PASTORIZA, Francisco R. "La justicia en directo. Juicios televisados". *Perversiones televisivas. Una aproximación a los nuevos géneros audiovisuales*. Madrid: Instituto Oficial de Radio Televisión Española, 1997, p. 211.

de cuatro directores de video. No obstante, el Tribunal decide qué es lo que se puede y qué es lo que no se puede mostrar (los testigos pueden solicitar que su voz e imagen se distorsionen, asimismo la imagen grabada en vivo demora treinta minutos la proyección, por motivos de seguridad). Las imágenes se distribuyeron gratuitamente entre los medios que lo solicitaron.

Tengo para mí que la publicidad de tales tipos de juicios permite que se conviertan en actos fundacionales de nuevos períodos democratizadores. Y ello, en forma realmente eficaz, a diferencia del propio castigo respecto del cual también en estos casos soy escéptico en cuanto a su utilidad.[16]

En aquellos casos, quienes pusieron mayor interés, y expectativas, en el ritual judicial fueron menos decepcionados que quienes lo hicieron sobre los castigos impuestos, siempre incapaces de abarcar todo el horror causado por los responsables de severas vulneraciones a los derechos humanos.

Explora Cohen, al señalar la relación entre conocimiento y responsabilidad por un hecho, "si los rituales convencionales de prueba de acuerdo al modelo del derecho penal ofrecen una forma efectiva de lograr conocimiento. Después de todo, es eso lo que el proceso penal ordinario pretende, tanto en su forma inquisitiva como acusatoria".[17] En efecto, el juicio penal, cuando es efectivamente público, puede cumplir las funciones de conocimiento del pasado, así como la tan importante de reconocimiento de las víctimas. También podría lograrse un reconocimiento de la culpa, a través de la censura, necesario para una efectiva "reintegración" como indica el republicanismo penal de John Braithwaite.[18]

Cohen se hace preguntas sobre estas posibilidades del juicio, en especial en los casos de delitos realizados por regímenes estatales previos y en los que la característica común, y útil, es la de la efectiva publicidad.[19] No es otra la

16. Comparto el "agnosticismo" de Zaffaroni para cualquier forma de castigo, y en cualquier caso. Ver en ZAFFARONI, Eugenio Raúl, ALAGIA, Alejandro y SLOKAR, Alejandro *Derecho Penal. Parte General*, Buenos Aires: Ediar, 2000.

17. COHEN, Stanley. "Crímenes estatales de regímenes previos: conocimiento, responsabilidad y decisiones políticas sobre el pasado", p. 572 y 573. En líneas generales, el autor señala que ello se consigue, pero pone en cuestión si ello también actúa de esa forma en los procesos de cambio de régimen.

18. BRAITHWAITE, John. *Crime, Shame and Reintegration*. Cambridge: Cambridge University Press, 1989.

19. Señala cinco debates en torno al tratamiento de los crímenes de aquellos regímenes: el del "conocimiento" (que puede lograrse mediante comisiones especiales, pero también mediante juicios), el de la "responsabilidad" (exclusivamente limitado al

importancia que Ferrajoli le otorga al mismo ritual judicial estatal y supraestatal en determinados casos aberrantes. El jurista italiano destaca la labor de aquellos tribunales llamados "de opinión" (puesto que no tienen posibilidad de ejecutar sus juicios y condenas) tales como los Tribunales "Russell" I y II, sobre los crímenes en Vietnam y en Latinoamérica, o el Tribunal Permanente de los Pueblos, que él mismo integró. Además de la importante función de denuncia, y de estigmatización moral y política a los crímenes contra la humanidad, en ellos también se denunciaba la ausencia de un derecho idóneo y se intentaba reconstruir el sentido de los valores maltratados. Se verifica en particular en este caso que la ausencia de sanción no es un problema, puesto que el sentido común se va formando en torno al ejercicio simbólico del tribunal en la práctica social, y con el valor normativo que se le atribuye en la comunicación política desde el mismo. El castigo no necesariamente modifica el sentido común sobre los valores puestos en juego. Es precisamente este sentido común en torno a los derechos humanos el que ha contribuido a formar el hecho de realizar un "juicio" –aunque sólo moral-, contrarrestando la pérdida de sentido de tales valores en regímenes de violencia y de no derecho.[20]

El ritual judicial tiene un valor fundamental para imponer determinados valores y determinadas verdades, que se aferrarán en la conciencia y en la memoria histórica de los individuos. Sobremanera en los valores propiamente jurídicos de la "justicia", algo alejado de la pena en tanto violencia. Los casos

juicio y, por cierto, emprendido por pocas "transiciones"), el de la "impunidad" (el modelo usual, que requiere también del desconocimiento), el de la "expiación" (mediante purgas rituales que van más allá de lo realizado en un juicio penal), y el de la "reconciliación" (que debe partir de la censura, salvo que se utilice como una "continuidad" del anterior régimen). COHEN, Stanley, "Crímenes estatales de regímenes previos: conocimiento, responsabilidad y decisiones políticas sobre el pasado", citado.

20. Recuerda en especial el Tribunal para los crímenes de la dictadura de Stroessner en Paraguay que integró junto a Salvatore Senese. Este juicio se desarrolló en una gran sala frente a cientos de personas, con la presencia de la prensa y la televisión, y v.o desfilar decenas de pobres campesinos que venían a mostrar las señales de las torturas sufridas en su cuerpo, a denunciar masacres y desapariciones, violaciones, violencias y expoliaciones. Se trató de una toma de conciencia colectiva, según Ferrajoli. En FERRAJOLI, Luigi. "La Corte Penale Internazionale. Una decisione storica per la quale abbiamo lavorato anche noi". *Fondazione. Notizie da Via della Dogana Vecchia*, 5, n. 3 del año 4, Roma, Julio-Septiembre de 1998. Traducido al castellano en *Nueva Doctrina Penal* n. 2002/B. Buenos Aires: del Puerto, 2003 (p. 467 a 477).

mencionados – y, como ejemplo de lo contrario, los múltiples casos en que nunca se realizaron tales rituales judiciales sobre esos regímenes – son un ejemplo mayúsculo de la impronta y valor simbólico y significante del ritual judicial.

Bergalli ha insistido, en numerosas oportunidades, sobre la importancia del derecho y la justicia en la recuperación de la memoria histórica y su aplicación para "depurar" el pasado por parte de las jurisdicciones democráticas.[21] Aunque, ciertamente, no se puede delegar el establecimiento de la historia en los tribunales, pues eso no sería bueno ni para la historia ni para la justicia, las consecuencias de los enjuiciamientos públicos en la consolidación de la memoria no pueden ser despreciadas. El refuerzo de los valores compartidos por una comunidad que puede, o no, realizar la representación de un juicio penal – a diferencia de la versión durkheiminiana limitada al castigo –, no es una función menor para todos los ciudadanos, y debe asumirse por el propio Estado democrático. A la vez, por reducir el nivel de violencias, pueda ser conveniente para los acusados y también para las víctimas. Ello ha sido tenido en cuenta, quizás, como principal justificación para televisar los juicios sobre los crímenes de guerra en la ex Yugoslavia. Al dar cuenta a toda la comunidad internacional de la respuesta que ella misma prohijó para los sucesos allí juzgados, también se busca la reconciliación con el pasado de los habitantes de las nuevas repúblicas de la zona.[22]

Por último, un hecho sociológicamente comprobable en diversas sociedades actuales también nos induce a pensar en funciones hacia los individuos, aún no advertidas de la judicialización. Este hecho es el de la creciente demanda popular – no sólo de las víctimas – por más justicia, tanto hacia los tribunales como hacia los propios medios de comunicación, cuando los primeros se muestran reacios a tales pedidos. Ello debería hacernos pensar que estas nuevas demandas colectivas, están insuficientemente atendidas en la actualidad.

"Esta nueva sensibilidad traduce una demanda moral: la espera de una instancia que defina el bien y el mal y que fije la injusticia en la memoria

21. Por nombrar sólo una de las primeras y una de las últimas de estas veces BERGALLI, Roberto. *Memoria colectiva y Derechos Humanos*. Córdoba: Marcos Lerner, 1988 y BERGALLI, Roberto. "Cultura de la jurisdicción y uso de la memoria". *Nueva Doctrina Penal*. Buenos Aires: del Puerto, t. 2000/B.

22. MASON, Paul. "Report on the Impact of Electronic Media Coverage of Court Proceedings at the International Criminal Tribunal for the frmer Yugoslavia", cit., p. 14.

colectiva".[23] Los individuos que integran las sociedades no toleran ni la ocultación sobre hechos relevantes del pasado, ni tampoco una apropiación por parte de "expertos" que definan tecnocráticamente la valoración jurídica de los mismos.

La publicidad efectivizada por la televisación debe ser entendida como una condición para la democratización del proceso comunicacional, que le irroga forma de juicio penal a la resolución de conflictos. Es la que permite realmente a amplios sectores de la sociedad percibir, y criticar, el proceso de formación de "verdades" y de imposición de castigos.

4. PUBLICIDAD Y GARANTÍAS

Pero queda relevar como juega la publicidad como garantía. Ferrajoli define un sistema de garantías como la suma de principios que enuncian las condiciones necesarias – aunque no suficientes – para afirmar una responsabilidad penal y aplicar una pena.[24] No obstante, entiendo que en particular la garantía debe considerar al sujeto que es garantizado en el cumplimiento de sus derechos, entendidos como límites al fin del proceso penal, que es el de garantizar el *ius puniendi*. Para ello debe analizarse como juega la publicidad para con quien es acusado.

Para el imputado existe un doble significado de la publicidad del juicio. Estos dos significados se relacionan, por un lado con lo que la doctrina ha llamado publicidad interna, procesal o relativa, que es la "posibilidad de participación y conocimiento de las partes de la realización de los diversos actos procesales"; y por el otro, con la denominada publicidad externa, extraprocesal o absoluta, "referente a la posibilidad de conocimiento público y difusión general de los actos y trámites de un proceso".[25]

No obstante, la publicidad externa tiene la virtud de abarcar también el problema de la publicidad interna, verdadera garantía del justiciable, siempre

23. GARAPON, Antoine. *Juez y democracia.* Barcelona: Flor de Viento, 1997, p. 17.

24. FERAJOLI, Luigi. *Derecho y Razón. Teoría del garantismo penal.* Madrid: Trotta, 1995 (trad. del original de 1989 de Perfecto Andrés Ibañez, Alfonso Ruiz Miguel, Juan Carlos Bayón Mohino, Juan Terradillos Basoco y Rocío Cantarero Bandrés), p. 92.

25. BELTRÁN CATALÁ, David. "El secreto sumarial y el derecho a la información". *Revista Actualidad Penal.* Madrid, t. 1993-2, p. 448.

declamada pero nunca efectivamente realizada, capaz de posibilitar la "igualdad de armas" con la acusación del Estado.[26]

Pero no sólo por ello es que también la publicidad extendida al público en general, cumple una función de garantía con respecto al imputado. Esta es la explicación que le otorgaban los iluministas dieciochescos, y que se repetirá hasta la saciedad por los más destacados juristas actuales. Sin embargo, y en realidad, ni en aquella época ni en la actualidad la protección del acusado requiere, en condiciones normales, que el público asista y observe las actividades judiciales, ya que cuenta con otros remedios más eficaces para ello.

Pero, aunque estos otros remedios (que tampoco históricamente aparecieron en su defensa) funcionasen, de todas formas la publicidad integra el catálogo de derechos fundamentales de una persona. En efecto, la publicidad externa vela por el efectivo cumplimiento de todos los otros derechos fundamentales. Si el juicio se realiza ante los ojos de todos, y no al amparo del secreto y la oscuridad, se evita la posibilidad del arbitrio o de la desidia del juzgador al utilizarlos. Es por ello que la publicidad del juicio penal, como garantía individual, está contenida en los artículos 10 y 11, inciso 1°, de la Declaración Universal de los Derechos Humanos, entre otros documentos. Mencionamos este ejemplo pues en este caso queda claro que la publicidad del juicio se enuncia sólo como una garantía del justiciable. Ello es lógico en lo que hace a los documentos internacionales. Los mismos, más que organizar una institución pública relacionada con la institución del poder, reflejan un listado de garantías judiciales básicas, sobre las que no podrían pasar las diferentes configuraciones de los diferentes Estados signatarios. Este doble fundamento, interno e internacional, del principio de publicidad es reconocido, por ejemplo, por Binder cuando dice que "la publicidad del juicio, no sólo surge de la esencia del juicio republicano asumida por nuestra Constitución Nacional, sino que es una de las garantías judiciales básicas previstas por los pactos internacionales de Derechos Humanos".[27] En estos últimos, entonces, el principio de la

26. Sobre la visión negativa que tenían de la justicia sus "clientes" en virtud de la opacidad ver el trabajo sobre datos cuantitativos de ROBERT, Philippe y FAUGERON, Claude, *La justice et son public. Les representations sociales du système pénal*, *Colección Deviance et Societe*. Genéve: Masson, 1978, en especial sobre el juez de instrucción, p. 179 y siguientes.

27. BINDER, Alberto. *Introducción al derecho procesal penal*. Buenos Aires: Ad Hoc, 1993, p. 102.

publicidad del juicio tiene en consideración la funcionalidad para el imputado. También se tendrá en cuenta esta perspectiva en los ordenamientos locales, pero no sólo a ella.

Para Ferrajoli, el principio de publicidad así considerado con respecto al acusado es una garantía de segundo grado, o "garantía de garantías". Sólo si el proceso se desarrolla delante de un público es posible tener una relativa certeza "de que han sido satisfechas las garantías primarias, más intrínsecamente epistemológicas, de la formulación de la acusación, la carga de la prueba y el contradictorio con la defensa. Por eso, la publicidad y la oralidad son también rasgos estructurales y constitutivos del método acusatorio formado por las garantías primarias".[28]

Según esta perspectiva garantista, la publicidad también protege otros principios del proceso que pueden, a su vez, observarse como garantías. La presencia de terceros también permite el control de la "razonabilidad" de las sentencias, que se relaciona con la motivación – que también, como se ha visto, guarda importantes similitudes funcionales con la publicidad del juicio.

No puede pensarse en una "justificación" de un acto cualquiera del procedimiento, si no pensamos en un ente racional, determinado o indeterminado, concreto o abstracto, al que se refiera esa justificación. Un "ente" básicamente racional y extraño, que la juzgue. Esta es la función del público frente a una sentencia a la que controla en esa motivación, que es dónde están las constancias que garantizaron los derechos del acusado. "El conocimiento público del material probatorio de que ha dispuesto el Tribunal para absolver o condenar es una garantía del ciudadano sometido a enjuiciamiento. Esta garantía consiste en, a su vez, la verificación de la corrección jurisdiccional. Se conjura de este modo todo peligro de arbitrariedad a la vista del examen a que es sometida la labor enjuiciadora".[29]

Del mismo modo, la presencia física de público en la misma audiencia de juicio permite corroborar más fehacientemente el cumplimiento de las reglas, ya que ese cumplimiento es allí tanto o más importante en sus aspectos formales que en los de fondo,[30] que sí se reflejarían en la sentencia.

28. FERRAJOLI, Luigi. *Derecho y Razón, cit.*, p. 616.

29. LATORRE, Virgilio. "Función jurisdiccional y libertad de expresión" cit., p. 108.

30. VERD NOGUERA, Antonio. "Tras el significado de 'audiencia pública' del artículo 120.3 de la Constitución española". *Revista General de Derecho*, n. 600, Valencia, septiembre de 1994, p. 9169.

La audiencia es el escenario donde todas las garantías se actúan con efectos prácticos.

Los códigos procesales penales analizados reciben esta idea de la publicidad como garantía del justiciable, permitiendo que el mismo impugne –para solicitar la nulidad– la sentencia realizada en un juicio no público. Son innumerables los casos en los cuales la publicidad del juicio juega claramente a favor del acusado. Ya sea desde el punto de vista jurídico, para lograr la absolución; o desde un punto de vista político, para intentar trascender el debate meramente jurídico. "En consecuencia, por tratarse de un derecho garantizado al imputado, de jerarquía constitucional, él siempre está facultado jurídicamente a exigir el estricto respeto de su derecho a ser sometido a juicio penal públicamente".[31]

Sin embargo, en ninguna de las legislaciones del derecho comparado revisadas más arriba, se permite al acusado – a ninguna de las partes – reclamar la presencia de las cámaras de televisión para que se conozca realmente su caso, en virtud de su derecho a un proceso público. Esta circunstancia se planteó en los Estados Unidos, y entonces se señaló que el imputado tiene derecho a un juicio público pero no puede obligar a la prensa a dar cobertura a su caso.[32] La posibilidad de que la publicidad tenga realmente virtualidad, de esta forma, se limitará a los casos en los cuales el acusado tenga el suficiente poder de influencia sobre los medios de comunicación, o cuando pueda moverse de tal forma de lograr movilizar a los mismos a prestar atención a su caso por considerarlo "noticiable". Este problema no es menor, y debería hacernos pensar en la necesidad de brindar efectivamente esta garantía, si la consideramos tal, a todos los juicios en los que se puede imponer una medida limitadora de derechos a algún individuo, independientemente del conocimiento público del sujeto o el hecho o del poder económico representante del interés comercial. Como bien señala Hassemer, al demostrar que libertad de información y protección de datos personales no son ideas opuestas entre sí: lo que no es posible es que

31. BOVINO, Alberto. "Publicidad del juicio penal: la televisión en la sala de audiencias". AA.VV., *Libertad de prensa y derecho penal*. Buenos Aires: del Puerto, 1997, p. 114.

32. Así en caso de la Corte Suprema estadounidense "U.S. vs. Hastings" en el que el acusado (un juez) solicitaba la presencia de las cámaras y ello fue denegado. Ver también LASSITER, Christo, "TV or not TV. That is the question". *The Journal of Criminal Law and Criminology*, v. 86, n. 3. Spring. Chicago: Northwestern University School of Law, 1996, p. 956 a 958.

agencias tengan información personal sin el permiso del titular, a excepción que sea información conocida por todos; las agencias no pueden tener información "privilegiada". La reflexión que este autor promueve sobre la publicidad del juicio, y sobre la participación más activa del inculpado en las informaciones que le afectan, requiere observar los deseos de los acusados en los procesos concretos.[33]

Se ha señalado, no obstante, que la publicidad puede en muchos casos ser perjudicial para el acusado.[34] En muchos de estos casos, el acusado prefiere evitar el conocimiento masivo o público de la circunstancia que lo llevó a juicio, tanto para impedir los efectos posiblemente negativos señalados anteriormente, cuanto simplemente por no usar de algo que considera un "derecho" suyo, y por lo tanto disponible o no.

Ello no es posible, al menos, en ninguno de los sistemas procesales que siguen la tradición continental europea. El principio de la publicidad del juicio no es sólo un derecho del acusado. La funcionalidad de la publicidad de los juicios en el marco de una República o un Estado social y democrático de Derecho, no sólo representa una importante garantía para el individuo sino que también cumple funciones para otros sujetos, y para la pervivencia del propio sistema pues es un "instrumento esencial para hacer posible el control de la justicia por la opinión pública" y ello predomina sobre los intereses particulares.[35]

"Resulta claro, entonces, que el imputado tiene derecho a un juicio público. Ello no significa, sin embargo que tenga derecho a un juicio a puertas cerradas...", indica Jürgen Baumann, "...el acusado no puede pretender la exclusión del público para proteger su ámbito privado".[36] Comenta así Baumann

33. HASSEMER, Winfried. "¿Proceso penal sin protección de datos?", (trad. del original de 1995, M.T. Castiñeira Palou y R. Ragués y Vallès) en Instituto de Ciencias Criminales de Frankfurt (ed.), *La insostenible situación del derecho penal*. Granada: Comares, 2000, p. 124 y 125.

34. Por todos ROXIN, Claus. *Derecho procesal penal*. Buenos Aires: del Puerto, 2000 (trad. de la 25ª edición de 1997, Gabriela Córdoba y Daniel Pastor revisada por Julio B.J. Maier), p. 407.

35. LÓPEZ ORTEGA, Juan José. "La dimensión constitucional del principio de la publicidad de la justicia", en *Revista del Poder Judicial*, n. especial XVII. *Justicia, información y opinión pública. I encuentro jueces-periodistas*. Madrid: C.G.P.J., 1999, p. 108 a 109 con cita de decisiones judiciales del TEDH.

36. BAUMANN, Jürgen. *Derecho Procesal Penal Conceptos fundamentales y principios procesales. Introducción sobre la base de casos*. Buenos Aires: Depalma, 1986 (trad. de la 3. ed. ampliada de 1979, Conrado Finzi), cit., p. 111.

el caso hipotético en el cual el acusado es un conocido político, que prefiere un proceso secreto para evitar los comentarios de la opinión pública, en tanto estos serían perjudiciales para su carrera. Si bien los derechos son renunciables, y la publicidad del juicio es, como se analiza aquí, un derecho del imputado, no puede el imputado solicitar un juicio no público. No tiene derecho a esto ya que la publicidad es, además, una obligación institucional.[37] Ello está claramente asentado en el ordenamiento constitucional español, en dónde la publicidad del juicio no sólo aparece como un derecho del justiciable, sino también como un derecho colectivo (arts. 24 y 120 CE). Ello queda expuesto, además, al cotejar las razones que el artículo 680 LECr utiliza para justificar la exclusión de la publicidad, y la realización de un juicio "a puertas cerradas"; son todas ajenas al interés del acusado. Las posibles afectaciones a intereses del mismo, son imposiciones de la solución judicial. "La injerencia en la intimidad e imagen está justificada, porque la publicidad ya no es sólo un derecho individual, sino un derecho colectivo del proceso".[38] El acusado, al igual que los testigos citados coercitivamente, y con más razón los funcionarios, están llamados a un juicio "público". La publicidad es una de las reglas del juicio que se le imponen al acusado, aunque no las quiera; y no tiene posibilidad, legítima, de alterarlas, salvo en los casos en que legalmente se estipule un juicio a puertas cerradas. Esta publicidad es tanto la de los espectadores presentes en la sala, cuanto la de aquellos que accedan mediáticamente a ella. En ese sentido dice Siro García que "Por eso el acusado está obligado a someterse a la publicidad; carecería de sentido supeditar la intervención de la TV al consentimiento del imputado".[39]

Pero no sólo el acusado no tiene derecho a un juicio "secreto". Como señala Nils Christie hay razones no jurídicas que llevan a pensar en la necesidad de obligar al acusado a enfrentar un juicio público, más allá de sus deseos. "No es el control de la salud lo que estamos discutiendo, es el control del delito. Si los delincuentes se sienten golpeados por la idea inicial de una confrontación cercana con la víctima, preferentemente una confrontación en el mismísimo vecindario de una de las partes, ¿entonces

37. Ver OUELETTE, Francois. *L´accès des caméras de télévision aux audiences des tribunaux*. Montréal: Thémis, 1997, p. 54, basándose en antecedentes jurisprudenciales norteamericanos.

38. LATORRE, Virgilio. *Función jurisdiccional y juicios paralelos*. Madrid: Civitas, 2002, p. 161.

39. GARCÍA PÉREZ, Siro Francisco. "La televisión desde la sala del juicio en los procesos penales". *Revista del Poder Judicial*, n. especial XVII. *Justicia, información y opinión pública. I encuentro jueces-periodistas*. Madrid: C.G.P.J., 1999, p. 232 y 233.

qué? Sabemos que la mayoría de los individuos condenados sufren un *shock*. Ellos prefieren, realmente, alejarse de la víctima, de los vecinos, del público. Tal vez también de su propio juicio, a través del vocabulario judicial y de la terminología de los expertos en ciencias del comportamiento que pudieran estar presentes. Están completamente dispuestos a regalar su derecho de propiedad sobre el conflicto. Pero la cuestión va más allá de eso: ¿estamos dispuestos a permitirles que lo regalen? ¿Estamos dispuestos a permitirles esta fácil vía de escape?".[40]

No se intentará aquí responder a estos perturbadores interrogantes. Pero sí tenemos en claro que no podría ser peor, desde el punto de vista de la reintegración, un problema público que un no-problema secreto, y alejado de la misma sociedad. Lo que surge de esos interrogantes es, además, que el problema – el delito – y por lo tanto también su representación ritual, no pertenecen sólo a un individuo sino que le pertenecen a la sociedad. Al menos es así de acuerdo a decisiones político criminales adoptadas por algunas sociedades y sus Estados. Decisiones que podrían ser discutidas en cada caso, pero ello podría hacerse en forma legítima sólo de realizarse el ritual públicamente. Ciertamente, lo que señala Christie también tiene alguna respuesta en los ordenamientos jurídicos: en ellos la publicidad del juicio no sólo está prevista como una garantía del acusado, sino que también otras disposiciones constitucionales consideran a la publicidad como un principio de la forma de realizar los juicios en los Estados democráticos

5. BIBLIOGRAFÍA

ANITUA, Gabriel Ignacio. *Justicia penal pública*. Un estudio a partir del principio de publicidad de los juicios penales. Buenos Aires: Editores del Puerto, 2003.

BAUMANN, Jürgen. *Derecho Procesal Penal Conceptos fundamentales y principios procesales*. Introducción sobre la base de casos. Trad. de la 3. ed. ampliada de 1979, Conrado Finzi. Buenos Aires; Depalma, 1986.

BELTRÁN CATALÁ, David. "El secreto sumarial y el derecho a la información". *Revista Actualidad Penal*. Madrid, t. 1993-2, p. 448.

BERGALLI, Roberto. "Cultura de la jurisdicción y uso de la memoria". *Nueva Doctrina Penal*. Buenos Aires: del Puerto, t. 2000/B.

40. CHRISTIE, Nils. "Los conflictos como pertenencia", trad. del original de 1977, Alberto Bovino y Fabricio Guariglia), en AA.VV., *De los delitos y de las víctimas*. Buenos Aires: Ad Hoc, 1992, p. 172 y 173.

BERGALLI, Roberto. *Memoria colectiva y Derechos Humanos*. Córdoba: Marcos Lerner, 1988.

BINDER, Alberto. *Introducción al derecho procesal penal*. Buenos Aires: Ad Hoc, 1993.

BOVINO, Alberto. "Publicidad del juicio penal: la televisión en la sala de audiencias". *AA.VV., Libertad de prensa y derecho penal*. Buenos Aires: del Puerto, 1997.

BREITHWAITE, John. *Crime, Shame and Reintegration*. Cambridge: Cambridge University Press, 1989.

CÁRCOVA, Carlos María. "Notas sobre la relación entre discurso jurídico y discurso mediático". *Enlace. Revista de Sociología Jurídica*, n. 2, Oñati, Oñati IISJ, 1997, p. 171.

CHRISTIE, Nils. "Los conflictos como pertenencia". Trad. del original de 1977. Alberto Bovino y Fabricio Guariglia. *AA.VV., De los delitos y de las víctimas*. Buenos Aires: Ad Hoc, 1992.

COHEN, Stanley. "Crímenes estatales de regímenes previos: conocimiento, responsabilidad y decisiones políticas sobre el pasado". *Nueva Doctrina Penal*, t. 1997/B, Buenos Aires: del Puerto, 1997.

_____. *Estados de Negación*. Buenos Aires: Depto. de Publicaciones facultad de Derecho UBA, 2003.

FERRAJOLI, Luigi. "La Corte Penale Internazionale. Una decisione storica per la quale abbiamo lavorato anche noi". *Fondazione*. Notizie da Via della Dogana Vecchia, 5, n. 3 del año 4, Roma, Julio-Septiembre de 1998. Traducido al castellano por Anitua, Gabriel Ignacio en Nueva Doctrina Penal n. 2002/B. Buenos Aires: del Puerto, 2003.

_____. *Derecho y Razón*. Teoría del garantismo penal. Trad. del original de 1989 de Perfecto Andrés Ibañez, Alfonso Ruiz Miguel, Juan Carlos Bayón Mohino, Juan Terradillos Basoco y Rocío Cantarero Bandrés. Madrid: Trotta, 1995.

GARAPON, Antoine. *Juez y democracia*. Barcelona: Flor de Viento, 1997.

GARCÍA PÉREZ, Siro Francisco. "La televisión desde la sala del juicio en los procesos penales". *Revista del Poder Judicial*, n. especial XVII, Justicia, información y opinión pública. I encuentro jueces-periodistas. Madrid: C.G.P.J., 1999.

HASSEMER, Winfried. "¿Proceso penal sin protección de datos?". Trad. del original de 1995, M.T. Castiñeira Palou y R. Ragués y Vallès. *Instituto de Ciencias Criminales de Frankfurt* (ed.). La insostenible situación del derecho penal. Granada: Comares, 2000.

LASSITER, Christo. "TV or not TV. That is the question". *The Journal of Criminal Law and Criminology*. v. 86, n. 3. Spring. Chicago: Northwestern University School of Law, 1996.

LLATORRE, Virgilio Latorre. "Función jurisdiccional y libertad de expresión". GAVALDÁ, Josep-Vicent; BERNARDO, José María y PELLISER, Nel·lo. *Justicia y representación mediática*. Madrid: Biblioteca nueva, 2001.

_____. *Función jurisdiccional y juicios paralelos*. Madrid: Civitas, 2002.

LÓPEZ ORTEGA, Juan José. "La dimensión constitucional del principio de la publicidad de la justicia". Revista del Poder Judicial, n. especial XVII, Justicia, información y opinión pública. I encuentro jueces-periodistas. Madrid: C.G.P.J., 1999.

MASON, Paul, "Report on the Impact of Electronic Media Coverage of Court Proceedings at the International Criminal Tribunal for the Former Yugoslavia". *Centre for Media & Justice*. Southampton, octubre de 2000, en la siguiente dirección telemática (URL): [www.solent.ac.uk/law/cmj].

OUELETTE, Francois. *L´accès des caméras de télévision aux audiences des tribunaux*. Montréal: Thémis, 1997, p. 54, basándose en antecedentes jurisprudenciales norteamericanos.

PASTORIZA, Francisco R. "La justicia en directo. Juicios televisados". *Perversiones televisivas*. Una aproximación a los nuevos géneros audiovisuales, Madrid, Instituto Oficial de Radio Televisión Española, 1997, p. 211.

ROBERT, Philippe y FAUGERON, Claude. *La justice et son public*. Les representations sociales du système pénal. Colección Deviance et Societe. Genéve: Masson, 1978.

ROXIN, Claus. *Derecho procesal penal*. Trad. de la 25ª edición de 1997, Gabriela Córdoba y Daniel Pastor revisada por Julio B.J. Maier. Buenos Aires: del Puerto, 2000.

VÁZQUEZ ROSSI, Jorge E. "Crisis de la justicia penal". *Doctrina Penal*, n. 10, Buenos Aires: Depalma, 1987, p. 449.

VERD NOGUERA, Antonio. "Tras el significado de 'audiencia pública' del artículo 120.3 de la Constitución española". *Revista General de Derecho*, n. 600, Valencia, septiembre de 1994.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl; ALAGIA, Alejandro y SLOKAR, Alejandro. Derecho Penal. Parte General. Buenos Aires: Ediar, 2000.

Pesquisas do Editorial

Veja também Doutrina

- Limites à liberdade de expressão, de Miguel Reale Júnior – *RBCCrim* 81/61-91, *Doutrinas Essenciais de Direitos Humanos* 2/903-932 (DTR\2009\885);
- O direito fundamental à prova e a legitimidade dos provimentos sob a perspectiva do direito democrático, de Fernando Horta Tavares e Maurício Ferreira Cunha – *RePro* 195/111-135, *Doutrinas Essenciais de Processo Civil* 4/305-329 (DTR\2011\1462); e
- Princípios penais constitucionais da oportunidade, da moralidade e da proporcionalidade como limitação ao poder punitivo do Estado, de Luís Paulo Sirvinskas – *RT* 802/452-463, *Doutrinas Essenciais de Direito Penal* 1/403-418 (DTR\2011\1497).

Entre a lei processual e a praxe policial: características e consequências da desconcentração e do descontrole da busca pessoal

Between legal procedure and police practice: features and consequences of deconcentration and decontrol of police frisking

Gisela Aguiar Wanderley

Mestranda em Direito, Estado e Constituição pelo Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade de Brasília (UnB). Graduada em Direito pela Universidade de Brasília (UnB). Advogada.
gisela.aguiarw@gmail.com

Recebido em: 30.09.2016
Aprovado em: 20.10.2016
Última versão da autora: 30.10.2016

Área do Direito: Processual; Penal

Resumo: A busca pessoal, coloquialmente denominada "baculejo", "geral" ou "dura", tem sido executada no âmbito do policiamento ostensivo-preventivo, rotineira e cotidianamente. Não obstante, esse uso da busca pessoal contraria seu permissivo legal (Código de Processo Penal, art. 244), no qual é regulada como medida processual orientada à obtenção de prova, e não como medida de prevenção criminal ou de controle da circulação pública. O artigo examina então a dicotomia entre a regulamentação legal e a prática efetiva da busca pessoal. Ressalta-se que há uma superposição de arbítrio na prática dessa medida, a qual, além de distanciar-se do permissivo legal, é ineficiente à descoberta de infrações penais, e atinge desproporcionalmente a juventude negra e pobre do país. Assim, a partir da inobservância da legislação processual penal, cerceiam-se diuturnamente a liberdade e a privacidade individuais no espaço público urbano e, ademais, concretiza-se um decisivo recorte

Abstract: Brazilian policemen perform frisks (patdowns) routinely, which are comprehended as part of urban policing. The high number of frisks daily performed is justified by its alleged importance to control crime and make police visible. Nevertheless, it is legally regulated as a procedure of obtaining criminal evidence, which is conditioned to founded suspicion of possession of forbidden weapon or other objects or papers that constitute *corpus delicti* (Brazilian Criminal Procedure Code, article 244). Therefore, the article examines the characters and consequences of this dichotomy between the way police practice frisks and the way Brazilian law regulates this procedure. It is stressed that the way frisks are conducted is not only illegal, but also inefficient to control crime and obtain evidence. On the other hand, it is argued that black and poor young men are disproportionally frisked. Therefore, freedom of movement and privacy are not fully granted to these citizens, who are also more vulnerable to

discriminatório para a criminalização secundária, em um cenário que se associa à fragilidade do controle de validade das práticas policiais pelas agências judiciais.

PALAVRAS-CHAVE: Busca pessoal - Abordagem policial - Investigação policial - Prevenção criminal - Criminalização secundária.

being prosecuted and encarcerated, due to the increase of police vigilance towards them. This context unveils that the violation of legal procedure has perverse consequences, which are also related to the fragile judicial control of police practices in Brazil.

KEYWORDS: Stop and frisk - Police investigation - Crime control - Urban policing - Criminal procedure law.

SUMÁRIO: 1. Introdução. 2. A desvirtuação da suspeita exigida pela legislação processual penal: uma leitura estrita e completa do art. 244 do CPP. 3. Da desvirtuação da suspeita à desconcentração e à desfuncionalização da busca pessoal: uma rotina de ineficiência e seletividade. 4. Os alvos cotidianos da busca pessoal: exclusão socioespacial e encarceramento da juventude negra e pobre. 5. A baixa eficiência/proficiência da busca pessoal no contexto brasileiro e o controle da *"stop and frisk"* no direito estadunidense: breves apontamentos para a superação do "pior desempenho possível" do aparato policial. 6. Considerações finais. 7. Referências bibliográficas.

1. INTRODUÇÃO

Há[1] muito se sabe que a dogmática processual penal possui prioridades desiguais. Seu objeto privilegiado abarca, sobretudo, o desenrolar do processo penal formal, conduzido pelas agências judiciais – aí compreendidos o Poder Judiciário em sentido estrito, o Ministério Público, a Defensoria Pública e a advocacia. Nos volumosos manuais, tenciona-se dissecar a fase judicial da persecução penal, encarada sob o ideal de um sistema constitucional acusatório, balizado por garantias tendentes a reduzir o espaço de discricionariedade e, portanto, o risco de decisionismo.

Contudo, em paralelo à normatização e ao controle direcionados ao sistema processual penal formal, largos bolsões de arbitrariedade decorrem da atuação informal, desregulada e descontrolada das agências policiais. Essa disparidade torna vão todo o autoelogiado esforço de redução da violência institucional empreendido pelas agências judiciais e pela dogmática processual penal.

Com efeito, não é novo o diagnóstico de que "o verdadeiro poder punitivo é exercido pelas agências policiais" (ZAFFARONI, 2012, p. 420). São exata-

1. O trabalho consiste em apresentação de resultados parciais de pesquisa de dissertação de mestrado em elaboração, com previsão de defesa em março/2017.

mente as polícias as agências estatais que detêm a parcela mais significativa do poder de seleção que formata a criminalização secundária,[2] pois definem quais pessoas e condutas serão alvo da investigação criminal e da repressão penal. Noutro giro, são as polícias que exercem diuturno poder de vigilância e disciplina sobre a população, sob o pálio da atribuição de preservação da ordem pública e do imperativo de prevenção geral. Essas tarefas, que se entrelaçam no cotidiano policial, são cruciais à determinação dos rumos e esferas de incidência do poder coercitivo estatal, inclusive no bojo da persecução penal formal. Por isso, de nada adianta reduzir o arbítrio exercido por meio do processo penal se, ao mesmo tempo, a coerção e a repressão podem ser exercidas pelas polícias de modo informal – sem técnica, sem norma, sem controle.

Apesar disso, há rotineiras atividades das polícias que têm sido ainda muito timidamente analisadas pela dogmática processual penal e, como consequência, têm passado ao largo do controle das próprias agências judiciais. As justificativas para a menor atenção dispensada à regulamentação da atividade policial gravitam entre algumas assertivas genéricas recorrentes, tais como as de que a investigação policial é meramente preparatória do processo penal – conquanto os elementos colhidos no inquérito continuem nos autos do processo e sejam diuturnamente utilizados na fundamentação das sentenças proferidas – e de que a preservação da ordem pública é atividade meramente administrativa e preventiva, não submetida aos princípios e garantias incidentes sobre o processo penal – conquanto o desempenho dessa atividade comumente abarque a descoberta e a repressão de práticas delitivas.

Uma lacuna se estabelece então entre a aplicação do poder de definição, seleção e coerção largamente exercido pelas agências policiais e as normas e garantias direcionadas à atuação das agências judiciais. Nesse cenário, a redução da arbitrariedade no poder de seleção, definição e coerção exercido pelas polícias passa, necessariamente, pelo escrutínio de suas práticas, seus procedimentos e seus objetivos, bem como pela reivindicação da incidência das garantias processuais já na fase policial da persecução penal. Os princípios e normas processuais, então, devem limitar, condicionar e vincular o poder de coerção cotidiana e rotineiramente empreendido pelas agências policiais, antes mesmo da formalização em autos de inquérito ou de processo penal propriamente

2. Contempla-se o processo de criminalização como composto pela fase de criminalização primária (consistente na tipificação em abstrato de crimes na lei penal) e pela fase de criminalização secundária (consistente na efetiva aplicação da lei penal sobre ações e pessoas concretas pelas agências do sistema penal, entre as quais se destacam as agências policiais) (ZAFFARONI *et al.*, 2011).

dito. Para tanto, o estudo jurídico-dogmático deve abandonar seus pressupostos meramente formais e ocupar-se também das praxes cotidianas das agências da persecução penal, com especial enfoque para os efeitos da (in)observância das normas processuais.

Por essa perspectiva, este trabalho objetiva contrastar a prática cotidiana da busca pessoal – corriqueiro ato policial coloquialmente denominado "baculejo", "dura" ou "geral" – em face de sua regulamentação pelo direito processual penal brasileiro.

Para tanto, em primeiro lugar, analisa-se o dispositivo legal pertinente, o art. 244 do CPP, que prevê as hipóteses de cabimento da busca pessoal sem mandado prévio. Almeja-se evidenciar que, entre os discursos de policiais e de juristas, é disseminada uma leitura incompleta desse dispositivo. A partir da frouxa interpretação a ele conferida, abre-se margem para a desfuncionalização da busca pessoal, que deixa de ser uma medida processual orientada à obtenção de prova e se torna uma medida de polícia ostensivo-preventiva. Assim, concede-se às polícias um poder de coerção e repressão virtualmente ilimitado e incontrolável, que permite que transeuntes sejam detidos e revistados de modo potestativo no espaço público urbano, sem possibilidade efetiva de questionamento e resistência perante as determinações policiais.

Na sequência, são apresentadas estatísticas oficiais da Secretaria de Segurança de São Paulo (SSP/SP) e da Secretaria de Segurança do Distrito Federal (SSP/DF), em conjunto com dados obtidos em pesquisas empíricas sobre a atuação policial em outras Unidades da Federação, com especial destaque à repressão ao tráfico de entorpecentes, as quais evidenciam que a busca pessoal é praticada de modo generalizado e indiscriminado pelas polícias brasileiras e, ademais, atinge prioritariamente jovens negros e pobres do sexo masculino, que são identificados como potencialmente criminosos e, portanto, como "suspeitos".

Argumenta-se então que a prática da busca pessoal se insere no nível do "pior desempenho possível" do aparato policial, pois é pouco eficiente e pouco proficiente. Torna-se claro então que a inobservância das condições de validade impostas pela lei processual penal tem um efeito perverso: desembocam em abordagens diárias e rotineiras amparadas em um recorte discriminatório. Esse padrão de intervenção policial, além de implicar o reiterado cerceamento da presença de tais indivíduos no espaço público urbano, não deixa incólume o processo penal: em um quadro de investigação policial deficiente, alinha-se à sobrevalorização do depoimento dos policiais e resulta em condenações penais amparadas em elementos circunstanciais obtidos por ocasião da abordagem policial e interpretadas sob a ótica da narrativa fática dos policiais.

WANDERLEY, Gisela Aguiar. Entre a lei processual e a praxe policial:
características e consequências da desconcentração e do descontrole da busca pessoal.
Revista Brasileira de Ciências Criminais. vol. 128. ano 25. p. 115-149. São Paulo: Ed. RT, fevereiro 2017.

Assim, ao não ser submetida às condições de validade exigidas pela lei processual, a busca pessoal, de um lado, insere-se em uma dinâmica de segregação e exclusão socioespacial, e, de outro, consolida-se como um crucial filtro de criminalização secundária realizado a partir de um recorte discriminatório, o qual reverbera, nas subsequentes etapas da persecução penal, em uma seleção também discriminatória de flagranteados, acusados, condenados e encarcerados.

Aduz-se, então, que o controle mais rigoroso das condições de validade dessa intervenção policial, pelas próprias polícias e pelas instâncias externas de controle – sobretudo Poder Judiciário e Ministério Público –, mostra-se indispensável à implementação de um policiamento cidadão, consentâneo com as normas constitucionais. E não se trata de mera quimera inalcançável, conforme se pode constatar do controle judicial da análoga prática da *stop and frisk* no direito estadunidense, desde a inaugural análise da temática pela Suprema Corte, no julgamento do caso Terry v. Ohio, em 1968.

Ante tal contexto, argumenta-se que a redução do alto nível de arbitrariedade propiciado pela superposição de ilegalidade e seletividade na prática da busca pessoal depende não só de uma leitura estrita do permissivo legal constante do art. 244 do CPP, mas também de mecanismos de monitoramento, fiscalização e controle da atividade policial. Pressupõe, portanto, uma atuação vigilante e rigorosa das instâncias de controle, que possuem responsabilidade compartilhada com as polícias pelos rumos que conformam essa cotidiana intervenção policial.

2. A desvirtuação da suspeita exigida pela legislação processual penal: uma leitura estrita e completa do art. 244 do CPP

As "abordagens policiais", em sentido amplo, constituem situações diversas de encontro entre polícia e cidadãos, não necessariamente relacionadas ao contexto criminal. Em sentido estrito, na acepção mais corriqueira da expressão, entende-se "abordagem policial" como o encontro entre o policial e o transeunte, travado por iniciativa do policial (proativa) e quase sempre caracterizado pela emanação de uma ordem policial de parada ao transeunte e pela prática da revista (busca pessoal) do abordado. Aduz-se então que, "no caso da abordagem policial, o objeto refere-se à revista para busca e apreensão" (BONI, 2006, p. 661). Assim, a própria conceituação de *abordagem policial* frequentemente contém a prática da *busca pessoal*, de modo que há uma confusão conceitual entre as expressões, frequentemente usadas de modo intercambiável. Nesse sentido, Ribeiro (2009, p. 14) aduz que *abordagem policial* "é a forma coloquial de nomear a figura jurídica da busca pessoal".

A busca pessoal é caracterizada por uma revista realizada na área exterior ao corpo e nos bens móveis sob o alcance do indivíduo.[3] Na linguagem coloquial, é também denominada "revista" ou, de modo mais informal, "baculejo", "geral" ou "dura". No direito brasileiro, suas hipóteses de cabimento são reguladas nos arts. 240, § 2.º, e 244, *caput*, do CPP. Aquele prevê as hipóteses em que a busca pessoal necessita de mandado prévio e este as hipóteses em que pode ser praticada sem mandado prévio. A execução da busca pessoal pelo próprio agente policial, independentemente de mandado, deveria se submeter então às condições de validade previstas no art. 244 do CPP.[4]

De acordo com esse dispositivo legal, a busca pessoal pode ser praticada como medida incidental à prisão e à busca domiciliar. Como medida autônoma, a busca pessoal depende de "fundada suspeita de que a pessoa esteja na posse de arma proibida ou de objetos ou papéis que constituam corpo de delito". Esta é a hipótese em torno da qual gravitam as mais sensíveis controvérsias relativas à medida.

De plano, cabe anotar que a menção do dispositivo à *suspeita* é acompanhada tanto por um adjetivo antecedente ("fundada"), quanto por um complemento subsequente ("de que a pessoa esteja na posse de arma proibida ou de objetos ou papéis que constituam corpo de delito").

Quanto ao complemento, note-se que a arma proibida e os objetos/papéis constitutivos de corpo de delito são objetos com valor probatório para o processo penal. Daí a constatação de que, neste caso, a busca pessoal tem natureza jurídica de medida processual orientada à obtenção de prova (medida instrutória/investigativa). Trata-se da orientação seguida pela doutrina majoritária,[5]

3. Neste trabalho, passa-se ao largo da análise das "revistas" realizadas por agentes públicos e particulares como condição para ingresso e permanência em determinados locais e eventos. Nesses casos, a revista é condição geral, independente de prévia suspeição. A consequência para a não submissão à revista é o simples não ingresso/permanência no local/evento. Concentra-se a análise, portanto, na revista realizada por agentes policiais, no espaço público urbano, em face de indivíduos selecionados. Nesses casos, a não submissão à revista pode ensejar a prática coercitiva do ato, sua validade é associada ao art. 244 do CPP e evoca-se a *suspeição* como parâmetro de seleção dos indivíduos submetidos à revista.

4. Art. 244. A busca pessoal independerá de mandado, no caso de prisão ou quando houver fundada suspeita de que a pessoa esteja na posse de arma proibida ou de objetos ou papéis que constituam corpo de delito, ou quando a medida for determinada no curso de busca domiciliar.

5. Cf. ARANHA, 1999, p. 246; NORONHA, 1983, p. 92; LIMA, R. 2013, p. 701; MARCÃO, 2014, p. 569; OLIVEIRA, 2011, p. 442, CAPEZ, 2012, p. 362; DEMERCIAN;

que classifica a busca como meio de obtenção de prova ou ainda como medida cautelar orientada à obtenção de prova, e pelo próprio legislador, dado que a Exposição de Motivos do CPP (item VII) que identifica a busca como um "expediente de consecução da prova" e que o mencionado dispositivo legal (art. 244), ademais, integra o Título VII do Livro I do CPP ("Da prova").

Por outro lado, quanto à exigência da qualidade "fundada" da suspeita, trata-se da exigência de fatos/circunstâncias que indiquem que o indivíduo possui consigo tais objetos. Assim, veda-se a prática da medida a esmo, pois somente deve ser executada quando houver elementos que permitam inferir que os objetos procurados (arma proibida ou objeto/papéis constitutivos de corpo de delito) estão em posse de um indivíduo determinado – ou seja, quando houver *indícios* da posse (cf. art. 239 do CPP[6]).

Não obstante, a dicção desse dispositivo legal é frequentemente lida parcial e incompletamente e a "fundada suspeita *de que a pessoa esteja na posse de arma proibida ou de objetos ou papéis que constituam corpo de delito*" é reduzida à mera "fundada suspeita", sem complemento. Opera-se, pois, um decote desautorizado dos objetos cuja fundada suspeita de posse justifica a busca pessoal. Essa leitura conduz a uma radical distorção da exigência do art. 244 do CPP, pois dá suporte à conclusão de que a busca pessoal poderia ser praticada em face de pessoas, atitudes ou situações rotuladas como "suspeitas" pelo policial, ainda que não seja articulada nenhuma relação entre tal pessoa/atitude/situação e a posse de arma proibida, objetos ou papéis constitutivos de corpo de delito.

Nesse passo, a exigência legal de indícios (fundada suspeita) da posse de arma proibida ou de corpo de delito para a prática da busca pessoal é abandonada e esta é automaticamente validada pela menção à percepção de uma "atitude suspeita", de um "indivíduo suspeito", ou de uma "situação suspeita" pelo policial. Verifica-se aí uma desvirtuação da *suspeita*, que perde a referibilidade a um complemento objetivo delimitado na lei e se torna um mero adjetivo, que pode ser atribuído pelo policial a quaisquer atitudes, pessoas ou situações, sem vinculação a qualquer delimitação legal – em especial, sem qualquer vinculação a infração penal legalmente tipificada. Como consequ-

MALULY, 2014, p. 366; BONFIM, 2012, p. 381; TÁVORA; ALENCAR, 2012, p. 464; MACHADO, 2013, p. 717; LOPES JÚNIOR, 2012, p. 717.

6. CPP, art. 239: "Considera-se indício a circunstância conhecida e provada, que, tendo relação com o fato, autorize, por indução, concluir-se a existência de outra ou outras circunstâncias".

ência, a suspeita, em vez de limitar as possibilidades de execução da busca pessoal, torna-se potestativamente manipulável pelo policial.

É a partir dessa leitura incompleta do art. 244 do CPP que se consolida, na doutrina processual penal,[7] um virtual consenso no sentido de que a regulamentação legal da busca pessoal é deficiente, dada a suposta amplitude de seu principal requisito, o qual seria a "fundada suspeita" (desprovida de complemento). Eventuais desvios e excessos na prática da busca pessoal são então atribuídos à deficiência da legislação e pouco ou nenhum estudo é dispensado à aplicação efetiva do permissivo legal pelas polícias e à correlata atividade de controle (interno e externo) sobre a atuação policial.

Por isso, em contraposição, o primeiro ponto a ser fixado quanto ao tema deve ser a leitura completa do art. 244 do CPP, o qual exige uma condição estrita para a prática autônoma de busca pessoal sem mandado prévio (indícios da posse de objetos/papéis constitutivos de corpo de delito ou arma proibida por parte de um indivíduo determinado). A lei processual não é vaga e indefinida nesse particular. Por conseguinte, a prática da busca pessoal sem a condição legal não deve ser associada à deficiência da lei, mas sim à não aplicação da lei ou à sua aplicação incorreta pelas polícias, bem como à deficiência do controle de legalidade do ato, seja pelas próprias polícias (controle interno), seja pelas agências judiciais (controle externo).

3. DA DESVIRTUAÇÃO DA SUSPEITA À DESCONCENTRAÇÃO E À DESFUNCIONALIZAÇÃO DA BUSCA PESSOAL: UMA ROTINA DE INEFICIÊNCIA E SELETIVIDADE

Uma vez compreendida a extensão do permissivo legal para a prática da busca pessoal, o exame de sua prática efetiva pelas agências policiais revela que a desvirtuação da suspeita leva a um radical desvio de finalidade ("desfuncionalização") da medida. Deveras, uma vez alargada a dicção do art. 244 do CPP, tem-se sustentado que haveria duas espécies de busca pessoal: a processual e a preventiva.[8] No primeiro caso, a busca pessoal estaria vinculada a uma finalidade probatória e dependeria de indícios da posse do elemento probatório procurado (condição limitativa). Trata-se da hipótese prevista no art. 244 do CPP. No segundo caso, a busca pessoal poderia ser praticada com uma finali-

7. Cf. NORONHA 1983, p. 94; TOURINHO FILHO, 2012, p. 422; MEHMERI, 1996, p. 139; POLO, 2000, p. 9; LOPES JÚNIOR, 2012, p. 720; MACHADO, 2013, p. 721.

8. Cf. NASSARO, 2003; CHOUKR, 2014; RAMOS, 1998; LIMA, M., 2014.

dade preventiva ampla e dependeria da mera rotulação de pessoa ou atitude como suspeita pelo policial (condição potestativa).

Como consequência, a busca pessoal não seria necessariamente uma medida processual probatória, praticada no curso da investigação preliminar ou da instrução processual (típica de polícia judiciária) e voltada à obtenção de provas de um crime sob investigação, pois poderia constituir também uma medida preventiva (típica de polícia ostensiva), executada independentemente de indícios objetivos da prática de qualquer delito. Assim, passa-se a admitir a sua prática em face de quaisquer "atitudes suspeitas", mesmo que desprovidas de vinculação com conduta delitiva.

Nessa linha, contemporaneamente, entre as polícias, é disseminada a concepção de que "exsurge a busca pessoal, no cotidiano, como um dos mais eficazes instrumentos de trabalho da polícia" (NASSARO, 2003, p. 13), pois seria um ato essencial à preservação da ordem pública e à prevenção da criminalidade (PINC, 2007; ASSIS, 2007). Tratar-se-ia então de "um dos principais instrumentos da polícia de segurança, que tem por impulso o regular exercício do denominado *poder de polícia*, objetivando a prevenção e não propriamente a descoberta e apreensão de algo" (NASSARO, 2003, p. 22). A busca pessoal se inseriria então na atividade de polícia ostensiva atribuída às polícias militares e poderia ser realizada em caráter preventivo ou profilático, como um meio de intimidação (LEDUR, 1999, p. 42).

Por essa perspectiva, a busca pessoal seria não só um entre vários mecanismos de policiamento ostensivo, mas, para além disso, constituiria uma "figura emblemática da atuação proativa" (AMARAL NETO, 2009, p. 41). Trata-se, pois, de uma concepção a partir da qual a busca pessoal é executada em larga escala, como procedimento padrão expressivo da própria natureza ostensivo-preventiva da polícia militar.

Evidencia-se aí um nítido distanciamento das condições de validade requeridas pela legislação processual penal, já que a própria natureza processual penal da medida é abandonada. Com efeito, assumidos tais contornos, a obtenção de prova relevante ao processo penal não é a finalidade precípua da realização da busca pessoal, mas sim funciona como mero pretexto, já que esse ato policial é praticado como um mecanismo de controle cotidiano da circulação pública por ocasião do policiamento de rotina.

Por esse viés, a busca pessoal perde o caráter de medida instrutória e se exerce como mecanismo de prevenção acionável no curso do policiamento ostensivo ordinário. Os policiais podem então lançar mão de uma noção frouxa e vaga de suspeição como pressuposto para a restrição rotineira de direitos e liberdades fundamentais. Concedida essa brecha, as polícias praticam buscas

pessoais, diuturnamente, a partir de juízos sobre a potencial periculosidade dos cidadãos, os quais não raro partem de suspeitas presumidas em relação a determinados tipos e categorias sociais.

Nessas esferas desregulamentadas e descontroladas do poder policial, manifesta-se elevado risco de arbítrio, em especial sob o prisma do *poder configurador*, o qual é caracterizado, segundo Zaffaroni (2001), pela prática de ações destinadas ao controle das condutas realizadas em lugares públicos ou privados, com a introjeção de uma ordem disciplinar vertical mediante vigilância constante. A intervenção policial, no caso por meio da revista ao corpo e aos pertences do cidadão, é então mobilizada como um meio de intimidação e de pressão: ao infligir constrangimentos e afirmar a vulnerabilidade do indivíduo, o policial visa afirmar a relação de força que é capaz de encetar a partir de sua superioridade, e não a proteger direitos fundamentais sob perigo de violação.

Viabilizam-se assim práticas generalizadas (desconcentradas) de devassa da privacidade e da liberdade dos indivíduos, exercidas sem balizas e muitas vezes sem registro formal. Tais práticas escapam ao monitoramento e à fiscalização e naturalizam-se como medidas cotidianas e rotineiras (descontroladas) da interação entre as polícias e os indivíduos. Assim, atos de coerção policial, ainda que não truculentos e momentâneos, são mobilizados como afirmações diárias da autoridade do policial e da correlata vulnerabilidade do cidadão. Essas intervenções policiais são, como visto acima, vagamente articuladas sob a perspectiva da validade jurídica e, como elucidado a seguir, são também fragilmente explicadas sob a perspectiva tático-operacional.

Nesse passo, apesar de apresentar natureza coercitiva e restritiva de direitos, a busca pessoal tem sido praticada como um ato de rotina essencial à ostensividade que marca a atividade das polícias militares. Essa orientação se repete em inúmeras corporações policiais no país e tem sido constatada, reiteradamente, em pesquisas voltadas a aferir a formatação da abordagem policial pelas polícias brasileiras (RAMOS; MUSUMECI, 2005; LIMA, E., 2011; COSTA, 2013; SILVA, 2009).

Argumenta-se então que "a revista pessoal é uma importante forma de evitar crimes ou descobrir crimes praticados" (CNMP, 2013). Nesse sentido, a quantidade bruta de prisões e apreensões realizadas pelas polícias tem sido utilizada para defender a legitimidade da prática de buscas pessoais nos moldes atuais – vale dizer, em larga escala e sem controle estrito de legalidade.

Contudo, não há comprovação empírica da eficácia da prática generalizada da busca pessoal como método rotineiro de controle da criminalidade. Os dados referentes à quantidade de buscas pessoais realizadas são escassos e in-

constantes e, quando existem, nem sempre apresentam nexo de causalidade claro entre a prática da abordagem e a prática de prisão/apreensão.

Assim, com referência a dados da Polícia Militar do Estado de São Paulo (PMESP), o oficial Marcelo Prado defende:

> As estatísticas mostram aí que, [com] 1000 (mil) abordagens, você apreende 8 (oito) infratores da lei, você recupera 6 (seis) veículos, você apreende 2 (duas) armas e também 4 (quatro) quilos de entorpecentes. [...]. Tem que existir a fundada suspeita: aí é que reside o principal detalhe (PRADO, 2011).

Nesse mesmo sentido, Tania Pinc (2007, p. 7) repete o argumento de Prado (2011) e, com referência a dados da Secretaria de Segurança Pública de São Paulo (SSP/SP)[9] sobre o ano de 2006, registra que, embora os "indicadores" confirmem "a alta frequência com que o policial decide pela abordagem" (9.351.600 no ano), esta seria uma prática indispensável à repressão criminal, pois, a cada 133 (cento e trinta e três) abordagens, 1 (uma) prisão em flagrante é efetuada, o que indicaria a importância da abordagem policial para a repressão ao crime. A mesma linha é seguida por Amaral Neto (2009), que argumenta que os dados da PMESP[10] do ano de 2008 indicam que 25.859.351 intervenções policiais realizadas propiciaram 125.142 prisões e apreensões.

9. Os dados da SSP/SP agregam informações fornecidas pela Polícia Militar (PMESP) e pela Polícia Civil do Estado de São Paulo (PCESP). Pinc (2007, p. 11) registra que 9.351.600 pessoas foram abordadas no Estado em 2006 (23% da população paulista à época) e que 124.594 pessoas presas em flagrante. A autora pressupõe que todas estas prisões decorreram de abordagens policiais (sem fundamento aparente) e salienta que os registros de abordagens são subnotificados, de modo que o número de pessoas realmente abordadas no Estado de São Paulo nesse período é provavelmente superior ao número divulgado pela SSP/SP (PINC, 2007, p. 21).

10. Amaral Neto (2009) se embasa nos dados oficiais da Polícia Militar do Estado de São Paulo (PMESP) relativos ao ano de 2008. De acordo com tais dados, 25.859.351 intervenções policiais foram realizadas no Estado nesse ano e, no mesmo período, foram identificadas cerca de 15 mil pessoas com mandado de prisão não cumprido e foram efetuadas cerca de 74 mil prisões em flagrante e quase 36 mil apreensões de crianças e adolescentes por prática de atos infracionais, em um total de 125.142 prisões e apreensões.
Amaral Neto extraí daí a eficiência das abordagens policiais proativas, uma vez que teriam viabilizado mais de 100 mil prisões e apreensões no ano. Porém, mesmo considerando, para argumentar, que todas as 25 milhões de intervenções policiais consistiram em abordagens policiais proativas e que todas as prisões e apreensões advieram dessas abordagens, conclui-se, novamente, pela acachapante ineficiência dessa práti-

No entanto, é pertinente notar que os dados apresentados indicam a ineficiência, e não a eficiência dessa prática policial. De acordo com os dados apresentados por Prado (2011) – mesmo considerando que todas as prisões ou apreensões mencionadas ocorreram em abordagens distintas –, então a cada 1000 (mil) abordagens, apenas 20 (vinte) dão ensejo a prisões/apreensões (abordagens "bem sucedidas"), o que corresponde a um índice de sucesso de apenas 2%. A mesma ponderação deve ser feita em relação aos dados utilizados por Pinc (2007) – a razão de 1 para 133 corresponde a 0,7% – e por Amaral Neto (2009) – a razão de 125.142 para 25.859.351 corresponde a 0,4%.

Esses baixos percentuais de "sucesso" da abordagem policial continuam a se manifestar nos dados mais recentes da SSP/SP.[11] Ao analisar os dados referentes aos anos de 2014 e 2015, no que toca à quantidade de revistas pessoais e de prisões realizadas (em flagrante e por mandado), verifica-se uma ineficiência notavelmente constante. No ano de 2014, foram realizadas 15.488.976 revistas pessoais e 151.042 prisões. Mesmo pressupondo que todas as prisões decorreram de revistas pessoais, constata-se que o número de prisões corresponde a 0,975% do número de revistas. No ano de 2015, percentual quase idêntico é alcançado: foram feitas 16.930.538 revistas pessoais e 163.930 prisões, o que corresponde a percentual muito próximo, de 0,968%. Nesse sentido, na pesquisa de Ramos e Musumeci (2005, p. 117), conduzida na cidade do Rio de Janeiro, constatou-se que 91,7% das abordagens[12] aos indivíduos entrevistados foram feitas pela polícia militar (responsável pela polícia ostensiva e não pela polícia judiciária) e que em apenas 1,9% das abordagens houve encaminhamento do abordado à delegacia, dado a partir do qual as autoras concluíram, "no mínimo, que as abordagens detectam pouquíssimos crimes, contravenções penais e outros tipos de ocorrências de encaminhamento obrigatório".

---

ca: a quantia total de 125.142 prisões e apreensões representa cerca de apenas 0,4% do total de intervenções realizadas no ano (25.859.351).

11. Disponíveis em [www.ssp.sp.gov.br/estatistica/plantrim/2014-01.htm]; [www.ssp.sp.gov.br/estatistica/plantrim/2014-02.htm]; [www.ssp.sp.gov.br/estatistica/plantrim/2014-03.htm]; [www.ssp.sp.gov.br/estatistica/plantrim/2014-04.htm]; [www.ssp.sp.gov.br/estatistica/plantrim/2015-01.htm]; [www.ssp.sp.gov.br/estatistica/plantrim/2015-02.htm]; [www.ssp.sp.gov.br/estatistica/plantrim/2015-03.htm]; [www.ssp.sp.gov.br/estatistica/plantrim/2015-04.htm]. Acesso em: 25 set. 2016.

12. Neste caso, trata-se das abordagens policiais "em sentido amplo", pois os dados não foram individualizados, nesse particular, quanto às abordagens a transeuntes na rua.

Essa conformação se repete também nas mais recentes estatísticas divulgadas pela Secretaria de Segurança Pública do Distrito Federal (SSP/DF). De acordo com a SSP/DF,[13] durante o ano de 2015, foram feitas pela PMDF 1.341.069 abordagens a pessoas, 383.959 abordagens a veículos e 46.868 abordagens a ônibus. Nesse mesmo período, 8.150 mandados de prisão (de adultos) e 1.145 mandados de apreensão (de adolescentes) foram cumpridos e ocorreram 14.930 prisões em flagrante e 8.705 apreensões em flagrante.

Mesmo se supuséssemos, apenas para argumentar, que *todas* essas ações de cumprimento de mandados de prisão/apreensão e de prisão/apreensão em flagrante (as quais totalizam 30.523 prisões/apreensões) decorreram de abordagens a pessoas (que totalizaram 1.341.069), alcança-se, mais uma vez, um percentual baixíssimo: apenas 2,3% das abordagens a pessoas teriam dado ensejo à prática de prisões/apreensões. Assim, para que ocorressem essas 30.523 prisões/apreensões de pessoas que teriam praticado crimes, foram abordadas 1.310.546 pessoas inocentes.

Mesmo em análise perfunctória, com base nos dados oficiais reconhecidamente subnotificados, constata-se que a busca pessoal constitui uma prática escancaradamente ineficiente, que sacrifica os direitos individuais de uma imensa parcela da população a fim de que em uma ínfima quantidade de casos sejam efetivamente efetuadas prisões/apreensões. Assim, o baixo índice de efetividade das abordagens contrasta frontalmente com a defesa da eficiência da abordagem policial para descobrir crimes.

O uso da busca pessoal como medida de prevenção e repressão à criminalidade é especialmente sintomático no que toca ao tráfico de entorpecentes. Na pesquisa de Duarte *et al* (2014), realizada mediante aplicação de questionários a 125 processos penais arquivados relativos ao delito de tráfico nas ci-

13. Dados disponíveis em: [www.ssp.df.gov.br/images/PASTANOVA/ApresentacoesDeColetivas/balano%20de%20criminalidade%20-%202015%20dezembro.pdf]. Acesso em: 16 mar. 2016. A divulgação de dados abarca o ano de 2015, em que esteve na gestão da SSP/DF o Secretário Arthur Trindade Maranhão Costa. Nos demais anos, não houve a divulgação de tais dados. Acrescente-se que, segundo o IBGE, a população estimada do Distrito Federal, em 2015, era de 2.914.830 pessoas. Dados disponíveis em: [http://cod.ibge.giv,br/904]. Acesso em: 16 mar. 2016. Assim, o número de abordagens a pessoas (1.341.069) corresponde a 46% do número de habitantes do DF (o que não necessariamente significa que 46% da população foi abordada, já que é possível que uma pessoa seja abordada mais de uma vez durante o ano).

dades de Brasília (DF), Curitiba (PR) e Salvador (BA),[14] constatou-se que, em Brasília, 94% dos flagrantes da polícia militar e 57% dos flagrantes da polícia civil foram precedidos de abordagem policial em via pública. Em Curitiba, 76% dos flagrantes da polícia militar e 55% da polícia civil foram precedidos de abordagem em via pública. Em Salvador, 83% dos flagrantes da polícia militar ocorreram em via pública, contra 56% da polícia civil.

Nesse mesmo sentido, na pesquisa coordenada por Jesus (2011), mediante análise de 667 autos de prisão em flagrante em casos de tráfico em São Paulo (SP), Santos (SP) e Campinas (SP), o Núcleo de Estudos em Violência da Universidade de São Paulo (NEV/USP) constatou que 82,28% das prisões em flagrante ocorreram em via pública (85,63% das prisões em flagrante por tráfico foram realizados pela polícia militar e apenas 9,58% pela polícia civil). Quanto à motivação dessas abordagens realizadas em via pública, notou-se que 62,28% ocorreram "durante o patrulhamento de rotina" desempenhado pelas polícias militares.

Nesse padrão de atuação policial, identifica-se o direcionamento prioritário da repressão policial a indivíduos vulneráveis ao flagrante no espaço público urbano. Tais indivíduos são, contudo, tão vulneráveis à intervenção policial quanto substituíveis para a organização do tráfico. Com efeito, na dinâmica do tráfico de entorpecentes, há uma estrutura piramidal, em que o importador revende ao atacadista, que por sua vez passa para os revendedores e distribuidores varejistas. Nestes níveis hierárquicos inferiores, atua uma ampla gama de indivíduos descartáveis para a organização do tráfico e facilmente substituíveis em caso de morte/prisão: exatamente os microtraficantes que atuam nos espaços públicos urbanos, expostos à abordagem policial. Por isso, no vernáculo policial, sob o ponto de vista da efetiva repressão ao tráfico, reconhece-se que as abordagens policiais a tais pequenos traficantes equivalem a "enxugar gelo". A despeito da mobilização diária do aparato policial, a organização e a lucratividade das escalas hierárquicas superiores do tráfico remanescem intactas.

Essa estratégia policial, por sua vez, não deixa incólume o processo penal. Ao contrário, impacta-o decisivamente. Há no processo de criminalização secundária do crime de tráfico um altíssimo poder de definição a cargo das agências policiais, o qual influencia todo o curso da persecução penal. Além do óbvio poder de seleção dos indivíduos que devem ou não ser abordados em via pública, é a polícia que domina a narrativa dos fatos e define o encaminhamento do caso.

14. A repartição é a seguinte: 49 em Curitiba, 45 em Brasília e 31 em Salvador. Em Brasília, 91,1% dos acusados eram negros, em Curitiba 30,6% e em Salvador 100%.

Isso porque, nos casos de tráfico, é comum nas sentenças condenatórias a sobrevalorização explícita e assumida da *palavra dos policiais*, sob o fundamento de que o tráfico é uma atividade clandestina, que não comportaria comprovação pelo depoimento de outras testemunhas (BOITEUX *et al*, 2011). A análise perfunctória do policial sobre a dinâmica delitiva, efetuada no aqui-e-agora do policiamento ostensivo, acaba por se transformar, na maior parte das vezes, no veredicto final sobre o caso.

Nesse contexto, Rezende (2011, p. 62) constata que "o flagrante condena por si só": a maior parte das condenações lastreia-se na prisão em flagrante em conjunto com o depoimento testemunhal dos policiais que efetuaram a prisão. Entretanto, para além da suposta ausência de testemunhas, essa sobrevalorização da palavra do policial deve ser vista, sobretudo, em conjunto com o caráter precário do trabalho de investigação policial.

Pode-se constatar então que

> [a] criminalização secundária do tráfico de drogas tem duas características centrais: os órgãos persecutórios não investigam as condutas e apresentam acusações com parco lastro probatório, em regra apenas o depoimento dos policiais que efetuaram as prisões em flagrante; o Poder Judiciário supre a precariedade das acusações com o arbitrário julgamento com base no estereótipo do acusado (SHIMIZU; CACICEDO, 2016, p. 8).

Ao proferir voto no julgamento do Recurso Extraordinário 635.659/SP, referente à constitucionalid.ade do art. 28 da Lei 11.343/2006, o Ministro Relator, Gilmar Mendes, sintetizou:

> O padrão de abordagem é quase sempre o mesmo: atitude suspeita, busca pessoal, pequena quantidade de droga e alguma quantia emdinheiro. Daí pra frente, o sistema repressivo passa a funcionar de acordo com o que o policial relatar no auto de flagrante, já que a sua palavra será, na maioria das vezes, a única prova contra o acusado.[15]

Como resultado, é especialmente a narrativa policial que define quem será rotulado como usuário e como traficante, pois as abordagens que precedem a maior parte das prisões em flagrante não se inserem em uma investigação propriamente dita do fato delitivo: decorrem de uma abordagem isolada e casual do flagranteado em via pública, em genérica e vaga "atitude suspeita" percebi-

15. Recurso Extraordinário 653.659/SP, rel. Min. Gilmar Mendes, Plenário, julgamento iniciado em 20.08.2015. Voto disponível em: [http://s.conjur.com.br/dl/re-posse-drogas-pra-consumo-voto-gilmar.pdf]. Acesso em: 30.09.2016.

da no curso do policiamento de rotina. A narrativa policial sobre o contexto da abordagem é, por isso, decisiva para definir a destinação da droga (uso próprio ou comercialização) e, em função da sobrevalorização da palavra dos policiais em substituição à investigação, tende a ser reiterada na denúncia e na sentença proferidas no processo penal possivelmente subsequente. Nesse contexto, buscas pessoais generalizadas são seguidas por prisões provisórias desnecessárias e por condenações penais fragilmente alicerçadas, que desembocam, ao cabo, no atual cenário de superlotação carcerária.[16]

Assim, a admissão de buscas pessoais como tática rotineira de policiamento e de repressão, além de ser largamente ineficiente e atingir uma maioria de inocentes, constitui a base de uma perversa dinâmica de seleção, coerção e punição de indivíduos vulneráveis à persecução penal, dominada pelo poder de coerção e definição do aparato policial.

4. Os alvos cotidianos da busca pessoal: exclusão socioespacial e encarceramento da juventude negra e pobre

O uso generalizado da busca pessoal revela a fragilidade dos direitos civis dos cidadãos em face do poderio policial. Ademais, trata-se de uma intervenção policial coercitiva e invasiva, a qual atinge indivíduos e grupos selecionados

16. De acordo com os dados do InfoPen de junho de 2014, a população prisional brasileira é de 607.731 presos (aumento de 33% desde 2008). Cerca de 41% da população prisional (250.213) consiste em presos provisórios (sem condenação), número um pouco superior ao dos presos em regime fechado (250.094, 41%). Há bem menos presos em regime semiaberto (89.639, 15%) e em regime aberto (15.036, 3%) e menos de 1% cumpre medida de segurança. Em relação ao tipo penal (no ponto, não foram contabilizados dados de RJ, TO e DF, em virtude de inconsistências, nem de SP, que não respondeu ao levantamento), entre 245.821 crimes, identificou-se que os crimes contra o patrimônio (97.206) são os que mais encarceram, seguidos por 66.313 crimes relacionados a drogas. Considerando os crimes em espécie, o tráfico de drogas é o crime que mais encarcera (27%), seguido pelo roubo (21%) e pelo homicídio (14%). De outro lado, como alguém pode responder por mais de um crime, isolando o número de crimes e de presos, constatou-se que 35,1% dos presos respondem por crimes de drogas e 26,9% por roubo. Aferiu-se ainda que 67% dos presos são negros e 31% brancos (51% da população brasileira é negra e 48% branca, conforme censo IBGE de 2010). 53% dos presos possui ensino fundamental incompleto, 12% ensino fundamental completo, 11% ensino médio incompleto, 9% são alfabetizados sem cursos regulares, 7% ensino médio completo, 6% analfabetos e cerca de 2% possuem ensino superior completo ou incompleto. Os três entes federativos em que mais se encarcera são MS, SP e DF. Disponível em: [www.justica.gov.br/seus-direitos/politica-penal/relatorio-depen-versao-web.pdf]. Acesso em: 20.04.2016.

com base na aposição do rótulo da "suspeita" e que, por isso, pressupõe uma relação de desconfiança do policial em relação ao cidadão abordado. Assim, a incidência reiterada dessa medida em relação a determinados tipos sociais produz um efeito de segregação e exclusão socioespacial, pois denota a não desejabilidade ou o não pertencimento de tais indivíduos em determinados espaços, expressadas por uma importante agência estatal.

Assim, a lógica subjacente a esse padrão de intervenção parece ser a de que, se não há o suficiente para ordenar a prisão, revista-se e manda-se circular os inconvenientes e incivilizados, vistos sob uma presunção de periculosidade a ser desde logo reprimida pelo aparato policial. No entanto, tais ações, repetidas ostensiva e intensivamente, acabam consolidando a imagem dos supostos "suspeitos" e exacerbando a sensação social de insegurança. Assim, embora o recrudescimento das intervenções policiais em face de suspeitos seja comumente justificado pela necessidade de conferir maior sensação de segurança à sociedade, ações coercitivas e repressivas exercidas reiteradamente de modo estigmatizante e seletivo produzem padrões homogeneizantes no espaço público e assim intensificam a desconfiança social, tendem à exclusão e à segregação socioespacial e acabam por, paradoxalmente, manter e reforçar os medos dos habitantes (YOUNG, 2002; BAUMAN, 2003).

Com efeito, uma vez potencializado o medo público do crime pelas próprias instituições de controle, desencadeia-se uma reação de evitação a partir da qual surgem zonas e locais urbanos "proibidos", que são deteriorados ou simplesmente abandonados em virtude de sua associação com a prática de condutas violentas e delituosas (HARVEY, 2012). A atividade policial, nesse rumo, não visa garantir a livre fruição dos espaços, mas sim desestimula e inibe a sua utilização, especialmente em relação a indivíduos estigmatizados como potenciais perigos. Com isso, a exclusão prolifera-se em espiral, pois o controle do risco aumenta o risco, tornando cada vez mais precária a segurança de todos (BARATTA, 2015, p. 7). Assim:

> No nível individual, o medo de crime é uma resposta realista e a apropriada à ameaça de crime. Pessoas que evitam se expor à vitimização reduzem, de fato, sua probabilidade. Mas no nível da comunidade como um todo, um medo de crime sentido por toda uma comunidade tem precisamente o efeito oposto. Quando as pessoas se tornam intimidadas pela ameaça criminal a ponto de se retirarem para espaços privados, na realidade, estão é incentivando os predadores (BITTNER, 2003, p. 22).

Assim, a atividade policial norteada pelo parâmetro do medo perante o estranho reforça a desconfiança e institucionaliza a suspeição, tornada um fun-

damento para a restrição de direitos e liberdades. A fruição dos espaços é propiciada por um recorte seletivo e estigmatizante que é ratificado pelas próprias polícias: os suspeitos são intimidados, expropriados, desenraizados e desintegrados (JACOBS, 2014).

Cabe então ressaltar que, conforme já elucidado, a busca pessoal incide majoritariamente sobre uma massa de inocentes, e apenas em uma minoria de casos permite a descoberta e apuração de infrações penais. Contudo, embora seja certo que a busca pessoal não se dirige a criminosos, não se pode dizer que se trata de uma intervenção policial totalmente aleatória. A despeito da deficiência dos dados oficiais das polícias a respeito de quem são os indivíduos abordados pelas polícias dificulte a análise da temática (SINHORETTO *et al*, 2014), há sólidos indicativos de que há um alvo rotineiro repetidamente atingido pelas buscas pessoais cotidianamente encetadas pelos policiais em patrulha: o jovem negro e pobre, do sexo masculino.

Na pesquisa de Ramos e Musumeci (2005), feita mediante entrevistas com moradores de 15 a 65 anos no município do Rio de Janeiro (RJ), aferiu-se que, nas abordagens a pé, na rua, foram mais parados, proporcionalmente, os homens, os jovens, os negros e as pessoas de menor renda e escolaridade.[17] Em pesquisa feita mediante observação direta no município de São Carlos (SP), Ribeiro (2009, p. 75) também registra que, ao acompanhar as patrulhas realizadas pelos policiais da PMESP, predominaram "abordagens a negros, em grupos, com jaquetas largas, bonés e gorros".

Não em outro sentido foram as conclusões de Elcimar Lima (2011, p. 39), no que toca à atuação da Polícia Militar do Estado do Pará (PMPA):

> As características dos indivíduos alvos das abordagens dos policiais correspondem ao perfil daqueles que lotam as casas penais do Município, Estado ou do país, como diz o soldado: "a gente vai ver: negro, é... cabelo grande, cheio de tatuagem [...]". Mesmo porque é esse o tipo de infrator mais procurado, "mesmo sabendo que tem pessoas que tão bem vestidas, que tem pessoas que não têm tatuagem, mas o biótipo do cidadão infrator é aquele cabeludo, aquele tatuado."

17. Ramos e Musumeci (2005) aferiram que, no Rio de Janeiro, a abordagem ao transeunte na rua, ou ao usuário de transporte coletivo incide desproporcionalmente sobre os negros (20,9% dos casos de abordagem a pé e 14,7% das abordagens em transporte coletivo (ônibus ou trem), embora os negros constituam apenas 10,1% da população carioca). No caso da abordagem de transeuntes, incide mais sobre os jovens (57,9% sobre jovens de 15 a 29 anos, que compõem apenas 37% da população) e as pessoas de baixa escolaridade (aquelas com até quatro anos de estudo, que representam 6,8% da população carioca, foram 11,4% dos abordados a pé).

Nesse passo, a partir da aplicação de questionários a policiais da Polícia Militar do Estado de Pernambuco (PMPE), Geová da Silva Barros constatou que, no momento de decidir efetuar uma abordagem, os policiais tendem a priorizar primeiro os pretos, depois os pardos e, por último, os brancos, de modo que é possível vislumbrar que esses profissionais tendem a relacionar negritude, pobreza e criminalidade. Por outro lado, a branquitude associada à manifestação de riqueza é percebida pelos policiais como a situação menos suspeita (BARROS, 2008, p. 139, 140 e 149).

Novamente, esse padrão transparece com especial nitidez nas pesquisas referentes à repressão ao crime de tráfico de drogas. Assim, Duarte *et al* (2014) observam que os negros acusados de tráfico foram mais frequentemente abordados pela polícia em via pública do que outros locais. Em Brasília, apenas 25% dos brancos acusados de tráfico foram abordados em via pública e 50% em residência (os outros 25% o foram em outro local), ao passo que para os negros a distribuição foi diversa: 66% foram abordados em via pública e 20% em residência. Em Curitiba, 62% dos brancos e 67% dos negros foram abordados em via pública. Em Salvador, todos os acusados eram negros e 61% deles foram abordados em via pública.[18]

Anota-se também na pesquisa de Jesus (2011) que esse *modus operandi* tem como resultado uma incidência desproporcional das prisões em flagrante por tráfico em face de jovens negros do sexo masculino: 87% dos presos em flagrante foram homens, 53,82% possuíam de 18 a 24 anos, negros (pretos e pardos) foram 59% dos apreendidos e brancos 41%. 60,46% possuíam primeiro grau completo, 18,94% primeiro grau incompleto, 13,99% segundo grau completo e 5,07% segundo grau incompleto. 0,88% eram analfabetos e 0,6% tinham ensino superior completo ou incompleto. 57,28% não possuíam antecedentes criminais (JESUS, 2011).

18. É curioso notar que o único caso em que a via pública não foi o local de maior incidência de abordagens foi o dos acusados brancos em Brasília (50% em residência contra 25% em via pública), sendo que Brasília foi a cidade em que se detectou mais ações da polícia civil (a PCDF fez 67% dos flagrantes de brancos e 58% dos flagrantes de negros; em Curitiba, 67% dos flagrantes de brancos e 80% dos flagrantes de negros foram feitos pela polícia militar e, em Salvador, 52% dos flagrantes foram feitos por policiais civis). Constatou-se que tanto a polícia militar, quanto a polícia civil, fazem mais flagrantes em via pública do que em residência, mas a diferença é sempre maior no que toca às ações da polícia militar. Assim, em Brasília, 94% dos flagrantes da PMDF ocorreram em via pública, contra 57% dos flagrantes da PCDF. Em Curitiba, 76% dos flagrantes da PMPR ocorreram em via pública, contra 55% da PCPR. Em Salvador, 83% dos flagrantes da PMBA ocorreram em via pública, contra 56% da PCBA.

Paralelamente, Rezende (2011, p. 6), a partir de análise de sentenças proferidas em processos iniciados em 2009 e processados perante as 4 (quatro) varas especializadas em crimes de entorpecentes do Distrito Federal (DF), atinge constatação similar: ressalta que, no que toca ao delito de tráfico, o padrão de atuação das agências da persecução penal incide prioritariamente sobre

> o pequeno traficante pobre, do sexo masculino, com nenhuma ou baixa qualificação profissional e que, em sua maioria, é usuário de droga, primário e não integrante de associação voltada para o tráfico.

Nesse sentido, diante do predomínio da prisão em flagrante como ato inicial da persecução penal, Sinhoretto *et al* (2014) anotam que essas prisões poucas vezes decorrem de investigação prévia e, mais frequentemente, decorrem da abordagem policial casual, de modo que o exercício de uma vigilância policial maior sobre a população negra reflete-se em uma maior concentração do número de prisões em flagrante sobre esse grupo.

> Estes dados expressam que a vigilância policial privilegia as pessoas negras e as reconhece como suspeitos criminais, flagrando em maior intensidade suas condutas ilegais; ao passo que os brancos, menos visados, gozam de menor visibilidade diante da polícia quanto ao cometimento de atos criminais, sendo surpreendidos com muito menor frequência em sua prática. São indicativos também de que, possivelmente, as atividades criminais mais frequentemente cometidas por negros sejam mais vigiadas, ao passo que atividades criminais mais comuns entre brancos despertem menor atenção da polícia. Assim, a filtragem racial está entranhada nas próprias estratégias de policiamento (SINHORETTO *et al*, 2014, p. 132).

Constata-se, pois, que, como consequência do descontrole do policiamento ostensivo e da precariedade da atividade investigativa, "os grupos de menor poder possuem maior probabilidade de serem abordados, presos e condenados", em um padrão revelador de um "direcionamento da vigilância policial para determinada camada da população, que por ser mais vigiada é também mais presa em flagrante ou morta pela polícia" (CAETANO *et al*, 2014, p. 8).

A repressão, portanto, atinge, sobretudo, aqueles "que têm baixas defesas perante o poder punitivo" e que se tornam vulneráveis à criminalização, tanto em virtude do enquadramento a estereótipos criminais, quanto em virtude da exposição à vigilância das agências de controle, de modo que

> as agências acabam selecionando aqueles que circulam pelos espaços públicos com o figurino social dos delinquentes, prestando-se à criminalização – mediante suas obras toscas – como seu inesgotável combustível (ZAFFARONI, 2001, p. 47).

Em tal cenário, verifica-se uma concentração injustificada da ação policial em face da juventude negra e pobre do país, que é diariamente interpelada pelo aparato policial sem que nem sequer haja qualquer retorno em termos de repressão à criminalidade. Assim, ao contrário, o que se verifica são índices desprezíveis de descoberta de condutas criminosas a partir das abordagens.

Ao cabo, então, a prática generalizada de buscas pessoais com base em uma seleção discriminatória amparada em critérios meramente intuitivos e subjetivos conduz a inúmeras prisões em flagrante de jovens negros e pobres, as quais, não raro, desembocam em sua condenação penal a despeito da deficiência probatória dos processos estruturados a partir da isolada e casual abordagem policial, em especial nos casos de tráfico, conforme abordado. O resultado desse sistema é a punição de um tipo social bastante específico, acompanhada pela sua estigmatização como potencialmente criminoso e pelo reforço das relações de desconfiança mútua entre o aparato policial e os grupos sociais marginalizados.

Delineia-se aí uma superposição de efeitos negativos sobre os alvos preferenciais da suspeição policial que orienta a prática da busca pessoal. De um lado, são atingidos por um modelo de policiamento cerceador da liberdade e promotor da exclusão e da segregação socioespaciais. De outro, são capturados pelos mecanismos de criminalização secundária, os quais reforçam a estigmatização que sobre eles já paira e que podem culminar, no curso ou ao fim da persecução penal, com o encarceramento.

5. A baixa eficiência/proficiência da busca pessoal no contexto brasileiro e o controle da "*stop and frisk*" no direito estadunidense: breves apontamentos para a superação do "pior desempenho possível" do aparato policial

Os caracteres da prática da busca pessoal pelas polícias brasileiras permitem inseri-la no nível do "pior desempenho possível" da atuação policial. No ponto, Jacqueline Muniz e Domício Proença Júnior (2007) identificam quatro graus de desempenho policial, conforme a eficiência (obtenção do resultado almejado) e a proficiência (observância das normas e efeitos colaterais gerados) da intervenção policial. As duas situações intermediárias são aquela em que se tem eficiência, mas não proficiência, e aquela em que se tem proficiência, mas não eficiência. O melhor desempenho possível corresponde à obtenção do resultado final almejado de acordo com as formas de ação legal e legítima e sem danos nem efeitos colaterais. O pior desempenho possível corresponde a não obtenção do resultado almejado, com formas de ação ilegais e ilegítimas, danos aos suspeitos, policiais e terceiros e efeitos colaterais.

Na busca pessoal, a baixa eficiência se acresce a baixa proficiência, esta decorrente em especial da violação da legislação em escala generalizada e do uso de estigmas no direcionamento da medida, o que sobrepõe ilegalidade e discriminação. Trata-se, pois, de um alarmante caso do "pior desempenho possível", objeto de pouco debate nas corporações policiais e de diminuto controle por parte das agências judiciais.

As estatísticas oficiais, conquanto escassas e pouco sistematizadas, as pesquisas sobre abordagem policial e as pesquisas relativas à repressão ao tráfico de drogas corroboram o diagnóstico referente ao "pior desempenho policial" no uso da busca pessoal, pois evidenciam o uso generalizado da abordagem policial em via pública, justificada como uma ferramenta de controle da criminalidade.

Tal estratégia é ineficiente, dado que mesmo as estatísticas oficiais apontam seu direcionamento a uma massa de indivíduos inocentes, e não de criminosos. Ademais, no que toca ao tráfico, a ineficiência decorre também de sua inadequação para o propósito de desbaratamento das organizadas associações para o tráfico, pois somente atinge os substituíveis microtraficantes. Além disso, tal estratégia é pouco proficiente, pois, além de encetar violações rotineiras da liberdade e da privacidade individuais, ainda reforça a exclusão social dos indivíduos vulneráveis à persecução penal, em sua maioria jovens negros e pobres recrutados para a distribuição da droga nas ruas das cidades, já desde cedo estigmatizados perante o olhar policial como suspeitos e potenciais criminosos.

Nesse passo, na prática da busca pessoal, a ilegalidade e a seletividade discriminatória superpõem-se e formatam uma situação de baixa eficiência e de baixa proficiência, por meio da qual fragiliza-se a eficácia da ordem jurídica e instala-se uma relação de desconfiança e temor entre as polícias e os grupos sociais marginalizados rotulados como suspeitos. Assim, seja por qual viés se enfoque a questão, constata-se a necessidade premente de se valorizar as condições de validade impostas à busca pessoal, a fim de reduzir as largas esferas de arbitrariedade e de ineficiência que marcam a sua prática atual.

Com efeito, o padrão de atuação atual assume matiz policialesco e disciplinar. No Estado de Direito, sob o regime da legalidade estrita, deveria ser permitida toda conduta que não é proibida pela lei, e, por conseguinte, as agências de persecução penal só poderiam cercear a liberdade individual em caso de (fundada) suspeita de conduta proibida pela lei. De outra parte, no regime disciplinar, compatível com o chamado Estado de Polícia, só são permitidas as condutas assim expressamente autorizadas e determinadas pelo Estado; todas as demais, portanto, são presumidamente proibidas e cerceáveis pelo aparato estatal. Noutros termos, neste regime, admite-se que qualquer desvio, qualquer estranheza, qualquer sutileza, que desperte a atenção policial, seja

suficiente para ensejar o cerceamento da liberdade individual. Assim, a prática da busca pessoal em face das mais tênues e remotas "atitudes suspeitas", assim rotuladas pelos policiais sem correlação com as condutas proibidas pela legislação, obedece a um regime de disciplina, e não de legalidade estrita.

Nesse rumo, em oposição a tal cenário, imprescindível repisar que "o resultado da busca e da apreensão serve à persecução penal" (PITOMBO, 2005, p. 3). Assim, é ilegal toda busca pessoal desprovida da condição de validade exigida pelo art. 244 do CPP – *fundada suspeita de posse de corpo de delito ou arma proibida* – e orientada a finalidades diversas daquela extraída desse permissivo legal (obtenção de prova), tais como preservar a ordem, prevenir o crime e fornecer sensação de segurança à população.

Assim, diante da classificação da busca pessoal entre uma espécie processual e outra preventiva, é imperativo ressaltar que apenas a primeira é objeto de autorização legal. Por outro lado, a admissão da busca pessoal preventiva sem quaisquer condições, vínculos ou limites normativos, implica a concessão de um poder de coerção virtualmente ilimitado e incontrolável às polícias, de caráter positivo ou configurador, o que não encontra espaço no Estado de Direito.

Nesse contexto, o primeiro passo para a conformação da busca pessoal às diretrizes legais é singelo: trata-se da leitura atenta e completa de seu permissivo legal, o qual a condiciona a prévios indícios de que o indivíduo a ser revistado possui consigo arma proibida ou objetos/papéis constitutivos de corpo de delito. Não basta, veja-se, a visualização de qualquer pessoa, atitude ou situação rotulada como "suspeita" pelo policial a partir de um juízo genérico de periculosidade ou de estranheza. Necessário indicar fatos/circunstâncias objetivos dos quais se possa inferir a prática de infração penal e também a posse de objeto a ela relacionado (arma proibida ou outros objetos/papéis constitutivos de corpo de delito) por parte do indivíduo a ser revistado. O segundo passo não é tão simples. É necessário monitorar, fiscalizar e controlar a prática da busca pessoal por parte das polícias, sob pena de o permissivo legal constante do art. 244 do CPP, embora lido corretamente, continuar desprovido de eficácia na atuação cotidiana das agências policiais.

No ponto, cabe anotar que o problema do controle das condições de validade da abordagem policial não é exclusivo do cenário jurídico brasileiro. Nos Estados Unidos da América (EUA), há décadas o Poder Judiciário enfrenta temática similar.[19] Em 1968, no julgamento do caso Terry v. Ohio,[20] a Suprema

19. O tema é abordado pela autora em artigo específico. Cf. WANDERLEY, 2016.

20. Terry v. Ohio, 392 U.S. 1 (1968)

Corte estadunidense debruçou-se sobre a questão e delimitou, de maneira paradigmática, as condições e limites do ato de reter e revistar (*stop and frisk*) um indivíduo no espaço público.

Nessa oportunidade, a Suprema Corte decidiu, em síntese, que, para que um policial retenha (*stop*) um indivíduo no espaço público – ou seja, para que o aborde coercitivamente e o impeça de exercer sua liberdade ambulatorial –, o policial deve apresentar elementos objetivos que configurem suspeita razoável de que atividade criminosa possa estar em andamento.[21] A revista (*frisk*), por sua vez, é motivada pela imediata preocupação em relação à integridade física do policial e demais transeuntes. Assim, para que seja realizada, são necessários elementos objetivos que indiquem que o suspeito está armado e é perigoso para o policial ou terceiros, razão pela qual a extensão da revista deve limitar-se aos atos estritamente necessários para descobrir armas.

A Suprema Corte analisou o tema em outras oportunidades[22] nas décadas subsequentes. Contudo, abordagens arbitrárias e, sobretudo, racialmente enviesadas, continuaram a encetar candentes debates sobre os limites e o controle do poder policial no país. Assim, em 2013, a juíza Shira Scheindlin, da Corte Federal de Manhattan, reconheceu, no julgamento da *class action* Floyd, *et al* v. City of New York, *et al*, que o modo como o New York Police Department (NYPD) executou a *stop and frisk* entre 2004 e 2012 violou a Quarta e a Décima Quarta emendas à Constituição, haja vista a prática de inúmeras abordagens insuficientemente fundamentadas e, pior, racialmente direcionadas.

Na decisão, destacou-se que, entre janeiro de 2004 e junho de 2012, os policiais do NYPD abordaram coercitivamente (*stopped*) mais de 4 (quatro) milhões de pessoas – em sua maioria negros e hispânicos – e revistaram (*frisked*) as vestes e bolsos de mais de 2 (dois) milhões dessas pessoas, frequentemente

21. No que toca à razoabilidade da suspeita, esclareceu-se, em similar raciocínio ao já efetuado no julgamento do caso Carroll v. United States (1925) em relação à causa provável, que a suspeita deve ser embasada em parâmetros objetivos, posteriormente confirmáveis por um juízo neutro, o qual deve aferir se os fatos narrados pelo policial seriam suficientes para garantir a um "homem de razoável cautela" que a ação a ser tomada era apropriada.

22. Exemplificativamente: Sibron v. New York, 392 U.S. 66 (1968), Davis v. Mississippi, 394 u.s. 721 (1969), Dunaman v. New York 442 U.S. 201 (1979), Adams v. Williams, 407 U. S. 143 (1972); Pennsylvania v. Mimms, 434 U. S. 106 (1977), Ybarra v. Illinois 444 U.S. 85 (1979), United States v. Brignoni-Ponce 422 U.S. 873 (1975), Michigan v. Long, 463 U.S. 1033 (1983), United States v. Sokolow 490 U.S. 1/10 (1989), Whren v. United States 517 U.S. 806 (1996).

por razão nenhuma. Constatou-se que 88% dos indivíduos retidos foram liberados na sequência sem nenhuma acusação formal e que em apenas 1,5% dos casos foram encontradas armas com os indivíduos revistados.

Em oposição aos fundamentos mais recorrentes utilizados pelos policiais nova-iorquinos para justificar a prática de *stops and frisks*, ressaltou-se na decisão que a percepção[23] de "movimentos furtivos" não basta para ensejar uma abordagem: deve-se descrever a natureza dos "movimentos furtivos" a fim de ser possível aferir se efetivamente indicam razoavelmente a prática de crime. A presença em "área de alta criminalidade"[24] ou descrição genérica compatível (tal como apenas gênero e raça) com a de um suspeito procurado tampouco bastam.

Além de reconhecer a violação aos preceitos constitucionais, a juíza determinou ao NYPD uma série de medidas/remédios (*remedies*) a serem adotados com o objetivo de conformar suas práticas à ordem constitucional. Ressaltou-se, no ponto, que os mecanismos de controle já implantados pelo NYPD serviam precipuamente à análise da eficiência das abordagens realizadas, mas não à análise da sua constitucionalidade.

Assim, a magistrada determinou as seguintes medidas ao NYPD: 1) revisão das políticas e do treinamento a fim de conformar-se à Constituição dos EUA e às leis nova-iorquinas; 2) revisão do formulário "*stop, question and frisk report worksheet*" (formulário UF-250), notadamente por meio da: (I) inclusão de seção de narrativa em que o policial deve registrar o motivo (*basis*) para a abordagem (*stop*); (II) inclusão de explicação em apartado do motivo para a revista (*frisk*); (III) simplificação e melhoria do sistema objetivo de *checkbox* (no qual o policial identifica a situação em uma opção previamente apontada no formulário), já em uso pelo NYPD; 3) reforma do sistema de supervisão, monitoramento e disciplinamento, incluindo: (I) supervisão hierárquica da constitucionalidade das abordagens; (II) alterações no processo de imposição de disciplina aos policiais; e (III) monitoramento e investigação das reclamações dos civis sobre o uso da filtragem racial pelo NYPD; 4) utilização de câmeras nas vestes dos policiais em patrulha, em projeto com duração de um ano, em um *precint* por bairro (mais precisamente, no *precint* em que tiver ocorrido o maior número de abordagens desde 2012).

23. A Suprema Corte já decidiu que uma *stop and frisk* não pode ser feita a partir de denúncia anônima sem elementos que lhe confiram confiabilidade e verossimilhança. Florida v. J.L. 529 US 266 (2000).

24. Nesse sentido já se pronunciou a Suprema Corte dos EUA no caso *Illinois v. Wardlow*, 528 U.S. 119 (2000).

A decisão proferida pela juíza Scheindlin provocou acaloradas discussões no meio jurídico e entre os cidadãos nova-iorquinos em geral, em especial por ter sido publicada durante o período eleitoral, em que os candidatos a prefeito da cidade de New York apresentavam propostas diversas quanto aos métodos de policiamento urbano. Três anos depois, em 2016, tornou-se novamente objeto dos debates presidenciais[25] entre os candidatos Donald J. Trump e Hillary R. Clinton.

Por outro lado, a decisão – em face da qual o prefeito eleito, Bill de Blasio, optou por não recorrer – ainda produz recentes efeitos, os quais têm sido aferidos por um fiscal (*monitor*) especialmente designado para tanto. Os relatórios por ele elaborados estão disponíveis para livre acesso na internet.[26] Tem-se aferido que, desde 2012, há um decréscimo progressivo no número de abordagens realizados pelo NYPD: em 2011, o ápice, foram realizadas 685.724 retenções (*stops*). Esse número caiu para 22.989 em 2015 (3,35% do número de 2011).[27] Por outro lado, não houve um decréscimo no número de prisões realizadas (cf. CHAUHAN *et al*, 2015), nem no número de crimes registrados (cf. NYCLU, 2014; ROEDER; EISEN; BOWLING, 2015; NYCLU, 2015).[28]

O debate jurídico e os dados coletados no contexto estadunidense enriquecem a análise da questão no cenário brasileiro. Lá, as 88% de *stops* realizadas em face de inocentes levaram o Judiciário a constatar a ausência de razoabilidade dos fundamentos que ensejaram tais intervenções policiais, e a afirmar a consequente necessidade de intensificar o monitoramento, a fiscalização e o controle dessas práticas, pelas próprias polícias e pelas agências judiciais.

Aqui, por outro lado, as cerca de 98% de revistas feitas em face de inocentes – com base nos dados de São Paulo e Distrito Federal – não têm suscitado perplexidade e contraposição similar. Nem por parte das polícias, nem por parte das agências judiciais. Naturalizam-se tais intervenções policiais como atos de intimidação e prevenção geral, que seriam legitimados como atos de rotina do policiamento ostensivo. Como regra, admite-se uma abstrata e não especificada "atitude suspeita" por parte do abordado como fundamento para a

25. Reportagem disponível em: [www.nytimes.com/2016/09/28/nyregion/what-donald-trump-got-wrong-on-stop-and-frisk.html?_r=0]. Acesso em: 12.10.2016.

26. Cf. [http://nypdmonitor.org/].

27. Dados disponíveis em [www.nyclu.org/content/stop-and-frisk-data]. Acesso em: 02.08.2016.

28. Dados parciais sobre 2016 disponíveis em: [www.nyc.gov/html/nypd/downloads/pdf/crime_statistics/cs-en-us-city.pdf]. Acesso em: 12.10.2016.

restrição de sua liberdade e privacidade. Com isso, fragiliza-se a oponibilidade dos direitos civis perante o poderio estatal e enfraquece-se a sua fruição nos espaços públicos urbanos.

O enfrentamento do tema nos EUA demonstra que a transparência das práticas policiais, mediante coleta de dados e registro formal das abordagens, é importante pressuposto para o controle das práticas policiais – tanto pelas próprias polícias, quanto pela sociedade civil e pelas agências judiciais. No Brasil, é predominante a precariedade de dados e estatísticas sobre tais práticas policiais, que nem sequer são objeto de registro formal obrigatório. Aí reside, portanto, um ponto a ser objeto de necessária mudança com o objetivo de conformar a busca pessoal às diretrizes constitucionais.

Por outro lado, o caso estadunidense evidencia que tais dados e registros devem ser construídos e lidos não só pela perspectiva da eficiência, mas também pela perspectiva da validade da intervenção policial, considerados os requisitos exigidos na ordem jurídica. No ponto, importante notar que a contraposição judicial a buscas inválidas permite inserir a validade da busca pessoal, e não mais apenas a sua eficiência, como um foco prioritário das preocupações policiais. Deveras, o caso estadunidense indica que produz impacto relevante na atuação policial a perspectiva do reconhecimento judicial da abusividade e ilegalidade de uma abordagem policial, a qual pode encetar a responsabilização do agente, determinações de alterações nas praxes policiais, ou mesmo o desentranhamento de provas do processo penal em virtude do reconhecimento da invalidade da busca por meio da qual foram apreendidas.

Assim, diante do cenário atual brasileiro, é necessário não só superar a interpretação frouxa das condições de validade da busca pessoal estabelecidas na legislação, como também intensificar os mecanismos de fiscalização, monitoramento e controle de tais condições de validade, hoje quase inexistentes. Como visto, as buscas são subnotificadas e analisadas apenas pela perspectiva de sua (suposta) eficiência. Assim, são praticadas generalizadamente, como atos não formalizados em face de uma massa de inocentes, e mesmo nos (raros) casos em que há apreensão de prova em desfavor do abordado, prevalece no processo penal a narrativa do policial a respeito da abordagem e suas circunstâncias. Predomina então despreocupação em relação à espantosa quantidade de buscas realizadas, paralela a uma validação judicial automática da atuação policial nos processos penais, tal como se a sua mera eficácia, no caso concreto, servisse para validá-la. Em tal cenário, não há nenhum desestímulo ou contraposição à prática de abordagens arbitrárias e desarrazoadas. Daí a preocupação unívoca das agências policiais com a eficiência, e nunca com a validade, das buscas pessoais.

Forçoso repisar, pois, que a busca pessoal é um ato excepcional submetido às estritas condições de validade especificadas no art. 244 do CPP, dotado de instrumentalidade processual e não suficientemente justificado por um juízo de estranheza genérico por parte do policial. Uma vez fixada tal premissa, é indispensável escrutinizar a validade dessa medida policial de modo tão diuturno e vigoroso quanto ela é praticada.

Para tanto, é necessário, de um lado, conferir aos cidadãos possibilidade de questionar as abordagens realizadas, e, de outro, exigir das instituições estatais que, dentro de suas atribuições e competências, exerçam o seu dever de controle da validade dessas práticas policiais (o que envolve as próprias polícias, no âmbito do controle interno, e o Ministério Público e o Poder Judiciário, no âmbito do controle externo).

Nessa trilha, é indispensável exigir das polícias transparência quanto à prática das abordagens, inclusive mediante o registro formalizado de todas as abordagens realizadas. A publicização de dados e o fornecimento de registro da busca ao próprio indivíduo abordado é indispensável à efetiva possibilidade de questionamento da validade da atuação policial.

Por outro lado, é imprescindível o controle diuturno e rigoroso das práticas policiais pelo Ministério Público e pelo Poder Judiciário. De nada adianta uma leitura estrita do permissivo legal, nem possibilidades abstratas de questionamento da validade da intervenção policial pelos cidadãos, se, ao mesmo tempo, há uma validação automática e generalizada das buscas pessoais pelas próprias instituições incumbidas do controle da atuação policial e da observância dos direitos individuais.

O Ministério Público e o Poder Judiciário, relembre-se, têm o poder-dever de rechaçar a inobservância da lei e invalidar práticas desprovidas de amparo legal. Assim, no âmbito do processo penal, não há como oferecer nem dar seguimento a denúncias cujo suporte fático-probatório se ampara em intervenções policiais ilegais. Deveras, como visto, a busca pessoal é um relevante mecanismo de criminalização secundária, a partir do qual se desenvolvem inúmeros atos subsequentes da persecução penal. Sem a validação de tais buscas ilegais e seletivas, inúmeros processos penais perderiam sua viabilidade, por força da garantia constitucional à inadmissibilidade das provas obtidas por meios ilícitos (CF/1988, art. 5.º, LVI). Quiçá a invalidação de tais práticas no processo penal impelisse ao investimento em táticas efetivas de investigação policial, de fato orientadas à apuração e à elucidação de indícios de fatos delituosos objetivos, em substituição à aposta cega na inspeção generalizada dos pertences e dos rumos de jovens negros e pobres que circulam nas ruas públicas.

Nesse cenário, a responsabilidade por um cenário de abusos e arbitrariedades policiais generalizadas deve ser compartilhada não só pelas próprias polícias, mas também pelos órgãos de controle, cuja atuação demasiado tímida e insuficiente viabiliza o total esquecimento dos requisitos legais.

6. Considerações finais

O estudo da prática da busca pessoal pelas polícias brasileiras revela um dado aparentemente paradoxal: trata-se de uma medida acionada de modo generalizado e, ao mesmo tempo, seletivo.

Com efeito, em primeiro lugar, as estatísticas oficiais dos órgãos de segurança pública, bem como as pesquisas empíricas que analisam essa medida policial, desvelam uma altíssima quantidade de buscas pessoais realizadas pelo aparato policial. Contudo, concomitantemente, verifica-se que tais buscas se direcionam, quase sempre, a um mesmo alvo: ao jovem negro e pobre, que transita nos espaços públicos urbanos sob um vigilante olhar de desconfiança perene por parte do aparato policial. Qualquer mais tênue fração de conduta deste jovem pode ser interpretada como uma "atitude suspeita" e, assim, servir de fundamento para que ele seja compelido a levantar seus braços sobre a cabeça, a colocar seu corpo contra a parede e a tolerar ser apalpado, de cima a baixo, pela guarnição policial que dele suspeita.

Por isso, é inafastável a conclusão de que a prática atual da busca pessoal pelas polícias brasileiras é marcada pela *ilegalidade*. Não há permissivo legal para a execução de buscas pessoais "preventivas", em face de quaisquer pessoas, atitudes ou situações rotuladas como "suspeitas" pelo policial, sem a indicação de indícios objetivos da prática de conduta ilícita. Por outro lado, a incidência desproporcional da busca pessoal em relação à juventude negra e pobre do país indica ainda que essa medida é também marcada pela *seletividade*, a qual não decorre de critérios objetivos de seleção das condutas proibidas pela lei, mas sim de critérios *discriminatórios*, amparados na estigmatização de determinados tipos sociais como perigosos e potencialmente criminosos e, portanto, como objetos de uma *presunção de suspeita*. Essa dinâmica revela, portanto, uma nítida desigualdade na fruição dos direitos civis, a qual desemboca na intensificação da relação de desconfiança entre o aparato policial e os estratos sociais marginalizados e vulneráveis.

Essa soma de *ilegalidade* e *seletividade* constitui uma superposição de arbítrio, propiciada pelo descontrole das práticas policiais, dada a incidência deficitária das garantias processuais à fase policial da persecução penal, sobretudo no que toca a intervenções informais, que não são nem sequer alvo de registro

e contabilização oficial. Nessa seara, não há legalidade estrita, mas sim disciplina. Não há presunção de inocência, mas sim de suspeita. Não há direito penal do fato, mas sim do autor. Contudo, são nessas premissas invertidas do sistema processual penal garantista e acusatório que a persecução penal tem se embasado no país, dado que a busca pessoal tem funcionado como um relevante filtro de criminalização secundária, em especial no que toca ao tráfico de entorpecentes.

O cenário verificado, portanto, não deixa dúvidas de que a inobservância do permissivo legal para a prática da busca pessoal (CPP, art. 244), a partir da desvirtuação da suspeita e da desfuncionalização desse ato, produz efeitos nefastos. Cerceiam-se diuturnamente a liberdade e a privacidade individuais, constrói-se uma relação de desconfiança entre o aparato policial e os estratos sociais marginalizados, consolida-se um padrão de atuação policial que promove a exclusão e a segregação socioespaciais e, por fim, concretiza-se um recorte discriminatório em uma incipiente e relevante etapa de criminalização secundária, a qual reverbera nas demais etapas subsequentes da persecução penal.

A construção de um sistema processual garantista e acusatório exige, pois, a submissão do poder policial, já nas incipientes fases de criminalização, às garantias processuais cristalizadas no texto constitucional. Para tanto, necessário insistir na aplicação estrita do permissivo legal do art. 244 do CPP e no monitoramento, na fiscalização e no controle rigoroso de suas condições de validade, pelas próprias polícias e pelas instâncias de controle externo. Nesse contexto, a responsabilidade pelos desvios e excessos na atuação policial não deve ser atribuída única e exclusivamente às próprias agências policiais, mas também às agências de controle, inclusive às agências judiciais atuantes no curso da persecução penal, no qual a validade da busca pessoal deve ser confirmada a fim de que os elementos probatórios a partir dela apreendidos possam ser utilizados em desfavor do acusado. Nesse particular, a experiência estadunidense parece indicar algo do caminho e dos percalços das tentativas de regulamentação e controle do poder policial na esfera judicial.

Por isso, não se justifica colocar a atuação das agências judiciais em um nível superior e deixar o "trabalho sujo" a cargo das agências policiais, escalonamento que tem permitido manter a autoimagem garantidora da dogmática e pura das agências judiciais ao mesmo tempo em que abusos e arbitrariedades são destilados pelas agências policiais, em ações que constituem a base da persecução penal. Assim, necessário reconhecer que a expansão dos poderes das polícias conta com o explícito aval da cultura jurídica ou, ao menos, com a sua indiferença e desinteresse (FERRAJOLI, 2014, p. 708).

Com efeito, o silêncio da dogmática atrela-se à omissão das agências judiciais, que deixam de exercer o controle da atividade policial, comumente referida como um conjunto de atos meramente administrativos ou preventivos não submetidos aos limites impostos pela legislação penal e processual penal. Trata-se, então, de um elemento crucial da chamada "eficácia invertida da dogmática penal" (ANDRADE, 2003, p. 303-304). Nesse cenário, a violação sistemática de direitos fundamentais decorrente da prática desconcentrada e descontrolada da busca pessoal deve ser associada a essa instrumentalização meramente parcial do discurso jurídico-penal e a responsabilidade pela sua perpetuação deve ser compartilhada por todas as agências da persecução penal.

7. Referências bibliográficas

ANDRADE, Vera Regina Pereira De. *A ilusão de segurança jurídica: do controle da violência à violência do controle penal*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003.

ARANHA, Adalberto José Q. T. de Camargo. *Da prova no Processo Penal*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 1999.

ASSIS, José Wilson Gomes de. Operações tipo blitz e buscas pessoais coletivas: as ações preventivas da Polícia Militar e sua legalidade. *Jus Militaris*, p. 5-6, 2007.

BARATTA, Alessandro. *O conceito de segurança na Europa*. Texto apresentado na disciplina Políticas de Segurança Pública do curso de Pós-Graduação em Direito, Estado e Constituição da Universidade de Brasília: Brasília, 2015.

BARROS, Geová da Silva. Filtragem racial: a cor na seleção do suspeito. *Revista Brasileira de Segurança Pública*, v. 2, n. 3, p. 134-155, 2008.

BAUMAN, Zygmunt. *Comunidade: a busca por segurança no mundo atual*. Rio de Janeiro: Zahar, 2003.

BOITEUX, Luciana *et al.* (Org.). *Tráfico e Constituição*. Brasília: Ministério da Justiça, 2009. (Pensando o Direito).

BONFIM, Eugenio Mougenot. *Curso de processo penal*. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

BONI, Márcio Luiz. Cidadania e poder de polícia na abordagem policial. *Revista da Faculdade de Direito de Campos*, v. VII, n. 9, p. 621-666, 2006.

CAETANO, Lucas *et al.* Como o Policial escolhe um suspeito? *Anais do 8º Encontro da ANDHEP*, 2014.

CAPEZ, Fernando. *Curso de processo penal*. 19. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

CHAUHAN, P. *et al. Tracking enforcement rates in New York City, 2003-2014.*, Report Presented to the Citizens Crime Commission. New York: John Jay College of Criminal Justice, 2015.

CNMP. *Cidadão com segurança. Respeito mútuo entre cidadão e polícia.* [S.l.]: Conselho Nacional do Ministério Público. Disponível em: [www.cnmp.mp.br/portal/images/stories/Destaques/CNMP_-_Cidadao_com_Seguranca_-_Final_WEB.pdf]. Acesso em: 31 jul. 2014.

COSTA, Evanira Santos da. Poder discricionário na cultura policial: um olhar sobre as práticas do policiamento ostensivo, na região atlântica da cidade de Salvador. 2013. Dissertação (Mestrado em Segurança Pública) – Universidade Federal da Bahia, Salvador, 2013.

DEMERCIAN, Pedro Henrique; MALULY, Jorge Assaf. *Curso de processo penal.* 9. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014.

DUARTE, Evandro Charles Piza *et al.* Quem é o suspeito do crime de tráfico de drogas? Anotações sobre a dinâmica dos preconceitos raciais e sociais na definição das condutas de usuário e traficante pelos policiais militares nas cidades de Brasília, Curitiba e Salvador. In: LIMA, Cristiane do Socorro Loureiro [et al] (Org.). *Segurança Pública e Direitos Humanos.* Pensando a Segurança Pública. Brasília: Ministério da Justiça, Secretaria Nacional de Segurança Pública (SENASP), 2014. v. 5. p. 81-118.

FERRAJOLI, Luigi. *Direito e Razão.* São Paulo: Ed. RT, 2014.

GARLAND, David. *A cultura do controle do crime: crime e ordem na sociedade contemporânea.* Rio de Janeiro: Revan, *2008.*

GOFFMAN, Erving. Comportamentos em Lugares Públicos – Notas sobre a organização social dos ajuntamentos. Petrópolis: Vozes, 2010.

HARVEY, David. O direito à cidade. *Lutas sociais.* São Paulo, n. 29, p. 73-89, 2012.

HAYEK, Friedrich A. *The Constitution of Liberty.* Chengcheng: China Social Sciences Publishing House, 1978.

JACOBS, Jane. *Morte e vida das grandes cidades.* São Paulo: Martins Fontes, 2014.

JESUS, Maria Gorete Marques de (Coord.). *Prisão Provisória e Lei de Drogas: um estudo sobre os flagrantes de tráfico de drogas na cidade de São Paulo.* São Paulo: NEV/USP, 2011.

LEDUR, Nelton Henrique Monteiro. *Critérios utilizados para determinar que pessoas devem ser abordadas, preventiva ou repressivamente, em Porto Alegre, pelos Praças da Brigada Militar, no final do século XX.* 1999. Monografia (Curso Avançado de Administração Policial Militar) – Academia de Polícia Militar da Brigada Militar, Porto Alegre, 1999.

LEFEBVRE, Henri. *O direito à cidade.* São Paulo: Centauro, 2001.

LIMA, Elcimar Maria de Oliveira. *Polícia e policiamento: as ambivalências entre a formação profissional e a prática policial na periferia de Belém.* 2011. Dissertação (Mestrado em Ciências Sociais) – Universidade Federal do Pará, Belém, 2011.

LIMA, Renato Brasileiro de. *Curso de processo penal*. Niterói: Impetus, 2013.

LIMA, Roberto Kant de. Cultura jurídica e práticas policiais: a tradição inquisitorial. *Revista Brasileira de Ciências Sociais*, v. 4, n. 10, p. 65-83, 1989.

LOPES JÚNIOR, Aury. *Direito processual penal*. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

MACHADO, Antônio Alberto. *Curso de processo penal*. 5. ed. São Paulo: Atlas, 2013.

MARCÃO, Renato. *Curso de processo penal*. São Paulo: Saraiva, 2014.

MEHMERI, Adilson. *Manual Universitário de Processo Penal*. São Paulo: Saraiva, 1996.

MUNIZ, Jacqueline de Oliveira. *"Ser policial é, sobretudo, uma razão de ser": Cultura e Cotidiano da Polícia Militar do Estado do Rio de Janeiro*. 1999. Tese (Doutorado em Ciência Política) – Instituto Universitário de Pesquisas do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 1999.

_____; PROENÇA JR, Domício. Bases conceituais de métricas e padrões de medida de desempenho policial. In: CARUSO, Haydée; MUNIZ, Jacqueline de Oliveira; BLANCO, Antônio Carlos Carballo (Org.). *Polícia, Estado e Sociedade: práticas e saberes latino-americanos*. Rio de Janeiro: Publit Seleções Editoriais, 2007. p. 230-280.

NASSARO, Adilson Luís Franco. *Busca pessoal*. 2003. Monografia (Especialização em Direito Processual Penal) – Escola Paulista da Magistratura, São Paulo, 2003.

NORONHA, Edgard Magalhães. *Curso de direito processual penal*. São Paulo: Saraiva, 1983.

NYCLU. *NYC: stop-and-frisk down, safety up*. New York: New York Civil Liberties Union, 2015.

_____. *Stop & frisk during the Bloomberg administration (2002-2013)*. New York: New York Civil Liberties Union, 2014. OLIVEIRA, Eugenio Pacelli de. *Curso de processo penal*. 15. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

PINC, Tania. Abordagem policial: um encontro (des)concertante entre a polícia e o público. *Revista Brasileira de Segurança Pública*, 2007.

PITOMBO, Cleunice Bastos. A desfuncionalização da busca e da apreensão. *Boletim IBCCRIM*, v. 13, n. 151, p. 2-3, 2005.

POLO, Giovana. Busca e apreensão pessoal e prova ilícita. *Boletim IBCCRIM*, v. 8, n. 92, p. 9, 2000.

PRADO, Marcelo. *Abordagem e revista pessoal. (Entrevista concedida ao Programa Direito e Cidadania)*. 2011. Disponível em: [www.youtube.com/watch?v=RWY2DOWK088]. Acesso em: 2 jul. 2015.

RAMOS, Silvia; MUSUMECI, Leonarda. "Elemento suspeito", abordagem policial e discriminação na cidade do Rio de Janeiro. *Centro de Estudos de Segurança e Cidadania. Boletim segurança pública e cidadania*, v. 3, n. 8, 2004.

_____.*Elemento suspeito: abordagem policial e discriminação na cidade do Rio de Janeiro*. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2005.

REZENDE, Beatriz Vargas Ramos Gonçalves De. *Ilusão do proibicionismo: estudo sobre a criminalização secundária do tráfico de drogas no Distrito Federal*. 2011. Tese (Doutorado em Direito) – UnB, Brasília, 2011.

RIBEIRO, Airton Edno. *A relação da Polícia Militar paulista com a comunidade negra e o respeito à dignidade humana: a questão da abordagem policial*. 2009. Dissertação (Mestrado em Educação) – Universidade Federal de São Carlos, São Carlos, 2009.

ROEDER, Oliver; EISEN, Lauren-Brooke; BOWLING, Julia. *What caused the crime decline?* New York: Brennan Center for Justice, 2015. SHIMIZU, Bruno; CACICEDO, Patrick. Crítica à estipulação de critérios quantitativos objetivos para diferenciação entre traficantes e usuários de drogas: reflexões a partir da perversidade do sistema penal em uma realidade marginal. *Boletim IBCCRIM*, v. 286, n. 24, p. 8-9, 2016.

SILVA, Gilmar Gomes da. *A lógica da PMDF na construção do suspeito*. 2009. Dissertação (Mestrado em Sociologia) – UnB, Brasília, 2009.

SINHORETTO, Jacqueline *et al.* A filtragem racial na seleção de suspeitos: segurança pública e relações raciais. In: LIMA, Cristiane do Socorro Loureiro [et al] (Org.). *Segurança Pública e Direitos Humanos*. Pensando a Segurança Pública. Brasília: Ministério da Justiça, Secretaria Nacional de Segurança Pública (SENASP), 2014. v. 5. p. 121-158.

TÁVORA, Nelson; ALENCAR, Rosmar Rodrigues. *Curso de direito processual penal*. 7. ed. Salvador: Juspodivm, 2012.

TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. *Processo penal*. 34. ed. São Paulo: Saraiva, 2012. v. 3.

WANDERLEY, Gisela Aguiar. Abordagem policial sob suspeita: filtragem racial na "*stop and frisk*" e controle judicial das práticas policiais a partir dos casos Terry v. Ohio e Floyd v. City of New York. In: BORGES, Paulo César Corrêa; COSTA, Renata Almeida da; MENDES, Soraia da Rosa (Coord.). *Criminologias e política criminal [Recurso eletrônico on-line]*. Florianópolis: CONPEDI, 2016. p. 118-138.

WEBER, Max. *Ensaios de sociologia*. Rio de Janeiro: LTC, 1982.

YOUNG, Jock. *A sociedade excludente. Exclusão social, criminalidade e diferença na modernidade recente*. Rio de Janeiro: Revan, 2002.

ZAFFARONI, Eugenio Raul. *A palavra dos mortos: conferências de criminologia cautelar*. São Paulo: Saraiva, 2012.

_____ *et al. Direito Penal Brasileiro: primeiro volume – Teoria Geral do Direito Penal*. Rio de Janeiro: Revan, 2011.

_____.*Em busca das penas perdidas*. 5. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2001.

PESQUISAS DO EDITORIAL

Veja também Doutrina

- Contornos do mandado de busca e apreensão – Requisitos e controle da atividade policial, de Rodrigo Carneiro Gomes – *RT* 844/470-484 (DTR\2006\178); e
- Notas sobre a mídia nos crimes de colarinho branco e o judiciário: os novos padrões, de Alberto Zacharias Toron – ***RBCCrim*** 36/257-272, ***Doutrinas Essenciais de Direito Penal Econômico e da Empresa*** 2/25-41 (DTR\2001\787).

O processo de Eldorado dos Carajás e sua perspectiva na criminologia dos massacres

The case of "Eldorado dos Carajás" and it´s perspective in criminology of massacres

Gustavo de Souza Preussler

Doutor em Direito pela UERJ. Mestre em Ciência Jurídica pela UENP. Professor de Processo Penal e Criminologia da UFGD. Professor Universitário Federal.
gustavopreussler@ufgd.edu.br

Recebido em: 28.09.2016
Aprovado em: 20.10.2016
Última versão autor: 21.10.2016

Área do Direito: Penal

Resumo: O presente artigo faz um estudo sobre o processo do caso de Eldorado dos Carajás e a aplicação da criminologia dos massacres. A metodologia usada é a pesquisa bibliográfica agregada à pesquisa documental (processo judicial). Nestas, extraiu-se o discurso das criminalizações e sua função subterrânea no Estado Policial. Os processos criminalizantes secundários subterrâneos não se exaurem em um momento efêmero, mas são a continuidade histórica de uma tragédia, de uma mesma matriz massacrante, seguindo a lógica da luta de classes. Essa continuação se dá pelas violências institucionais e estruturais com matriz nos conflitos agrários antecedentes e que detêm raízes legitimantes de massacres nos discursos criminológicos. O ponto de partida é a verificação concreta do respectivo caso, avançando para uma concepção abstrata das perguntas criminológicas de ouro de Zaffaroni. O papel de pulsão vingativa do Estado contra a miséria e a adesão subjetiva à barbárie pela Justiça Penal deixam claros seu caráter hegemônico e a existência de uma criminalização vitimológica

Abstract: This article is a study about the Eldorado dos Carajás case and the application of massacre criminology. The used methodology is literature assembled with documental research and its furtive role inside the Police State was extracted. The secondary and illegal criminalizing processes do not wear themselves out in a fleeting moment, but, are the historical continuity of a tragedy, from an equal massacre matrix, following the logic of the class struggle. Such continuation happens through the structural and institutional violence rooted in the previous agrarian conflicts and holds legitimizing roots of massacres in the criminological. The starting point is the concrete verification of the respective case, moving towards an abstract conception of the criminological gold questions of Zaffaroni. The role of the vengeful impulse of the State against misery and the subjective adhesion by the Criminal Justice to the barbarism make clear their hegemonic character and the existence of a victimological criminalization (secondary and furtive) due to the uneven distribution of both

Preussler, Gustavo de Souza. O processo de Eldorado dos Carajás e sua perspectiva na criminologia dos massacres. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. vol. 128. ano 25. p. 151-195. São Paulo: Ed. RT, fevereiro 2017.

(secundária e subterrânea) em razão da distribuição desigual dos bens positivos e negativos aos condenados da terra.

PALAVRAS-CHAVE: Processo de Eldorado dos Carajás - Criminologia dos massacres - Criminalizações.

positive and negative rights to the land wretched ones.

KEYWORDS: Case of Eldorado dos Carajás - Massacre criminology - Criminalization.

SUMÁRIO: 1. Introdução. 2. Sobre o processo de Eldorado de Carajás. 3. A criminologia dos massacres. 3.1 "O quê?" e o universo estatístico cadavérico. 3.2 Quando se produz um massacre?. 3.3 Como e onde se praticam os massacres?. 3.4 Com o que se pratica um massacre? O papel da criminalização secundária. 3.5 A causa do Massacre de Eldorado dos Carajás. 4. Revelações massacrantes. 5. Considerações finais. 6. Referências bibliográficas.

1. INTRODUÇÃO

A justiça como ela é atualmente – classista – confunde o bem comum com os interesses privados.[1] A sociedade burla o contrato social estabelecido e vitimiza múltiplos seres humanos, mesmo que a própria justiça zele pelos rituais processuais e se sinta agredida ou afrontada em razão das decorrentes violações de direitos humanos. Estas vítimas são alvo da repressão judiciária, em um caminho labiríntico, circular, kafkiano, clamado pela própria sociedade civil.[2] Este trabalho trata justamente dessa lógica labiríntica kafkiana[3] no processo que julgou o caso do Massacre de Eldorado dos Carajás e a criminologia dos massacres.

1. Utiliza-se aqui a definição de Débora Regina Pastana: "Evidência dessa contradição é certamente o comportamento dos profissionais da área jurídica, que têm como limite os valores defendidos pela elite burguesa, da qual alguns fazem parte e muitos querem fazer. Para construir e defender uma série de valores que sejam congruentes com a defesa da ordem econômica, o campo jurídico, permeado pelo interesse burguês, justifica a seletividade e o autoritarismo presentes em sua atuação, partindo sempre do senso comum hegemônico. Sem identificar diretamente que presta um serviço público, que por obrigação deveria ser democrático, esse campo age de forma seletiva encarcerando majoritariamente os pobres, reprimindo movimentos populares e se protegendo de qualquer intervenção alheia. Mantendo a estrutrura econômica em vigor, toma todas as medidas necessárias, muitas delas violentas, mas sem abalar as formalidades democráticas, apenas desconsiderando as questões sociais" (PASTANA, Débora Regina. *Justiça penal no Brasil contemporâneo:* discurso democrático, prática autoritária. São Paulo: Editora Unesp, 2009. p. 40).
2. NEUMAN, Elias. *Victimología y control social:* las víctimas del sistema penal. Buenos Aires: Editorial Universidad, 1994. p. 31.
3. Lógica kafkiana é usada neste texto para uma referência ao sofrimento burocrático em que as vítimas são submetidas no sistema de Justiça Penal. No processo de Eldorado

No tópico 2 abordaremos aspectos fáticos do processo de Eldorado dos Carajás.

No tópico 3 e seus desdobramentos será analisado o fato com base nas perguntas de ouro da criminologia dos massacres.

Por fim, no tópico 4 traremos à baila as revelações massacrantes do Caso de Eldorado dos Carajás e a forma subterrânea que se exterioriza a Justiça Penal.

2. Sobre o processo de Eldorado de Carajás

Em 15 de maio de 1995, um grupo composto de 2.500 famílias de trabalhadores rurais, ligados ao Movimento dos Trabalhadores Rurais sem Terra, ocupou, sem oposição, a Fazenda Santa Lúcia, localizada nas margens dos rios Paraupebas e Novo, na região Sul do Estado do Pará, integrante de um complexo de diversas propriedades rurais que totalizam 20.405,00 (vinte mil, quatrocentos e cinco) hectares, pertencentes a Roberto Lunardelli.[4] A família do respectivo latifundiário possui muitas propriedades espalhadas pelos Estados do Pará, São Paulo e Paraná. Além disso, no norte paranaense, existe uma cidade com o nome da família *Lunardelli*, assim como existem juízes federais, advogados e promotores com o mesmo sobrenome nos respectivos Estados.

O processo de ocupação pacífica já vinha sendo construído pelo Movimento dos Trabalhadores Rurais sem Terra. Em julho de 1992, 800 famílias ocuparam a parte sul da Fazenda Rio Branco I, de 12.000 (doze mil) hectares. No mesmo mês, houve uma marcha até Marabá, onde os integrantes desse movimento social acamparam na sede avançada do Instituto Nacional de Colonização e Reforma Agrária (Incra), com a finalidade de efetuar pressão política para fins de destinação do latifúndio para assentamento rural. Os trabalhadores rurais mantiveram-se firmes por longos sete meses. Após a espera, o Incra resolve enviar técnicos para a vistoria. Assim, nasce o projeto de assentamento Rio Branco, contrariando, inclusive, o próprio posicionamento de José Líbio de Moraes Matos (Presidente do Incra em Marabá), que sempre negou a legitimidade das reivindicações do movimento e fez um levantamento quanto à improdutividade da terra na Fazenda Rio Branco I, que era pública e notória.

---

dos Carajás, as vítimas podem abandonar toda a esperança de justiça, os perpetradores foram absolvidos após duas décadas de julgamentos. Recomendamos ao leitor as obras de Franz Kafka para a compreensão do sofrimento perante a Justiça, principalmente a seguinte: (KAFKA, Franz. *O processo*. São Paulo: Cia. das Letras, 1997).

4. Volume 20, fls. 6.520 da Ação Penal 1996.2126439, proveniente da Vara Criminal de Curionópolis – Estado do Pará.

Em 1994, as outras 1.500 famílias que integraram o grupo que ocupou o Complexo I da Fazenda Rio Branco estavam antes localizadas na Serra dos Carajás, área de concessão da Companhia Vale do Rio Doce, que hoje explora minérios. A ocupação anterior tinha como finalidade a discussão da criação de um assentamento de terras em uma parte da área de concessão da Companhia Vale do Rio Doce, que até então detinha direito real sobre 411.968,00 (quatrocentos e onze mil novecentos e sessenta e oito) hectares. Os trabalhadores rurais eram compostos de 1.200 famílias não contempladas pelo projeto de assentamento Rio Branco I. Assim, ocuparam 1 hectare, reivindicando 75.000 (setenta e cinco mil) hectares para fins de reforma agrária. Em junho de 1994 – ano da ocupação da área de concessão da Companhia Vale do Rio Doce –, um destacamento da Polícia Militar, comandado por José Nazaré Araújo dos Santos (condenado no processo no caso do Massacre de Eldorado dos Carajás), acompanhado de um destacamento composto de 50 soldados, expulsou violentamente os integrantes que ali ocupavam a região.

A Companhia Vale do Rio Doce possuía, por volta da época do massacre, convênio com a Polícia Militar de Paraupebas, como se fosse uma milícia privada. Tanto é verdade que, entre os anos de 1995 e 1996, a empresa mineradora repassou para a Primeira Companhia Independente de Policiamento de Meio Ambiente de Paraupebas o equivalente a R$ 1.500.000,00 (um milhão e quinhentos mil reais). Este fato ficou comprovado nos autos do processo.[5]

No ano de 1995, o Movimento dos Trabalhadores Rurais sem Terra voltou a marchar – inclusive com as 1.200 (mil e duzentas) famílias anteriormente expulsas pela Polícia Militar– rumo a Marabá, para reivindicar novamente ao Incra um Projeto de Assentamento, sem sucesso desta vez. A nova tentativa foi efetivada com a própria Companhia Vale do Rio Doce. No entanto, na madrugada que antecedia o ato público para a negociação, mais uma vez a respectiva concessionária fez uso da força policial, desta vez com um destacamento de 100 (cem) soldados, que cercou o local, e ali agressões foram cometidas, inclusive submetendo os integrantes do Movimento dos Trabalhadores sem Terra à privação de água e alimentos por longo período de tempo.[6]

O Movimento dos Trabalhadores Rurais sem Terra e o governo do Estado do Pará entraram em discussão sobre a possibilidade de transformar o Complexo da Macacheira em assentamento. Esse processo não tramitava, pois nem

5. Volume 20, fls. 6.522. Obs.: existe um documento comprovando este repasse, "série C, documento 33", citado pela Sociedade Paraense de Defesa dos Direitos Humanos.

6. Volume 20, fls. 6.534.

as autoridades do Incra nem os representantes do governo do Estado do Pará recebiam os integrantes do Movimento dos Trabalhadores Rurais sem Terra para fins de negociação, além de não ter sido determinada a vistoria do referido Complexo. Em 05 de novembro de 1995, Roberto Lunardelli concordou que o Governo Federal adquirisse 12 propriedades do Complexo Rio Branco e de outra fazenda, chamada Fazenda Macaxeira, para fins de assentamento, totalizando 42.000 (quarenta e dois mil) hectares. Ali nascia o Assentamento Palmares.

Esse compromisso acabou por causar uma insatisfação generalizada em fazendeiros da região do Complexo da Macaxeira, em razão de novo acampamento do Movimento dos Trabalhadores Rurais sem Terra e da celebração de acordo com Francisco Graziano Neto, presidente do Incra na época. Isso gerou o deferimento de uma série de interditos proibitórios com multas exorbitantes. Em novembro de 1995, Francisco Graziano Neto nega-se a cumprir o acordo.

Em 07 de março de 1996 – aproximadamente um mês antes do massacre –, o Governo Estadual do Pará prometeu remédios e alimentos aos integrantes do MST, que nunca foram enviados. Tal negativa coincidiu com uma reunião da Federação dos Fazendeiros com o governador e o secretário de segurança.[7] Também foi um mês antes do massacre que os mesmos latifundiários do complexo da Macaxeira ingressaram em juízo para defender seus supostos direitos reais[8] sobre aquelas propriedades agrícolas.

Notam-se no processo, mais especificamente no volume 2, diversas cópias de ações de interdito proibitório. Essa ação possessória foi, inclusive, movida pelo advogado Plínio Pinheiro,[9] filho da *senhora*[10] Otília Pinheiro. A Comissão

7. CARVALHO, Sandra. *O massacre de Eldorado dos Carajás*. Direitos Humanos no Brasil 2001. Relatório da Rede Social de Justiça e Direitos Humanos em parceria com Global Exchange. p. 114.

8. Volume 2 do processo.

9. Segundo consta em informações na peça acusatória de fls. 11 dos autos (volume 1): "A denúncia mais grave constante nos autos, partiu da testemunha Ricardo Marcondes de Oliveira (dep. Às fls 1055/1078). Segundo suas declarações, noticiadas amplamente pela imprensa nacional, o advogado e herdeiro da Fazenda Macacheira, Plínio Pinheiro Neto, teria arrecadado junto aos fazendeiros da região, a importância de R$ 85.000,00 (oitenta e cinco mil reais), com o objetivo de financiar a operação policial militar empreendida em Eldorado do Carajás, a ser repassado ao Comandante do 4.º BPM de Marabá, CEL. PM PANTOJA".

10. Aqui se utiliza o termo "senhora" como possuidora de feudo, verdadeiro título nobiliárquico. Nesse sentido, encontra-se no Dicionário Aurélio: "(ô) [Do lat. *seniore*.] Substantivo masculino. 1. Proprietário feudal. 2. Dono de propriedade. 3. Amo,

Externa de Deputados Federais que estiveram na região do massacre expõe que a foreira em questão da Fazenda Macaxeira, de propriedade da União, até a época do massacre, devia para os cofres públicos 10 (dez) anos[11] de laudêmio. Logo, nem seus direitos sobre as terras nem a condição de *senhora* poderiam ser considerados legítimos e legais.

Em 09 de abril de 1996, houve uma reunião com a cúpula da Polícia Militar, que elaborou um relatório utilizando documento da P2 – Polícia reservada ligada à PM –, declarando os sem-terra como uma verdadeira força paramilitar.[12]

É também no crepúsculo de 1995 que a Direção Nacional do MST decidiu realizar uma série de manifestações no mês de abril de 1996 (marchas) com os trabalhadores rurais sem terra. E foi no dia 10 de abril de 1996 que houve uma expropriação de carga de um caminhão na rodovia PA-150 pela multidão faminta. Esse fato se deu porque os integrantes do movimento estavam há mais de 10 (dez) dias privados de regular alimentação e água, que os governos municipal de Curionópolis e Estadual do Pará haviam se comprometido a fornecer.[13]

Nos dias 11 e 12 de abril, o Movimento dos Trabalhadores Rurais sem Terra aguardou retorno do governo quanto à retomada de negociações. Em 13 e 14 de abril de 1996, houve a organização e programação da marcha para Marabá, com a finalidade de entrar em contato com o posto avançado do Incra e buscar um acordo com o governo estadual. Em 15 de abril de 1996, mais de 1.000 trabalhadores iniciaram a marcha e chegaram até o km 96, também conhecido por *curva S*, na rodovia PA-150, a 4 km de Eldorado de Carajás. No dia 16 de abril do mesmo ano, houve uma assembleia coletiva com os integrantes do MST, na qual ficou decidida a continuação da marcha até Marabá. Foi nesse mesmo dia que o Coronel Mario Colares Pantoja resolve, junto com a Companhia Vale do Rio Doce, proceder à desobstrução da rodovia PA-150.

No dia 17 de abril de 1996, aproximadamente às 14 horas, cerca de 1.500 (mil e quinhentos) integrantes do Movimento dos Trabalhadores Rurais sem Terra estavam na rodovia PA-150 rumo a Marabá, com a finalidade de conversar com integrantes do Incra. Buscavam diálogo com as autarquias para chegar

---

patrão, dono. 4. O que exerce influência, poder, dominação; dominador, soberano" (FERREIRA, Aurélio Buarque de Hollanda. *Novo dicionário da língua portuguesa*. Rio de Janeiro: Ed. Positivo, 2010, CD-ROM).

11. Comissão Parlamentar de Inquérito (volume 2-B).
12. Volume 20, fls. 6.551. Documento constante no processo: Série C. Documento n. 159.
13. Volume n. 20, fls. 6.546.

a um acordo sobre o projeto de assentamento rural na região, cujo objeto eram as terras da União que estavam em posse de latifundiários que não pagavam o foro há mais de 10 (dez) anos.

Foi nessa mesma tarde que a tropa, sob o comando do Coronel da Polícia Militar Mario Colares Pantoja, do 4.º Batalhão da Polícia Militar, proveniente de Marabá, com três ônibus fretados pela empresa Companhia Vale do Rio Doce, da empresa Transbrasiliana, com a ordem do governador e do secretário de segurança pública para desobstruir a rodovia PA-150; e, vinda de Parauapebas, a tropa da Polícia Militar sob o comando de Major da Polícia Militar José Maria Pereira Oliveira, bloquearam a pista do outro lado, encurralando os manifestantes na chamada curva *S* da rodovia PA-150.

Consta nos autos do processo que os alguns manifestantes – integrantes do Movimento dos Trabalhadores Rurais sem Terra – recepcionaram os policiais com foices, pedradas e coquetéis *molotov*. Em resposta à barreira humana ali formada, os policiais dispararam diversos tiros e bombas de efeito moral. Alguns sem-terra se abrigaram em casas às margens das rodovias e os milicianos ameaçaram incendiá-las. Ocorre que, mesmo após efetivada a desobstrução da Rodovia PA-150, alguns milicianos permaneceram no local, saqueando e destruindo os barracos de lona dos sem-terra, bem como iniciando práticas de execuções sumárias e lesões corporais. Segundo o volume 5, fls. 1.227 dos autos do processo, "o conflito ocorrido em Eldorado do Carajás teve um saldo negativo de dezenove (19) pessoas mortas e setenta e oito (78) feridos, sendo sessenta e seis (66) civis e doze (12) policiais militares".[14] Vários desses mortos já se encontravam imobilizados, no chão ou algemados. Extrai-se, dos laudos de necroscopia e dos relatórios dos médicos legistas, que aquele episódio foi de execução sumária, e não proveniente de um conflito. Conforme prefere a peça acusatória do Ministério Público Militar, "as mortes dos integrantes do MST não resultaram do confronto"; houve execução sumária das vítimas. O laudo do Instituto Médico Legal do Estado do Pará conclui:

> As mortes dos integrantes do MST não resultaram do confronto. A perícia técnica, robustecida pela prova testemunhal, autoriza a constatação de uma desmedida e injustificável execução sumária revelada por tiros de precisão, inclusive a queima-roupa, por corpos retalhados a golpes de instrumentos cortantes, inclusive com esmagamento de crânio e mutilações que evidenciam o animus necandi (vontade de matar os executores da ação

14. Volume 5, fls. 1.227.

> criminosa). Ou seja, após o confronto, a PM rendeu e executou os membros da 'Caminhada pela Reforma Agrária'.[15]

No dia do massacre, em 17 de abril de 1996, quando as negociações de desobstrução da rodovia PA-150 se encerraram, aproximadamente às 11 h 40 min, o então Governador do Estado do Pará Almir Gabriel e seu secretário de Segurança Pública Paulo Sette Câmara ordenaram a desobstrução da respectiva via. O contingente policial para a desobstrução da rodovia PA-150 era formado por 155 (cento e cinquenta e cinco) homens. Originado de Paraupebas, aproximadamente às 15 h 30 min, chegou a tropa sob o comando do Major Oliveira, com 69 (sessenta e nove) homens, 2 (duas) metralhadoras 9 mm., 1 (um) revólver calibre 38, 10 (dez) revólveres calibre 32 e 38 (trinta e oito) fuzis calibre 7,62. Do sentido de Marabá, sob o comando do Major Pantoja, comandante da operação de desobstrução, havia 85 (oitenta e cinco) policiais militares, com 8 (oito) submetralhadoras 9 mm., 6 (seis) revólveres calibre 38, 1 (um) revólver calibre 32, 28 (vinte e oito) fuzis calibre 7,62, 29 (vinte e nove) bastões e 14 (catorze) escudos.

Com o desembarque da Polícia do transporte feito pela empresa Transbrasiliana, o efetivo do 4.º Batalhão da Polícia Militar avançou sobre os integrantes do MST, atirando contra estes bombas de efeito moral. A Tropa do 10.º Batalhão da Companhia Independente da Polícia Militar e Companhia Independente de Policiamento do Meio Ambiente – CIPM/Cipoma – avançou contra os sem-terra. Esse mesmo batalhão progrediu pela mata localizada no lado direito da rodovia, surpreendendo os sem-terra com tiros. Os sem-terra tentaram se abrigar em casebres, mas a Polícia ameaçou atear fogo aos barracos dos moradores.

Posteriormente, três policiais renderam Oziel Alves Pereira – um coordenador do movimento que ficava no carro de som –, algemaram-no e, posteriormente, executaram-no com quatro tiros na cabeça, sendo que dois projéteis transfixaram o crânio e dois ficaram alojados no cérebro da vítima.[16] O *animus*

15. Informações constantes na peça de Denúncia do Ministério Público do Estado do Pará. Volume 1, fls. 11.

16. Laudo de necroscopia de Oziel Alves Pereira, Volume 1, fls. 65 dos autos. Ainda sobre o assassinato de Oziel Alves Pereira, observe-se a declaração de Maria Abadia Barbosa, testemunha ocular: "Que afirma também que policiais entraram na casa e encontraram Oziel e saíram arrastante para a pista e afirma que Oziel foi levado por policiais que o seguravam cada um a um braço e Oziel cominhava como que meio de cócoras. Até certa altura na pista e que em dado momento bateram com algum um

necandi prévio no confronto era claro, pois nenhum dos Policiais Militares possuía identificação no uniforme, um indício de que pretendiam realizar algo além da desobstrução da Rodovia PA-150. Uma testemunha, ameaçada por policiais militares e incluída no programa de proteção à testemunha, esclarece sobre o homicídio de Oziel e indícios do envolvimento do comandante de Parauapebas no homicídio do integrante do Movimento dos Trabalhadores Rurais sem Terra:

> O OZIEL se meteu na frente de uma família, uma mãe e oito filhos, crianças, era uma escadinha de crianças pequenas (...) e ele gritou que pelo amor de Deus não fizesse isso com as crianças, que os policiais militares iam matar as crianças, que a testemunha afirma isso. Que o Maj. OLIVEIRA pega no cabelo dele, o OZIEL e disse é tu que eu quero.[17]

Nota-se, ainda, não somente em termos de homicídios, mas também nas lesões corporais, que o Massacre de Eldorado dos Carajás não foi um incidente. Veja-se o caso do trabalhador rural Josimar Pereira de Freitas, que pediu a um dos policiais que estava na pista de rolamento que tivesse calma, que parasse de atirar para cima; em resposta, o policial alvejou o integrante do MST na perna, com dois tiros de fuzil. Afora isso, vários policiais começaram a espancá-lo quando ainda estava no chão.[18]

Após a operação de desobstrução, um integrante do MST que era surdo-mudo permaneceu na via: Amâncio Rodrigues dos Santos, vulgo *surdinho*. Não compreendendo o que os demais integrantes do MST gritavam nem as explosões e tiros, este começou a ficar estressado e agitado. Encurralado por um caminhão boiadeiro, foi alvejado por três tiros, um abaixo da cintura, um na axila e outro acima do ouvido, o que demonstra que também houve execução sumária. Durante esse ataque ao trabalhador rural, também houve uma sessão de espancamento praticada pelos Policiais Militares, com pedaços de pau e coronhadas. Os demais trabalhadores rurais tentaram, sem êxito, resgatar Amâncio, e muitos foram alvejados por tiros nesse ato. Podem-se destacar

---

algum instrumento na nuca que a declarante não sabe dizer se arma ou pau, quando então o Oziel caiu, e inconsciente um soldado o levantou segurando-o pelos cabelos enquanto que outro policial atirou contra Oziel. (...) O soldado que atirou estava na frente de Oziel e parecia que o tiro foi desferido em direção da cabeça de Oziel. (...) escutou ser disparado um unico tiro contra Oziel." (Volume 3, fls. 769).

17. Volume 2, fls. 644.

18. Laudo de exame de corpo de delito de Josimar Pereira de Freitas, volume 3, fls. 280.

alguns que caíram inconscientes: João Rodrigues de Araújo,[19] Raimundo Lopes Pereira,[20] Graciano Olímpio de Souza[21] e Valdemir Pereira da Silva,[22] Todos foram mortos nesta ação policial.

João Rodrigues dos Santos foi alvejado por um tiro no antebraço direito, o que demonstra tentativa de defesa,[23] e recebeu um golpe de arma branca, descrita como instrumento perfuro-incisivo na região pubiana. Outra vítima, o trabalhador rural Manoel Gomes de Souza, foi alvejado por três tiros, sendo dois na testa, de calibres diferentes; outro projétil atingiu a parte superior do abdômen.[24]

No caso da vítima Robson Vitor Sobrinho, os indícios de execução sumária são mais claros ainda. Segundo consta no laudo de fls. 118 dos autos (Volume 1), o integrante do MST assassinado sofreu 4 (quatro) disparos de arma de fogo, "sendo que dois transfixaram o tórax, um transfixou face e crânio e um transfixou o braço direito. Os dois projéteis de armas de fogo que penetraram na região escapular direita e infra-escapular direita, possuem características de disparo a curta distância".

A revelação massacrante mais assustadora é do sobrevivente Inácio Pereira. Este esclarece nos autos do processo, no volume 3, fls. 973/974:

> (...) com a chegada dos policiais militares, os militantes anunciaram que eram para continuar na pista, tendo em seguida se iniciado o tiroteio; que estavam com o declarante sua filha Livonete e seu filho Raimundinho (morto no conflito), os quais haviam até aquele local para levar remédio para o declarante; Que, tão logo começou a confusão, subiram para uma ribanceira no lado da estrada, porém como lá não coube os três, o filho do declarante voltou para o meio da pista pelo que fez o mesmo com a sua filha, com a

19. Volume 3, fls. 809.
20. Volume 3, fls. 998.
21. Volume 3, fls. 893.
22. Volume 3, fls. 927.
23. Registro fotográfico, Volume 1, fls. 147 dos autos.
24. Volume 1, fls. 71: "Lesões externas: ferida perfuro-contusa circular com 0,5 cm de diâmetro, bordas invertidas, com zonas de contusão e enxugo, aréola equimótica, com características de orifício de entrada de projétil de arma de fogo na região frontal medianamente; ferida perfuro-contusa, circular, com 0,5 cm de diâmetro, bordas invertidas com zonas de contusão e enxugo aréola equimótica com 0,5 cm de diâmetro com características de orifício de entrada de projétil de arma de fogo na região epigástrica".

> intenção de correrem para o outro lado da pista, porém já cercados pelos policiais e o declarante recebeu uma rasteira de um deles, porém embora não conheça a pessoa que o havia derrubado; que, ao cair o declarante ainda falou para não os matarem, principalmente seus filhos, momento em que uma pessoa que estava ao seu lado lhe disse que era para ficar calado; que, tendo olhado para o outro lado viu o seu filho caído; que, não estando ferido, o declarante foi arrastado acreditando que foram dois policiais militares que o puxaram, e o jogaram no outro lado do asfalto tendo sido este o momento em que o declarante foi ferido, tendo sido jogado no meio dos mortos; que, estando o declarante de olhos fechados, se fez passar por morto; que, foram jogadas palhas por cima os corpos que estavam onde o declarante se encontrava; que, na hora em que era puxado, passou um policial e perguntou se este daí já estava morto, pelo os que lhe arrastavam responderam que sim; que, em determinado momento o declarante escutou chamarem o carro, e logo começaram a jogar para cima deste os corpos que estavam no local; que os braços do declarante ficaram presos nos outros corpos que estavam em cima deste, tendo o mesmo ficado de peito para cima, ao que jogaram outro corpo ao seu lado, com a cabeça em cima de seu pescoço; que, tendo o carro se movimentado, em determinado momento escutou gemidos dos que estavam por cima de seu pescoço (...) em seguida, percebeu que foi levantado o plástico que cubria os corpos e focaram a lanterna, localizaram tal pessoa, na qual foram disparados dois tiros, cujo sangue que desta correu, ficou por cima do declarante. (*Sic*)[25]

Diante da análise do processo judicial de Eldorado dos Carajás passamos as observações criminológicas. Todas estas descrições – acima apontadas – remontam ao saber médico-legal e informam o que os mortos querem dizer, por mais paradoxal que pareça.[26]

25. Volume 3, fls. 973-974.

26. Tiago Lins e Silva, em dissertação de Mestrado em Ciências Penais, expõe sobre o laudo das demais vítimas de Eldorado dos Carajás: "Lourival da Costa Santana, foi morto com um único tiro que lhe penetrou o coração. Antonio Alves da Cruz foi atingido por um tiro no ombro esquerdo, sendo, entretanto, a causa da morte hemorragia interna e externa com explosão do coração e pulmão esquerdo, ocasionada por conta de lesão corto-contusa na região do tórax, sendo que houve outra lesão na mesma região e também um ferimento na região femural. Abílio Alves Rabelo levou um tiro na coxa direita e dois no pescoço, sendo a causa da morte a hemorragia externa devido à perfuração da artéria carótida externa. João Carneiro da Silva teve esmagado seu crânio, perdendo inclusive massa encefálica, por lesões corto-contusas. Teve também esmagado o antebraço esquerdo, deixando a mão suspensa ao antebraço por retalhos de pele e seguimentos de tecido muscular. Antonio Iran do Nascimento foi atingido e

3. A CRIMINOLOGIA DOS MASSACRES

Eugenio Raúl Zaffaroni assevera que as perguntas de ouro da criminalística podem e devem ser transportadas para a criminologia. São as indagações criminalísticas sobre a prática de crimes praticados por agentes do Estado: *o quê, quem, quando, onde, como, com o quê, por quê?*[27] Esses questionamentos tentam explicar por que ocorreu o Massacre de Eldorado dos Carajás.

3.1 "O quê?" e o universo estatístico cadavérico

A primeira pergunta de ouro da criminalística, *O quê?*, considera os índices de mortos, principalmente em guerras não declaradas, atos de autocolonização e luta territorial,[28] ou ainda, segundo Eugenio Raúl Zaffaroni, trata-se do

---

morreu por conta de um tiro que entrou pelo pescoço, e saiu pela testa. Transfixando o crânio. Sofreu ainda duas lesões nas costas, produzidas por instrumento corto-contudente. José Alves da Silva recebeu dois tiros, um na perna, próximo à canela, outro na cabeça, transfixando-a do lado esquerdo para o direito, sendo a causa da morte hemorragia intra-craniana devido traumatismo crânio-encefálico. (...) Valdemir Pereira Veras recebeu um único tiro no tórax, que perfurou a víscera toráxica, causando sua morte. Joaquim Pereira Veras foi vitimado com dois tiros, um que lhe transfixou o braço, outro que o atingiu na região axilar esquerda" (LINS E SILVA, Tiago. *Movimento dos Trabalhadores Rurais Sem Terra – Eldorado dos Carajás*: análise de um processo. 135 f. Dissertação de Mestrado em Ciências Penais. Universidade Cândido Mendes. Rio de Janeiro, 2004. p. 59-60).

27. ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *A palavra dos mortos:* conferências de criminologia cautelar. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 350.

28. Segundo Eugenio Raúl Zaffaroni: "Na América Latina, porém, ocorreu um fenômeno de massacre pós-colonial muito mais próximo e que pode perfeitamente ser considerado um caso de autocolonialismo. Talvez por sua proximidade não tenhamos percebido sua verdadeira natureza, pois em alguma medida nos assimilamos ao colonizador, muito parecido e próximo de nós. É sabido que tivemos muitas ocupações policiais do próprio território por forças militares em benefício de uma minoria, com ditadores clássicos como os retratados por Ramón María Del Valle Inclán (1866-1936), Miguel Angel Astúrias (1899-1974) ou Gabriel Garcia Márquez. Porém, em tempos muito mais recentes estas ocupações assumiram expressamente os métodos neocolonialistas nas chamadas ditaduras de segurança nacional, em especial no Cone Sul. Não se deve descartar a expressão autocolonialismo pelo fato de ter havido uma clara ingerência de interesses estrangeiros em seu estabelecimento, porque, se bem que isso seja inquestionável, não é menos inquestionável que, sem condicionamentos endógenos favoráveis, o fenômeno não teria sido possível. (...) No Cone Sul, toando como pretexto a violência política na Argentina e os governos antipáticos aos partidários do Ocidente cristão e liberal no Chile e Brasil, as forças armadas cercaram-se de

universo cadavérico.[29] Essas práticas estão evidentes cada vez mais quando o Estado de Bem-Estar Social converte-se em Estado Policial. Segundo Loïc Wacquant:

> na medida em que a rede de segurança do Estado caricativo se desfazia, a malha do Estado punitivo foi chamada a substituí-la e a lançar sua estrutura disciplinar nas regiões inferiores do espaço social (...) como uma forma de conter a desordem e o tumulto causados pela intensificação da insegurança e da marginalidade social.[30]

O mesmo autor afirma que a *política estatal de criminalização* se opera de duas formas: de um lado, reorganiza o campo burocrático que antes era destinado aos serviços de assistência social e dá lugar aos instrumentos de vigilância e controle dos excluídos. A outra forma é a construção de programas pseudoassistenciais através de bolsas com condição de manutenção de filhos na escola, comprovando-se certo índice de frequência escolar.[31]

A pergunta *O quê?* trata do quantitativo de mortos em uma autocolonização ou luta territorial pelo espaço entre classes dominadas e classes dominantes. Também se reporta à forma com que a *política estatal de criminalização secundária* acaba por desenvolver-se na sua reestrutura do campo burocrático, com o declínio do acesso à terra e com a ampliação das execuções sumárias e prisões de integrantes do MST. De outro lado, as políticas pseudoassistenciais aos assentados consistem em pagamentos de Bolsas-Família,[32] com condicionante principal em seu artigo 3.º: "(...) a frequência escolar de 85 % (oitenta e cinco por cento) em estabelecimento de ensino regular". O que ocorre é que as

---

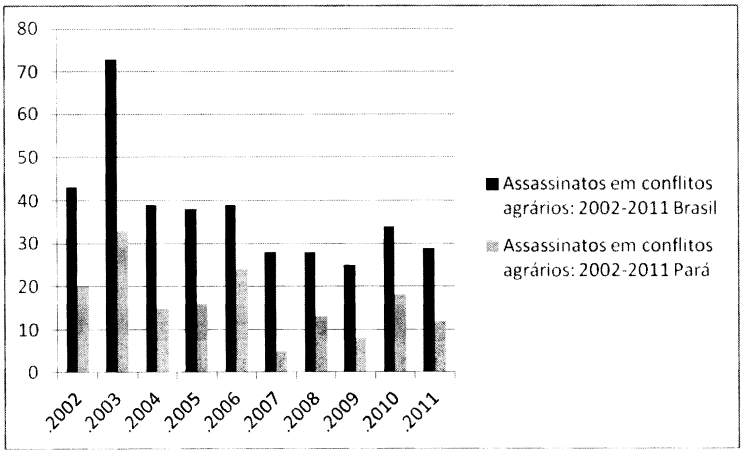
ideólogos dos movimentos de regressão da cidadania real, verdadeiros defensores dos privilégios violados pelos movimentos de expansão populistas, que lhes ajudaram a encetar uma guerra e se degradaram à condição de forças policiais de ocupação do próprio território, aplicando todas as técnicas do colonialismo francês contra suas próprias populações. O resultado foi massacres dos anos setenta do século passado, com milhares de mortos, torturados, presos, exilados e desaparecidos, e uma notória regressão da cidadania real, destruidora dos Estados de bem-estar" (ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *A palavra dos mortos...* cit., p. 367-369).

29. ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *A palavra dos mortos...* cit., p. 350.
30. WACQUANT, Loïc. *Punir os pobres:* a nova gestão da miséria nos Estados Unidos [A onda punitiva]. 3. ed. Trad. Sérgio Lamarão. Rio de Janeiro: Revan, 2007. p. 110.
31. WACQUANT, Loïc. *Punir os pobres...* cit., p. 111.
32. BRASIL, Lei 10.836 de 09 de janeiro de 2004. *Diário Oficial da República Federativa do Brasil.* Poder Executivo. Brasília: 12 de janeiro de 2004. p. 1.

escolas em assentamentos não são, via de regra, reconhecidas como estabelecimentos regulares de ensino. Tanto é verdade que o Governo Federal Brasileiro criou o Pronera (Programa Nacional de Educação na Reforma Agrária), cujo objetivo ideológico é autocolonizar os assentados pelo principal aparelho ideológico de Estado, a escola.

Quanto aos assassinatos no Brasil por essa guerra não declarada pelo acesso à terra, a Comissão Pastoral da Terra identificou alguns índices macabros. Entre 2002 e 2011, foram assassinadas 376 (trezentos e setenta e seis) pessoas ligadas à luta pela terra. Dentre estas estão lideranças rurais, indígenas e quilombolas, trabalhadores rurais, assentados e pequenos produtores rurais. Desse montante, o Estado do Pará é dono de 164 (cento e sessenta e quatro) cadáveres produzidos por conflitos agrários.

Gráfico 1: Assassinatos em conflitos agrários entre 2002 e 2011[33]



33. Para consolidar os números acima foram utilizados os dados dos seguintes relatórios: CANUTO, Antônio; SILVA LUZ, Cássia Regina; GONÇALVES AFONSO, José Batista; SANTOS, Maria Madalena (orgs.). *Conflitos no Campo – Brasil – 2007*. Goiânia: CPT Nacional – Brasil, 2007; CANUTO, Antônio; SILVA LUZ, Cássia Regina; GONÇALVES AFONSO, José Batista; SANTOS, Maria Madalena (orgs.). *Conflitos no Campo – Brasil – 2008*. Goiânia: CPT Nacional – Brasil, 2008; CANUTO, Antônio; SILVA LUZ, Cássia Regina; WICHINIESKI, Isolete (orgs.). *Conflitos no campo – Brasil – 2009*. São Paulo: Expressão e CPT, 2010; CANUTO, Antônio; SILVA LUZ, Cássia Regina; WICHINIESKI, Isolete (orgs.). *Conflitos no Campo – Brasil – 2010*. Goiânia: CPT, 2011; CANUTO, Antônio; SILVA LUZ, Cássia Regina; WICHINIESKI, Isolete (orgs.). *Conflitos no Campo – Brasil – 2011*. Goiânia: CPT Nacional Brasil, 2012.

Boa parte destes mortos, assim como o caso de Eldorado dos Carajás, Corumbiara e do Pontal do Paranapanema, são considerados *massacres*. EugenioRaúl Zaffaroni expõe que não é possível determinar o conceito de *massacre* com base na mesma estrutura do conceito de genocídio, até mesmo porque a definição de *grupo político* ficou fora dos planos da tutela penal internacional e da jurisdição penal universal. Logo, o conceito de massacre tenta abarcar os atos do principal violador de direitos humanos, o próprio Estado.

A crítica da criminalização primária, ou seja, a definição legal de genocídio, impulsiona a criminologia a criar uma categoria própria para explicar os assassinatos em massa produzidos por agentes do Estado: *massacre*. Rummel, por exemplo, propôs o *democídio* como um conceito, o que acabaria por expandir o conceito para o assassinato de qualquer pessoa por um governo. Nesse conceito, também se incluiria o genocídio, o politocídio e o assassinato em massa. De outro lado, Frank Chalk e Kurt Jonassohn denominam massacre como a matança em massa unilateral. No entanto, o conceito proposto por Eugenio Raúl Zaffaroni e que também na presente tese se utiliza é o *massacre*. Tal conceito é de Jacques Sémelin, que "entende por massacre todo o processo de destruição de civis que tem por objeto, simultaneamente, as pessoas e os bens".[34]

Após a verificação quantitativa cadavérica no Gráfico 1 acima, a segunda pergunta de ouro da criminalística é *quando se produz o massacre?*

3.2 *Quando se produz um massacre?*

Antes de responder diretamente a essa pergunta, deve-se deixar claro que massacres não são monopólios de Estados Totalitários, mas essa prática existe também em democracias liberais com estrutura de Estado Policial, própria das democracias de capitalismo tardio.[35] Segundo Michel Foucault "o que caracteriza um Estado de polícia é que aquilo que lhe interessa é o que os homens fazem, é sua atividade, é sua 'ocupação'. O objetivo da polícia é, portanto, o controle e a responsabilidade pela atividade dos homens na medida em que essa atividade possa constituir um elemento diferencial no desenvolvimento das forças do Estado",[36] independentemente de esse Estado ser democrático de Direito ou um Estado Totalitário. Em contrapartida, para Eugenio Raúl Zaffaroni e Nilo Batista, no Estado de Direito todos os habitantes são submetidos à

34. ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *A palavra dos mortos*... cit., p. 357.

35. ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *A palavra dos mortos*... cit., p. 372.

36. FOUCAULT, Michel. *Segurança, território, população*. Trad. Eduardo Brandão. São Paulo: Martins Fontes, 2008. p. 448.

lei, enquanto que, no Estado de Polícia, os habitantes são submetidos ao poder daqueles que mandam.[37] No entanto, os agentes integrantes dos Aparelhos Ideológicos do Estado estão interessados na efetividade da defesa não da sociedade, mas, sim, de seus interesses.[38] Sob o argumento da defesa cidadã, os governantes ignoram direitos e garantias fundamentais. Esses mesmos governantes convertem o sistema penal em sistema penal subterrâneo, em que os conflitos e tensões sociais dão lugar aos massacres institucionalizados. Os conflitos agrários são verdadeiras *larvas de massacre*, prontas a eclodir.[39] Não se pode deixar de asseverar sobre o tão clamado direito penal do inimigo, que fragmenta os direitos e as garantias fundamentais de cada indivíduo, utilizando preceitos de filosofia política, embora mantendo o Estado de Direito formalmente estabelecido. Com isso não se quer justificar, nem compreender como normais, as práticas de direito penal subterrâneo, mas, sim, entender que existem tais práticas e que devem ser combatidas para restabelecer materialmente os direitos e garantias fundamentais.

Cabe também destacar que o modelo policial existente na América Latina como um todo, em especial no Brasil, inspira-se na estrutura de ocupação territorial originária na metade do século XIX na Europa, que lutava contra o socialismo, o anarquismo e os excluídos do sistema de produção urbana. Segundo Eugenio Raúl Zaffaroni, os grupos dominantes (hegemônicos) da Europa estavam inseguros em decorrência da revolução de 1848, da Comuna de Paris de 1871, do socialismo que ganhava mais ideólogos e do anarquismo, sem falar na miséria ocorrida em países ditos *atrasados* e nos excluídos do trabalho produtivo na indústria. Assim, cria-se, para manter o controle interno, um modelo de polícia baseado nas estruturas colonizadoras, em que a ocupação territorial é o principal foco. A diferença entre o colonialismo e a estrutura policial baseada na ocupação e expulsão do *outro daninho* é que se aloca o aparelho de repressão policialesco para dentro do Estado que se valerá dele.[40] Um exemplo desse modelo de estrutura do Estado Policial baseado na ocupação territorial é o das chamadas UPPs – Unidades de Polícia Pacificadora –, usadas na cidade do Rio de Janeiro. Segundo Vera Malaguti Batista:

37. ZAFFARONI, Eugenio Raúl; BATISTA, Nilo. *Direito penal brasileiro* – v. 1. Rio de Janeiro: Revan, 2003. p. 41.

38. FOUCAULT, Michel. *Em defesa da sociedade*. Trad. Maria Ermantina Galvão. São Paulo: Martins Fontes, 2005. p. 51.

39. ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *A palavra dos mortos*... cit., p. 462.

40. ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *A palavra dos mortos*... cit., p. 374.

> (...) o fato das UPPs estarem restritas ao espaço de favelas, e de algumas favelas, já seria um indício luminoso para desvendar o que o projeto esconde: a ocupação militar e verticalizada das áreas de pobreza que se localizam em regiões estratégicas aos eventos desportivos do capitalismo vídeofinanceiro.[41]

Esse modelo de Estado Policial tem como pretensão segregar socialmente e naturalizar a dualidade territorial entre dominadores e explorados; ou a espacialização da luta de classes e a normalização da violência contra as classes subalternas. O gozo dos bens decorrente da superexploração dos setores subalternos também se projeta na divisão territorial dentro da mesma sociedade.[42] Um conceito que pode explicar esta lógica é o de barbárie – citado no Manifesto Comunista e utilizado por Marildo Menegat em seu *Estudos sobre Ruínas* –, que informa "que a sociedade burguesa tem a tendência de produzir em excesso, e que estes excessos de tempos em tempos deveriam ser destruídos para garantir a continuidade da acumulação do capital. Os momentos destrutivos eram caracterizados pelos autores do *Manifesto* como 'um estado de momentânea barbárie".[43]

Essa divisão territorial vai do espaço real até o local das subculturas sociais. No que concerne à questão agrária, o espaço territorial é polarizado, entre locais férteis e locais inférteis, pequena propriedade, grande latifúndio, assentamentos com baixa produtividade e baixo incentivo governamental, em uma lógica que realça o conceito de periferia usado em termos urbanos.

Aliás, a ideia de dominação territorial, no Estado do Pará, não é nova. Quando ainda se denominava Grão-Pará, o Império Brasileiro utilizou o argumento de pacificação para fazer ocupação territorial, expulsar os cabanos[44] e neutra-

41. BATISTA, Vera Malaguti. O alemão é muito mais complexo. In: BATISTA, Vera Malaguti. (org.). *Criminologia de cordel:* paz armada. Rio de Janeiro: Revan, 2012. p. 56-57.

42. Sobre o modelo de dominação territorial e a lógica da segregação, cf. MENEGAT, Marildo. *Estudos sobre ruínas*. Rio de Janeiro: Revan/ICC, 2012. p. 11-23.

43. MENEGAT, Marildo. Op. cit.. p. 17.

44. Sobre o conceito de cabano e a evidente carga de rotulagem do sistema hegemônico do Império brasileiro, afirma Mahalem de Lima: "Legal e cabano, os dois termos-chave que o Império do Brasil utilizou para qualificar os atores sociais em luta no Grão-Pará, na década de trinta do século XIX. O Nós e o Outro, o primeiro positivado, a auto-identificação da pertença ao Império, da pertença à civilização, da pertença à própria humanidade; o segundo, seu contrário, sua negação. O cabano é, desta feita, a imagem da ausência do Estado Imperial, a figura da selvageria, a negação da própria condição humana. O legal é o 'homem de bem', o 'cidadão respeitável'; o cabano é o

lizar o verdadeiro massacre que ali seria perpetrado, o que ficou conhecido como revolta da Cabanagem.[45] Segundo Vera Malaguti Batista:

> Ao analisar o movimento revolucionário da Cabanagem no Pará, Renato Guimarães produz o que ele chama de 'artesanato de restauração' contra uma visão 'catastrófico-bestial' com que as classes dominantes se referem às 'coisas de ralé', para tratar de marcar na história as insurreições populares como explosão de banditismo e anarquia. Para ele, a Cabanagem constitui-se num caso único de chegada ao poder de movimento popular e também 'marco singular de ferocidade'; a derrota do movimento deu-se através do extermínio de um quinto da população da Amazônia, incluindo aí o massacre dos indígenas que participaram do movimento.

'bárbaro', o 'selvagem', o 'homem fera'" (MAHALEM DE LIMA, L. A multiplicidade da guerra cabana: notas sobre os atores indígenas. Simpósio Nacional da ANPUH, 23., 2005, Londrina. *XXIII Simpósio Nacional*. v. 1. Londrina: Editorial Mídia, 2005. p. 1-579).

45. "A Cabanagem foi uma revolução social que dizimou a população amazônica e abarcou um território muito amplo. Contrastando com este cenário amplo e internacional, foi, e ainda é, analisada como mais um movimento regional, típico do período regencial do Império do Brasil. No entanto, os "patriotas" cabanos, ao longo do movimento, criaram um sentimento comum de identidade entre povos de etnias e culturas diferentes, que extrapolava estes ditames. (...) A revolução social dos cabanos que explodiu em Belém do Pará, em 1835, deixou mais de 30 mil mortos e uma população local que só voltou a crescer significativamente em 1860. Este movimento matou mestiços, índios e africanos pobres ou escravos, mas também dizimou boa parte da elite da Amazônia. O principal alvo dos cabanos era os brancos, especialmente os portugueses mais abastados. A grandiosidade desta revolução extrapola o número e a diversidade das pessoas envolvidas. Ela também abarcou um território muito amplo. Nascida em Belém do Pará, a revolução cabana avançou pelos rios amazônicos e pelo mar Atlântico, atingindo os quatro cantos de uma ampla região. Chegou até as fronteiras do Brasil central e ainda se aproximou do litoral norte e nordeste. Gerou distúrbios internacionais na América caribenha, intensificando um importante tráfico de idéias e de pessoas. Contrastando com este cenário amplo, a Cabanagem normalmente foi, e ainda é, analisada como mais um movimento regional, típico do período regencial do Império do Brasil. No entanto, os cabanos e suas lideranças vislumbravam outras perspectivas políticas e sociais. Eles se autodenominavam 'patriotas', mas ser patriota não era necessariamente sinônimo de ser brasileiro. Este sentimento fazia surgir no interior da Amazônia uma identidade comum entre povos de etnias e culturas diferentes. Indígenas, negros de origem africana e mestiços perceberam lutas e problemas em comum. Esta identidade se assentava no ódio ao mandonismo branco e português e na luta por direitos e liberdades" (RICCI, Magda. Cabanagem, cidadania e identidade revolucionária: o problema do patriotismo na Amazônia entre 1835 e 1840. *Tempo*. v. 11. n. 22, 2007. p. 5-6).

> Guimarães aponta a conjuntura dos 30 como especial por apresentar uma cisão no interior das classes dominantes, a partir da crise regencial e pelas expectativas das classes trabalhadoras na revolução da independência que pedia passagem. 'Os de cima não conseguiam mais governar como antes e os de baixo não conseguiam mais viver como antes'. O que Guimarães aponta é que a estrutura de poder militar e policial, herdada pelo Estado independente da colônia, se baseava na unidade política das elites que se esgarçava na deposição de D. Pedro I.[46]

A luta territorial tem a função primordial de desocupação quando se coloca em análise a questão do acesso à terra. Se, de um lado, existe um grupo lutando através de ocupações e acampamentos, de outro lado, existem grupos hegemônicos que buscam a estrutura policial, com a finalidade de expulsão desses movimentos reivindicatórios, tais como o MST. O sistema de desocupação se dá através da violência interna canalizada contra o *outro daninho*, no caso de Eldorado dos Carajás, os integrantes do MST. Se no colonialismo identificava-se o *criminoso* como *o selvagem*, no neoliberalismo constrói-se da mesma forma o *bode expiatório* com base em estereótipos, rótulos ou estigmas, com a diferença de que o criminoso de hoje pode ser considerado como o *perigoso* para determinado grupo dominante hegemônico.

Os massacres começam a se operar no mesmo momento em que o discurso é organizado, ou seja, na atualidade, pelas primeiras manifestações dos meios de comunicação de massa ou até mesmo do Poder Judiciário quanto à situação daquele grupo. Além da etapa de preparação através do discurso do *outro daninho*, o apoio ou indiferença da coletividade é primordial. Como exemplo, vemos as sucessivas liminares que beneficiaram os posseiros ilegais no complexo da Macaxeira, propriedade da União e objeto para a formação de um assentamento destinado às famílias integrantes do MST. No que se refere à adesão subjetiva ao massacre, a coletividade não só em alguns setores apoiou o ato perpetrado – o que demonstra que previamente também o aceitava–, como em outros setores manteve-se indiferente. Um elemento interessante constante no processo de Eldorado dos Carajás e que ressalta a questão da adesão prévia da coletividade ao massacre é o fato de que o processo teve que ser desaforado de Marabá porque não conseguia constituir um corpo de jurados que fosse capaz de ser imparcial. Um exemplo disso é o caso de 6 (seis) dos 21 (vinte e um) jurados sorteados no dia 21.10.1998 para compor o conselho de sentença, dentre eles estavam os irmãos Eduardo e André Barbosa de Souza, ligados à

46. BATISTA, Vera Malaguti. O alemão é muito mais complexo... cit., p. 59-60.

Associação Comercial e Industrial de Marabá. Estes dois jurados organizaram uma manifestação pública em 1998 em defesa de um fazendeiro, o Sr. Carlos Costa, acusado de matar dois integrantes do MST. Fica claro que o conselho de sentença não tinha imparcialidade,[47] principalmente porque os demais jurados eram proprietários de terras. O Superior Tribunal de Justiça reconheceu esse fato e acatou o pedido de desaforamento para a comarca da capital:

> Inescondível, nos autos, que a Comarca de Marabá, indicada pelo Tribunal de Justiça do Estado para ser o lugar do julgamento dos acusados pela morte dos dezenove trabalhadores rurais, não oferece as condições imprescindíveis para que o Tribunal do Júri se reúna serenamente e, livre de quaisquer intimidações e constrangimentos, possa proclamar, imparcial, seu veredicto. Curionópolis e Marabá estão na mesma geografia de conflitos pela posse da terra. São frequentes ali os atos de violência contra trabalhadores rurais. De um lado, o MST – Movimento dos Trabalhadores Sem Terra. De outro, fazendeiros e suas milícias particulares. Todos cobrando do Poder Público ações concretas nessa questão fundiária.
>
> Informa o Ministério Público estadual que, não faz muito, dois líderes do MST foram mortos na região. O Exército foi mobilizado para desarmar os beligerantes e isso reacendeu, de algum modo, a tensão e o medo. Em contrapartida, muitas valentias arrefeceram. A intranquilidade e a insegurança restam evidentes, uma vez que o crime praticado revoltou toda a população local, e principalmente os integrantes do MST, que clamam por justiça[48].

A pergunta criminológica *Quando?*, no caso de Eldorado dos Carajás, deve ser considerada como um complexo de fragmentos históricos que englobam

47. Informação complementar constante no Boletim dos Procuradores da República: "(...) em Marabá, cidade com 192.000 habitantes, a classe média encontra-se bem próxima dos fazendeiros. Isso se nota pelo fato de 90% dos escolhidos terem laços estreitos com eles, sendo proprietários de terra pelo menos seis dos vinte e um jurados sorteados, dentre eles os irmãos Eduardo e André Barbosa de Souza. André é presidente da Associação Comercial e Industrial de Marabá e foi um dos organizadores de uma manifestação pública em solidariedade a Carlos Costa, dono da fazenda Goiás II, acusado da morte de Fusquinha e Doutor, líderes do MST, ocorrida em maio de 1998, além de já ter reunido assinatura de três mil nomes em protesto contra o MST. Isso veio aumentar a preocupação quanto à imparcialidade dos jurados e constituiu-se num dos principais motivos do pedido de desaforamento para Belém" (ESPINOZA MAGARLHO, Hernandez; SILVA DE FREITAS, Marcelo. Eldorado dos Carajás – Um relato. *Boletim dos Procuradores da República*. ano II. n. 22. Brasília, fev. 2000. p. 10).

48. REsp 205.076/PA, rel. Min. Edson Vidigal. 5.ª T. STJ. *DOU* 06.05.1999, p. 238, j. 13.04.1999.

a luta pela terra. De um lado, há a pretensão de monopolização dos meios de produção no campo. Além disso, a tentativa de manutenção do *status quo* é razão primordial para a compreensão do referido caso de massacre. Assim, o massacre ocorre *quando* grupos hegemônicos dominadores sentem-se ameaçados de perder sua propriedade. Mais especificamente, o projeto de assentamento que recaísse no complexo da Macaxeira faria que diversos posseiros ilegais perdessem seu meio de produção da mais-valia-absoluta.

3.3 Como e onde se praticam os massacres?

No que se reporta às questões *Como?* e *Onde?*, estas se referem ao produto da expulsão territorial e à atividade policialesca violenta no Brasil. A Comissão Pastoral da Terra (CPT), entre 2007 e 2015, registrou 129.225 atos judiciais e extrajudiciais de expulsão de pequenos agricultores, sem-terra e outros. Totalizam-se 50.786 famílias despejadas; dentre essas, 11.418 expulsas de forma compulsória com a conivência do Poder Judiciário, sem falar nas 67.021 ameaças de expulsão. As ameaças de despejo não ficaram para trás: foram relatadas nesse mesmo ano 16.389[49] ameaças de despejo, que geraram 5.222 casas destruídas ou queimadas e, com elas, roças e bens. Segundo relatórios da Comissão Pastoral da Terra, somente em 2006 foram registrados 1.657 conflitos com violência no campo e 783.801 pessoas sofreram algum tipo de violência. Dessa multidão, 39 foram assassinados, 72 sofreram tentativa de assassinato, 57 foram mortos em conflitos, 207 foram ameaçados de morte, 30 foram torturados, 917 foram sequestrados punitivamente (presos) e 749 foram agredidos ou feridos em decorrência da luta pela terra.[50]

49. CANUTO, Antônio; SILVA LUZ, Cássia Regina; GONÇALVES AFONSO, José Batista; SANTOS, Maria Madalena (orgs.). *Conflitos no Campo – Brasil – 2007*. Goiânia: CPT Nacional – Brasil, 2007; CANUTO, Antônio; SILVA LUZ, Cássia Regina; GONÇALVES AFONSO, José Batista; SANTOS, Maria Madalena (orgs.). *Conflitos no Campo – Brasil – 2008*. Goiânia: CPT Nacional – Brasil, 2008; CANUTO, Antônio; SILVA LUZ, Cássia Regina; WICHINIESKI, Isolete (orgs.). *Conflitos no Campo – Brasil – 2009*. São Paulo: Expressão e CPT, 2010; CANUTO, Antônio; SILVA LUZ, Cássia Regina; WICHINIESKI, Isolete (orgs.). *Conflitos no Campo – Brasil – 2010*. Goiânia: CPT, 2011; CANUTO, Antônio; SILVA LUZ, Cássia Regina; WICHINIESKI, Isolete (orgs.). *Conflitos no Campo – Brasil – 2011*. Goiânia: CPT Nacional Brasil, 2012.

50. GIRARDI, Eduardo Paulon. *Proposição teórico-metodológica de uma Cartografia Geográfica Crítica e sua aplicação no desenvolvimento do Atlas da Questão Agrária Brasileira*. 2008. Tese (Doutorado em Geografia). Faculdade de Ciências e Tecnologia. Universidade Estadual Paulista. Presidente Prudente, 2008. p. 296-297.

Entre 1986 e 2006, foram contabilizados 1.100 assassinatos de camponeses e trabalhadores rurais; os ameaçados de morte contabilizaram 3.200 e as tentativas de homicídio ultrapassaram 1.000 casos. Entre 2007 e 2011, foram contabilizados 144 assassinatos, 273 tentativas de homicídio e 982 ameaças de morte.

Desses números massacrantes, nota-se que o Estado do Pará contabilizou, entre 2007 e 2011, 56 homicídios, 59 tentativas de homicídio e 212 ameaças de morte. Isso representa 23,4% do total dos crimes acima mencionados. A forma *como* é através da violência institucionalizada, enquanto o *onde* é disseminado por todo o país, porém com a maior concentração no leste do Estado do Pará, divisa com o Estado do Maranhão. Bem na região que era o objeto de reivindicação de desapropriação de terras pelos integrantes do Movimento dos Trabalhadores sem Terra.

3.4 Com o que se pratica um massacre? O papel da criminalização secundária

A próxima pergunta de ouro da criminalística, que pode ser transportada para a análise dos massacres, é *Com o quê*? A resposta pode parecer simples, dentro da imagem bélica que se forma na conflituosidade da luta pela terra: com o poder punitivo. Ou ainda, com base na temática e no conceito que se utilizam do presente trabalho: *com a criminalização secundária*. Sempre são características estruturais do poder punitivo "a seletividade, a reprodução da violência, o condicionamento de maiores condutas lesivas, a corrupção institucional, a concentração de poder, a verticalização social e a destruição das relações horizontais ou comunitárias".[51]

O controle territorial, com o massacre de revoltosos ou de ocupantes indesejáveis, como são considerados os integrantes do Movimento dos Trabalhadores Rurais sem Terra, é próprio de uma atividade policial de controle territorial. Segundo Eugenio Raúl Zaffaroni, essa conduta vai do colonialismo ao autocolonialismo em que vivemos na atualidade:

> As repressões dos índios rebeldes e dos escravos fugitivos dos quilombos são tarefas próprias da ocupação policial do território, não importando o nome de seus executores nem os uniformes que usavam, pois o que interessa é a natureza que cumpriram.[52]

---

51. ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *En busca de las penas perdidas:* deslegitimación y dogmática jurídico-penal. 2. ed. Buenos Aires: EDIAR, 1998. p. 19. (tradução nossa)

52. ZAFFARONI, Eugenio Raúl. Op. cit., p. 389-390. (Há mais de uma obra deste autor. Favor verificar a qual se refere a citação.)

O exercício da *criminalização secundária*, quando está abordando o autoritarismo e a eliminação sumária dos indesejáveis, se faz não com o sistema penal oficial, mas, sim, com o *sistema penal subterrâneo*. Trata-se da manifestação do autoritarismo das agências de controle social formal, marcado no Brasil como uma manifestação de classes, já que o grande público-alvo são os pobres. Essa ideologia do extermínio está muito arraigada nas matrizes do sistema penal, em razão do autoritarismo psicológico-social e do preconceito.[53]

A execução sumária, assim como a execução pública, é uma manifestação de força. O sofrimento das vítimas do Estado Policialesco de Classes converte-se em uma forma jurídico-política de reestabelecimento da soberania lesada pela reinvindicação de direitos básicos.[54] A provocação das estruturas de poder (aqui denominadas de Aparelhos Repressivos do Estado)[55] também busca os resultados massacrantes e tem como objetivo, nas outras ramificações da Administração Pública, "organizar a transgressão das leis numa tática geral de sujeições".[56] Ao verificarmos o depoimento do Major Oliveira, nos autos do processo, notamos que foi levada a ele proposta de acordo de desinterdição da via PA-150 pelos sem-terra, desde que fossem providenciados 50 ônibus e 10 toneladas de alimentos, sendo que o transporte era para enviar os sem-terra para negociar com o governo estadual em Marabá e Belém.[57] Foi respondido pela prefeitura de Curionópolis que não seria dado um só grão de farinha aos sem-terra e que o prefeito estava saturado dos prejuízos causados pelos integrantes do MST.[58] Outra passagem do depoimento do Major Pantoja é importante ser ressaltada:

53. FRAGOSO, Christiano Falk. *Autoritarismo e sistema penal*. 2011. 379f. Tese (Doutorado em Direito Penal). Faculdade de Direito. Universidade do Estado do Rio de Janeiro: Rio de Janeiro, 2011. p. 253.

54. BATISTA, Vera Malaguti. *Difíceis ganhos fáceis:* drogas e juventude pobre no Rio de Janeiro. 2. ed. Rio de Janeiro: Revan/ICC. p. 49.

55. Termo usado por Louis Althusser, na obra *Aparelhos ideológicos de estado*, afirma que o Estado funciona mediante os seus diversos Aparelhos, por vezes denominado Ideológico por outras Repressivo: "1. Todos os aparelhos do Estado funcionam ora através da repressão, ora através da ideologia, com a diferença, de que o Aparelho (repressivo) do Estado funciona principalmente através da repressão equanto que os Aparelhos Ideológicos do Estado funcionam principalmente através da ideologia" (ALTHUSSER. *Aparelhos ideológicos de estado*. Rio de Janeiro: Graal, 1985. p. 72).

56. ALTHUSSER. Op. cit., p. 51.

57. Volume 2, fls. 591.

58. "Curionópolis recebeu ainda pela manhã da quarta-feira, dia 17, um telefonema do Prefeito João Chamom Neto, dizendo que não daria sequer um grão de farinha para

> (...) quando este indagou sobre a dificuldade da comunicação entre a tropa de Paraupebas e Marabá, aquele (o Major Pantoja) disse: 'aguarda o tempo que eu estou te determinando e se por ventura passado esse tempo e você ouvir alguns tiros você saberá que começou a ação de desobstrução' (...)."[59]

Mais à frente há a definição dos sem-terra como *agressores*. Assim, o sistema penal cria ilegalismos,[60] tornando a reivindicação de direitos uma verdadeira transgressão, possibilitando que o sistema punitivo possa eliminar as camadas mais frágeis que lutam por emancipação.

Além disso, deve-se ressaltar a violência que as estruturas policiais produzem nos corpos com a finalidade de docificá-los, já que o medo também é uma estratégia de dominação.[61] Trata-se de uma forma de modificação dos valores de determinado grupo social, reduzindo o grau de coesão e ampliando o patamar de conflitividade entre classe subalterna e classe dominante.

Para Vera Malaguti Batista:

> (...) o medo do caos é trabalhado a cada ameaça de chegada ao poder das forças populares. Foi assim em 1964 e em 1994. A história continua. A difusão do medo é mecanismo indutor e justificador de políticas autoritárias de controle social.[62]

Também é o que fica expresso na reunião entre Raimundo de Souza Oliveira (comandante da 2.ª Companhia e Chefe da 2.ª Seção, 4.º Batalhão da Polícia Militar), o Dr. Líbio, do Incra, Dr. Adolfo da Polícia Federal, o Tenente-Coronel Melo e o Coronel Pantoja, na qual o Ten.-Col. Melo, usando da palavra, disse que a situação era preocupante, porque o General estava preocupado com o problema dos sem-terra que viriam até Marabá para quebrar o Incra e usar da

---

o MST, haja vista já estar saturado dos prejuízos causados pelos integrantes do movimento no seu município" (Volume 2, fls. 591).

59. Volume 2, fls. 592.

60. O termo ilegalismo é empregado no sentido de Michel Foucault, em que "a lei não é feita para impedir tal ou tal tipo de comportamento, mas para diferenciar maneiras de circular a própria lei", ou seja, para quem deve e não deve ser aplicada a lei e as criminalizações. (FOUCAULT, Michel. Des súplices aux cellus. *Dits et écrits*. v. I. 1954-1975. Paris: Gallimard, 2001. p. 1587) (tradução livre).

61. PASTANA, Débora Regina. *Cultura do medo:* reflexões sobre violência criminal, controle social e cidadania no Brasil. São Paulo: IBCCRIM, 2003. p. 19.

62. BATISTA, Vera Malaguti. Autoritarismo e controle social no Brasil – Memória e medo. *Revista sem Terra*. n. 10, 2001.

violência para obter suas reivindicações.[63] Afora isso, quando do momento da desobstrução da rodovia PA-150, o Maj. Oliveira pediu para a repórter Marisa Romão ir até os sem-terra e dizer para que eles desocupassem a via e que a tropa de Curionópolis tinha cerca de 500 (quinhentos) homens. Esses são dois lados do medo: em um primeiro momento, o medo da violência criminal dos sem-terra, medo de que os mesmos quebrassem tudo, o que demonstra a continuidade do paradigma – conversão dos integrantes de movimentos sociais em banditismo social.[64] De outro lado, a produção de simulacro, ao asseverar que a tropa possuía um contingente elevado de soldados, era uma tentativa de produzir medo da violência criminal pelo aparelho de repressão. Isso mostra que o medo efetivamente tem a capacidade de aumentar ou diminuir a coesão entre as pessoas.[65]

O sistema penal subterrâneo no Brasil fica evidente com a enorme quantidade de execuções policiais sistematicamente perpetradas ou ainda levadas a cabo com o auxílio de matadores de aluguel ou milicianos. Isso ocorre em razão da ideologia do extermínio ser tão aceita pelos Aparelhos Repressivos de Estado no passado como na atualidade, ou seja, na democracia que ajudamos a criar alguns anos após o fim da ditadura militar.[66] Loïc Wacquant

63. Volume 2, fls. 587.

64. HOBSBAWN, Eric. *Bandidos*. Trad. Donaldson M. Garschagen. 4. ed. São Paulo: Paz e Terra, 2010. p. 53.

65. Essa lógica é bem explicada pelo trabalho *A luta e a lida*, de Franciele Silva Cardoso: "(...) a pontual falta de articulação entre os marginalizados para se contrapor às injustiças sociais (que os marginalizam) faz aumentar a inquietação e o medo que 'os seres sociais plenos' têm dos seres 'proscritos'. De um lado, a não agregação das várias formas de resistência camponesa fragiliza a inserção dessas resistências no espaço público; de outro lado, ela impossibilita o controle dos 'proscritos', que tendem a se manifestar contra a estrutura formal da sociedade, assustando os seus integrantes. Se o *status* dos que estão à margem da sociedade é ambíguo, se estes não têm posição de autoridade reconhecida pela sociedade como um todo, embora possam ter em seu habitat – uma vez que não são suspeitos aí conforme afirma Mary Douglas –, como negociar um acordo político com eles? Ou seja, o *status* indefinido impossibilita a negociação, uma das mais importantes características do espaço público, e consequentemente, não controla o poder dos marginalizados, gerando inquietação e medo" (CARDOSO, Franciele Silva. *A luta e a lida*: estudo do controle social do MST nos acampamentos e assentamentos de reforma agrária. São Paulo: IBCCRIM, 2013. p. 81).

66. BATISTA, Vera Malaguti. Depois do grande encarceramento. In: ABRAMOWAY, Pedro Vieira; BATISTA, Vera Malaguti. *Depois do grande encarceramento*. Rio de Janeiro, 2010. p. 29.

pontifica que as duas décadas de ditadura militar continuam a ter relevância e influência sobre o funcionamento das forças públicas, assim como na mentalidade coletiva, resultando numa projeção do espectro social de classes que tendem a identificar a defesa dos direitos humanos como se fosse uma tolerância da bandidagem, bem como no fato de que a violência no Brasil encontra uma segunda raiz na cultura política remanescente das cicatrizes do autoritarismo.[67]

Trata-se de "uma ordem jurídica que não tolera limites, produzindo um sistema penal sem fronteiras, com a tortura como princípio, o elogio da delação e a execução como espetáculo, e articulando tudo isso o dogma da pena".[68] Na atualidade, não há limites dos Aparelhos Repressivos do Estado; estes estão cada vez mais em evidência através das execuções sumárias e das violações dos direitos humanos que são produzidas pela estrutura policialesca do Estado. As delações são feitas pela mídia, que seleciona os descartáveis sociais.[69] Segundo a Comissão Pastoral da Terra (CPT), a partir de 2003, quando os conflitos agrários atingiram seu ápice, fica evidente a ação de matadores de aluguel e pistolagem em geral no Brasil. A exteriorização se dá nos despejos compulsórios e até mesmo em execuções primárias. É o poder privado exercendo um verdadeiro sistema penal paralelo, em que as vítimas, na maioria das vezes, são integrantes de movimentos sociais, já que as principais ações são voltadas para ocupações e acampamentos. No ano de 2008, houve uma redução do protagonismo desses movimentos sociais e, em razão inversa, os poderes privado e público passaram a ser o principal ator dos conflitos, sendo o principal responsável pelos litígios.[70] Vejamos o gráfico abaixo:

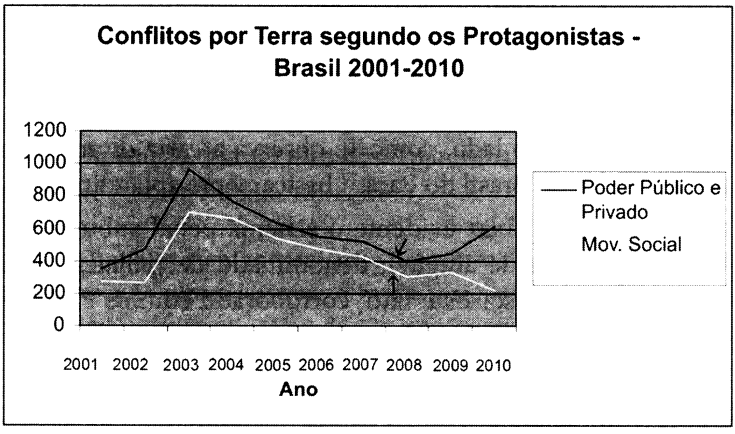
67. WACQUANT, Loïc. Towards a Dictatorship over Poor? Notes on the penalization of poverty in Brazil. *Punishment and Society*. v. 5. n. 2. Londres: Thousand Oaks (CA) e Nova Delhi: SAGE Publicações, 2003. p. 200.

68. BATISTA, Vera Malaguti. *Depois do grande encarceramento*. Op. cit., p. 29.

69. BATISTA, Nilo. Mídia e sistema penal no capitalismo tardio. In: *Discursos Sediciosos*. v. 12. n. 12. Rio de Janeiro: Revan e ICC, 2002. p. 276. Vide também: GARAPON, Antonie. *O juiz e a democracia:* o guardião das promessas. Trad. Maria Luiza de Carvalho. Rio de Janeiro: Revan, 2001. p. 111-112.

70. As informações acima constam no Relatório do ano de 2010 da Comissão Pastoral da Terra: CANUTO, Antônio; SILVA LUZ, Cássia Regina; WICHINIESKI, Isolete (orgs.). *Conflitos no Campo – Brasil – 2010*. Goiânia: CPT, 2011. p. 109.

Gráfico 2 – Conflitos agrários segundo seus protagonistas



Fonte: CPT. Elaboração LEMTO-UFF/GeoAgrária-UERJ.

Segundo o Relatório do Conselho de Direitos Humanos da Organização das Nações Unidas, de autoria de Philip G. Alston – *Report of the Special Rapporteur on extrajudicial, summary or arbitrary executions* –, grupos de extermínio são responsáveis pela morte de trabalhadores sem-terra e indígenas em áreas rurais, geralmente ocasionados pelo conflito pela terra. Apesar de não representar um grande quantitativo em relação à quantidade de homicídios praticados no Brasil em ações de grupos de extermínio ou de agentes dos Aparelhos Repressivos do Estado, essas práticas representam as consequências letais de desafiar indivíduos poderosos. Aponta ainda o relatório que a Comissão Pastoral da Terra levantou que, desde 1971, cerca de 70 (setenta) trabalhadores rurais e defensores de direitos humanos são assassinados por ano. Ainda aos mortos, agrega-se a execução de 10 (dez) execuções de líderes indígenas por ano. Todos esses assassinatos são resultado do conflito pela terra. Como sempre, o Estado do Pará é o campeão de execuções.[71]

71. ALSTON, Philip. *Report of the Special Rappourt on extrajudicial, summary or arbitrary executions (addendum):* fallow-up to contry recommendations – Brazil. United Nations, 2010. p. 26-27. Outro relatório confirma estas argumentações: "Os registros da Comissão Pastoral da Terra (CPT) materializam uma triste realidade, pois mais de setecentos camponeses e outros defensores de direitos humanos foram assassinados nos últimos trinta anos no Pará. A maioria das mortes foi registrada nas regiões sul e sudeste do Estado. Muitas dessas mortes foram nitidamente seletivas, pois as vítimas exerciam funções importantes em organizações de trabalhadores, eram defensores dos direitos humanos, eram lideranças. O objetivo é claro, enfraquecer as organizações e desarticular a luta dos trabalhadores. A problemática que envolve os conflitos

Existe uma satisfação quando o *outro daninho* é eliminado. O processo do Massacre de Eldorado dos Carajás deixa evidente essa lógica, especialmente pela clara atividade autoritária, que gerou um saldo de 19 (dezenove) mortos e mais de 70 (setenta) feridos, que sofrem com sequelas decorrentes daquela tarde sangrenta. Essa mesma tragédia, que abalou a opinião pública de um lado, satisfez a pulsão vingativa de outro lado, como se observa a carta de manifestação da Ordem dos Advogados do Brasil do Pará,[72] basicamente aplaudindo o ocorrido.

Ainda no sentido de deixar evidente o sistema penal subterrâneo, houve o auxílio de um matador de aluguel, denominado de Jamaica, amplamente citado nos autos do processo. Este fato, corroborado com os vitimados pelos conflitos agrários, bem como a tendência autoritária policial, deixa claro que os mais excluídos – dentre os quais os excluídos da terra merecem destaque – são os selecionados.

De outro lado, se os vitimados são selecionados pelo sistema penal, os agentes dos Aparelhos Repressivos do Estado são não selecionados. Em estudo sobre a violência policial e o autoritarismo no Rio de Janeiro, Juliana Cano e José Carlos Fragoso constataram que, de 301 inquéritos encontrados sobre abuso do exercício da função policial, 98% foram arquivados a pedido do Ministério Público, alegando legítima defesa. O restante dos casos, ou seja, os 6 (seis) casos que se tornaram ações penais, reportavam-se a casos menos graves, com exceção de um caso de tiro à queima-roupa. Em todos os casos que foram convertidos em ação penal foi requerida a absolvição dos imputados.[73]

---

e a violência no Estado do Pará está diretamente associada à concentração da propriedade da terra, inclusive feita através da apropriação ilegal de terras públicas, conhecida como 'grilagem'. O Pará tem mais de 30 milhões de hectares de terras griladas, e este tem sido o pano de fundo das mais variadas formas de violação de direitos. Essas violações vão desde a negação de um meio ambiente ecologicamente equilibrado, com a extração criminosa dos recursos florestais, até a expulsão violenta e prisões de posseiros, extrativistas, ribeirinhos, indígenas, populações tradicionais que ocupam a terra há muitas décadas. As violações agravam-se com as práticas de trabalho escravo e culminam com números assustadores de assassinatos de trabalhadores e suas lideranças" (SAUER, Sérgio. *Violação dos direitos humanos na Amazônia*: conflito e violência na fronteira paraense. Trad. Phillipp Bennett, Julia Figueira-McDonough, Marsha Michel e Kristen Schlemmer – Goiânia: CPT; Rio de Janeiro: Justiça Global; Curitiba: Terra de Direitos, 2005. p. 13-14).

72. Volume 2, fls. 416, manifestação da Ordem dos Advogados do Brasil – Seção do Pará, subscrita por seu presidente, o então advogado Sérgio A. Frazão do Couto.

73. CANO, Ignacio; FRAGOSO, José Carlos. Letalidade da ação policial no Rio de Janeiro: a atuação da Justiça Militar. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. n. 30. São Paulo: Ed. RT e IBCCrim, 2000. p. 230.

Em processos em que as vítimas são defensores de direitos humanos ou lideranças de grupos que defendem o acesso à terra, principalmente no Estado do Pará, raramente os réus são descobertos. Os atos de execuções sumárias são uma cifra negra.

Contrario sensu, nota-se um grande número de sem-terra presos no Brasil, mas inversa vitimização dos agentes dos Aparelhos Repressivos do Estado. Isso significa, segundo Peter-Alexis Albrecht

> (...) que existem mecanismos de controle informais completamente diferentes nas camadas superiores da sociedade, que oferecem posições de ajuda mais construtivas no desvio e na criminalização, do que é o caso nas camadas sociais inferiores.[74]

Essa lógica faz com que Alessandro Baratta conclua que o funcionamento da Justiça Penal é altamente seletivo.[75] Ainda sobre a seletividade na projeção pública da vitimização, cabe destacar que a função midiática só projeta algumas vítimas, enquanto outras são ignoradas, são invisíveis.[76] Essa conclusão é reconstruída historicamente: em países de língua portuguesa e castelhana,

74. ALBRECHT, Peter-Alexis. *Criminologia:* uma fundamentação para o Direito Penal. Trad. Juarez Cirino dos Santos e Helena Schiessl Cardoso. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

75. BARATTA, Alessandro. Princípios do direito penal mínimo (para uma teoria dos direitos humanos como objeto e limite da lei penal). *Revista Doutrina Penal*. n. 10-40. Buenos Aires, 1987. p. 625. Ainda completa Alessandro Baratta: "A seletividade do sistema penal, no recrutamento de sua própria clientela, consistente em indivíduos pertencentes às classes sociais mais baixas, não depende unicamente do fato de que o sistema reflete e produz as situações de desigualdades existentes em uma sociedade, senão que também tem uma ulterior origem estrutural. Essa consiste na grande discrepância que existe entre a previsão de sanções para determinados comportamentos delitivos na lei penal e os recursos administrativos e judiciais que têm por objeto realizar as previsões legislativas. Portanto, ainda em uma consideração que prescindisse das variações sociais de sua seletividade, a justiça penal se apresenta como uma organização que somente pode funcionar seletivamente, isto é, dirigindo as sanções contra uma parte infinitesimal de seus potenciais clientes, que são os infratores da lei. Se se aplicam aqueles conceitos pertencentes à Sociologia da organização, pode-se opinar que o sistema penal apresenta uma marcada inadequação dos recursos que se destinam à implementação de seus programas de ação, ou seja, para a aplicação da lei penal".

76. ZAFFARONI, Eugenio Raúl. Delinquência urbana e vitimização das vítimas. In: ABRAMOWAY, Pedro Vieira; BATISTA, Vera Malaguti (orgs.). *Depois do grande encarceramento*. Rio de Janeiro: Revan/ICC, 2010. p. 41.

verifica-se a constituição e manutenção de grupos sociais que, mesmo praticantes de ilícitos penais, não são punidos ou sequer levados à Justiça Penal. Raramente os autores, cúmplices e encobridores ingressaram no sistema penal e, se o fizeram, foi em decorrência de uma jurisdição de classe que tende a ser extinta.[77]

O *processo de criminalização secundária* recai sobre as camadas mais desfavorecidas da sociedade. Pertence também a essa mesma classe desfavorecida[78]

77. NEUMAN, Elias. *Victimología y control social:* las víctimas do sistema penal. Buenos Aires: Editorial Universidad, 1994. p. 21-22.

78. Sobre a atuação da justiça penal, e a produção criminalizante com o uso das *teorias cotidianas*, Rüdiger Lautmann afirma: "A justiça penal está especializada quase exclusivamente nas camadas sociais inferiores; aqui se encontram, em grande número, as pessoas humildes e aqueles que não sabem ocultar seus métodos de êxito. O fato de que fundamentalmente o membro destes estratos sociais inferiores seja demandado, deve-se menos aos tribunais de justiça que às instâncias preparatórias: *a polícia e os fiscais do Estado* selecionam os delinquentes de uma maneira tal que inequivocadamente são prejudicados os estratos sociais inferiores. As investigações têm permitido demonstrar isto; aqui tão somente basta informar acerca do resultado: *não somente são os membros das camadas sociais inferiores os delinquentes mais frequentes, mas que também o fato da seleção dos demandados se realizar como um critério de estratificação social.* O procedimento penal contribui, além disso, para marcar como criminosos as pessoas assim selecionadas. (A execução penal faz o resto). Assim como os juízes estão deficientemente informados acerca da subcultura dos estratos inferiores da sociedade (...) assim também completam suas lacunas de conhecimentos com teorias próprias, não científicas, as chamadas *teorias cotidianas* acerca da vida, em sua maioria, falsas; frequentemente são pré-conceitos que se transmitem de boca em boca dentro da justiça. Com sua ajuda, é fabricada uma imagem dos pensamentos e sentimentos, da vida profissional da família e do tempo livre nos estratos inferiores. Com a ajuda destas teorias cotidianas o juiz resolve se tem de imputar ou não o fato ao demandado. Como, geralmente, se considera que um membro de um estrato inferior é capaz de praticar certas ações – por exemplo, ações brutais –, sua culpa é, desde o primeiro momento, provável; o resto de incerteza pode ser eliminado facilmente através de uns poucos indivíduos. Não somente os espetaculares erros judiciais dos últimos tempos (...) são considerados em prejuízo dos membros dos estratos inferiores; cotidianamente, tais pessoas são tratadas falsamente pela justiça. As teorias cotidianas determinam também a *medida da pena.* As penas mais altas são fundamentadas fazendo referência ao fato de que aos estratos sociais inferiores somente a pena mais dura causa efeito. (...) As teorias cotidianas surgem quando se apressa a generalização das experiências particulares e privadas. Assim, se fabricam os estereótipos sob os quais se colocam as pessoas diferentes. Da mesma maneira se elabora o *argumento da generalização.* 'Se temos que fazer tudo isto!' Se supõem que sem uma intervenção drástica, por exemplo, sem uma pena severa, a missão criminal seria muito mais frequente. Este prognóstico é na maioria

o estereótipo do criminoso, que muitas vezes é relacionado à cor (etno seletividade), aspectos físicos, linguagem, estrutura de moradia, situação empregatícia, dentre outros fatores. No caso dos integrantes do movimento dos trabalhadores sem terra, esses critérios de seletividade *com que* o poder punitivo executa o *direito penal subterrâneo* se coadunam com todos os elementos acima mencionados.[79]

No caso do Massacre de Eldorado dos Carajás, os laudos indicam que todas as vítimas são da cor *parda*.[80] Todos são desempregados, sendo esse fato um dos motivos da luta pela terra. Todos residem em barracos ou em moradias precárias, sem acesso a água, luz ou esgoto. Todos são pobres, condenados da terra e do preconceito. Não era de se esperar, no Estado Policial Capitalista, um bom tratamento, pois essas vítimas não são o público-alvo das imunidades institucionais deste mesmo Estado. Essa lógica é explicada por Augusto Thompson da seguinte forma:

> (...) a imunidade institucional, assegurada em nome do direito à privacidade e das garantias individuais insculpidas na Constituição e na legislação ordinária – guarda-chuva que não protege os segmentos mais humildes do povo – impede que se possa estabelecer um cotejo esclarecedor.[81]

---

das vezes, falso, pois não é a ameaça da pena o que contém um indivíduo diante do delito. Os estereótipos podem se aplicar mais facilmente quanto menos se sabe sobre a pessoa a quem se aplica. Por esta razão, os estratos sociais inferiores são os que estão submetidos com maior frequência às teorias cotidianas do juiz e o argumento da generalização" (LAUTMANN, Rüdiger. *Sociología y Jurisprudência*. México: B.É.F.D.P, 2004. p. 108-109). (tradução nossa)

79. Afirma Alessandro Baratta: "O funcionamento da justiça penal é altamente seletivo, seja no que diz respeito à proteção outorgada aos bens e aos interesses, seja no que concerne ao processo de criminalização e ao recrutamento da clientela do sistema (a denominada população criminal). Todo ele está dirigido, quase que exclusivamente, contra as classes populares e, em particular, contra os grupos sociais mais débeis, como o evidencia a composição social da população carcerária, apesar de que os comportamentos socialmente negativos estão distribuídos em todos os extratos sociais e de que as violações mais graves aos direitos humanos ocorrem por obra de indivíduos pertencentes aos grupos dominantes ou que fazem parte de organismos estatais ou organizações econômicas privadas, legais ou ilegais" (BARATTA, Alessandro. Princípios do direito penal mínimo: para uma teoria dos direitos humanos como objeto e limite da lei penal. *Revista Doutrina Penal*. n. 10-40. Buenos Aires, 1987. p. 625).
80. Volume 1, fls. 03-304.
81. THOMPSON, Augusto. *Quem são os criminosos?* – O crime e o criminoso: entes políticos. 2. ed. Rio de Janeiro: 2007. p. 67.

Os postulados ideológicos do contrato social agregam-se à condição do estereótipo entre cumpridores desse documento político e os infratores desse mesmo documento. Estes últimos são considerados não cidadãos, inimigos, diferentes, anormais ou desviantes. Assim, "a atividade da justiça penal se despreocupa com o que o acusado *fez*, para atentar cuidadosamente para o que ele é".[82] Rüdiger Lautmann, ao trabalhar o estereótipo em sua obra *Sociologia e Jurisprudência*, reforça o argumento dizendo que os estratos inferiores podem causar perigo no que se refere à organização estratificada da sociedade: no pano de fundo da Justica Penal se encontra o interesse na manutenção da organização estratificada da sociedade.[83]

A sexta pergunta de ouro da criminalística é *Quem?* A resposta a esta pergunta não se restringe aos executores materiais, muito menos aos denominados massacradores de gabinete, geralmente representados por um político ou um burocrata. É relevante determinar quem são os ideólogos e as cúpulas do poder político punitivo, e não o médio escalão. Estes sempre ocupam o banco dos réus em nome de seus superiores hierárquicos.

Sobre os massacradores de gabinete, ou os denominados pela dogmática como *o homem de trás*, pode-se apontar como o principal sistematizador Claus Roxin. Este escreveu, em 1963, a tese denominada *Autoria e Domínio do Fato em Direito Penal*. Nesta obra, Claus Roxin utilizou o conceito de domínio do fato como um critério de definição de autoria, dividindo-se em três formas de aparição: domínio da ação, domínio funcional do fato e domínio da vontade. Este último poderia se dar de três formas diferentes: domínio do erro, domínio da coação ou como forma de autoria mediata nos aparatos organizados de poder pelo domínio da organização.[84] O autor de trás – ou, no presente caso, o massacrador de gabinete – utiliza a estrutura dos Aparelhos Repressivos do Estado para definir a sua responsabilidade, independentemente de quem são os executores materiais. Estes "são peças intermediárias da engrenagem do aparato de poder, e a diferença do autor em relação ao indutor não se restringe aos passos do homem de trás".[85]

---

82. THOMPSON, Augusto. Op. cit., p. 68.

83. LAUTMANN, Rüdiger. *Sociología y jurisprudencia*. México: B.É.F.D.P, 2004. p. 109-110.

84. GÓMEZ-JARA DÍEZ, Carlos. Responsabilidad penal de los directivos de empresa en virtud de su dominio de la organización? Algunas consideraciones críticas. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. n. 68, 2007. p. 148-149.

85. ROXIN, Claus. *Autoría y dominio del hecho en derecho penal*. 7. ed. Madrid: Marcial Pons, 2000. p. 550. (tradução nossa)

A questão é: quais são os elementos que caracterizam um domínio de organização sobre o aparelho repressivo do Estado? No trabalho monográfico de Claus Roxin, são três os elementos caracterizadores: (a) fungibilidade das peças individuais no aparelho repressivo do Estado; (b) estrutural vertical de hierarquização ou aparato de poder (aqui, aparelho repressivo de Estado); e (c) atuação desvinculada com o direito, ou seja, a projeção subterrânea do direito penal como verdadeira imagem bélica.

A fungibilidade das peças individuais pode ser considerada através do elo que o baixo escalão (polícia militar) tem com o médio escalão (comando) e o escalão superior (governador e secretário de segurança pública). Essa travessia de escalões do aparelho repressivo do Estado tem como função a determinação de quem tem o domínio do fato. A estrutura organizada de poder (ou aparelho repressivo do Estado) interpretada a partir do caso de Eldorado dos Carajás tem como imagem essa estrutura hierarquizada da *teoria do domínio do fato*. No entanto, a dificuldade enquanto responsabilização são a determinação e as provas de tais condutas. O próprio Claus Roxin expõe que os juízes aludem à dificuldade que têm em determinar em termos técnicos quem auxilia quem no aparelho repressivo de Estado.[86] A autoria nos aparatos organizados de poder tem especial dificuldade quando se trata de "delitos em massa, não somente no que se refere ao número de vítimas, mas também em relação ao número de coautores".[87] O autor ainda expõe que o número de cooperadores do delito não enseja a transformação de partícipes como autores. Da mesma forma que uma ordem dada pelo Führer por via telefônica faz com que a autoria recaia sobre ele, os comandos superiores têm responsabilidade por suas ordens aos médios e baixos escalões da hierarquia do aparelho repressivo de Estado.

O segundo critério é hierarquia organizada, em que "o sujeito de trás tem à sua disposição uma maquinaria pessoal (quase sempre organizada estatalmente) que recebe ajuda para cometer seus crimes sem ter que delegar sua realização à decisão autônoma do executor".[88] Na verdade, o *homem-de-trás* age em interesse próprio ou de instâncias superiores; no caso de Eldorado dos Carajás, de um interesse de classe. Por se tratar de uma estrutura estatal complexa, existem encadeamentos de autores, sendo difícil definir a partir de quem surgiu a ordem.[89]

86. ROXIN, Claus. Op. cit., p. 274.
87. ROXIN, Claus. Op. cit., p. 275.
88. ROXIN, Claus. Op. cit., p. 270.
89. ROXIN, Claus. Op. cit., p. 276.

O terceiro critério é a desvinculação ou conduta do aparato organizado à margem da legalidade. Considerando que o Estado de Direito define a limitação do atuar punitivo, se as ordens emanadas do *homem-de-trás* forem ilegais e os comandos subsequentes darem cabo à conduta ordenada, em regra a responsabilidade seria individual e não de todo o aparato de poder.[90] Porém, a partir da imagem bélica que se forma em decorrência da luta territorial e do direito do acesso à terra, o Estado de Exceção converte-se em regra absoluta. Os inimigos não são pessoas; nessa ótica e, em decorrência disso, as ordens emanadas por um aparelho repressivo de Estado, da cúpula até o executor material, estão inseridas em um sistema de encadeamento de responsabilidade, já que a adesão da eliminação do outro se encontra em toda a ramificação da estrutura de poder.

Aqui adentram também os intelectuais que influenciam os massacres, que dão suporte *racional* à matança perpetrada pelos Aparelhos Repressivos do Estado. O controle social informal, determinado pelos simulacros midiáticos, também auxilia a legitimação dos discursos massacrantes.[91]

---

90. Sobre a limitação do domínio da organização aos aparatos à margem da legalidade: "Da estrutura do domínio da organização se deduz que este somente pode existir onde a estrutura se encontra à margem do ordenamento jurídico, posto no entanto que a direção dos órgãos executores se mantém a princípio ligados a um ordenamento jurídico independente deles, as ordens de cometer delitos não podem fundamentar domínio, porque as leis tem a finalidade suprema e geralmente excluem o cumprimento de ordens antijurídicas, e com isto o poder de vontade do sujeito detrás. Assim, quando em um Estado de Direito uma autoridade determina a seus subordinados a cometer delitos ou quando nas Forças Armadas uma ordem é em parte ordens antijurídicas, ele tem de valorar sempre, salvo que tenha que afirmar a autoria mediata por outras razões, somente como indução, pois se todo o aparato se move por causa do Direito, 'funciona' da maneira requerida pela estrutura do domínio descrita unicamente ao utilizar as vias preestabelecidas pelo ordenamento jurídico. Uma instrução antijurídica não pode por aqui a organização em movimento; se é obedecida, não se trata de uma ação da maquinaria de poder, mas de uma 'iniciativa particular' levada à cabo mostrando seu modo de funcionar, cuja característica então seja também a ocultação cuidadosa a respeito dos demais titulares de competências da organização. Faltam aqui também, a respeito ao sucesso externo, todos os pressupostos da autoria mediata, posto que o indivíduo tem que ser envolvido para o plano delitivo em cada caso como interviente individual e não cabe falar em substituição da vontade" (ROXIN, Claus. Op. cit., p. 276-277) (tradução nossa).

91. ZAFFARONI, Eugenio Raúl. Op. cit., 2012. p. 391. (Há mais de uma obra deste autor. Favor verificar a qual se refere a citação.)

Como exemplo da participação dos ideólogos em massacres históricos, Ziya Gökalp utilizava as ideias de Durkheim, Herder e Fichte para criar o nacionalismo genocida turco em Mehmet Talât, ocorrido de 1872 a 1921. Yusuf Akçura também teorizou os armênios como estranhos a uma Turquia com etnicidade bem definida. Logo, essas ideias tornaram-se fundamento abstrato para o genocídio de turcos por armênios. Hendrik Fensch Verwoerd criou o regime de *apartheid* na África do Sul, que vigorou até a década de 90 do século passado. Carl Schmitt e Edmund Mezger foram juristas do Holocausto. Os ideólogos muitas vezes subvertem o saber, tal como o Terceiro Reich, ao compreender equivocadamente as ideias de Friedrich W. Nietzsche,[92] através das concepções da transvaloração de todos os valores, sobre a vontade de potência e superação do niilismo e o processo contínuo de superação, como finalidade de alcançar a condição de algo melhor que o *Homem*, pelo Übermensch (Super-homem). Outros deformaram ou montaram um verdadeiro quebra-cabeças com as ideias de Sigmund Freud e Adler, conforme afirma Eugenio Raúl Zaffaroni:

> O ideólogo sérvio Jovan Raskovic (1929-1992 – que mesclava argumentos psicanalíticos, religiosos e nacionalistas para alimentar a limpeza étnica – foi um psiquiatra, membro da Academia e visiting professor em várias universidades europeias. Suas afirmações eram do tipo A realidade humana enriquece com a destruição de mundos interiores. É nos cataclismas que se revela a realidade étnica do povo servio... Povo do destino trágico, divino, povo da vida e da morte. A conjunção do céu e de nosso destino nacional está na origem da nossa identidade étnica. Considerava que os croatas eram feminilizados pela religião católica, padecendo de um complexo de castração que os submetia a uma total incapacidade para exercer qualquer autoridade, e que os muçulmanos e as populações vizinhas eram vítimas de frustrações retais, que os levavam a acumular riqueza. Por último, os sérvios ortodoxos são o povo edipiano destinado a libertar-se do pai. Semelhante mistura de Freud com Adler, Darwin e misticismo, não obstante, não deixava de ser uma elaborada técnica de neutralização. Após sua morte, foi sucedido por outro psiquiatra, Rodovan Karadzic, que está sendo julgado em Haia.[93]

A última pergunta de ouro da criminalística é *por quê?* Por que aconteceu o Massacre de Eldorado dos Carajás?

92. ZAFFARONI, Eugenio Raúl. Op. cit., 2012. p. 391-392. (Há mais de uma obra deste autor. Favor verificar a qual se refere a citação.)

93. ZAFFARONI, Eugenio Raúl. Op. cit., 2012. p. 392. (Há mais de uma obra deste autor. Favor verificar a qual se refere a citação.).

3.5 A causa do Massacre de Eldorado dos Carajás

Em entrevista informal realizada em 15 de agosto de 2012, após a pesquisa do processo de Eldorado dos Carajás, nos arquivos do Tribunal de Justiça do Estado do Pará, Marco Aurélio Lima do Nascimento, um dos primeiros promotores do Caso de Eldorado dos Carajás, informou que o motivo que levou os milicianos a cometer o massacre foi a desobstrução da via e o excesso cometido por eles em evidente abuso de autoridade. Inclusive frisou que não havia prova nos autos de participação de matadores de aluguel nem de consórcio financiado pelos fazendeiros da região, muito menos qualquer tipo de responsabilidade do então governador Almir Gabriel para a eliminação de alguns integrantes do Movimento dos Trabalhadores Rurais sem Terra.

Dividiu ainda as versões veiculadas nos órgãos de comunicação de massa e em alguns momentos no processo como *verdades* e *mitos*. No entanto, conforme demonstrado acima, as estruturas de poder na região que anteriormente abrigava o garimpo de Serra Pelada eram muito fortes. De um lado, havia a Companhia Vale do Rio Doce e a busca pela conversão do aparelho repressivo do Estado (polícia) em uma milícia privada; de outro, os latifundiários ilegais do complexo da Macaxeira e a influência política perante o governo estadual do Pará, mais especificamente elos com o então governador da época e o secretário de segurança pública do Estado do Pará.

Assim, não há uma divisão entre *mito* e *verdade*; só há, no caso de Eldorado dos Carajás, a proclamação de *um mito da verdade*.

O massacre ocorreu em decorrência do poder criminalizante reafirmatório do *status quo* de uma classe dominante. Os executores não foram condenados porque não havia interesse na Justiça de Classe e a alta cúpula política do Estado (*os homens-de-trás*) não tinha nenhuma responsabilidade, pois eram *homens de gabinete*.

Como já se frisou, a luta pela terra e a opressão do Estado do Pará é a continuação da tragédia iniciada pelo Império Brasileiro no Grão-Pará, no genocídio cabano, que se projeta no tempo. O massacre do passado continua até hoje.

Por que aconteceu o massacre, ou o "*Por quê?*" da pergunta de ouro da criminalística, refere-se à luta pelo acesso à terra, reinterpretada como verdadeira *luta de classes*. De um lado há uma classe dominadora (Aparelhos Repressivos de Estado, governo e proprietários) e de outro, a classe dominada (sem-terra).

4. REVELAÇÕES MASSACRANTES

O verdadeiro e real poder do sistema penal é a capacidade *seletiva neutralizante*, seja pelos campos de concentração legalizados (prisões), seja pelo extermínio (massacres). Transformar em pó as vítimas, deixar que os responsáveis

sejam livres e abandonar qualquer esperança de justiça são traços destas revelações massacrantes. Vera Malaguti Bastista sintetiza a ideia de direito penal subterrâneo ao expor que "existe uma renúncia expressa à legalidade penal através de um controle social militarizado e verticalizado sobre os setores mais pobres da população ou sobre os dissidentes."[94] Ainda prossegue ao asseverar sobre a real lógica da neutralização seletiva: "O sistema penal está estruturado montado para que não opere a legalidade processual e para exercer seu poder com o máximo de arbitrariedade seletiva dirigida aos setores vulneráveis."[95]

Em laudo de levantamento de local do massacre, que fora realizado um dia após o evento, constatou-se que, às margens da rodovia PA-150, encontravam-se quatro barracos. Esses mesmos barracos de madeira possuíam diversos orifícios provenientes de projéteis de arma de fogo originários do sentido Eldorado dos Carajás – Marabá. Também se constatou que existiam diversos orifícios da mesma natureza em árvores, porém provenientes do sentido Marabá – Eldorado dos Carajás. Uma revelação bem assustadora e que demonstra a violência do conflito – pelo menos por parte do aparelho repressivo do Estado – era o fato de que a casa em que os sem-terra se abrigavam estava carbonizada e junto a ela também foram queimados medicamentos. Constatou-se que o alvo principal dos disparos efetuados da tropa que se encontrava no sentido Marabá – Eldorado dos Carajás era a casa que servia de apoio aos sem-terra. A conclusão é que o conflito foi palco de uma intensa violência contra os sem-terra.

Quanto aos tiros desferidos nas árvores, fica demonstrado nos autos do processo que ocorreram porque os sem-terra usaram a mata como escudo e correram para esse local por ordem dos policiais. Cite-se o depoimento de Manuel Paulo da Silva, sobrevivente do massacre:

> "(...) foi até uma casa localizada na beira da pista, (...) os policiais arrombaram as portas da casa e determinaram que todos saíssem dali (...) um dos policiais falou para aquele grupo de pessoas o seguinte: 'vocês têm três minutos para caírem no mato, dois já foram'."[96]

Ainda nesse sentido, há o termo de declaração de Antônio da Silva Souza:

> "(...) quando os policiais de Eldorado perceberam o tiroteio, de imediato partiram em direção aos 'sem-Terra' (...) neste momento muitas pessoas caí-

94. BATISTA, Vera Malaguti. *Difíceis ganhos fáceis:* drogas e juventude pobre no Rio de Janeiro. 2. ed. Rio de Janeiro: Revan/ICC, 2003. p. 54.

95. BATISTA, Vera Malaguti. *Difíceis ganhos fáceis*... cit., p. 54.

96. Volume 3, fls. 764.

> ram feridas ou mortas, e quem não foi atingido correu para o mato, inclusive o declarante, e ainda viu os policiais atirarem para o mato em direção às pessoas que corriam, inclusive pelas costas."[97]

No que se refere à violência simbólica de queimar a casa com os pertences pessoais e os medicamentos dos integrantes do MST, o termo de declarações de Antônio Martins da Silva descreve o seguinte: "(...) após uma hora e meia e duas horas, o declarante retornou para a pista, vendo que os policiais ali destruíram vários objetos dos sem Terra, inclusive o barraco, redes, roupas e documentos."[98]

Seguem algumas revelações constantes no relatório ao Comando da Polícia Militar no volume 5 dos autos: o comandante da tropa de Paraupebas assevera que foram recuperados alimentos que foram saqueados pelos sem-terra na região de Curionópolis, da empresa Comercial Anápolis de Paraupebas. Estes alimentos foram expropriados na ocasião de outra obstrução feita na rodovia.

Nem todo o armamento usado na desobstrução da rodovia foi devidamente registrado, o que demonstra o uso indiscriminado das munições. O procedimento, chamado *cautela*, não era para ser adotado naquela situação de *exceção-emergência*. A intenção massacrante já era prévia. O depoimento do responsável pela distribuição do armamento, o soldado Antônio Egnaldo Mendonça Lima, verdadeira situação de exceção:

> "(...) que o declarante efetuou a entrega do armamento sob cautela individual e descartável, não sendo possível fazer o registro no Livro de Registro de Armas, da reserva de armamento porque o Ten. Jorge falou que era uma situação de emergência e que menos tempo se levasse para entregar o armamento seria melhor."[99]

97. Volume 3, fls. 797

98. Volume 3, fls. 798.

99. Volume 2, fls. 630. Nos mesmos termos: "Que, entre 09:00 e 10:00 horas da manhã recebeu ordem do Sub-comandante da Companhia, 1.º Tenente PM Jorge, para efetuar a entrega do armamento a ser utilizado sem fazer a 'cautela', como é o procedimento normal, o que justificava pela situação de emergência alegada pelo sub-comandante". (Volume 6, fls. 1561). Fato interessante neste depoimento é que o declarante confessa que foi coagido a expor determinados fatos de que sequer tinha certeza via coação de agentes do aparelho repressivo do Estado: "(...) perguntado ao declarante se quando prestou tais declarações foi normalmente ou estava coagido, respondeu que foi pressionado não pelos integrantes do Ministério Público, mas por

Em qualquer emergência, quando a situação se torna insustentável para a classe dominante, iniciam-se os mecanismos que negam direitos e deveres e que tendem a conservar a antiga segurança de resposta, mesmo que esses deveres sejam deixados de lado por via arbitrária, gerando uma crise conflitiva. Esses mesmos mecanismos de negação ocultam a verdadeira situação de emergência (massas empobrecidas), provocando uma dor sem sentido, carente de qualquer tipo de racionalidade, como são os massacres. Segundo Eugenio Raúl Zaffaroni, "as agências do sistema penal exercem seu poder para controlar um marco social cujo sinal é a morte em massa".[100] Sobre a legitimação das condutas ilegais do Estado, Giorgio Agamben, na obra *Estado de Exceção*, afirma que "o estado de exceção apresenta-se como forma legal daquilo que não pode ter forma legal. (...) É essa terra de ninguém, entre o direito público e o fato político e entre a ordem jurídica e a vida (...)".[101]

Outro indício da montagem da estrutura massacrante ocorreu pelo fato de que a empresa Transbrasiliana – que levou os policiais militares até da pista de rolamento da PA-150 – recebeu o itinerário no dia anterior ao evento massacrante, bem como qual seria o contingente policial a ser transportado.[102] Afirma ainda um dos motoristas da empresa de ônibus que o Major Pantoja entrou no ônibus e disse: "ninguém viu nada".[103]

Em seu depoimento, Marisa Alves Romão Pereira, repórter que estava com sua equipe no momento do confronto, declarou que, no dia 17 de abril de 1996, no km 95 da PA-150, chegou ao local por volta das 11 horas. Este horário era o prazo estipulado pelos sem-terra para que fossem concedidos 50 (cinquenta) ônibus e 10 (dez) toneladas de alimentos para que pudessem ir até Marabá e Belém para negociar com o governador e o Incra sobre o projeto de assentamento do complexo da Macaxeira. Quando viu as tropas se aproximando, foi

---

um Delegado da Polícia Federal que lhe batia na perna e interferia na prestação das declarações aos Promotores de Justiça e que ainda estava pressionado pela imprensa e pelos fotógrafos que entravam e saíam da sala onde foram prestadas as declarações mencionadas; perguntado ao declarante se confirma as declarações prestadas perante os integrantes do Ministério Público citados, respondeu que não" (fls. 631).

100. ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *En busca de las penas perdidas:* deslegitimación y dogmática jurídico-penal. 2. ed. Buenos Aires: EDIAR, 1998. p. 16-17. (tradução nossa)

101. AGAMBEN, Giorgio. *Estado de exceção.* Trad. Iraci D. Poleti. 2. ed. São Paulo: Boitempo, 2007b. p. 12.

102. Volume 7.

103. Volume 7.

em direção ao acampamento; faltando 200 (duzentos) metros para chegar a esse local, ouviu um barulho forte e fumaça branca na direção da outra extremidade da obstrução da pista; o tiroteio continuou por cerca de 40 (quarenta) minutos. Durante o conflito, a repórter pediu para os policiais para continuar filmando a situação, mas os soldados disseram que não e retiraram a fita da câmera do cinegrafista, sendo que a jornalista e o cinegrafista foram mantidos retidos em um dos ônibus por ordem do Cel. Pantoja.[104] Nos mesmos termos, o cinegrafista, Osvaldo Araújo, reafirma a conduta de simulação, ou o controle de uma realidade de modo arbitrário:[105]

> Marisa disse ao declarante que estava detida naquele veículo, juntamente com Osvaldo, e que soldados haviam tomado a fita de vídeo que registrara as cenas do conflito; que Marisa disse para a testemunha que a ordem que os policiais militares tinham, era de deixá-los detidos (...). Dentro do ônibus, Marisa conseguiu retirar uma outra fita de dentro de sua bolsa, e o declarante fez algumas cenas de policiais no meio da pista, com câmera disfarçada; porque os policiais estavam vigiando o declarante, Marisa e Osvaldo.[106]

Na história das práticas autoritárias, sempre a mídia é alvo ou algoz dos massacres. Esse ato de supressão da informação e impedimento da mídia em trabalhar é a preparação para a formação de um discurso-jurídico penal falso, para que aqueles que caiam nas teias do sistema penal – os vitimizados – sejam convertidos em criminalizados, em verdadeiros criminosos.

Os indícios da negação dos crimes de Estado são evidentes no caso do Massacre de Eldorado dos Carajás. A subtração de informações, a ocultação de identificações dos executores materiais, o uso indiscriminado de munição e a coadunação de versões nos depoimentos deixa evidente a *utilização do negacionismo criminológico do massacre de Eldorado dos Carajás*. A negação é uma

104. Volume 7, fls. 1882.

105. Segundo Jean Baudrillard: "Todas as hipóteses de manipulação são reversíveis num torniquete sem fim. É que a manipulação é uma causalidade flutuante onde positividade e negatividade se engedram e se recobrem, onde não há activo nem passivo. É pela paragem *arbitrária* desta causalidade rodopiante que pode ser salvo um princípio de realidade política. É por *simulação* de um campo perspectivo restrito, convencional, em que as premissas e as consequências de um acto ou de um acontecimento são calculáveis, que pode manter-se uma verossimilhança política (e, claro, a análise 'objetiva', a luta, etc.)" (BAUDRILLARD, Jean. *Simulacros e simulação*. Lisboa: Relógio d´Água, 1992. p. 25).

106. Volume 7, fls. 1.886.

forma de neutralização de responsabilidade em prol da *neutralização seletiva do outro daninho.*[107] Além de os Aparelhos Repressivos do Estado terem uma imensa capacidade massacrante e virem prendendo menos e executando mais, existem *penas perdidas*, atos que não são responsabilizados, como os responsáveis por massacres.[108]

5. Considerações finais

A pesquisa foi mediada pela análise de dados concretos de quem tem a propriedade de terras, quais as empresas que têm interesse econômico e político na região onde ocorreu o Massacre de Eldorado dos Carajás, a demanda que os integrantes do Movimento dos Trabalhadores Rurais sem Terra tinham na região e sua própria história.

---

107. Sobre a neutralização seletiva, Massimo Pavarini expõe o seguinte, correlacionando com as premissas que a denominada *criminologia atuarial* construiu como verdadeiro sistema de regras de criminalização secundária: "(...) o cárcere e o sistema penal, como um todo, podem ser úteis no controle da criminalidade se e enquanto são capazes de selecionar e, portanto, neutralizar aqueles que, de qualquer forma, o sistema social não é capaz, ou pensa que não é capaz, de incluir. Esta abordagem ao governo dos criminosos reflete um novo discurso sobre o crime mesmo e sobre o papel do sistema penal. A questão em jogo não é mais aquela de superar o crime, mas de racionalizar a operatividade dos sistemas que permitem 'gestionar' a criminalidade com base em avaliações de tipo estatístico e atuarial. (...) Da criminalidade como realidade nociva – defende-se reduzindo os riscos de vitimização, de um lado, e neutralizando seletivamente os 'inimigos', de outro". (PAVARINI, Massimo. *Punir os inimigos:* criminalidade, exclusão e insegurança. Trad. Juarez Cirino dos Santos e Aliana Cirino dos Santos. Curitiba: ICPC, 2012. p. 28).

108. Este é o posicionamento de Eugenio Raúl Zaffaroni, demonstrando a incoerência dos mecanismos de repressão do Estado: "Os múltiplos poderes que sustentam esta realidade letal se apoiam em boa parte no exercício do poder das agências de nossos sistemas penais que, na maioria dos países da região, operam com um nível tão alto de violência que causam mais mortes que a totalidade dos homicídios dolosos entre desconhecidos cometidos por particulares. De outro lado, enquanto as suas omissões de tutela da vida, é claro que o sistema penal tem se mostrado como totalmente incapaz de conter os abortos e, quanto aos homicídios de trânsito, se comporta com total indiferença, apesar de seu número ser tão elevado que se convertem na segunda causa de mortalidade em boa parte da região, e na primeira em algumas faixas etárias jovens. Neste panorama não acreditamos que as *penas perdidas* requerem uma fina demonstração" (ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *En busca de las penas perdidas:* Deslegitimación y dogmática jurídico-penal. 2. ed. Buenos Aires: EDIAR, 1998. p. 17). (tradução nossa)

Para usar uma expressão de Eugenio Raúl Zaffaroni, *chegou a hora de escutar os mortos, por mais paradoxal que pareça*. A obra *A palavra dos mortos*, do autor argentino, trouxe à pesquisa um norte. Deve-se, para interpretar os massacres sistêmicos ou em goteiras, escutar (ver, analisar e perceber o contexto) por que os cadáveres foram produzidos. A Ação Penal 1996.2126439, proveniente da Vara Criminal de Curionópolis – Estado do Pará – auxiliou a análise dos laudos de necroscopia. No entanto, para não cair em uma tautologia de análise meramente processual, deu-se a preferência não por analisar a estrutura burocrática do funil de criminalização (criminalização secundária oficial), mas, sim, os testemunhos, os laudos, os motivos, os defensores de direitos humanos e os indícios dantescos de que, naquele processo, as vítimas não receberam a justiça.

Difícil tarefa é a reconstrução histórica de um massacre através de um processo. As folhas amareladas do tempo não deixaram a pesquisa ver – por si só na análise processual – o vermelho-sangue das vítimas, muito menos os motivos que levaram à prática de tal massacre. Foi preciso buscar na história do Grão-Pará a matriz conflitual e de contradições de classe que permanecia nas areias do tempo. Se de um lado foi difícil a tarefa de reconstrução histórica, de outro ficou evidente que a demanda por ordem contra os indesejáveis e o discurso punitivista são idênticos aos do século XIX.

A interpretação e o esclarecimento do Massacre de Eldorado dos Carajás se deram pelo uso das perguntas de ouro da criminologia, usadas também na obra de Eugenio Raúl Zaffaroni: *O quê? Quando? Com o quê? Quem? Por quê?* Pretendeu-se, através de dados concretos, em estudos da Comissão Pastoral da Terra, teses de Doutorado em História e Geografia e outros dados, esclarecer estas perguntas.

/O fluxo histórico dos conflitos agrários permite a visualização da tradição do conflito de classes e as suas estratégias de poder (subterrâneo). A relação entre a polarização do capital e o uso de violência institucional e estrutural, bem como a inversão do direto penal público em direito penal privado possibilitam um campo fértil para que os massacres se desenvolvam, assim como a criminalização secundária subterrânea.

6. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ABRAMOWAY, Pedro Vieira; BATISTA, Vera Malaguti (orgs.). *Depois do grande encarceramento*. Rio de Janeiro: Revan/ICC, 2010.

AGAMBEN, Giorgio. *Estado de exceção*. Trad. Iraci D. Poleti. 2. ed. São Paulo: Boitempo, 2007.

ALBRECHT, Peter-Alexis. *Criminologia*: uma fundamentação para o direito penal. Trad. Juarez Cirino dos Santos e Helena Schiessl Cardoso. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

ALSTON, Philip. *Report of the Special Rappourt on extrajudicial, summary or arbitrary executions (addendum)*: fallow-up to contry recommendations – Brazil. United Nations, 2010.

ALTHUSSER. *Aparelhos ideológicos de estado*. Rio de Janeiro: Graal, 1985.

BARATTA, Alessandro. Princípios do direito penal mínimo (para uma teoria dos direitos humanos como objeto e limite da lei penal). *Revista Doutrina Penal*. n. 10-40. Buenos Aires, 1987.

BATISTA, Nilo. Mídia e sistema penal no capitalismo tardio. *Discursos sediciosos*. v. 12. n. 12. Rio de Janeiro: Revan e ICC. p. 276, 2002.

BATISTA, Vera Malaguti. Autoritarismo e controle social no Brasil – Memória e medo. *Revista Sem Terra*. n. 10, 2001.

_____. *Difíceis ganhos fáceis:* drogas e juventude pobre no Rio de Janeiro. 2. ed. Rio de Janeiro: Revan/ICC, 2009.

_____. O alemão é muito mais complexo. In: BATISTA, Vera Malaguti. (org.). *Criminologia de cordel*: paz armada. Rio de Janeiro: Revan, 2012.

BAUDRILLARD, Jean. *Simulacros e simulação*. Lisboa: Relógio d´Água, 1992.

BRASIL, Lei 10.836 de 09 de janeiro de 2004. *Diário Oficial da República Federativa do Brasil*. Poder Executivo. Brasília: 12 de janeiro de 2004.

CANO, Ignacio; FRAGOSO, José Carlos. Letalidade da ação policial no Rio de Janeiro: a atuação da Justiça Militar. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. n. 30. São Paulo: Ed. RT e IBCCrim, 2000.

CANUTO, Antônio; SILVA LUZ, Cássia Regina; GONÇALVES AFONSO, José Batista; SANTOS, Maria Madalena (orgs.). *Conflitos no Campo – Brasil – 2007*. Goiânia: CPT Nacional – Brasil, 2007.

_____. *Conflitos no Campo – Brasil – 2008*. Goiânia: CPT Nacional – Brasil, 2008.

_____. *Conflitos no Campo – Brasil – 2009*. São Paulo: Expressão e CPT, 2010.

_____. *Conflitos no Campo – Brasil – 2010*. Goiânia: CPT, 2011.

_____. *Conflitos no Campo – Brasil – 2011*. Goiânia: CPT Nacional Brasil, 2012.

_____. *Conflitos no Campo Brasil – 2010*. Goiânia: CPT, 2011.

CARDOSO, Franciele Silva. *A luta e a lida:* estudo do controle social do MST nos acampamentos e assentamentos de reforma agrária. São Paulo: IBCCRIM, 2013.

CARVALHO, Sandra. *O massacre de Eldorado dos Carajás*. Direitos Humanos no Brasil 2001. Relatório da Rede Social de Justiça e Direitos Humanos em parceria com Global Exchange.

ESPINOZA MAGARLHO, Hernandez; SILVA DE FREITAS, Marcelo. Eldorado dos Carajás – Um relato. *Boletim dos Procuradores da República*. ano II. n. 22. Brasília, fev. 2000.

FERREIRA, Aurélio Buarque de Hollanda. *Novo dicionário da língua portuguesa*. Rio de Janeiro: Ed. Positivo, 2010, CD-ROM.

FOUCAULT, Michel. *Dits et écrits*. v. I. Paris: Gallimard, 2001.

_____. *Em defesa da sociedade*. Trad. Maria Ermantina Galvão. São Paulo: Martins Fontes, 2005.

_____. *Segurança, território, população*. Trad. Eduardo Brandão. São Paulo: Martins Fontes, 2008.

FRAGOSO, Christiano Falk. *Autoritarismo e sistema penal*. 2011. 379f. Tese (Doutorado em Direito Penal). Faculdade de Direito. Universidade do Estado do Rio de Janeiro: Rio de Janeiro, 2011.

GARAPON, Antonie. *O juiz e a democracia:* o guardião das promessas. Trad. Maria Luiza de Carvalho. Rio de Janeiro: Revan, 2001.

GIRARDI, Eduardo Paulon. *Proposição teórico-metodológica de uma Cartografia Geográfica Crítica e sua aplicação no desenvolvimento do Atlas da Questão Agrária Brasileira*. 2008. Tese (Doutorado em Geografia. Faculdade de Ciências e Tecnologia. Universidade Estadual Paulista. Presidente Prudente, 2008.

GÓMEZ-JARA DÍEZ, Carlos. Responsabilidad penal de los directivos de empresa en virtud de su dominio de la organización? Algunas consideraciones críticas. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. n. 68, 2007.

HOBSBAWN, Eric. *Bandidos*. Trad. Donaldson M. Garschagen. 4. ed. São Paulo: Terra e Paz, 2010.

LAUTMANN, Rüdiger. *Sociología y jurisprudencia*. México: B.É.F.D.P, 2004.

LINS E SILVA, Tiago. *Movimento dos Trabalhadores Rurais sem Terra – Eldorado dos Carajás*: análise de um processo. 135 p. Dissertação de Mestrado em Ciências Penais. Universidade Cândido Mendes. Rio de Janeiro, 2004.

MAHALEM DE LIMA, L. A multiplicidade da guerra cabana: notas sobre os atores indígenas. Simpósio Nacional da ANPUH, 23, 2005, Londrina. *XXIII Simpósio Nacional*. Londrina: Editorial Mídia, 2005.

MENEGAT, Marildo. *Estudos sobre ruínas*. Rio de Janeiro: Revan/ICC, 2012.

NEUMAN, Elias. *Victimología y control social:* las víctimas del sistema penal. Buenos Aires: Editorial Universidad, 1994.

PASTANA, Débora Regina. *Cultura do medo:* reflexões sobre violência criminal, controle social e cidadania no Brasil. São Paulo: IBCCRIM, 2003.

PAVARINI, Massimo. *Punir os inimigos:* Criminalidade, exclusão e insegurança. Trad. Juarez Cirino dos Santos e Aliana Cirino dos Santos. Curitiba: ICPC, 2012.

Recurso Especial 205.076/Pará, rel. Min. Edson Vidigal. 5.ª T. STJ. *DOU* 16.05.1999, p. 238, j. 13.04.1999.

RICCI, Magda. Cabanagem, cidadania e identidade revolucionária: o problema do patriotismo na Amazônia entre 1835 e 1840. *Tempo*. v. 11. n. 22. p. 5-6, 2007.

ROXIN, Claus. *Autoría y dominio del hecho en derecho penal*. 7. ed. Madrid: Marcial Pons, 2000.

SAUER, Sérgio. *Violação dos direitos humanos na Amazônia*: conflito e violência na fronteira paraense. Trad. Phillipp Bennett, Julia Figueira-McDonough, Marsha Michel e Kristen Schlemmer – Goiânia: CPT; Rio de Janeiro: Justiça Global; Curitiba: Terra de Direitos, 2005.

THOMPSON, Augusto. *Quem são os criminosos?* – O crime e o criminoso: Entes Políticos. 2. ed. Rio de Janeiro: 2007.

WACQUANT, Loïc. *Punir os pobres:* a nova gestão da miséria nos Estados Unidos [A onda punitiva]. 3. ed. Trad. Sérgio Lamarão. Rio de Janeiro: Revan, 2007.

_____. Towards a Dictatorship over Poor? Notes on the penalization of poverty in Brazil. *Punishment and society.* v. 5. n. 2. Londres: Thousand Oaks (CA) e Nova Delhi: SAGE Publicações, 2003.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *A palavra dos mortos:* Conferências de Criminologia Cautelar. São Paulo: Saraiva, 2012.

_____. *En busca de las penas perdidas:* deslegitimación y dogmática jurídico-penal. 2. ed. Buenos Aires: EDIAR, 1998.

_____; BATISTA, Nilo. *Direito penal brasileiro* – v. 1. Rio de Janeiro: Revan, 2003.

PESQUISAS DO EDITORIAL

Veja também Doutrina

- A judicialização dos conflitos agrários: legalidade, formalidade e política, de Frederico de Almeida e Jacqueline Sinhoretto – *RBCCrim* 62/280-334 (DTR\2006\554);
- Conflitos agrários: resistência a uma nova concepção de justiça, de Eneida Gonçalves de Macedo Haddad – *RBCCrim* 62/265-279 (DTR\2006\550);
- Júri. Nulidades. Quebra da incomunicabilidade dos jurados e formulação de quesito sobre "insuficiência de provas". Caso "Eldorado de Carajás", de Antonio Magalhães Gomes Filho – *RBCCrim* 30/235-248, *Doutrinas Essenciais Processo Penal* 4/99-115 (DTR\2011\2898); e
- O Eldorado é aqui, o Eldorado não é aqui1, de Helena Singer – *RBCCrim* 16/311-319 (DTR\1996\667).

87377

Aproximações criminológicas e processuais entre a "caça às bruxas" e a "guerra às drogas": a persistência da lógica inquisitorial no processo penal moderno

Approaches between criminology and criminal procedural law in "witchhunt" and in "war on drugs": the persistence of inquisitorialism logic in modern Procedural Criminal Law

Lucas Lopes Oliveira
Mestre em Direitos Humanos, Cidadania e Políticas Públicas pela UFPB.
Pós-Graduado em Direito Previdenciário. Advogado.
lucasoliveira.sol74@gmail.com

Recebido em: 13.09.2016
Aprovado em: 20.10.2016
Última versão do autor: 24.10.2016

Área do Direito: Processual; Penal

Resumo: Neste trabalho buscaremos estudar as permanências inquisitórias em nosso Processo Penal, mormente em termos de repressão às drogas. Para tanto realizaremos um resgate da estruturação do sistema processual inquisitório em seu momento de hegemonia para assim debater, à luz da criminologia crítica, da filosofia e da sociologia, a permanência de dispositivos inquisitórios na modernidade mesmo após a crise de hegemonia do discurso que fundamenta tais práticas no momento pós-Revolução Francesa. Em diálogo com a epistemologia moderna vemos como um princípio estruturante do processo penal moderno guarda em seu interior uma lógica inquisitiva, qual seja, o princípio da busca da verdade real. Assim, estudaremos o sistema Processual Penal brasileiro e as suas características inquisitórias, bem como, a ampliação de tal lógica na vigência da atual Lei de Drogas denunciando

Abstract: In this work we seek to study the inquisitorialism permanencies in our Criminal Procedure, particularly in terms of drug enforcement. Therefore will conduct a rescue of the structure of the inquisitorial trial system at the in time of his hegemony in terms of discourse, in the light of critical criminology, philosophy and sociology. We study the permanence of inquisitorial devices in modern times even after this discourse has been in crisis of hegemony that underlies such practices in the French post-revolution time. In dialogue with modern epistemology we see as a structuring principle of modern criminal procedure law inside an inquisitive logic, namely, the principle of seeking the real truth. Thus, we will study the Brazilian criminal procedure system and its inquisitorial features, as well as the expansion of such logic ahead of human rights. Therefore we conducted

o resultado de tais práticas penais frente aos direitos humanos. Para tanto realizamos uma pesquisa de natureza bibliográfica e documental.

PALAVRAS-CHAVE: Inquisitorialismo - Proibicionismo - Processo Penal - Lei de Drogas - Direitos Humanos.

in the term of the current Drug Law denouncing the result of such criminal practices a bibliographic and documentary nature of research.

KEYWORDS: Inquisitorialism - Prohibitionism - Criminal procedure - Drug Law - Human Rights.

SUMÁRIO: 1. Introdução. 2. A lógica inquisitorial no Processo Penal: reflexões históricas e criminológicas sobre a emergência do processo penal inquisitório. 3. Crìtica à "verdade real" no Processo Penal brasileiro: uma crítica epistemológica à pretensão inquisitória do processualismo brasileiro.. 4. Guerra às drogas: direito penal e processo penal de exceção. 5. Impacto da Lei de Drogas no superencarceramento nacional: o retrato da caça às bruxas de nossa época. 6. Conclusão. 7. Referências

1. INTRODUÇÃO

Devemos pautar primeiramente um problema que perpassará este trabalho: a relação esboçada pelo filósofo Michel Foucault, ao longo de sua obra, entre discurso, saber e poder. Os discursos, sendo o ponto fundamental de enfrentamento, de luta, assujeitamento e resistência, são permeados por relações de poder que pretendem-se verdadeiras. Como forma de garantir a "verdade" legitimadora, o poder tem, nos discursos, ferramentas fundamentais e um lócus importante de disputa. Realiza o poder, então, a legitimidade necessária ao contexto político e a tecnologia de poder que pretende referendar.

Assim, o aparelho jurídico, assim como qualquer outro lugar onde se proliferam discursos de poder com pretensões hegemônicas, se constituirá como arena para estes discursos de verdade que irão se digladiar, se somar e/ou se contrapor na constituição, dentro do campo epistemológico das ciências jurídicas, das atuações políticas que delinearam as práticas de poder. Sendo, como afirma Foucault (1999), a política uma continuação da guerra por outros meios, nos embates que se travarão dentro das máquinas administrativas da justiça ao longo do tempo é que se formarão as práticas de poder que perpassam a sociedade, modulando as subjetividades. Esta perspectiva, inspirada na "filosofia do martelo", se mostra bem em destaque na passagem a seguir: "[...] Através dos textos de Nietzsche podemos restituir não uma teoria geral do conhecimento, [...], (mas) o problema da formação de um certo número de domínios de saber a partir de relações de força e de relações políticas na sociedade" (FOUCAULT, 2009 p. 26).

Um dos discursos que bastante se modificou ao longo da história foi o discurso jurídico penal e processual-penal. Sendo um campo fértil de estudos, capaz de revelar o autoritarismo estatal em sua manifestação mais evidente e a necessidade de luta por liberdade. Assim, a história das penas e dos processos penais, são áreas que nos mostram como os discursos se moldaram na formação de estruturas penais que variarão conforme a necessidade do exercício do poder em cada época. A história oficial – sob a qual se paira um grande cartesianismo, diga-se de passagem – costuma separar em dois grandes sistemas de Processo Penal, quais sejam, o inquisitório e o acusatório e entre eles há aproximações em que se combinam partes dos mesmos em modelos não puros.

Assim, olharemos para a estruturação do sistema inquisitório em seu momento de hegemonia buscando estudar também as permanências deste modelo após o iluminismo que afirmou discursivamente o sistema acusatório tentando identificar como apesar da retórica humanista, houve a permanência de dispositivos inquisitoriais no processo penal da modernidade. Tal permanência encontrará grande eco nas legislações de drogas na América Latina após a declaração de guerra contra as drogas tornando o Processo Penal de drogas um processo de exceção, com características que o aproximam bem mais do modelo inquisitório. Neste trabalho investigamos os resquícios inquisitoriais mais precisamente em seu aspecto dogmático processual penal na atual Lei de Drogas, com destaque à legalidade processual penal, bem como, com diálogos criminológicos, sob a perspectiva da criminologia da reação social/crítica, mostrando como a ação do sistema penal em termos de drogas se converte em um poder excludente cujo resultado é o super encarceramento. Neste sentido, além de observamos o por quê de tais persistências autoritárias no Direito Processual Penal moderno, identificamos dispositivos legais de alto potencial criminalizador quando forçam o adentramento do juiz no processo através de sua tomada de posição na produção da verdade processual, viabilizado na busca da verdade real.

2. A lógica inquisitorial no Processo Penal: reflexões históricas e criminológicas sobre a emergência do processo penal inquisitório

Quando observamos o que nos contam os manuais de Processo Penal sobre estes dois sistemas de Processo Penal, observamos a expressão máxima da retórica moderna da pena e do processo penal. Assim, devemos observar este discurso não como verdade absoluta, mas tentar ver para além da verdade oficial do sistema penal ver verdades outras que denunciam o descompasso entre suas características declaradas e as características expressas em suas práticas

de poder. Assim, realizaremos o movimento teórico próximo daquele que realizou Michel Foucault na obra *Vigiar e Punir*, quando denuncia que por traz dos objetivos declarados do sistema penal há objetivos ocultos.

O Processo Penal inquisitório, como nos ressalta Tavora (2011, p. 40), caracteriza-se pela "inexistência de contraditório e ampla defesa, com a concentração das funções de acusar, defender e julgar em uma figura única (juiz)". Há de se ressaltar que o Código Processual Penal do Brasil de 1941 seguiu esta linha, inspirando-se no Código fascista de Rocco, preponderando a ideia do juiz como gestor das provas. Neste sistema o juiz, personagem sob a qual centra-se a gestão das provas, pode dar início à persecução penal, realizar a produção de provas e, ainda no curso do mesmo processo, prolatar a decisão. Funcionando, verdadeiramente, como policial, promotor, advogado e juiz.

O modelo acusatório, cuja leitura da Constituição de 1988 deixa clara sua preferência, exige, para o respeito aos seus princípios, que seja garantida a completa separação dos órgãos julgadores dos demais atores no Processo Penal. Tem origem na Grécia antiga, sendo o discurso preferido pelos revolucionários iluministas, apresentando-se, atualmente, como o modelo mais próximo de efetivar o ideal democrático dentro do processo penal. Tavora (*Idem*, p. 41) apresenta as características atribuídas a tal sistema:

> os princípios do Contraditório e da Ampla Defesa e da publicidade regem todo o processo; o órgão julgador é dotado de imparcialidade; o sistema de apreciação das provas é o do livre convencimento motivado.

Neste sentido, destaca o autor que a principal diferença reside na gestão das provas e a posição dos sujeitos processuais. Tal entendimento também é o mesmo de Jacinto Coutinho (1998, p. 166), que também considera a diferença fundamental a questão da gestão das provas, assim ao conceituar o sistema acusatório o faz "considerando que a gestão da prova está nas mãos das partes, o juiz dirá, com base exclusivamente nessas provas, o direito a ser aplicado no caso concreto (o que os ingleses chamam de *Judge Made Law)*".

Como na prática estes tipos puros de processo penal são difíceis – e até impossíveis de achar, mostrando a distância entre as ideias e as práticas – temos imbricações dos mesmos como o modelo brasileiro, que guarda características inquisitoriais apesar de ser, discursivamente, acusatório, ou o modelo misto francês.

Ao olharmos para o passado do Direito Processual Penal e para o histórico da inquisição e dos tribunais do Santo Ofício, uma pergunta costuma ser feita: como a insistência em mecanismos penais próprios da idade média, sob a qual

paira uma quase unanimidade na crítica a tais dispositivos, podem se manter ainda nos ordenamentos jurídicos contemporâneos? Quais estruturas de poder fazem renascer –um renascimento apenas discursivo, pois sempre esteve presente nas práticas de poder, diga-se de passagem – na modernidade tais dispositivos? Ou, no contexto atual, serem estas perspectivas elogiáveis como formas mais eficazes de gestão do processo penal?

Se a modernidade tem, como seu projeto, a reformulação da ideologia do Antigo Regime e de suas características teocráticas e autoritárias, à primeira vista mostra-se de difícil aceitação a permanência de práticas de gestão de provas, em matéria penal, medievais. O nosso erro, ao nos mostrarmos perplexos, é o de ver a história como uma constante marcha na afirmação de um ideal humanitário, visão que padece boa parte das correntes dos direitos humanos atualmente, nos esquecendo que longe de completas rupturas, temos rupturas anexadas a continuidades reformuladas discursivamente e vestidas de novidade e inovação. As mudanças guardam dentro de si velhas práticas que sobrevivem e se reconfiguram de forma a construir discursivamente uma áurea de novo, mas reintroduzindo práticas que são reconfiguradas conforme a necessidade do poder emergente. Assim, há rupturas, mas também há persistências, num fluxo não linear frente a um objetivo humanista, mas conforme a necessidade do poder hegemônico e tendo como modelador o campo epistemológico ditado por tal poder.

Estudar a história das ideias penais é também, de certa forma, estudar as condições de possibilidades materiais de poder que permitem a ascensão de determinados discursos que irão modelar as práticas penais e processuais penais de uma determinada época. Estas estruturas de poder irão delimitando o seu campo epistemológico e modelando o discurso penal, seus limites, suas funções e também suas práticas.

Entre estas características, Bloch destaca a influência do mercado de trabalho na estruturação das práticas penais. Bloch atribui múltiplas finalidades à pena e neste ponto concorda com o filósofo do martelo, quando este afirma que a mesma se dá no sentido de ser uma retribuição – uma vingança, nos dizeres de Nietzsche[1] – mas a esta característica acrescenta a influência econô-

1. "Durante o mais largo período da história humana, não se castigou porque se responsabilizava o delinquente por seu ato, ou seja, não pelo pressuposto de que apenas o culpado devia ser castigado — e sim como ainda hoje os pais castigam seus filhos, por raiva devida a um dano sofrido, raiva que se desafoga em quem o causou; mas mantida em certos limites, e modificada pela ideia de que qualquer dano encontra seu equivalente e pode ser realmente compensado, mesmo que seja com a dor do seu

mica, principalmente do mercado de trabalho. Assim, Bloch, que é tributário de uma visão filosófica marxista – mas há de se destacar que um marxismo aberto e que se opõe à ortodoxia, no sentido de abrir o pensamento marxista à influência da dignidade humana – vê que, para além da mera retribuição, as práticas penais se dariam no sentido de se adequarem à lógica do mercado de trabalho. Este pensamento é aprofundado de forma densa na pesquisa realizada por Melossi e Paravarini (2006) quando comparam a estrutura da fábrica e do cárcere, demonstrando como o modo de produção capitalista vai produzir uma pena carcerária como sinônimo de pena neste momento de supervalorização da produção fabril, demonstrando tal relação já no âmbito do sistema capitalista de produção.

Assim como a pena, o Direito Processual Penal também será reconfigurado por esta influência externa de caráter econômico, qual seja, o mercado de trabalho. Assim, institutos como a transação penal impediam a escassez do mercado de trabalho, conforme a necessidade do mercado. "La pena dineraria impedía que lãs fuerzas de trabajo fueran aniquiladas sin necesidad por medio de los castigos corporales" (BLOCH, 2011, p. 414). Assim, na baixa idade média iria se estruturar um mecanismo de controle penal diferente ante a necessidade das modificações do mercado de trabalho.

Neste contexto, as mudanças se dão não somente no campo do Direito Penal, como dito anteriormente, mas também em termos de processo penal. O filósofo retrata, em sua análise histórico-filosófica, a emergência das práticas do processo penal inquisitório frente às mudanças no contexto do mercado de trabalho que se deram no final do período conhecido como baixa idade média.

> El proceso penal, ahora iniciado de oficio, según principios públicos, entregaba al inculpado sin ninguna protección a un funcionario que era, a la vez, e de modo profundamente parcial, juez de instrucción e juez penal. El acusado era simplemente objeto del proceso, solo destinado a aportar pruebas contra sí mismo, y en caso de si resistiera a ello o incluso de tratara de defenderse, lo único que le esperaba era la tortura (BLOCH, 2011, p. 415).

Além da leitura de Bloch sobre relação entre este aparelho judiciário e elementos econômicos, devemos enfatizar outros aspectos que também propi-

causador. De onde retira sua força esta ideia antiquíssima, profundamente arraigada, agora talvez inerradicável, a ideia da equivalência entre dano e dor? Já revelei: na relação contratual entre credor e devedor, que é tão velha quanto a existência de "pessoas jurídicas", e que por sua vez remete às formas básicas de compra, venda, comércio, troca e tráfico" (NIETZCHE, 2010, p. 48-49).

ciaram a formação de um sistema inquisitório na Europa. Assim, o aspecto estrutural da ideologia é algo fundamental nesta mudança de cultura penal.

Tais mudanças começam a ocorrer em um momento de maior hegemonia nos famosos tribunais do Santo Ofício, que tinham como instrumento discursivo as instruções como a do *Malleus Maleficarum* redigidos pelos dominicanos Kramer e Sprenger e erigidos a manual punitivo pela bula de Inocêncio VIII, que segundo Salo de Carvalho (2013), instrumentalizou o primeiro modelo de integrado de repressão penal.

Desta forma, pelos dizeres do historiador Brian Levack (*apud* CARVALHO, 2013), assim destacamos a substituição do sistema acusatório, predominante na Europa continental até o século XIII. Atribui-se esta substituição à redescoberta do Direito Romano, que irá tecnicizar os julgamentos, bem como estruturar os mesmos sob um aparelhamento público. Ganha neste sentido, a confissão e a delação, um lugar de destaque, amparado pelo instituto processual da tortura como meio de coerção e obtenção probatória, no sistema público inquisitorial de provas, que alteraria o modelo de estabelecimento da verdade, sendo esta a segunda característica marcante do novo sistema. Outro fator que o historiador atribui é a fusão entre o sistema judicial e o modelo de confissão, que irá resultar em um tribunal que abrigará as características próprias dos dois discursos, o religioso e o jurídico, havendo assim, a identificação na prática, das categorias de crime e pecado. Por último, o historiador aponta como um fator de expansão deste sistema a interiorização de tais práticas permitindo o julgamento regionalizado pelos tribunais locais.

O resultado é apontado por Carvalho (2013) quando mostra que neste sistema há uma verdadeira supervalorização da imputação em relação à prova, que se converte em verdadeiro primado da hipótese sobre os fatos, além de seguir um rito totalmente isento de forma, que fará com que o processo se curve à necessidade da busca da verdade realizada pelo julgador. Com a expansão da competência dos tribunais do Santo Ofício, aliado a este modelo de busca da verdade em que o acusado é objeto de intervenção processual, ganha este modelo uma hipertrofia a ponto de se tornar uma das maiores tecnologias jurídicas já formuladas até então. Temos então um modelo de Direito Penal do autor e de Processo Penal Inquisitório se fundindo num programa político criminal de intervenção total, formando o tripé de um sistema penal autoritário. Assim, nos retrata Carvalho (2013, p. 141), seguindo a lição de Franco Cordeiro, na seguinte passagem:

> O modelo estabelece, pois, no magistrado quadros mentais paranóicos e tendências policialescas, visto que, ao invés de se convencer através da pro-

> va carreada para os autos, inversamente a prova serviria para demonstrar o acerto da imputação formulada pelo juiz-inquisidor. Assim, o réu, longe de ser visto como sujeito, é tratado como objeto de investigação e de intervenção: o imputado detém, com exclusividade, a verdade histórica (material) – o inquisidor investiga procurando buscar signos do delito e trabalha sobre os acusados, por que culpados ou inocentes,sabem tudo o que se requer para decisões perfeitas; tudo se resume a fazê-los dizer.

As mudanças, que ocorreram ao longo do século XVII e XVIII, também vão surtir grande influência para determinar a ascensão da forma moderna de Direito Penal e Processual Penal. Para além das mudanças na estrutura econômica, outras mudanças que se alteram, no âmbito da ideologia, se mostram de fundamental importância para a compreensão do paradigma moderno de pensamento. As grandes revoluções que se seguiram a esta época, como a revolução científica, a industrial, e as revoluções burguesas, que provocaram grandes mudanças e uma grande reestruturação dos discursos da época, bem como a estruturação de novas tecnologias de poder.

A revolução científica, que tem início no século XVII e que irá consolidar-se na chamada era das luzes no século XVIII. Esta revolução, chamada de copernicana, acabou por ressignificar a matriz interpretativa de mundo a partir da valorização do seu uso racional, fazendo oposição ao modelo teocrático medieval. Assim, ocorre o exacerbamento do ser humano e de suas qualidades racionais como motor significante de interpretação do mundo. Tal perspectiva se consolida no Século das Luzes. Assim, "não existe um século que tenha sido tão profundamente penetrado e empolgado pela idéia do progresso intelectual quanto o Século das Luzes" (CASSIRER, 1994, p. 22). O discurso humanista que se seguirá tratará de realizar duras críticas ao fundamento das práticas de poder do antigo regime, sob a matriz da racionalidade humanística.

Esta crença na razão de fundo racionalista irá remodelar, sob o discurso da soberania e as práticas de poder, consolidando o modelo discursivo da classe que ascendia e irá se afirmar como classe dominante, após as revoluções burguesas deste século: a burguesia (OLIVEIRA, 2000).

Assim, neste momento de *crise de hegemonia* (GRAMSCI, 1999), em que uma nova ideologia começa a afirmar-se, erige-se um novo modelo de pena, que também teria grande influência da revolução industrial que irá consolidar um novo poder que não substituindo o poder soberano, irá se entrelaçar nele, como forma de melhor disciplinar o corpo social. Ascende, assim, o poder disciplinar, fundamental para a consolidação capitalista. Irá, esta nova tecnologia, observar o corpo humano como objeto de intervenção disciplinadora. Desta forma, o mesmo século que inventou as luzes inventou também as disciplinas.

OLIVEIRA, Lucas Lopes. Aproximações criminológicas e processuais entre a "caça às bruxas" e a "guerra às drogas": a persistência da lógica inquisitorial no processo penal moderno.
Revista Brasileira de Ciências Criminais. vol. 128. ano 25. p. 197-232. São Paulo: Ed. RT, fevereiro 2017.

No decorrer deste processo, também começará a se estruturar uma forma de gestão populacional que tentará ver a vida como objeto de intervenção privilegiado. Nasce assim o biopoder. Estas novas formas de gestão populacional fazem surgir um novo modelo punitivo (FOUCAULT, 1999).

Neste momento, baseado numa ideologia cujo cerne discursivo é a "liberdade"[2] – pois, para a afirmação da sociedade burguesa, era de fundamental importância a liberdade comercial plena – surgem novas formas de punir que serão retoricamente mais humanas, mas condizentes com as luzes da razão iluminista burguesa. Foucault (2013) observa que por trás deste discurso humanizador se esconde uma nova tecnologia de poder punitivo que irá se afirmar enquanto mais humanitária, mas que se consolida por ser mais eficaz punitivamente, sendo um mecanismo não para punir mais, mas para punir melhor.[3]

Assim, as críticas ao pensamento do Antigo Regime e da visão teológica medieval que fundamentam o Processo Penal inquisitorial, realizadas ao longo dos séculos XVII e XVIII irão se proliferar nesta época. Mas, segundo Mandrou (1979, p. 106), observa-se como uma das primeiras críticas aquela realizada pelo médico Wier na sua obra, datada de 1563, intitulada *De praestigiis daemonum et incantationibus ac venificiis* (Sobre a Ilusão de Demônios, Feitiços e Venenos), onde relata que muito dos casos de possessão e bruxaria eram, na

2. Uma liberdade criticada por Marx (1975) por ser uma liberdade não emancipatória, mas sim como meramente burguesa, vinculada a disposições contratuais relativas aos direitos do homem. É considerado texto fundamental para o desenvolvimento da crítica marxista aos direitos do homem e a liberdade humana da sociedade capitalista, cuja leitura em tempos modernos deve se desapegar do contexto histórico original e dirigir-se para não uma visão de Marx como opositor teórico aos direitos humanos, que direitos que seriam um lócus discursivo que ajudaria a construções de projetos sociais alternativos como o marxismo, mas como um crítico da fragilidade emancipatória dos direitos humanos quando considerados apenas sob seu aspecto formal.

3. "O afrouxamento da severidade penal no decorrer dos últimos séculos é um fenômeno bem conhecido dos historiadores do direito. Entretanto, foi visto, durante muito tempo, de forma geral, como se fosse fenômeno quantitativo: menos sofrimento, mais suavidade, mais respeito e 'humanidade'. Na verdade, tais modificações se fazem concomitantes ao deslocamento do objeto da ação punitiva. Redução da intensidade? Talvez. Mudança de objeto? Certamente. Se não é mais ao corpo que se dirige a punição, em suas formas mais duras, sobre o que então se exerce? A resposta dos teóricos [...] é simples, quase evidente. Dir-se-ia inscrita na própria indagação. Pois não é mais o corpo, é a alma. Marbly formulou o princípio fundamental: 'que o castigo, se assim possa exprimir, fira mais a alma do que o corpo'" (FOUCAULT, 2013, p. 21).

verdade, efeitos de doenças, criticando assim, como aponta Carvalho (2013), a *prima ratio* punitiva dos Tribunais do Santo Ofício.

É também um ponto de ruptura, tanto no modelo punitivo, como na categoria fundante dos discursos da época, qual seja, a ideia de Deus como critério de verdade, tanto científica, como jurídica. Tal crítica se dá no momento de grande força da ideologia teológica sendo bastante criticada por Bodin, que desqualifica o trabalho do "pequeno médico". Entretanto, observamos que a partir daí e com o aperfeiçoamento do discurso médico, vemos o declínio de tal pensamento de base teocrática, até que em 1640, segundo Mandrou, a feitiçaria deixará de ser vinculada à ideia de delito. Este processo também será responsável pelo sequestro realizado pelo discurso médico sob os corpos dos doentes (substituindo a igreja) na constituição dos hospitais psiquiátricos, conforme as exigências do poder disciplinar. Todas estas mudanças promovem o descrédito do modelo inquisitorial e das práticas punitivas que tal discurso fundamenta. Estas mudanças serão fundamentais para a substituição dos antigos modelos punitivos do Antigo Regime de Direito Penal do autor,[4] de Processo Penal Inquisitivo e de modelo político criminal de intervenção total, para um modelo de Direito Penal do fato, de Processo Penal acusatório e de modelo político criminal de intervenção mínima e subsidiária.[5]

Desta forma, discursivamente, vemos a erradicação dos postulados anteriores e a substituição do discurso teocrático pelo discurso humanista, deslo-

4. Neste contexto, segundo a lição de Zaffaroni o Direito Penal do autor é um modelo que pune a conduta, não enquanto ato em si, mas enquanto manifestação de uma forma específica de ser do autor. As concepções de Direito Penal do autor e de sistema processual inquisitório, assim como os modelos político criminais de intervenção máxima ou totais estão relacionados aos sistemas políticos autoritários, sendo uma relação que se deu não, apenas neste momento histórico, mas em vários outros momentos não democráticos da história humana.

5. "Os fundamentos do Direito Penal da Modernidade são apresentados de forma homogênea e coerente pela ilustração: a lei penal (geral, anterior, taxativa e abstrata) advém do contrato social (jusnaturalismo antropológico), livre e conscientemente aderido pelas pessoas (culpabilidade/livre arbítrio), que se submetem a penalidade (retributiva) em decorrência da violação do pacto. A conduta punível externamente perceptível e danosa (direito penal do fato) é reconstituída e comprovada em processo contraditório e público, orientado pela presunção de inocência, com atividade imparcial do juiz que valora livremente a prova (sistema processual acusatório). Sem embargo, e ainda que implicitamente, a orientação compreensão pessimista acerca do poder estatal, pois propenso a violação de direitos fundamentais da pessoal humana" (CARVALHO, 2013, p. 154-155).

cando o fundamento das práticas jurídicas para a figura do ser humano, temos então a ascensão da ideologia humanista.

> Nota-se, contudo, que o humanismo e o racionalismo estão inseridos no cambio de concepções do próprio direito natural, ou seja, da sobreposição do jusnaturalismo antropológico ao teocêntrico. Assim, o processo que culmina na erradicação do delito de heresia simbolizando a ruptura secular entre delito e pecado, representa mudança nuclear no que tange a legitimidade dos sistemas jurídicos. Se os processos inquisitoriais eram justificados a partir da teoria jusnaturalista de ênfase teológica, a ilustração igualmente utilizará fundamento advindo do direito natural, porém sua sustentação será antropocêntrica. Despreza-se o direito natural revelado em prol do direito natural conquistado pela revolução racionalista (CARVALHO, 2013, p. 157).

Neste sentido, e conforme observamos da citação acima, vemos que, apesar da grande ruptura discursiva e de práticas no âmbito jurídico, há certa continuidade nas noções antigas e modernas, qual seja, a ideia do direito natural, que muda de fundamento, mas que segue como matriz interpretativa no que tange ao direito moderno. Neste sentido, não há completa ruptura permanecendo certas continuidades. Logo, a partir desta continuidade, cabe indagar se o advento do novo paradigma humanista representou, de fato, ruptura com a antiga lógica inquisitorial e a eliminação das características inquisitivas do Processo Penal moderno.

A partir desta interrogação, e por tudo que observamos da leitura acima, podemos dizer com clareza que houve de fato o estabelecimento de novas práticas judiciais que se constituíram em oposição aos antigos modelos punitivos. Desta forma, a constituição de um campo epistemológico (FOUCAULT), político e jurídico, como os direitos humanos é um produto destas mudanças nos discursos e nas práticas de poder que se deram na modernidade. Mas a despeito desta constatação, devemos concordar com Salo de Carvalho, quando argumenta que

> [...] as reformas oitocentistas no discurso penal e processual penal, ponto máximo no processo que se inicia no século XVI, apesar de estabeleceram como variável fundamental a secularização, não lograram exorcizar a lógica inquisitorial da cultura penal.

Neste sentido, observamos que o auge da revolução e da constituinte francesa acabara por inserir, durante um curto período de tempo é verdade – sob a influência das ideias iluministas, de filósofos da *Accademia dei Pugni*, das

conquistas do Direito Inglês desde a Magna Carta e das mudanças graduais produzidas através das mudanças nas interações sociais – os dispositivos legais que desenvolverão a noção de um processo penal acusatório. Este breve período de "luz" no Processo Penal francês não demoraria muito, sendo totalmente desconstruído após o período que se seguiu à conhecida fase de "terror". Com a ascensão de Napoleão e seu método Processual Penal, e não com os ideais ilustrados vemos a estruturação dos principais postulados do Processo Penal moderno. Da união das ideias iluministas, que conserva frente a necessidade de legitimação neste momento histórico, mas agregando muito do Processo Penal do *Ancien Régime*, de base inquisitória, o Processo Penal durante a ditadura napoleônica ganha o contorno que irá prevalecer na maioria das nações latinas, acabando com o tido "radicalismo" humanista do Processo Penal acusatório com inserção de vários dispositivos inquisitoriais.

> Embora seja correto afirmar que o Code Napoleon conserva uma série de princípios racionais provenientes da época recepcionado pela revolução, não era o Código da Revolução Francesa e sim o código penal estatal de um império. Tem sido chamado de Código de Napoleão e não de Código da França (PEREGRINO ROSSI). As penas são extremamente severas e é reestabelecido o ergástulo, ainda que, ao mesmo tempo, estabeleça alguma flexibilidade em sua aplicação. Mas está bastante claro que o código de Napoleão procurava, antes de tudo, a proteção do Estado, centrado na pessoa do imperador. Deus havia sido substituído pelo Estado e os delitos contra estes encabeçam a distribuição da matéria na parte especial (ZAFFARONI, 2015, p. 194-195).

Nesta linha, argumenta Carvalho, seguindo o pensamento de Cordero, sob o surgimento do Processo Penal misto francês.

> Com o Código de Napoleão, fonte inspiradora de grande parte da legislação processual penal de tradição latina, nasce o processo penal misto. Cordero sintetiza o efeito desta sistematização legislativa e assim, pela lei de 17 de novembro de 1808, nasce o chamado processo penal misto, mostro de duas cabeças: nos labirintos escuros da instruction reina Luis XIV [...] (CARVALHO, 2013, p. 159).

Desta forma, ainda argumentando com o referido autor, resta claro que o modelo napoleônico de concentração de poderes instrutórios nas mãos dos juízes acaba sepultando o ideal iluminista de Processo Penal, o modelo acusatório, recriando-o mais "eficazmente" (eficaz na mentalidade punitivista, diga-se de passagem) no adentramento de práticas inquisitoriais, dentro da retórica das garantias processuais com a figura do juiz como gestor das provas.

Se um Direito Processual puro, seja acusatório ou inquisitivo, funciona como um *tipo ideal* (WEBER, 2001), sendo na prática inexistente, existindo apenas aproximações, os modelos processuais acabam agregando mais ou menos elementos inquisitórios ou acusatórios que servirão como acessórios, temperando o modelo predominante, compondo uma união destes modelos acusatórios, que pode se aproximar mais do ideal iluminista/acusatório ou inquisitório. Assim, fugindo da dicotomia classificatória inquisitório/acusatório, melhor seria pensarmos em graus de inquisitorialismos nos sistemas processuais (CARVALHO, 2013).

O nosso sistema, segundo a maioria do pensamento jurídico nacional, é um sistema acusatório não puro e temperado com elementos inquisitórios. Argumentam isto com base nos dispositivos constitucionais que introduzem um Processo Penal democrático, com a concessão da titularidade da Ação Penal na mão do Ministério Público e por instituir um forte sistema de garantias que impõem a não recepção dos dispositivos inquisitoriais do nosso Código de Processo Penal. No entanto, contrariando a doutrina majoritária nacional, Cordeiro (1997) argumenta que o nosso sistema é predominantemente inquisitório, com elementos meramente acidentais de um processo acusatório.[6]

Esta característica de predominância da lógica inquisitorial encoberta pela retórica humanista que declara o Processo Penal como acusatório, aparenta ser uma característica não somente do Direito brasileiro, mas do Processo Penal moderno, conforme nos ensina Rogério Lauria Tucci (2001, p. 38) ao afirmar que o Processo Penal moderno "delineia-se inquisitório, substancialmente, na sua essencialidade; ao mesmo tempo em que é, formalmente, no tocante ao procedimento, acusatório".[7]

6. "Daí por diante, não havia como confrontar escopos e resultados, embora fosse – e continue sendo – visível a diferença que se manifesta quanto à *busca*, dada a origem sistêmica inequivocamente distinta entre ambos os ramos do direito processual: o penal continua sendo essencialmente *inquisitório* e o civil segue com sua essência *acusatória-dispositiva*; sistemas diferentes (veja-se, por evidente, o conceito de sistema, antes de tudo), princípios reitores diferentes: naquele inquisitivo; neste, dispositivo" (CORDEIRO, 1997).

7. "Constituindo a apuração da verdade material ou atingível, como visto, o dado mais relevante do precípuo escopo do processo penal – cujo fundamento é a liberdade da pessoa física integrante da comunidade –, torna-se inequívoco que esta finalidade somente pode ser atingida mediante a atribuição da inquisitividade à atuação dos agentes estatais da persecução penal e ao poder de direção conferido ao poder jurisdicional na persecução criminal, subsequente a *informatio delict*" (TUCCI, 2001, p. 177).

Não é a pretensão deste trabalho analisar o Processo Penal brasileiro como um todo tentando categorizá-lo como mais ou menos inquisitório, mas entendemos que os elementos do Processo Penal brasileiro padecem de grande herança inquisitória. Na verdade, quando olhamos o Processo Penal em termos de drogas, salta aos olhos a natureza inquisitorial dos dispositivos nele existente. São vários dispositivos legais que reforçam a lógica inquisitiva na busca pela verdade real nos dispositivos processuais da Lei de Drogas. Mas para além dos dispositivos processuais de natureza inquisitória, vemos principalmente nas práticas de poder de nosso sistema de justiça criminal ao tratar da regulamentação penal das drogas aproximações com a lógica do aparelho de justiça criminal da inquisição, sendo, na verdade, a guerra às drogas uma caça às bruxas modernas.

3. CRÌTICA À "VERDADE REAL" NO PROCESSO PENAL BRASILEIRO: UMA CRÍTICA EPISTEMOLÓGICA À PRETENSÃO INQUISITÓRIA DO PROCESSUALISMO BRASILEIRO

É importante destacar que além das necessidades das práticas de poder que reaproximam o Processo Penal do modelo inquisitivo, como vistos anteriormente, a luta pelo *status* científico também contamina as ciências jurídico penais das características da ciência moderna tributária do racionalismo socrático e por sua busca da verdade, que será também um ponto importante para a permanência autoritária.

Deste modo, observamos uma verdadeira idealização da busca da verdade nas ciências modernas. Se por um lado a mesma nos liberta das amarras teocráticas introduzindo uma gama de técnicas para a desconstrução de preconceitos antes existentes produzindo um salto qualitativo de expansão da cultura técnica humana produzida, também é verdade que sua pretensão de verdade única, que visava ocupar o trono deixado após *a morte de Deus* (NIETZSCHE), acabou por excluir outras verdades com esta incompatível. Verdades marginais, mas que nem por isto devem ser negligenciadas. Foucault (2013) descreve em "*A ordem do Discurso*" como as concepções científicas se modificam ao longo do tempo a partir de critérios externos ao próprio discurso. Aliás, boa parte da obra do autor está em investigar as condições políticas de possibilidade discursiva em matéria de discursos científicos.

Assim, esta crença de otimismo quase cego no conhecimento científico enquanto verdade única e/ou última, fundada na vontade de sistema e na vontade de saber, encontra em Sócrates o protótipo perfeito do otimismo teórico e busca da verdade como plenamente realizável, segundo Nietzsche (2007). O

conhecimento assim, através de sua própria idealização passaria a olhar para si mesmo numa pretensão de estabelecimento de verdade, coerente e autolegitimada que excluiria as incompatibilidades, descontinuidades, bem como outras características que fugissem à pretensão de estabelecer a verdade ideal ou que a descartasse enquanto ideal em vista a pluralidade discursiva existente.

Assim, o filósofo vai buscar no teatro grego, a emergência da hegemonia do homem racional socrático, racionalidade reclamada pelo apolíneo[8] em contraposição ao dionisíaco.[9] Desta forma, através desta metáfora teríamos a sistematização de duas posturas em relação ao conhecimento e a vida, a apolínea diretamente relacionada à metafísica socrática, pautada em valores morais e ideais e que se opõe à dionisíaca, ordenada e racional, que concentra o espírito trágico da vida em sua dimensão de caos, desconexa e trágica. No período de maior fervor da arte grega houve a reconciliação destes dois instintos opostos, mas complementares. "Esta reconciliação é o momento mais importante na história do culto grego: para onde quer que se olhe, são visíveis as revoluções causadas por este acontecimento" (NIETZSCHE, 2007, p. 34). Ainda segundo o filósofo alemão, desde a hegemonia do pensamento socrático, ocorre uma verdadeira supervalorização do apolíneo e declínio das expressões dionisíacas. Como consequência é possível notar por que o discurso científico moderno se mostra cada vez mais técnico e distante da realidade, pois se pauta em valores idealizados, distanciando-o cada vez mais do mundo a que pretende explicar. Tal perspectiva como nos aponta Nietzsche, não é nova e vem desde Sócrates.

> Todavia a perspectiva apolínea das ciências foi abalada pelo seu natural despreparo ao tratar dos problemas da vida. Ao hipostasiar o mundo (metafísica) e operar com valores idealizados, esqueceu o homem, em sua condi-

8. "Apolo na qualidade de deus dos poderes configuradores é ao mesmo tempo o deus divinatório. Ele segundo a raiz do nome resplandecente, a divindade da luz, reina também sobre a bela aparecia do mundo interior da fantasia. A verdade superior, a perfeição destes estados, na sua contraposição com a realidade cotidiana tão lacunarmente inteligível, seguida da profunda consciência da natureza reparadora do sono e do sonho, é simultaneamente o análogo simbólico da aptidão divinatória e mesmo das artes mercê das quais a vida se torna possível e digna de ser vivida" (NIETZSCHE, 2007, p. 29).

9. [...] "ser-nos-á dado lançar um olhar à essência do dionisíaco, que é trazido a nós, o mais perto possível, pela analogia da embriaguez. Seja pela influência da beberagem narcótica, da qual todos os povos e homens primitivos falam em seus hinos, ou com a poderosa aproximação da primavera a impregnar toda a natureza de alegria, despertam aqueles transportes dionisíacos, por cuja intensificação o subjetivo se esvanece em completo auto esquecimento" (NIETZSCHE, 2007, p. 30).

> ção humana, condições não dicotomizadas em essências como bem-mal, belo-feio, justo-injusto, verdadeiro-falso. Aliais os maniqueísmos são próprios do conhecimento metafísico e projetam, no campo dos discursos científicos, a insuperável dualidade entre razão e emoção (CARVALHO, 2014, p. 118).

Assim, a pretensão científica sistematizadora esconde, em verdade, uma pretensão de moralização e de encobrimento frente à pluralidade discursiva existente no real. Uma verdade que emerge desta forma tende a anular discursos outros. Ignora-se assim fatos e versões outras que se contrapõem à verdade enunciada, mostrando a fragilidade de se buscar a verdade real em um terreno de múltiplas possibilidades. Renegam-se assim os indícios de verdades outras fazendo com que aquele que busca a verdade mergulhe na sua busca de revelá-la de forma tão intensa que ignore os fatos que estão aptos a desqualificá-la. Neste sentido, sendo as verdades mutantes e não perenes, Foucault recorrendo ao vocabulário grego *alêthourguês*, chamou de aleturgia o modo pelo qual, através de um conjunto de procedimentos verbais ou não, a verdade se atualiza. Neste sentido, verdade, não entendida como "a verdade", mas uma entre tantas verdades, se daria como um *ritual aletúrgico*. Foucault também destaca que é impossível o exercício de um poder, sem uma aleturgia, refirmando assim a necessidade de fundamentação do poder em algum critério de verdade. A partir disto conclui que o dito conhecimento científico, não pode ser entendido como uma verdade única e absoluta, sendo apenas um momento possível entre todas as formas, também possíveis, através das quais se apresenta a manifestação do que é tido por verdadeiro (2009).

A perspectiva de busca de uma verdade totalizante se torna ainda mais cruel quando tratamos de aplicação do Direito Penal, braço mais pesado do Estado na modernidade, que através do direito processual penal revelará a verdade dos fatos que terá como consequência o cerceamento do direito à liberdade do réu. Assim, com um julgador totalmente contaminado pela busca da verdade real, é muito mais fácil que em sua vontade de verdade, ignore as pistas que desconstroem as versões impostas pelo órgão acusador, quando em um sistema processual com características inquisitórias ele próprio contribui para o levantamento de tais alegações através dos vários dispositivos de gestão do sistema probatório existentes em nossa legislação. Observar as descontinuidades e incongruências pode ser de grande dificuldade quando temos um órgão julgador em posição inerte em um sistema acusatório puro, mas pode ser quase impossível quando este órgão sai de sua posição e passa a percorrer o caminho instrutório através de sua busca por conhecer a verdade. Assim, sendo um ponto de vista a vista de determinado ponto para aquele que já esta no caminho da "verdade" abandoná-lo pode ser mais difícil do que se imagina.

O discurso jurídico que se firmava na modernidade vai compartilhar de algumas das características inerentes ao conhecimento científico de mesmo período. Logo, tendo a ciência ganhado destaque quando se fala em produção da verdade, observamos que as ciências jurídicas assumirão, na pretensão de obtenção do status científico, parte do ideal científico de busca da verdade características da ciência moderna. Após a "morte de Deus" a ciência se firma como lócus discursivo privilegiado de obtenção da verdade. A dogmática penal no século XX irá se constituir bastante influenciada pelo cartesianismo das ciências em geral. Sendo assim, o processo penal vai se afirmar, neste novo paradigma de verdade, como um mecanismo de produção da verdade. Desta forma, a partir dos conceitos, elaborados pela ciência jurídico-processual penal, seria possível a produção da verdade através da adequação da realidade fática, por meio do *metiê* instrutório, a decisão do juiz. Assim, o Processo Penal moderno reclama a pretensão de verdade das ciências modernas, que através de um método próprio faria brotar a verdade real.

> Nota-se, portanto, que a totalização dos métodos científicos exclui qualquer hipótese de reconhecimento das diferenças e identidades, seja dos sujeitos implicados, pois são reduzidos a objetos de investigação, ou das formas de análise, em decorrência do enclausuramento disciplinar e metodológico. O diagnostico permite desnudar a vontade de sistema (vontade de verdade) inerente aos projetos políticos e científicos modernos (CARVALHO, 2013, p. 114).

Argumenta Salo de Carvalho, que a cultura penal e suas ciências, absorvem os ideais próprios da nossa concepção científica apolínea. Assim, a crença na bondade do poder punitivo (ideal de bondade), a crença da justiça como fim do direito (ideal jurídico), bem como a crença na verdade real (ideal processual penal), contaminaram as análises criminológicas reproduzindo uma autoimagem e um *modus operandi* próprio e dissociado da realidade trágica. Neste sentido, as ciências penais com seu discurso hegemônico reafirmam a necessidade política de maior controle e eficiência priorizando o modelo inquisitorial em detrimento das garantias processuais do real, pois as mesmas serviriam como obstáculos a revelação da verdade pela sentença.[10]

10. "O método cartesiano inspira a dogmática penal no sentido de pensar a possibilidade, a partir da fragmentação e do estudo microscópico do caso pena, recriar o fato passado, não mais possível de experimentação e alcançar a verdade. Assim, após decompor e estudar minuciosamente os elementos probatórios incorporados nos autos, a verdade seria atingida pelo juiz através da livre apreciação das provas" (CARVALHO, 2013, p. 162).

Assim, ante a pluralidade interpretativa de um determinado fato jurídico penal, deve o juiz decidir entre um delas tendo como consequência a aplicação ou não da sanção penal. Tal pretensão se já não fosse demasiada por si mesmo, se torna maior quando entre as verdades possíveis de escolha, o juiz participa ativamente da elaboração de uma delas, tendo que optar pelo produto de um processo instrutório tão seu que já não é mais possível diferenciar em que medida o pedido da acusação também não é, implicitamente, o pedido do juiz.

> A técnica jurídico-penal, na esteira dos demais métodos modernos, enfrenta profunda crise e padece de legitimidade após a constatação de que inexiste "a" ciência. Desde a crítica à metafísica e aos seus valores [...] notadamente a partir de Nietzsche, tem-se a percepção de que o exercício oficial, lícito do conhecimento, não passa do incremento de projetos moralizadores sustentados pela vontade de sistema. Ocorre que o direito apresenta condições ideais para sua adequação, atingindo a potencia moralizadora forma normativa, própria para o desenvolvimento de sistemas de revelação de verdades (CARVALHO, 2013, p. 115).

Desta forma, conforme pensa Achutti (2010, p. 186), argumentando que as ciências não podem ser produzidas partindo da ideia de que irão revelar exatamente uma verdade absoluta. Neste sentido o referido autor, em muito dialogando com o princípio da incerteza,[11] segue argumentando que ao realizar uma análise histórica irá resgatar-se

> apenas um fragmento do fato, a partir dos pontos de vista dos historiadores (e nas demais ciências, têm-se juristas, psicólogos etc.). Tal consequência revela-se fundamental para o Processo Penal, quando a "pequena história" do conflito em jogo não pode mais ser resgatada integralmente, como se fosse um mero objeto à espera de seus sujeitos.

O mesmo raciocínio se aplica ao Processo Penal e sua pretensão de busca da verdade real. Desta forma argumentando seguindo a lógica apresentada por Salo de Carvalho, de que as ciências devem se abster da busca da verdade a partir de unidades totalizantes, argumenta Achutti (2010, p. 187), que

11. Percebido por Werner Heisenberg, sob o qual argumenta o astrofísico Stephen Hawking "o princípio da incerteza assinala o fim do sonho de Laplace de uma teoria da ciência, um modelo de universo completamente determinístico; não se pode certamente prever eventos futuros com precisão, uma vez que também não é possível medir precisamente o estado presente do universo!" (HAWKING, 1988, p. 87-88).

> [...] agindo de outra maneira, o cientista estaria voltando a incidir no mesmo problema dos modernos: pretender buscar apenas uma verdade e unificar o método. A epistemologia da certeza com a qual trabalhamos resta, outrossim, questionável.

Temos que a demanda pela revelação da verdade, ideal da ciência positivista a muito atacada pela crítica epistemológica moderna, mormente a partir do diálogo com princípio da incerteza, põe em cheque esta pretensão de ser a última palavra em termos de verdade, acaba merecendo maiores críticas ao falarmos de verdade real em termos de Direito Processual Penal. Assim, resta tal busca uma pretensão irrealizável tanto para as ciências naturais, como, principalmente, para as ciências jurídicas pelo aspecto *rizomático* (DELEUZE; GUATTARI, 1995) da realidade.

> Nesse sentido, pensar o processo penal como meio para se buscar a verdade real de um fato pretérito não só vai de encontro às últimas interpretações das ciências exatas como também evidencia o conservadorismo característico da dogmática atinente ao tema. A insistente natureza reveladora do processo penal submete os acusados em geral a um procedimento injustificável cientificamente, sustentado apenas pela crença no que se pode chamar de ilusão moderna, qual seja, a de que o homem é capaz de reconstituir, através da memória (testemunhal e/ou documental) um fato pretérito e, ainda, formar um juízo de certeza acerca do mesmo, baseado (sempre) no método cartesiano (ACHUTTI, 2010, p. 187).

Em verdade o Direito Processual Penal brasileiro proclama o princípio da busca da verdade real, que faz com que o juiz não necessite e deva buscar, para além da verdade apresentada nos autos pelas partes, a verdade dos fatos como realmente ocorreram. Tal pretensão, aparentemente lógica no plano das ideias, se mostra em confronto com as possibilidades de realização fática muito problemática, pois a reconstituição, através de meios limitados, de uma verdade de um fato que já se perdeu no tempo e espaço se torna uma pretensão bastante maior do que a possibilidade do aparato instrutório-processual.

> A afirmação de Carnelutti, algo como: *busca-se a verdade material e obtém-se como resultado a verdade formal* – e que lhe marcou a carreira e a vida intelectual até 1965, quando publica o *Verdade, dúvida e certeza* –, acaba sendo o grande ponto de partida, pela negação da última (verdade formal), porque a primeira "*jamais pode ser alcançada pelo homem*". A *verdade*, se assim o é, há de ser, ou melhor, *é uma só*; e aquela dita *formal*, por evidente, em sendo uma mero reflexo no espelho, "*não é a verdade*" (COUTINHO, 1997).

Neste sentido, a busca da verdade no Processo Penal, apesar de discursivamente ser pela verdade real, – uma versão definitiva e absoluta do fato ocorrido

–, continua sendo – em virtude da impossibilidade desta reconstituição definitiva na maioria dos casos – uma busca pela verdade reconstituída dentro dos autos, só que com um álibi para que o juiz da instrução possa participar ativamente na constituição desta verdade real, sendo o mesmo juiz, também, aquele que julgará também em que momento escolhido processualmente esta verdade que se tornou "real", e então está apta a ser julgada num juízo absolutório ou condenatório.

Temos então dois momentos de julgamento os inerentes a instrução após a *notícia do crime* que presidirá, com possibilidade de produção ativa, a produção da verdade e a julgará como "real" e por fim o julgamento de mérito condenatório ou absolutório. Se de fato um sistema meramente acusatório em que as partes participam como protagonistas da instrução e construção das teses defensivas e acusatórias e o juiz assumindo o protagonismo apenas no momento da sentença é muito difícil de realizar e seria como um *tipo ideal* de análise comparatória, também é verdade que nosso sistema em muito se distancia deste ponto em uma análise tipológica, sendo na questão de processo penal de drogas, muito mais próxima do tipo ideal oposto, ou seja, da figura do juiz como acusador, instrutor e sentenciador do processo.

Neste sentido, uma bela crítica foi realizada por Franco Cordeiro (*apud* COUTINHO, 1997), quando observamos a seguinte passagem:

> A solidão na qual os inquisidores trabalham, jamais expostos ao contraditório, fora dos grilhões da dialética, pode ser que ajude no trabalho policial, mas desenvolve quadros mentais paranoicos. Chamemo-os "primado das hipóteses sobre os fatos": quem investiga segue uma delas, às vezes com os olhos fechados; nada a garante mais fundada em relação às alternativas possíveis, nem esse mister estimula, cautelarmente, a autocrítica; assim como todas as cartas do jogo estão na sua mão e é ele que as coloca sobre a mesa, aponta na direção da 'sua' hipótese. Sabemos com quais meios persuasivos conte [alguns irresistíveis: por exemplo, a tortura do sono, calorosamente recomendada pelo pio penalista Ippolito Marsili]; usando-a orienta o êxito para onde quer.

Neste sentido, segue Coutinho analisando o pensamento do processualista italiano e argumentando que:

> A explicação, aqui, é ótima, mas remete para dois problemas essenciais e quase intransponíveis: 1º, confirma que a segurança do jurisdicionado se vai, consumida pela retórica de uma decisão que manipula as palavras para forjar uma aparência: decide-se o que se quiser, desde que se tenha um bom jogo de palavras; 2º, não resolve o problema do próprio juiz, que justifica a escolha para os outros, mas não para si mesmo porque, quando muito, sublima, "fazendo-se pagar pelo gozo".

Assim, passamos a análise de como esta lógica se perpetua em nosso processo penal, notadamente na legislação processual específica sobre drogas.

4. Guerra às drogas: direito penal e processo penal de exceção

A política criminal de drogas se estruturou ao longo do século XX sob a face do proibicionismo, escolhendo entre as várias alternativas de regulação possíveis, a de natureza proibitiva. Assim, apesar da variação dos discursos que fundamentam tal prática desde seu início no século passado até atualmente, podemos observar a ascensão e o desenvolvimento cada vez maior de um mecanismo transnacional de regulamentação de drogas onde antes havia apenas um grande vazio jurídico (RODRIGUES, 2008).

Em um primeiro momento a proibição assume o discurso ético-jurídico, pois o combate às drogas se daria em virtude da mesma ser vista como uma degeneração moral da sociedade. Logo após, teremos o discurso médico-jurídico que seria a junção do discurso jurídico com o médico-sanitário onde veríamos a estruturação de um discurso baseado nos saberes da medicina de sua época, na separação entre usuários e traficantes, os primeiros vistos como doentes sem autonomia e os segundos como inimigos públicos, assim, aos primeiros seria aplicado o discurso médico, já aos segundos o discurso jurídico repressivo. Assim, os categorizaria e os neutralizaria. Em um terceiro momento, de maior hegemonia das práticas proibicionistas a nível internacional vemos a estruturação do discurso jurídico-político, de caráter transnacional, onde a divisão se dá em termos de países produtores e países consumidores aqueles, localizados nas áreas periféricas do capitalismo, seriam os inimigos que contaminariam com drogas pesadas as nações livres do eixo central do capitalismo. Tal discurso nasce como uma estratégia geopolítica de controle de áreas subdesenvolvidas em um contexto de necessidade expansão do poderio geopolítico (OLMO, 1990).

Com as mudanças que se deram na geopolítica após a queda do muro de Berlim e as necessidades de maior controle dos inimigos dos chamados "países livres", marcado pelo medo do terrorismo, estrutura-se um discurso de legitimação de ampliação do poder punitivo do Estado, caracterizado pela hegemonia discursiva do Direito Penal do Inimigo cujo cerne é a separação entre cidadãos e inimigos, a estes não seria possível assegurar os direitos fundamentais pois excluídos do pacto social porque contra eles atentam. Este fenômeno penal está relacionado ao fenômeno descrito por Giorgio Agamben (2004) que vê na estruturação de um estado de exceção permanente uma estratégia administrativa dos Estados neste período pós-*USA Patriotic*. Sendo o direito fundado e mantido pela violência, opondo-se à figura da violência pura capaz

de destruí-lo (BENJAMIM, 1986), contra o medo da ascensão desta violência destruidora responde o Estado a partir da soberania com uma forma de violência que nem institui o direito e nem o conserva, mas o suspende (SCHMITT, 2006). Suspende-se, deste modo, a legalidade e convivendo com estratégias democráticas em grande vácuo onde não se pode saber ao certo se estamos numa ditadura ou numa democracia, permitindo assim, uma guerra civil legal que produziria a eliminação dos inimigos públicos bem como de categorias de cidadãos considerados indesejáveis (AGAMBEN, *idem*). Assim, a um embricamento grande entre o Estado de exceção permanente e o Direito Penal do Inimigo.[12]

Neste sentido argumenta Carvalho

> Importante perceber, pois, que o processo de naturalização da exceção, com a minimização de direitos e garantias a determinadas (não) pessoas, adquire feição eminentemente punitiva, atingindo diretamente a estrutura do direito e do processo penal, os quais passam a ser percebidos como instrumentos de segurança pública e não como seu freio. Assim, dado o papel essencialmente repressivo que adquirem os Estados na atualidade, fato que levou inclusive a sua ressignificação e adjetivação como Estado Penal, 18 os históricos instrumentos de contenção das violências públicas (direito e processo penal) são convertidos, com a ruptura do seu sentido garantidor, em mecanismos agregadores de beligerância.

A estratégia do Direito Penal do Inimigo tinha o objetivo de conter o avanço punitivo do Direito Penal, frente às necessidades de controle cada vez maiores impostas pelo capitalismo globalizado, focando a repressão apenas na figura de determinados sujeitos, tidos como inimigos. Ao se adaptar a realidade latino-americana irá eleger um novo inimigo: o traficante de drogas (ZAFFARONI, 2007).

Neste contexto, as leis de drogas, que emergem em nosso continente, são responsáveis por um aumento gigantesco da lógica punitiva e por relativizações diretas de direitos individuais de natureza material e processual. A Lei de Drogas (ou as leis), não só no Brasil, como também historicamente na América Latina, se caracterizam por serem leis de exceção, própria de um sistema penal impregnado com a ideia do inimigo, com a lógica do Direito Penal do autor,

12. "O desenvolvimento atual de sistemas repressivos na intermitência sombria entre democracia e autoritarismo parece explicar a aproximação entre o Direito Penal do Inimigo e a ideia do Estado de Exceção permanente. A hipótese ganha relevo ainda maior se atrelada com a volatilidade de conceitos como 'criminalidade organizada' e 'terrorismo'" (CARVALHO).

com os primados de um sistema processual inquisitório e bebendo de uma ideologia político criminal de direito penal máximo (ou total).

> Estas leis que em sua maioria permanecem em vigor, violaram o principio da legalidade, multiplicaram verbos conforme a tática legislativa norte-americana, associaram participação e autoria, tentativa, preparação e consumação, desconheceram o principio da ofensividade, violaram a autonomia moral das pessoas, apenaram enfermos e tóxico-dependentes. No âmbito processual, foram criados tribunais especiais, introduzidos elementos inquisitoriais como o prêmio ao delator, a valorização do espião, do agente provocador, das testemunhas anônimas, dos juízes e fiscais anônimos etc. Estabeleceu-se uma aberrante legislação penal autoritária, que poucos se animaram em denunciar, ameaçados de ser acusados de participes e encobridores do narcotráfico ou de ser presos, ao melhor estilo inquisitorial, o que aconteceu inclusive com magistrados, fiscais e acadêmicos (ZAFFARONI, 2007, p. 52).

Assim, neste contexto em que houve a desintegração das ditaduras militares latino-americanas, mas a manutenção da lógica repressiva cuja incorporação das categorias democráticas não foi capaz de abolir, fizeram com que estas permanências da lógica militarizada de sistema penal, junto com a pressão dos países centrais para a estruturação de mecanismos mais técnicos de controle do tráfico de drogas na substituição da Ideologia da Segurança Nacional pela lógica da Ideologia da Segurança Pública, que apesar de se revestir de um aparato discursivamente democrático, utiliza práticas militarizadas de controle penal, reaproveitando muito do antigo modelo e aprimorando a repressão frente a incorporação das novidades que impõe este novo momento do controle penal mundial.

É neste contexto, de pânico moral e da instrumentalização do medo (BATISTA, 2012) que vemos como, apesar da forte aceitação do discurso democrático na modernidade, há a persistência de categorias inquisitoriais quando observamos o Processo Penal de drogas no Brasil (CARVALHO, 2013). Elegida a categoria de inimigo público número um, capitaneado pelos empresários morais e programas televisivos, o sistema penal reafirma sua vontade de punitividade expandido suas malhas punitivas através da incorporação de categorias inquisitórias que deram maior "dinamização" e "eficiência", eficiência que será o marco discursivo do Processo Penal de drogas na América Latina.

Com a emergência de um modelo de gestão *pós-panoptico*[13] de vigilância e controle no contexto de *modernidade líquida*, (BAUMAN, 2013), esta possibili-

13. Pensar em um momento pós-panóptico, é pensar também numa vigilância que vem acompanhada com um grau tão intenso de perda da privacidade do indivíduo, redu-

dade de dinamização da atuação persecutória em nosso momento de modernidade líquida se estrutura como uma necessidade de, não só expandir, mas também adaptar o controle social penal de forma a torná-lo cada vez mais técnico/fluido e longe da rigidez da legalidade garantista. As estratégias inquisitórias vêm na linha de obtenção de maior flexibilidade frente à dureza e pouca "eficiência" punitiva do sistema acusatório.

Institutos como a delação premiada,[14] lugar privilegiado de produção de provas na inquisição, bem como, na lógica de repressão às drogas, nos mostram a aproximação destes dois momentos históricos no que tange a produção da verdade. Além do mais, há a possibilidade de incriminação por atitudes que se configuram como meros atos preparatórios e a incriminação de categorias como "associação para o tráfico"[15] de difícil conceituação, mas que na lógica punitiva acaba servindo como um lócus de aumento do poder punitivo ao estabelecer nova alternativa de possibilidade de incriminação. Assim, observa-se que a lógica punitiva adentra o sistema penal, sendo o Processo Penal bastante influenciado pelo inquisitorialismo e pelo ataque a ideia de um juiz distante do processo para aproximá-lo do juiz gestor das provas, que têm a função de combater a criminalidade através dos instrumentos penais e processuais penais.[16]

Esta contradição entre uma Constituição democrática e o CPP, segundo o pensamento *garantista* (FERRAJOLI, 2006), deveria ser resolvida pela inaplicabilidade dos dispositivos processuais por serem materialmente incompatíveis

---

zido de cidadão a mero consumidor, que irá revolucionar as estratégias de vigilância, bem como a possibilidade de extração de provas, inclusive às custas do sacrifício cada vez maior de direitos fundamentais como o direito à intimidade e à vida privada.

14. Prevista em nossa Lei de Drogas no art. 41: "O indiciado ou acusado que colaborar voluntariamente com a investigação policial e o processo criminal na identificação dos demais co-autores ou partícipes do crime e na recuperação total ou parcial do produto do crime, no caso de condenação, terá pena reduzida de um terço a dois terços".

15. Art. 35. "Associarem-se duas ou mais pessoas para o fim de praticar, reiteradamente ou não, qualquer dos crimes previstos nos arts. 33, *caput* e § 1.º, e 34 desta Lei: Pena – reclusão, de 3 (três) a 10 (dez) anos, e pagamento de 700 (setecentos) a 1.200 (mil e duzentos) dias-multa".

16. "No choque de premissas, a inquisitoriedade tem sua faceta mais acentuada no princípio da verdade real, no que defende a ilusória crença na verdade única e que o magistrado, em sua atuação processual, deve arrancá-la das versões apresentadas pelas partes, testemunhos e demais elementos de provas" (BIZZOTO, RODRIGUES, QUEIROZ, 2010, p. 183).

com a Constituição e, portanto, inválidos. Assim as premissas inquisitoriais deveriam ser declaradas de pronto inconstitucionais, ou em caso de permanecia deles, que fossem usados apenas no sentido garantista de reafirmar uma lógica de defesa do réu e pro liberdade, de forma que, uma atuação de oficial do magistrado só se daria para garantir a liberdade do cidadão. Apesar desta retórica humanista que se inseriu no pós-88, nossa prática processual guarda muitos dispositivos que ainda têm plena aplicabilidade jurídica não pairando declaração de inconstitucionalidade sobre eles e que seguem esta lógica inquisitorial. Para além destes dispositivos no CPP, a legislação de drogas inova ao trazer vários dispositivos que reafirmam a lógica inquisitiva. Começa-se primeiramente pela sua característica de descodificação (CARVALHO, 2013), que instaura uma racionalidade própria diferente do CPP e que dá contornos específicos à gestão processual em termos de drogas. Esta racionalidade própria consolida um grau de inquisitorialismo bem maior do que o vigente no Código de Processo Penal.

Neste sentido, o Processo Penal possui, como sabemos, duas fases. Uma delas investigativa perante os órgãos administrativos com lampejos de incidentes judiciais como "medidas cautelares de natureza pessoal ou real, medidas investigatórias que dependam de verificação judicial" (BIZOTTO, RODRIGUES, QUEIRÓZ, 2010, p. 182). Esta primeira fase investigativa tem natureza inquisitiva e chama-se Inquérito Policial. A segunda será de forma judicial que se dá de forma a respeitar o contraditório e a ampla defesa, com um juiz equidistante das partes e tem natureza, conforme argumenta o discurso oficial jurídico processual, eminentemente acusatória.

Segundo os referidos autores, vemos que é na fase investigativa que mais se assentam as matizes autoritárias do nosso processo penal, pois nele vemos o grau de inquisitorialismo bem maior por ser, inclusive dentro do discurso oficial, um procedimento de natureza inquisitório. "O processo penal brasileiro está contaminado pela índole autoritária do Código de Processo Penal. O inquérito está inserido neste contexto. Ali o investigado é tratado como um objeto e não um ser humano que é" (BIZOTTO, RODRIGUES e QUEIRÓZ 2010, p. 188).

Neste sentido, vemos a exacerbação desta característica, já autoritária no CPP, em nossa Lei de Drogas que consegue ampliar, e muito, o grau de inquisitorialismo do processo investigativo geral, já bastante autoritário. Como exemplo vemos a dilatação desnecessária do prazo para o término do inquérito policial em caso de acusado preso, que no CPP (art. 10) é de 10 dias e na nova Lei de Drogas (art. 51) é de 30 dias. Na prática, esta ampliação que se dá no prazo para conclusão com o acusado preso é um alargamento desnecessário do

tempo de prisão do mesmo, contribuindo para o prolongamento do processo quando o acusado está preso, pois retarda a incidência de uma alegação de falta de justa causa que ensejaria a liberdade provisória do mesmo quando ocorresse o término do inquérito e início da fase judicial e a sua prisão não mais representasse um perigo à instrução criminal na fase judicial.[17]

Outro ponto de destaque foram as possibilidades investigatórias, bastante questionáveis, diga-se de passagem, introduzidas pelos dispositivos processuais da nova Lei de Drogas, de forma a deixar mais eficiente a investigação policial.[18] Neste sentido, destacamos a possibilidade de infiltração de agentes policiais em organizações criminosas e o flagrante postergado incluídos em nosso ordenamento jurídico processual sobre drogas pelo art. 53 da lei em comento.[19] Como observa-se dos dispositivos normativos indicados nestes artigos, vemos que para sua incidência é necessária a oitiva do Ministério Público e a autorização judicial.

17. Se é verdade que o juiz possui liberdade para, conforme o princípio da livre motivação fundamentada, estabelecer as prisões cautelares durante todo o processo e inclusive após a decisão de mérito, na prática vemos que muitas vezes a mesma prisão se dá em virtude da necessidade de observância do respeito ao processo investigativo estando incluído dentro do motivo da conveniência da instrução criminal. Assim, estando esta necessidade vinculada apenas as necessidades investigativas da primeira fase, ou seja o inquérito, e não havendo mais perigo à fase judicial ensejaria, com que com o termino do mesmo, a justa causa para liberdade provisória do réu após concluída esta fase administrativa. Com um prazo extremamente dilatado de conclusão deste inquérito vemos que atrasa-se também a possibilidade de utilização deste argumento por parte da defesa do réu no momento do termino do processo investigativo policial.

18. Em verdade, tal dispositivo normativo segue a linha da Lei 9.034 que dipõe sobre o crime organizado, tais dispositivos são inovações na nossa tradição jurídico-processual sendo tributável do direito anglo-norte-americano. Logo, constituiem-se como objeto estranho a nossa cultura jurídica.

19. Art. 53. Em qualquer fase da persecução criminal relativa aos crimes previstos nesta Lei, são permitidos, além dos previstos em lei, mediante autorização judicial e ouvido o Ministério Público, os seguintes procedimentos investigatórios: I – a infiltração por agentes de polícia, em tarefas de investigação, constituída pelos órgãos especializados pertinentes; II – a não atuação policial sobre os portadores de drogas, seus precursores químicos ou outros produtos utilizados em sua produção, que se encontrem no território brasileiro, com a finalidade de identificar e responsabilizar maior número de integrantes de operações de tráfico e distribuição, sem prejuízo da ação penal cabível. Parágrafo único. Na hipótese do inciso II deste artigo, a autorização será concedida desde que sejam conhecidos o itinerário provável e a identificação dos agentes do delito ou de colaboradores.

> Em qualquer momento da persecução criminal relativa aos crimes previstos na Lei 11.343/06 serão permitidas atuações policiais de infiltração e de monitoramento de situações de flagrante, prolongando o flagrante no tempo, aos moldes da Lei 9.034/95. Ambas as ações exige autorização judicial com prévia audição do Ministério Público sobre a representação policial (BIZOTTO, RODRIGUES e QUIROZ, 2010, p. 199).

Esta possibilidade instaura um nível inquisitório elevado em termos de investigação sobre delitos relacionados às drogas. Tanto por lançar a atividade policial num grau de discriscionarismo policial alarmante em que o adentramento da lógica investigativa pode distorcer cada vez mais os princípios da investigação policial democrática, quanto por colocar o investigador em proximidade tão grande com os fatos investigados que acaba, com a impregnação das características subjetivas do investigador na atividade investigatória, comprometendo a investigação pela sua possível parcialidade condicionada pela confusão entre investigador e investigação.

Além do mais o inquérito policial que deveria em tese, por ser inquisitivo, ter apenas lampejos de atuação judicial, faz com que aumente a necessidade de participação do juiz no inquérito, aumentando o contato do juiz com a verdade produzida pela investigação. Se, conforme argumentam Bizzoto, Rodrigues e Queiróz, os dispositivos inquisitoriais que ainda permanecem em nosso ordenamento jurídico devem ser ressignificados à luz do *garatismo* constitucional de modo que houvesse apenas controle dos excessos policiais, nós concordamos com Salo de Carvalho (2013) que sendo a punição meta-regra de atuação das agências penais, os vazios legais são rapidamente preenchidos com a lógica punitiva, fazendo com que não seja difícil imaginar que a autoimagem projetada pela *vontade de punição* imprima no magistrado uma verdade preconcebida antes mesmo da instrução processual, sendo o magistrado um verdadeiro agente policial de direção, comprometendo drasticamente a imparcialidade do magistrado.

Outra crítica que se dirige, em especial, à atuação de infiltração de agentes do Estado em organização criminosa é o fato desta medida ser de grande crítica principalmente sob o aspecto moral, pois na prática, para ter o efeito desejado será necessário dar ao agente a possibilidade de cometer atos ilícitos, o que seria impossível juridicamente, além de haver sempre a possibilidade de ocorrer induzimento ao flagrante pelo agente o que tornaria tal prova ilícita.

> Enquanto não traçados legalmente os limites do agente infiltrado, temerária seria a utilização deste instituto, podendo o profissional que ousar dar concretude a infiltração ser responsabilizado administrativamente e até

> mesmo penalmente devido a falta de amparo estrutural. Pondera-se ainda que a infiltração poderá colocar em risco a vida de inocentes e criar situações de difíceis soluções na vida prática. Mas parece que o legislador entrou na onda das forças tarefas para dar muitos sobsídios a mídia e poucos resultados de efetiva proteção social (BIZOTTO, RODRIGUES, QUEIROZ, 2010, p. 199).

Logo, não querendo esgotar o tema, vemos a proliferação de dispositivos inquisitórios em nossa Lei de Drogas, que aproximam nosso controle social sobre drogas de um controle social de exceção. Além de nosso histórico Processo Penal inquisitório, que nem mesmo nossa Constituição foi capaz de superar por completo, o discurso midiático perigosista que se prolifera graças à demonização do tráfico de drogas inseriu em nosso processo penal dispositivos outros que nos aproxima cada vez mais de um modelo de processo inquisitório.

5. IMPACTO DA LEI DE DROGAS NO SUPERENCARCERAMENTO NACIONAL: O RETRATO DA CAÇA ÀS BRUXAS DE NOSSA ÉPOCA

A maior prova de que o sistema de controle social de drogas no Brasil se mostra como autoritário e inquisitorial, não respeitando as garantias processuais do acusado de crimes relacionados às drogas, é o processo de exclusão social e de marginalização que as juventudes negras, pobres e periféricas sofrem com o sistema penal desigual, responsável último pelo controle social em termos de drogas. A escolha política de regular a questão das drogas como um caso de segurança pública acaba por surtir efeitos bem mais danosos do que os males causados pelo abuso de drogas pois acaba constituindo a violência do mercado ilegal, que se torna violento em virtude de sua ilegalidade (MISSE, 2006).

Dados do Infopen e do CNJ nos mostram o quão grande é a influência dos crimes relacionados à proibição das drogas na composição da população carcerária nacional o que nos torna um dos países mais encarceradores do mundo, e o gral de exclusão social sob a qual é estruturada a política de drogas nacional. Neste sentido, dados do CNJ (2014), demonstram que o Brasil é o terceiro país que mais encarcera no mundo, quando contamos as prisões domiciliares, perdendo neste quesito apenas para dos EUA[20] e China. Segundo os dados ob-

20. Neste sentido, há de se ressaltar que os EUA, o grande impulsionador das políticas proibicionistas no mundo, também sofre bastante com os efeitos da guerra às drogas em sua população carcerária que é a maior do mundo. Neste sentido, Wacquant descreve o processo de encarceramento mássico que resultaria no que costuma-se

tidos nesta pesquisa, a população carcerária brasileira é de 711.463 presos[21] em um sistema prisional com vagas para apenas 357.219 indivíduos. Outro dado importante são os 373.991 de mandados de prisão que estão em aberto no Banco Nacional de Mandados de Prisão. É importante destacar que caso sejam cumpridos tais mandados nossa população carcerária chegaria a um total de 1.085.454 de pessoas.

Boa parte deste impacto que a Lei de Drogas tem neste super encarceramento nacional se deve a situações conjunturais do sistema penal como um todo, que é feito para aprisionar preferencialmente as pessoas mais vulneráveis da era do capitalismo. Desta forma, observamos que os delitos relacionados à proibição de drogas é a segunda maior causa de encarceramento entre homens e a maior entre mulheres.[22] Deve-se observar o impacto da nova Lei de Drogas no quadro de super encarceramento nacional quando vemos que do ano de 2005, ano anterior à entrada em vigor desta lei, ao ano de 2014 ocorreu um crescimento de 344,8% (CONECTAS, 2014).

Conforme há muito vêm denunciando várias correntes de pensamento dentro das ciências sociais e jurídicas, aproveitando muito dos pressupostos da Criminologia Crítica (BATISTA, 2012; ANDRADE, 2012), a produção da criminalidade do tráfico e de sua consequente repressão se dá em virtude de sua produção a partir dos processos de criminalização primária e secundária realizada pelos órgãos do sistema penal. Assim, a desigualdade do sistema se dá tanto na elaboração das leis, quanto na atuação concreta do sistema penal

---

chamar de "era do grande encarceramento", tendo a política de drogas um fator fundamental neste processo. "Se o número de detentos americanos quadruplicou após meados dos anos 70 enquanto a criminalidade quase não aumentou, é que o recurso ao encarceramento alargou-se e banalizou-se. Ao longo dos anos, a detenção foi aplicada com uma freqüência e uma severidade crescentes ao conjunto de delinqüentes, pequenos ou grandes, e de criminosos, perigosos ou não. Como o prova o fato de que a proporção de autores de crimes violentos entre as pessoas que vão para trás das grades das prisões estaduais caiu de 50% em 1980 a menos de 27% em 1992, enquanto a parte dos condenados por comércio ou consumo de drogas saltou de 7% para 29%" (WACQUANT, 1999, p. 44).

21. Os dados acima citados do CNJ (2014) considera os 563.526 presos em unidades prisionais do país contando também com os 147.937 em regime de prisão domiciliar.

22. Assim, o delito de tráfico corresponde a 20% da população carcerária masculina, perdendo apenas para o crime de roubo que totaliza 113.522 presos. Quando observamos a população carcerária feminina vemos 12.312 mulheres estão presas por crimes relacionados à criminalização das drogas, ou seja, 59% das mulheres presas no Brasil (BRASIL, 2009).

(BARATTA, 2011). O sistema penal é essencialmente um sistema excludente que reproduz a desigualdade estrutural fazendo com que haja a necessidade de maior controle da criminalidade das classes populares, que produzem mais risco ao capital (SANTORO, 2002).

Um ponto de grande conexão é o caráter sexista destes dois momentos de autoritarismo se dirigindo com especial atenção na repressão às mulheres. Como a Santa Inquisição que cai com grande peso sob os corpos das mulheres que não se adequavam a lógica social vigente, a guerra às drogas também vitima de forma bastante especial as mulheres pobres, pois se é maior o número de homens encarcerados por tráfico de drogas devemos lembrar que, pelos dados apontados acima, é super representativa a presença de mulheres presas por tráfico. Além do mais, o fato do nosso sistema carcerário ser estruturado numa lógica patriarcal e projetado para homens guarda um caráter essencialmente excludente para as mulheres presas, principalmente mães. O caráter excludente da proibição às drogas e o efeito aos direitos humanos das mulheres presas é algo que é bastante denunciado por vários pesquisadores críticos deste mecanismo excludente e opressor, sendo uma realidade tanto nacional (BOITEUX, 2014; OLIVEIRA, OLIVEIRA, 2015), quanto global (MALINOWSKA-SEMPRUCH e RYCHKOVA, 2015). Esta realidade foi reconhecida inclusive pela Organização das Nações Unidas através do Committee on the Elimination of Discrimination Against Women – CEDAW (2012).[23]

Além desta perspectiva de controle social excludente estruturalmente ligado a atuação do sistema penal como um todo, desde o momento de criminalização primária (produção das lei criminalizadoras) até a criminalização secundária (atuação dos órgãos repressivos e judiciais). Ocorre que a lógica inquisitorial se manifesta nos dois momentos por ser verdadeira meta-regra de atuação penal e vir no sentido de dar maior dinamização a vontade de punição, sendo um fator determinante na estruturação de dispositivos inquisitoriais na legislação e de sua posterior aplicação sob a lógica da *vontade de punição*.

Assim, fica óbvia a análise do Processo Penal nacional que a lógica inquisitorial se mostra presente em figuras jurídicas que introduzem um verdadeiro Estado de Exceção permanente, mediado por um controle social sob a retórica

23. "The Committee expresses its concern about the significant increase in the number of women and girls in prison in the State party. It takes note that a large proportion of them have been imprisoned for committing drug trafficking related offences, in particular for having transported drugs (mules) at the request of their partners"(2012, p. 8-9).

do inimigo e que colocam a figura garantista de um juiz equidistante das partes como uma obstáculo a obtenção da verdade condenatória viabilizado pelos pânicos morais comuns ao capitalismo.

Assim como a caça às bruxas, viabilizada pelo pleno vigor da lógica inquisitiva no Direito Processual Penal da época, vemos um sistema criminal integrado de um projeto maximizador punitivo através da lógica de guerra às drogas. A aproximação inquisitória é apenas um indicio da aproximação entre estes dois mecanismos de controle social, pois os dois se convertem, cada um em seu tempo, no carro chefe dos projetos punitivos de sua época. A lógica genocida se repete nas duas tendo alto potencial de morte em dois sistemas estruturados sob a exclusão e a declaração de guerra sobre determinadas categorias de comportamentos que fossem afronta a moral de seu momento histórico.

6. Conclusão

Como conclusão, observa-se a lógica excludente que o sistema proibicionista estruturou no modelo descodificado de gestão penal de drogas imprimindo uma racionalidade punitiva caracterizada pelo inquisitorialismo processual penal, unido a um direito penal do autor e a um modelo político criminal expansionista.

Por tudo o exposto vemos que, apesar da retórica humanista que se instalou pós-Revolução Francesa, nosso sistema processual penal guarda muito do autoritarismo inquisitorial mascarado sob a retórica de um sistema acusatório e democrático. Vemos a persistência da lógica inquisitorial quando observamos a estruturação do nosso sistema processual penal, se tornando ainda mais evidente quando vemos os dispositivos processuais da Lei de Drogas.

Assim, quando da análise mais aprofundada dos dispositivos processuais de nosso sistema processual penal vemos que longe de ser um sistema acusatório, o mesmo se estrutura sob a forma de um modelo inquisitivo concedendo amplos poderes de gestão de provas para o juiz que participa ativamente da construção da verdade processual a qual em seguida julgará.

A ideia de uma busca da verdade real, princípio reitor do Direito Processual pátrio, dá uma guinada inquisitorial em nosso sistema processual. Conceito de verdade real e sua pretensão de reconstituição, a partir de uma posição definitiva, na verdade cai na mesma ilusão que padece a ciência positivista moderna. A pretensão de uma verdade última a muito vem sendo criticada, inclusive nas ciências tidas como exatas, sendo uma pretensão que a muito o pensamento nietzschiano vem desconstruindo. Tal pretensão de reduzir a pluralidade

interpretativa a uma única e última verdade ignora a realidade e seu aspecto complexo e rizomatico.

Além disto, os dispositivos que concedem amplas possibilidades de gestão da prova em nosso sistema processual também ajudam bastante na estruturação de um sistema processual penal inquisitório. É importante lembrar que nosso CPP vem de inspiração do código fascista de Rocco.

Se quando analisamos o CPP a lógica inquisitorial se faz presente, quando analisamos a nossa atual Lei de Drogas ela salta aos olhos concedendo ao juiz um local de destaque na produção de provas com o poder de alterar inclusive a realidade que será revelada nos autos. A possibilidade de infiltração de agentes policiais e de flagrante postergado nos remete a possibilidade de modificação de uma realidade com o investigador agindo diretamente para a modificação do objeto investigado, moldando também a verdade real.

As aproximações entre o sistema inquisitivo, o direito penal do autor e um modelo político criminal de intervenção máxima forma o tripé de um sistema penal estruturado sob o signo do autoritarismo. Estas características estão presentes tanto no modelo penal da Santa Inquisição, quanto na atual guerra às drogas.

Os resultados da atual política proibicionista também apontam para que enxerguemos nela a peça chave de um sistema penal autoritário, de medida parecida com a lógica da caça às bruxas, vemos assim também legitimações teóricas como o direito penal do inimigo que vem dar legitimidade discursiva para o aparato penal proibicionista de forma a justificá-lo em seu autoritarismo.

7. REFERÊNCIAS

ACHUTTI, Daniel Silva. *A crise do processo penal na sociedade contemporânea: uma análise a partir das novas formas de administração da justiça criminal.* Dissertação de Mestrado 127 *f.* Porto Alegre: PUCRS, 2006. Disponível em: [http://repositorio.pucrs.br/dspace/handle/10923/1775#preview]. Acesso em: 20 jul. 2016.

ANDRADE, Vera Regina Pereira de. *Pelas Mãos da Criminologia: O Controle Penal Para Além da Desilusão.* Rio de Janeiro: Revan, 2012.

AGAMBEN, Giorgio. *Estado de exceção.* Tradução: Iraci D. Poleti. São Paulo: Boitempo, 2004.

ARMBORST, Aline Frare. *A atuação instrutória do juiz no Processo Penal brasileiro à luz do sistema acusatório.* Monografia. Porto Alegre: PUCRS, 2008. Disponível em: [www3.pucrs.br/pucrs/files/uni/poa/direito/graduacao/tcc/tcc2/trabalhos2008_2/aline_frare.pdf].

BARATTA, Alessandro. *Criminologia Crítica e Crítica do Direito Penal*. Rio de Janeiro: Revan, 2011.

BATISTA, Nilo. *Introdução crítica ao Direito Penal brasileiro*. Rio de Janeiro: Revan, 2007.

BATISTA, Vera Malagute. *Difíceis ganhos fáceis: drogas e juventude pobre no Rio de Janeiro*. Rio de Janeiro: Revan, 2003.

_____. *Introdução Critica à Criminologia Brasileira*. 2. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2012.

BAUMAN, Zygmunt. *Vigilância liquida*. Rio de Janeiro: Editora Zahar, 2013.

BECARIA, Cesare. *Dos delitos e das penas*. Campinas: Russel, 2006.

BENJAMIN, Walter. Crítica da Violência – Crítica do Poder. In: BENJAMIN, Walter. *Documentos de Cultura, Documentos de Barbárie*. Trad. Willi Bolle. São Paulo: Cultrix-Edusp, 1986.

BLOCH, Ernst. *Derecho natural y dignidad humana*. Trad. Felipe Gonzalez Vicén. Madrid: Dykinson, 2011.

BRASIL. *Lei Ordinária nº 11.343*, de 23 de agosto de 2006. Lei de Tóxicos. Disponível em: [www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/lei/l11343.htm]. Acesso em: 29 mar. 2015.

_____. *Constituição da República Federativa do Brasil (1988)*. Vade Mecum. São Paulo: Saraiva, 2013.

_____. Conselho Nacional do Ministério Público. *A visão do Ministério Público brasileiro sobre o sistema prisional brasileiro*. – Brasília: CNMP, 2013. Disponível em: [www2.cnmp.mp.br/portal/images/portal2013/noticias/2013/Sistema%20Prisio.nal_web_final_2.pdf]. Acesso em: 15 jul. 2015.

_____. *Mapa do Encarceramento: os jovens do Brasil*. Presidência da República. Secretaria Geral da Presidência da República e Secretaria Nacional de Juventude. Brasília: Presidência da República, 2015.

_____. Conselho Nacional de Justiça(CNJ). *Novo diagnóstico de pessoas presas no Brasil*. Brasília: DF, 2014. Disponível em: [www.cnj.jus.br/images/imprensa/diagnostico_de_pessoas_presas_correcao.pdf]. Acesso em: 25 nov. 2014.

_____. Ministério da Justiça (INFOPEN). *Sistema penitenciário no Brasil dados consolidados(2008)*. Disponível em: [http://portal.mj.gov.br/depen/data/Pages/MJC4D50EDBPTBRNN.htm]. Acesso em: 29 jul. 2015.

Sistema Integrado de Informação – Infopen, 2012. Disponível em: [www.infopen.gov.br/]. Acesso em: 15 jul. 2015.

CARVALHO, Salo de. *A política criminal de drogas no Brasil: estudo criminológico e dogmático*. 6 ed. São Paulo: Saraiva 2013.

_____. *Anti-manual de criminologia*. São Paulo: Saraiva, 2013.

CASSIRER, Ernst. *A filosofia do Iluminismo*. Campinas: Editora UNICAMP, 1994.

CONECTAS. *Mapa das prisões:* Novos dados do Ministério da Justiça retratam sistema falido. Disponível em: [www.conectas.org/pt/noticia/25378-mapa-das-prisoes]. Acesso em: 20 jul. 16.

COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. *Glosas ao "Verdade, dúvida e certeza", de Francesco Carnelutti.* Seminário Nacional "O Direito no III Milênio: Novos Direitos e Direitos Emergentes". Canoas: ULBRA, 1997. Disponível em: [http://emporiododireito.com.br/glosas-ao-verdade-duvida-e-certeza-de-francesco-carnelutti-por-jacinto-nelson-de-miranda-coutinho/]. Acesso em: 20 jul. 16.

_____. *Introdução aos princípios gerais do processo penal brasileiro.* Curitiba: Revista da Faculdade de Direito UFPR, 1998. Disponível em: [http://revistas.ufpr.br/direito/article/view/1892/1587]. Acesso em: 20 jul. 2016.

DELEUZE, Gilles; GUATTARI, Félix. 1995-1997. *Mil Platôs. Capitalismo e Esquizofrenia.* Rio de Janeiro: Editora 34, 1995.

FERRAJOLI, Luigi. *Direito e razão: teoria do garantismo penal.* Tradução Ana Paula. 2 ed. São Paulo: Ed. RT, 2006.

FOUCAULT, Michel. *A ordem do discurso aula inaugural no College France pronunciada em 2 de dezembro de 1970.*São Paulo: Edições Loyola, 2013.

_____. *A Verdade e as Formas Jurídicas.* 3. ed. Rio de Janeiro: Nau, 2009.

_____. *Em defesa da sociedade: curso no Collège de France (1975-1976).* São Paulo: Martins Fontes, 1999.

_____. *Vigiar e punir: nascimento da prisão.* 36. ed. Petrópolis: Vozes, 2013.

GRAMSCI, Antonio. *1891-1937 Cadernos do cárcere, volume 1.* Edição e tradução, Carlos Nelson Coutinho; coedição, Luiz Sérgio Henriques e Marco Aurélio Nogueira. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 1999.

HAWKING, Stephen. *Uma Breve história do tempo.* Rio de Janeiro: Rocco, 1988.

JAKOBS, Günther. *Sociedade, norma e pessoa.* Trad. Maurício Antonio Ribeiro Lopes. Barueri: Manole, 2003.

MALINOWSKA-SEMPRUCH, Kássia; RYCHKOVA, Olga. *The Impact of Drug Policy on Women.* Open Society Fundation, 2015. Disponível em: [www.opensocietyfoundations.org/sites/default/files/ungass-impact-drug-policy-women-20150507.pdf]. Acesso em: 15 out. 2015.

MANDROU, Robert. *Magistrados e Feiticeiros na França do século XVII.* São Paulo: Perspectiva, 1979.

MARX, Karl. *A Questão Judaica.* E-book Lusosofia: 1975. Disponível em: [www.lusosofia.net/textos/marx_questao_judaica.pdf]. Acesso em: 27 jul. 16.

MISSE, Michel. *Crime e violência no Brasil contemporâneo: Estudos de Sociologia do Crime e da Violência Urbana.* Lumen Juris: Rio de Janeiro, 2006.

NIETZSCHE, Friedrich. *Assim falou Zaratustra.* Martin Claret: 2007.

_____. *Crepúsculo dos ídolos.* São Paulo: Companhias das Letras, 2006.

_____. *Genealogia da moral: uma polêmica.* (GM) Trad. P. C. L. Souza. São Paulo: Companhia das Letras, 2010.

_____. *O nascimento da tragédia ou helenismo e pessimismo.* Editora Companhia das Letras, 2007.

OLIVEIRA, Neiva Afonso. *Rousseau e Rawls: contrato em duas vias.* Porto Alegre: Edioucrs, 2000.

OLIVEIRA, Lucas Lopes; OLIVEIRA, Shirleny. *Crítica ao modelo proibicionista frente ao superencarceramento feminino.* Anais do I Congresso de Criminologia(s) críticas(s), minimalismo(s) e abolicionismo(s). (org.) Thiago Hanney Medeiros de Souza, Thayara Castelo Branco. Porto Alegre: EDIPUCRS, 2015.

OLMO, Rosa del. *Las Drogas y sus Discursos.* In: Direito Criminal (05). PIERANGELI, José Erique (coord.). Belo Horizonte: Del Rey, 2004.

_____. *A face oculta da droga.* Rio de Janeiro: Revan, 1990.

ONU. Committee on the Elimination of Discrimination Against Women. *Concluding observations on Brazil.* 51st session, UN doc. no. CEDAW/C/BRA/CO/7, 23 February 2012.

RIBEIRO, Luziana Ramalho. *As formas jurídicas e a anormalidade.* Anais do 1° Congresso Internacional de Semiótica e Cultura (SEMICULT), 14 a 19 de setembro, 2014/Maria de Fátima Barbosa de Mesquita Batista (Org.) – João Pessoa: Mídia Gráfica e Editora, 2014.

RODRIGUES, Thiago. *Tráfico, Guerra, Proibição.* Edward MacRae e outros, Drogas e Cultura: novas perspectivas. Salvador: EDUFBA, 2008.

SANTORO, Emilio. *As Políticas Penais na Era da Globalização.* In: LYRA, Rubens Pinto. Direitos Humanos: os desafios para o século XXI. Brasília: Brasília Jurídica, 2002.

SCHMITT, Carl. *Teologia Política.* Belo Horizonte: Del Rey, 2006.

SILVA, Roberto Ferreira Archanjo. *Por uma teoria do Direito Processual Penal: organização sistêmica.* Tese de Doutorado. 332 *f.* São Paulo: PUCPS, 2009. Disponível em: [www.dominiopublico.gov.br/download/teste/arqs/cp112919.pdf].

TOSI, Giuseppe (org.). *Direitos humanos: história, teoria e prática.* João Pessoa, PB: UFPB, 2005.

TUCCI, Rogério Lauria. *Teoria do Direito Processual Penal: Jurisdição, Ação e Processo Penal (Estudo Sistemático).* São Paulo: Ed. RT, 2001.

WEBER, Max. *A "objetividade" do conhecimento na ciência social e na ciência política.* Metodologia das ciências sociais – Parte 1. 4. ed. São Paulo: Editora da Universidade Estadual de Campinas, 2001.

ZAFFARONI, Eugenio Raul. *O inimigo no Direito Penal.* Rio de Janeiro: Revan, 2007.

PESQUISAS DO EDITORIAL

Veja também Doutrina

- À luz da dignidade humana: o princípio da proporcionalidade e a concessão da benesse no crime de drogas, de Tereza Cristina Zabala – *RDCI* 94/49-74 (DTR\2016\4510);
- A posição do interrogatório no rito da Lei de Drogas e sua (in)compatibilidade com o processo penal constitucional: uma crítica à jurisprudência do TJRS, TRF4, STJ e STF, de Augusto Tarradt Vilela – *RBCCrim* 124/105-141 (DTR\2016\24296);
- Política criminal de drogas: uma crítica à abordagem proibicionista, de Gustavo de Carvalho Guadanhin e Leandro de Castro Gomes – *RBCCrim* 123/259-300 (DTR\2016\24036); e
- Uso de drogas e autonomia: limites jurídico-penais e bioéticos, de Gustavo Tozzi Coelho e Paulo Vinicius Sporleder de Souza – *RBCCrim* 126/67-108 (DTR\2016\24548).

Criminalização de uma cor: sistema punitivo como ferramenta de subjugação do indivíduo negro

Criminalization of a color: the subjugation of tool black people by the punitive system

Sara Luz

Bacharel em Direito pela Universidade Católica de Pernambuco. Advogada.
saraluz.adv@gmail.com

Recebido em: 20.09.2016
Aprovado em: 20.10.2016
Última versão autor: 01.11.2016

Área do Direito: Penal

Resumo: O trabalho evidencia o racismo que baliza as práticas do sistema punitivo, expondo que o indivíduo negro está mais vulnerável à incidência da máquina penal, na medida em que os mecanismos de rotulação e estigmatização trabalham no sentido de ratificar um paradigma social que vincula negritude com criminalidade, associando a subjetividade do indivíduo negro à ideia de marginalização, e, portanto, destinando a esse indivíduo um espaço de sujeição criminal. A pesquisa apresenta esses elementos a partir de dados empíricos decorrentes de observação etnográfica de quinze audiências nas varas criminais na cidade do Recife, no segundo semestre de 2015, cujos dados foram interpretados à luz da teoria do *labeling approach* e da sujeição criminal, concluindo que há um caminho que vai do racismo no âmbito social para o racismo institucional que manifesta-se no sistema penal.

Palavras-chave: Sistema punitivo - Racismo - Poder Judiciário - Sujeição criminal.

Abstract: The paper points racism as a structure in the punitive system practics. The authors show how black people are more vulnerable to the impact of criminal machine, in the way labelling mechanisms and stigmatization works to ratify a social paradigm that links blackness to criminality by associating the subjectivity of the black people to the idea of marginalization, and therefore, the destination of this individual is a criminal subjection place. The research presents those elements from a ethnografic work with observation of fifiteen criminal courts in Recife, Brazil, in the second semester of 2015, which variables were interpreted by labelling approach and criminal subjection, leading to the conclusion that exists racism from the social sphere up to the institucional, that is manifested in the criminal justice system.

Keywords: Punitive system - Racism - Judicial Power - Criminal subjection.

Luz, Sara. Criminalização de uma cor: sistema punitivo como ferramenta de subjugação do indivíduo negro. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. vol. 128. ano 25. p. 233-270. São Paulo: Ed. RT, fevereiro 2017.

SUMÁRIO: 1. Introdução. 2. Negritude e os embustes semânticos que a construíram. 2.1. Ser negro: identidade, negação e exclusão. 3. O "tipo social condenável": a sujeição criminal do indivíduo negro. 3.1. A construção do sujeito criminalizável. 3.1.1. Princípio do contraditório. 3.1.2. Princípio da presunção de inocência. 3.1.2.1. Expectativa criminal. 3.1.2.2. Acusação prevalecendo sobre a defesa. 3.1.3. Estereótipos. 3.1.3.1. Baixa escolaridade do réu. 3.1.3.2. Flagrante. 3.1.4. Da animalização e do desrespeito. 4. Considerações finais. 5. Referências.

1. INTRODUÇÃO

O sistema penal é o braço armado do Estado que se encontra à disposição de grupos privilegiados para manutenção de interesses próprios. De outro lado, no imaginário coletivo, o racismo implica constante suspeição direcionada ao negro, o que, no âmbito penal, esse racismo é incorporado pelos atores processuais, os quais, antes de tudo, são também entes sociais, que vivenciam, introjetam e reproduzem valores voltados à rotulação (SCHUR, 1971). A junção destes elementos leva à percepção de que o negro herda constante vigilância do sistema punitivo, pois tem a sua subjetividade atrelada ao desvio, o que termina por impor um lugar social de exclusão/marginalização, o lugar da "sujeição criminal" (MISSE, 1999).

Nesse sentido, o indivíduo negro tem sua identidade social formada sob as lentes da criminalização, visto que o assédio das instâncias penais recai sobre ele de uma forma mais incisiva e ultrajante, colocando a negritude numa posição de constante subjugação, uma jaula, um lugar de animalização e indignidade.

Por tudo isso, o sistema penal torna-se apenas mais uma ferramenta de subjugação do indivíduo negro, e descobrir até que ponto a máquina punitiva é uma ferramenta de perpetuação de desigualdades é também denunciá-la, desconstruindo a legitimidade e o poder dado a alguns grupos de operá-la, com intuito subjugar a outros. A finalidade, desse modo, é gritar, porque silenciar é compactuar com a barbárie histórica (que vem do período de escravidão até os dias atuais) e assentir os vilipêndios sociais dos quais o indivíduo negro está exposto. Afinal, já chega de "ir pro tronco" todos os dias, de apanhar, sangrar, morrer, sofrer e implorar invisibilizados! O que se quer é mudar o verbo, empoderar o negro, destruir "o tronco", "abolir a escravidão", o que se quer é dignidade e respeito, ninguém está pedindo comiseração, mas sim o direito negado à igualdade de fato, sem qualquer obstrução.

E em busca da igualdade de fato, faz-se um chamamento: o chamamento é, portanto, provocar e resistir, com palavras, posturas, simbologias e com toda

força de reação político-social, é para a crítica que tira dos olhos a cegueira e para desconstruir os muros da exclusão, o chamamento está feito.

2. Negritude e os embustes semânticos que a construíram

"Eu era ao mesmo tempo responsável pelo meu corpo, responsável pela minha raça, pelos meus ancestrais" (FANON, 2008, p. 105).

Antes de tudo, é preciso definir racismo e falar dos seus desdobramentos no seio social. O racismo é uma ideologia que se realiza nas relações entre pessoas e grupos, no desenho e desenvolvimento das políticas públicas, nas estruturas de governo e nas formas de organização dos estados. Ou seja, trata-se de um fenômeno de abrangência ampla e complexa que penetra e participa da cultura, da política e da ética. Para isso, requisita uma série de instrumentos capazes de mover processos em favor de seus interesses e necessidades de continuidade, mantendo e perpetuando privilégios e hegemonias (GOMES, 2013).

Por sua ampla e complexa atuação, o racismo pode ser reconhecido também como um sistema, uma vez que se organiza e se desenvolve através de estruturas, políticas, práticas e normas capazes de definir oportunidades e valores para pessoas e populações a partir de sua aparência, atuando em diferentes níveis: pessoal, interpessoal e institucional (ONU, 2015).

É necessário também tratar do caráter humanístico:

> E, por favor, vamos deixar de lado esse blá-blá-blá inócuo que gira em torno da descaracterização do racismo pela inexistência de raças humanas [...]. Que as raças humanas são uma criação da política – e não da natureza – instrumentalizadas para a nossa subjugação, mais do que ninguém já o sabemos. [...] Sim, o racismo existe. Existe e produz efeitos; cria assimetrias sociais; delimita expectativas e potencialidades; define os espaços a serem ocupados pelos indivíduos; fratura identidades; é o fiel da balança que determina a continuidade da vida ou da morte das pessoas. (FLAUZINA, 2006, p. 12)

O racismo é, portanto, uma filosofia de depreciação dos indivíduos que se dá em função de sua etnia, incidindo de maneira voraz sobre o indivíduo negro e que, no Brasil, tem raízes históricas, fundadas na escravidão – prática colonial cujas assimetrias provocadas não se conseguiu superar por completo. E o fato da escravidão no país ter tido um cunho étnico, o negro carrega até hoje a mácula da deterioração social que ela provocou.

Em fins do século XIX, a era colonial via-se falida. Finda a escravidão, um novo mundo, regido por uma nova ordem econômica, surgia, mas o que fazer

com os negros? Uma vez que não eram mão de obra, pois os imigrantes europeus haviam ocupado esse espaço, afastados da ideia de trabalho e ainda muito longe de um espaço de cidadania, precisavam ter seus "lugares sociais" redefinidos, sem que esse lugar ameaçasse a hegemonia dos indivíduos brancos.

Foi neste contexto de "realocação social" do negro que já no início do século XX surgiram os estudos de Gilberto Freyre, que:

> Condensaram um desejo do Estado Varguista de apagar simbolicamente os conflitos e construir um discurso de harmonia, mestiçagem e democracia. Nestes estudos, que legitimam a ordem social desigual ao passo que forjam o sentimento de uma comunidade nacional. (GOMES, 2013, p. 26).

E é assim que se dá o surgimento do que ficou conhecido como "mito da democracia racial", que trouxe desdobramentos ainda mais nefandos do ponto de vista étnico, pois tentou silenciar a denúncia da opressão a qual estava submetido este indivíduo, pior, negou uma construção histórica de inferioridade racial, que justificava, inclusive, a escravidão.

Mas não somente. A questão racial é também discutida por diferentes recortes, como fazem, por exemplo, Darcy Ribeiro (1995, p. 22), para quem a estruturação societária do Brasil foi inaugurada numa organização fundada no escravagismo e uma servidão ao mercado mundial, com profundas distâncias sociais, "gerada pelo tipo de estratificação que o próprio processo de formação nacional produziu"; e Sérgio Buarque de Holanda (1956, p. 114) que aponta o modelo patriarcal como uma estrutura onde irá ser calcada a vida política brasileira, como um legado colonial, razão pela qual ele irá afirmar, na migração urbana que ocorre já no fim do Império, que "a mentalidade da Casa Grande invadiu assim as cidades" (HOLANDA, 1956, p. 114).

Revestindo o racismo de aparatos dissimuladores convenientes à prevalência dele, "pois estamos numa terra em que a harmonia entre as raças não é elemento agregado, mas pressuposto *sine qua non* para a dominação." (FLAUZINA, 2006, p. 35).

Vale conceituar aqui o "mito da democracia racial" ao qual se faz constante menção:

> O mito da democracia racial é considerado um dispositivo ideológico de reprodução das relações sociais, impedindo sua tematização pública. Efetiva-se através de duas formas de discurso: o desconhecimento ideológico das relações raciais e o não-dito racista. (SALES JÚNIOR, 2009. p. 15)

Fica evidente que se tenta arrefecer o discurso antirracista com a ideia de que "racismo não existe, é exagero, fruto de complexo de inferioridade, afinal somos mestiços, híbridos, plurais e iguais", toda vez que alguém tenta trazer à baila o tema e problematizá-lo com o devido rigor, se escuta o discurso "isso é vitimização", "também não é pra tanto", "tudo depende de como você encara as ofensas", "foi só uma piada" está caracterizada aí a noção de "desconhecimento ideológico", a ignorância passiva que acaba por deslocar o discurso racial para um âmbito de vulgaridade e pouca relevância, deslegitimando-o.

Por outro lado, o não dito racista é o pacto de silêncio, a passividade dissimulada entre os entes sociais, é a técnica de dizer alguma coisa sem, contudo, assumir a responsabilidade de tê-la dito (SALES JÚNIOR, 2009, p. 28), ou seja, o conjunto de símbolos que dizem claramente algo, mas que se procura não verbalizar.

Neste contexto conturbado surge também o discurso classista, que acaba sufocando a ideia de etnicidade e colocando o problema sob uma égide apenas econômica; sim, cor e classe se relacionam na vulnerabilização do indivíduo, porém atribuir apenas à classe essa inferiorização é mais um modo de negar a existência do racismo e assim deslegitimar o discurso de combate a ele.

E foi assim, buscando mascarar a existência do conflito étnico tão contundente, que se deu o advento do "mito da democracia racial", pois ao passo que mantinha as assimetrias entre negros e brancos, evitava o confronto direto entre eles, infelizmente, esta manobra vem prevalecendo até hoje através de estratagemas políticos de caráter estrutural.

Neste ínterim, faz-se imprescindível definir o negro, pois o conceito de mestiçagem; mistura e sincretismo, muito comum no Brasil, trouxe o embuste semântico de que não temos etnia, e por isso não somos discriminados em função dela.

2.1 Ser negro: identidade, negação e exclusão

Para fins do estudo, a conceituação do negro tomará como diretriz a definição da carta de princípios do Movimento Negro Unificado (GOMES, 2013, p. 53) que diz: "[...] entendendo como negro todo aquele que possui na cor da pele, no rosto ou nos cabelos, sinais característicos dessa raça." Apesar de parecer extremamente reducionista, essa definição é relevante para evidenciar que apesar da negritude ser algo bem mais amplo, é sobre estes que carregam no fenótipo as características negroides que incide de forma mais vil o peso do racismo, é sobre esses que recai a mácula da exclusão, da "marginalização", da negação e é por isso que são eles os escolhidos para pautar a pesquisa.

Definição esta, que dentro do contexto brasileiro de racismo, se aproxima da ideia de "racismo de marca" do sociólogo paulistano Oracy Nogueira, que consiste no fato de o preconceito incidir sobre o indivíduo em função de suas características físicas, seus traços, ao contrário do "racismo de origem" onde o indivíduo é preconceituado pela ascendência, pelo sangue, em suma, pela origem.

Pois bem, no Brasil predomina o "racismo de marca", ou seja, as características físicas são determinantes na incidência ou não da discriminação – processo de marginalização social e cultural imposta a um indivíduo ou a um grupo de indivíduos. Em outras palavras, é a presença/ausência dos traços negroides que vão determinar a incidência ou não do preconceito.

Mas não é só a política que determina esse tipo de "crença", a formação do povo brasileiro também é fundamental para elucidar o porquê dessa ideologia ter prosperado tanto, um povo que tem a ascendência fundamentada no binômio de senhor (branco) e de escravo (negro) tem muito a dizer sobre o racismo, muito a dizer sobre os privilégios sociais que rondam determinada etnia e os dissabores que insistem em aviltar outras.

É evidente que a "democracia", no sentido próximo de igualdade – econômica, política, cultural e étnica – não existe, pois a sociedade brasileira foi construída sob a égide da escravidão, e com a finalidade de manter a submissão dos negros em relação aos brancos é que foi cuidadosamente orquestrada em todo período em que teve de passar por transformações.

Esse "mito da democracia racial" foi criado para atender determinados interesses, de estratos sociais que não admitiam a igualdade entre negros e brancos e, quando superadas as questões como intelectualidade, capacidade e espiritualidade para diferenciá-los, esgotaram-se os subterfúgios, porém restou a 'cor', que ainda pesa sobre as relações de "casa grande" e "senzala".

Outra característica do racismo nacional é a persistente perspectiva de branqueamento/clareamento, durante muito tempo foi voltada para o sentido de afastar da realidade nacional aquilo que era considerado involuído, a negritude, em todos seus aspectos, culturais, estéticos e personalísticos.

Esse comportamento foi adotado até pelo próprio negro, que à medida que introjetava os valores brancos se desfazia dos seus; alguns numa luta desesperada pela inclusão, outros pelo instinto de autopreservação, para se revestir de imunidade em relação ao preconceito racial.

As constantes negações dos indivíduos negros são gritantes, exemplo disso dá-se no próprio âmbito da educação, a escola que deveria ser um lugar de inserção social, visto que tem o poder de ratificar ou destruir rótulos simbolicamente, através da crítica; é a primeira a fortalecer paradigmas de exclusão.

Prova disso é o fato de o negro ter tido sua história negada, como forma de alienação, isto porque, apenas a Lei 10.639/2003 tornou obrigatório o ensino da cultura afro-brasileira nas escolas, e o ensino da importância do negro na formação nacional.

Até então a criança negra crescia vendo o indivíduo negro sendo representado na história como um mero escravo, mercadoria, submisso, fraco, com quem é tão desagradável se identificar, numa perspectiva de desvalorização, visto que a importância da cultura negra era omitida, resultando num claro monopólio cultural.

Pois, sabe-se que o ser humano é um ser social e que os recursos informacionais que ele possui o torna mais hábil em sua capacidade de intervenção, afinal, "o saber é ainda a mais poderosa arma contra a opressão" (SANTOS, 2014, p. 9). Uma educação que nega esse conteúdo é uma educação que corrobora com a opressão, é uma educação que em vez de libertar, subjuga.

A escola é ainda, infelizmente, um lugar de reprodução de "assimetrias sociais", em vez de ser o principal ambiente de disseminação de respeito e pluralidade cultural, uma vez que é de extrema relevância para a formação pessoal dos indivíduos e geralmente o lugar onde este se encontra pela primeira vez com um ambiente diferente do seu ambiente familiar.

Em vez disso, a escola ainda é um ambiente extremamente hostil, que delimita expectativas e reproduz as hierarquias étnicas e sociais, basta comparar os índices de analfabetismo e de acesso ao ensino superior entre negros e brancos para que fique gritado em números.

Em pesquisa recente sobre analfabetismo 1998-2008, realizada pelo Laboratório de análises econômicas, históricas, sociais e estatísticas das relações raciais (Laeser) (MORAES, 2013, p. 66), da UFRJ, observa-se o mesmo tipo de situação: uma queda sensível da taxa de analfabetismo, sem que essa diminua as desigualdades entre negros e brancos, a saber, no período indicado, a queda do índice de analfabetos foi de 12,1% para 6, 2% para brancos com idade acima de quinze anos, e de 28,6% para 13,6% para pessoas negras com a mesma faixa etária, apesar da redução latente, o número de negros analfabetos ainda é mais que o dobro do número de brancos na mesma situação.

Esses números apenas retratam mais uma face da desigualdade entre negros e brancos no país, pois se a educação é a principal forma de transformação de realidades sociais díspares, a partir do momento em que o ambiente escolar se torna hostil a ponto de excluir o negro, limita também sua entrada no mercado de trabalho, sua perspectiva de ascensão social, dificulta seu acesso a cargos de poder, enfim, torna-se mais uma ferramenta de marginalização desse indivíduo.

Luz, Sara. Criminalização de uma cor: sistema punitivo como ferramenta de subjugação do indivíduo negro. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. vol. 128. ano 25. p. 233-270. São Paulo: Ed. RT, fevereiro 2017.

O indivíduo negro também está mais suscetível a diversos tipos de violências – simbólicas, físicas, morais etc. –, são os aviltamentos cotidianos que apesar de tão nítidos, são tão efusivamente negados, como os motivos que levam a um policial suspeitar e abordar um indivíduo preferencialmente negro, como o fato do negro não "preencher os requisitos" de uma vaga de trabalho, mesmo quando tem qualificação para tal, como o fato da população negra povoar com mais efetividade o cárcere, os obituários e as páginas policiais.

> [...] O grupo composto por jovens negros está mais sujeito a mortes violentas do que outros segmentos populacionais. Segundo o Mapa de violência, nos homicídios ocorridos no período de 2002 a 2012 houve uma tendência geral de queda do número absoluto de mortes na população branca e aumento no número de mortes da população negra. O referido estudo calculou que no período de 2002 a 2012 foram vitimizados por homicídios 73% mais negros do que brancos. Já em relação à população jovem, o estudo calculou que o índice de vitimização de jovens negros (que em 2002 era de 79,9) em 2012 foi para 168,6. Ou seja, em 2012, para cada jovem branco que morreu assassinado, morreram 2,7 jovens negros. Nesse mesmo sentido, outra pesquisa do IPEA, mostrou que a proporção de 2,4 negros mortos para cada pessoa não negra, sendo que a maioria das mortes é provocada por armas de fogo. (BRASIL, 2015).

O que acontece é um verdadeiro genocídio consentido da população negra, o negro continua a ser negado, dizimado, sufocado, oprimido, como se o lugar ideal para esse indivíduo ocupar fosse um "não lugar". Um padrão nórdico de estética paira nesse país mestiço, e qualquer um que tente desafiá-lo é alvo de bombardeios, basta observar o processo de socialização escolar e percebe-se que as crianças negras são instadas, à base de muito escárnio, do ridículo e do hilariante, a desfazer-se de suas características negroides, pressão que continua durante toda vida, pois, como afirma o sociólogo Oracy Nogueira: "A hilariedade e o ridículo são ótimos condimentos para a ingestão do racismo". (SCHWARCZ, 2006)

A falta de representatividade também assola a população negra do país, o apelo midiático exclui claramente essa população, os entes sociais que detém poder raramente são negros, isso mostra expressivamente o anseio de excluir a população negra da vida sociocultural da nação.

Comum é ver o negro em subempregos, em cadeias, em posições de submissão em relação ao branco, e o trinômio educação, inserção e representação ainda é distante da realidade social desse negro e, por isso, é tão difícil ser negro, por esse motivo é tão comum crianças, adolescentes e até adultos negros

buscarem desesperadamente um padrão estético, moral, social e cultural que não lhes são próprios e que nunca irão atingir plenamente.

Um paradoxo se dá em relação à cultura, enquanto a cultura negra tem irrefutável participação no enriquecimento da cultura nacional, pois é uma tarefa árdua ignorá-la, a aceitação do elemento cultural não implica na aceitação do elemento humano, "o homem branco que aproveita as delícias da cultura negra, não obrigatoriamente enxerga como igual o homem negro". (SCHWARCZ, 2006)

Como consequência do processo descrito, percebe-se, também, uma "desapropriação cultural" do indivíduo negro, ou seja, enquanto é propalado que o que se relaciona com o negro é vil, e os próprios negros afastam-se da sua identidade para desvencilharem-se do preconceito atrelado a ela, a sociedade se apropria dos elementos culturais do indivíduo negro, transformando-os em cultura de exportação e patrimônio da humanidade, encontrando formas de dissociarem aquele elemento, considerado bom, da imagem do negro.

Assim, fica mais fácil continuar preconceituando e rotulando os indivíduos negros sem ser confrontado em relação aos padrões culturais absolvidos deles. Aqui também é preciso chamar atenção para o fato de que a história e a cultura negra são geralmente contadas de fora pra dentro, pois são geralmente contadas por terceiros, "não negros", ou pior, de cima para baixo, numa verticalização típica da hierarquização étnica, que influencia na forma de disseminação dessa história, afinal, quem fala tem seus interesses.

Poucas vezes o próprio negro se apropria de sua história e passa a disseminá-la, muito em função de toda estrutura de desapropriação cultural que já foi explicitada, contudo uma vez que outro assume este papel torna-se fundamental saber os interesses de quem fala (e sem deixar que a fala deste silencie a fala do negro), para que se possa diferenciar a fala de enfrentamento ao racismo, do discurso demagogo que perpetua as assimetrias sociais provocadas por esse.

A luta é para ressignificar a negritude, tirá-la desse espaço de exclusão que lhe foi dedicado, empoderá-la, e transformar o "mito" num ideal a ser perseguido; democracia racial como objetivo, e não como um embuste utilizado pelos mal intencionados.

Para isso a batalha deve ser travada e vencida no âmbito discursivo, uma vez que o discurso é o lugar de negociação de sentidos e também onde se concentra um claro jogo de poder, afinal, "há sempre uma ligação entre produção de conhecimento e um posicionamento político" (GOMES, 2013, p. 21).

No espaço das etnias, apesar do discurso da "democracia racial", a realidade se mostra bastante divergente, e o âmbito penal tem sido uma estrutura de ra-

tificação dessa disparidade, uma vez que extremamente seletivo e direcionado, a máquina punitiva atira para uma direção pré-determinada.

O monopólio de um passado permitiu ao segmento "branco", legitimar essa superioridade, "foi possível ao segmento branco forjar os processos de naturalização que fariam da interiorização da supremacia branca e da subordinação negra o grande legado do nosso racismo"(WERNECK *apud* FLAUZINA, 2006. p. 38.).

Essa supremacia foi embasada numa construção histórico-discursiva de opressão, que fratura a identidade de outro; um outro sem fala (silenciado pela "estória" que se contou), um outro sem cara (sem representação social), um outro sem relevância(que pode ser facilmente preso, morto, incriminado), um outro que foi excluído e por isso vive na mira do revólver e das algemas.

Por tudo que foi descrito, o racismo acaba por construir simbolicamente a imagem do negro como infrator, uma vez que esse carrega marcas acumuladas historicamente que o coloca em um lugar de eterna suspeita e inferioridade

> [...] Envolvendo a negritude com todos os signos do fracasso e da subserviência e conferindo à brancura todas as benesses do bem-estar, do sucesso, da ideia tão viva de um talento nato para a condução dos destinos do país. (FLAUZINA, 2006, p. 12)

A verdade é que não existe um processo de formação igualitária de cidadania entre negros e brancos, essa discriminação racial culminou numa constante violação dos direitos civis desse grupo mais "vulnerável"[1] (ZAFFARONI, 1991, p. 270), uma perspectiva etnocêntrica acaba por gerar "um reconhecido *déficit* estrutural de cidadania ou a um tipo dominante de cidadania excludente ou regulada" (SANTOS *apud* MISSE, 1999, p. 8).

O sistema punitivo funciona como um aliado na opressão do indivíduo negro, uma vez que, frente as suas seletividades, passa a funcionar como um atirador de elite com alvos socialmente definidos. A questão é que o declínio

1. Vulnerabilidade é o risco de ser selecionado pelo sistema penal, podendo ser medida em "níveis", conforme a "situação" de risco em que se tenha colocado a pessoa. A situação de vulnerabilidade é gerada por "fatores de vulnerabilidade" que podem ser divididos em dois grupos: "posição ou estado de vulnerabilidade" e "esforço pessoal para a vulnerabilidade". A "posição ou estado de vulnerabilidade" é socialmente condicionada, ou seja, algumas pessoas, em função de sua classe social, cor ou preferências sexuais, estão mais vulneráveis à seleção do sistema penal para serem criminalizadas. Este fator é "incobrável": a agência judicial não pode decidir em função do estado ou posição de vulnerabilidade.

da escravidão acirrou as tensões sociais de um país construído com várias culturas sobrepostas, a presença do estado tornou-se indispensável.

Uma vez que ele era o legitimado para o monopólio da violência nesse novo contexto de mão de obra livre, e apenas ele conseguiria impor a 'normalização', ou seja, impor os padrões morais burgueses, direcionando suas atividades, à época, em relação à repressão dos negros, que representavam mais claramente uma distinção cultural, étnica e moral, e até os dias atuais mantém-se fielmente o perfil do negro criminalizado, antes perseguido pelo feitor, hoje perseguido pela polícia, antes mandado para o tronco pelo senhor de engenho, hoje mandado para a cadeia pelo juiz.

O que se observa é que o racismo, enquanto uma relação social pré-existente à incidência do controle penal, está fortemente imbricado a este, e vem sendo dissimulado por um discurso jurídico penal de igualdade e imparcialidade que o legitima, legitimando, portanto, a barbárie.

3. O "TIPO SOCIAL CONDENÁVEL": A SUJEIÇÃO CRIMINAL DO INDIVÍDUO NEGRO

> Quem tem medo de polícia? / Quem tem medo de (in)justiça? / Quem tem medo diz aí? / Quem tem medo de prisão? / Quem tem medo de ladrão? / Quem tem medo de juiz?
>
> Quem tem medo que se 'medre' / Pois a cor da tua pele / Te veste de suspeição
>
> Quem não tem bala na agulha / Vive dentro da viatura / Algemado no camburão.
>
> Quem tem medo que se 'medre' / Pois igualdade só se mede / Com dois pesos pra uma mão[2]

Para analisar a fundo a questão das seletividades do sistema penal e de como são definidos seus alvos, lançar-se-á mão da iconoclasta teoria da reação social/*labelling approach* que surge no século XX, início da década de 60, e revoluciona o paradigma dos estudos sobre a criminalidade, uma vez que tira o enfoque do "delinquente" enquanto ser diferenciado, e volta suas atenções para os mecanismos que assim o etiquetaram, em vez de adotar uma perspectiva causal-explicativa da criminalidade, passa a atentar para a funcionalidade do sistema (BARATTA, 2011).

2. O poema em análise chama-se *O sistema*, sendo de autoria da pesquisadora, que no afã de ilustrar o conteúdo que permearia o capítulo, o escreveu.

O *labelling* tem seu embasamento teórico em duas correntes sociológicas: o interacionismo simbólico, segundo o qual não se pode interpretar o comportamento humano dissociado das interações sociais que o permeiam, e a etnometodologia, que defende que não há a possibilidade de conhecimento objetivo da sociedade, pois ela é oriunda de uma "construção social".

Estudar criminalidade sob esse recorte é, portanto, estudar os processos sociais que "constroem" o crime e o criminoso, "o desvio é criado pela sociedade" (FLAUZINA, 2006, p. 206), devendo ter uma abordagem mais ampla e sistêmica para melhor interpretação do sistema punitivo. Daí parte a ideia de rotulação/etiquetamento, pois se o desvio é fruto de uma construção social, o *status* de criminoso também é atribuído a determinados indivíduos em função da reação social, pois o que existe é um processo de "criminalização" do indivíduo. [...] "O desvio e a criminalidade não são entidades ontológicas pré-constituídas, identificáveis pela ação das distintas instâncias do sistema penal, *mas sim uma qualidade atribuída a determinados sujeitos por meio de mecanismos oficiais e não oficiais de definição e seleção*" (ANDRADE, 1997, p. 201) (Grifo do autor).

A "criminalização", não se trata apenas do enquadramento legal da conduta, mas da reação social a ela, além da reação ao próprio indivíduo que a praticou, pois a prática da infração penal em si não tem o condão de classificar o indivíduo como "desviante", no entanto o conjunto de fatores sociais, oriundos de uma hermenêutica e de uma relação de tensão social são os responsáveis pela prosperidade ou não do rótulo de "criminoso".

O crime, enquanto mera infração da lei penal, não tem a capacidade de por si só rotular alguém como "delinquente", pois criminalidade não é apenas a violação de uma regra e, sim, o conceito formado socialmente em torno do indivíduo, sua subjetividade, associada a sua conduta.

Os teóricos do *labelling* desenvolveram a pesquisa em duas vertentes principais, interessa para o estudo, a criminalização secundária:

> (...) Para os teóricos do labelling a atribuição desta etiqueta é um momento fundamental não apenas na construção seletiva da criminalidade, mas pelos efeitos na identidade do sujeito etiquetado (ANDRADE, 1997, p. 208).

Como as instâncias de controle penal manuseiam e distribuem os rótulos e quem são os indivíduos vulneráveis à recepção da etiqueta, "quem é definido como desviante? Porque determinados indivíduos são definidos como tais? Quem define quem? (ANDRADE, 1997, p. 207). No entanto, para entender as interações sociais que "constroem" o âmbito criminal, precisa-se conhe-

cer uma dimensão que apenas mais tarde a criminologia crítica[3] exploraria, a dimensão do poder.

Com a finalidade de encontrar as razões políticas da criminalização, pois uma vez que o seio social é um espaço beligerante e que; a busca ou a tentativa de manutenção do poder acirram as tensões sociais, não seria sensato ignorar as manipulações que ocorrem em decorrência desse fato no espaço da criminalidade.

É a partir da crítica tecida por essa nova criminologia que se percebe o quão imbricada é a relação entre sistema punitivo e reprodução de estruturas de poder, e o quanto o sistema penal se torna uma ferramenta poderosa manipulada pelos grupos mais influentes.

O que fica explicitado é que a intensificação dos desníveis sociais numa sociedade de classes e etnocêntrica acaba gerando processos desiguais de definição, seleção e direcionando a alguns grupos uma atenção depreciativa do sistema penal.

A criminalidade não é prerrogativa de determinada classe social ou de determinada etnia, ou seja, "não é comportamento de uma restrita minoria, como quer uma difundida concepção [...], mas, ao contrário, o comportamento de largos estratos sociais ou mesmo da maioria dos membros de nossa sociedade" (BARATTA, 2011, p. 103); prova disso são estudos desenvolvidos em torno do fenômeno da criminalidade de colarinho branco e da cifra oculta que comprovam que existe criminalidade no meio dos grupos privilegiados socialmente, contudo esse grupo tende a ser imunizado ao controle penal, fazendo com que as estatísticas que se apresentam ínfimas quanto esse tipo de criminalidade sejam, na verdade, reflexo claro da incidência desigual do controle penal.

Essa incidência desigual do aparato penal evidencia as seletividades e informa claramente que o sistema punitivo não foi criado para abarcar a toda a criminalidade, primeiro porque se tornaria autofágico, segundo porque alguns agentes possuem "imunidade social" o que os afasta da malha penal, afinal a imunidade é a regra no funcionamento do sistema punitivo.

3.1 A construção do sujeito criminalizável

A seletividade no sistema penal subdivide-se em quantitativa e qualitativa, o que para Foucault significa dizer que estamos sujeitos a um sistema que é

3. Entende-se por criminologia crítica o resultado do acúmulo teórico de dois grupos datados do final da década de 1960, também chamada de "criminologia radical" ou "nova criminologia". A esse respeito ver: ANDRADE, 1997, p. 187-188.

"instrumento para controle diferencial das ilegalidades" (FOUCAULT, 2002, p. 234), visto que a criminalização ocorre de forma discrepante.

Na seletividade quantitativa a limitação se dá em relação à estrutura do sistema penal, que não tem condições para gerenciar toda a criminalidade, não é capaz de suprir com punição a todos os delitos cometidos, quantitativamente deixa a desejar, posto que "o sistema penal é um aparato deliberadamente projetado para não funcionar com máxima capacidade" (HULSMAN; BERNART DE CELIS, 1993).

Em se tratando da seletividade qualitativa expõe-se a maior probabilidade de incidência das instâncias de controle penal sobre determinados indivíduos, que são mais vulneráveis por ter os holofotes da malha penal voltados para si, evidencia-se aqui que o sistema penal deixa transparecer em sua atuação que deseja muito mais a perseguição e o controle de alguns, do que elidir as ilegalidades. "O sistema penal se dirige quase sempre contra certas pessoas, mais do que contra as ações legalmente definidas como crime" (ANDRADE, 1997, p. 267).

As respostas às práticas criminais também gozam desta seletividade, visto que os grupos mais influentes tem o poder de impor ao sistema penal uma impunidade quase absoluta, em relação às infrações penais cometidas pelos entes pertencentes a este grupo, enquanto que os grupos vulneráveis são punidos mais severamente, de modo que nem importa tanto a nocividade do ato cometido e sim os indivíduos que o cometem.

As instâncias criminais tornam-se ferramentas que visam a manutenção do *status quo*, à medida que no sistema punitivo é reproduzida a mesma lógica de hierarquização social, que culmina nos desrespeitos e aviltamentos cotidianos destinados a alguns grupos, o controle social transfigura-se num jogo cínico de oprimidos e opressores, dominantes e dominados, expandindo ainda mais a chaga da marginalização/exclusão que paira sobre determinados indivíduos.

É essa desigualdade material que norteia a atuação do sistema penal, definindo seus alvos e fazendo com que as agências de controle penal vulnerabilizem alguns indivíduos com base em determinados signos e numa constante reprodução de discriminações, estereótipos construídos para direcionar a caçada penal e demarcar "lugares criminais".

Estes símbolos são definidos socialmente, e atuam em consonância com o sistema oficial de incriminação, uma verdadeira catalogação de indivíduos com base em estereótipos oriundos de um processo interativo que determina a criminalização. "A suspeição é um mecanismo ativado por signos que quebram

a expectativa de confiança e que ativam uma atenção seletiva culturalmente acumulativa." (MISSE, 1999, p. 74).

A este conjunto de signos que influenciam na hermenêutica das instâncias penais dá-se o nome de *second code* ou *basic rules*, ou seja, regras básicas, códigos sociais que "designam uma totalidade do complexo de regras e mecanismos reguladores latentes e não oficiais que determinam efetivamente a aplicação da lei penal pelos agentes do controle penal" (TURK *apud* ANDRADE, 1997, p. 268).

Irrefutavelmente existem limitações históricas, sociais e culturais que influenciam na forma dos agentes das instâncias penais operarem poder, neste ínterim, se percebe uma relação direta entre "moral vigente", estereotipo social, lei penal e incriminação. "Nesta perspectiva, a realidade social está constituída pelas relações de produção, de propriedade e poder e pela moral dominante" (BARATTA, 2011).

A partir desta perspectiva aflora o liame que existe entre os estereótipos disseminados pelos preconceitos existentes no seio social e a atuação do sistema penal, então emerge o problema axiológico que constrói a clientela do sistema punitivo. E "a clientela do sistema penal vai sendo regularmente construída de maneira tão homogênea e harmônica que nada poderíamos suspeitar. Sempre os mesmos, sempre pelos mesmos motivos, os criminalizados parecem mesmo *representar a parcela da humanidade que não cabe ao mundo*." (FLAUZINA, 2006, p. 26) (grifo do autor).

O racismo enquanto "crença social" depreciativa do indivíduo negro, e parte integrante dos estereótipos que norteiam a caçada penal, colocam o negro numa situação de vulnerabilidade, fazendo com que estes indivíduos tornem-se alvo dessa caçada, em outras palavras, "o racismo, desde a própria nomeação conferida, opera a subjugação de segmentos vulneráveis" (FLAUZINA, 2006, p. 29), atendendo de maneira não dita a um projeto que vem desde o período colonial, destinar ao sujeito negro um "não lugar", suprimindo-o socialmente.

Um "não lugar" que permite o desrespeito, que permite a violência, que autoriza e legitima uma desmoralização, o não lugar da cidadania excludente, o não lugar da "criminalização", do excluído, do indesejável, da escória, do lixo humano que é descarregado nas cadeias, o não lugar daquele a quem se tenta elidir, daquele que socialmente já foi execrado e que no âmbito punitivo sob a ideologia de "moral vigente" se ratifica simbolicamente como "o bandido". "O estereótipo fixa assim um conjunto de expectativas socialmente estabelecidas e que visam à definição de situações cotidianas – 'demarcação racial'" (SALES JÚNIOR, 2009, p. 28).

Basta observar que dentro do sistema penitenciário existe uma sobrerrepresentação da população negra que se encontra encarcerada, "os problemas no sistema penitenciário em nosso país devem nos conduzir a profundas reflexões, sobretudo em uma conjuntura em que o perfil das pessoas presas é majoritariamente de jovens negros, de baixa escolaridade e de baixa renda" (DPNMJ, 2014, p. 6)."Dois a cada três presos são negros, ao passo que a porcentagem de pessoas negras no sistema prisional é de 67%, na população brasileira em geral é de 51%" (DPNMJ, 2014, p. 50), caracterizando uma presença numérica muito mais expressiva do negro no cárcere.

Essas estatísticas fazem parecer que os indivíduos negros cometem mais crimes ou são mais violentos que os indivíduos de outras etnias, por isso frequentam com mais intensidade o cárcere, contudo, um estudo de Adorno (ADORNO, 1995, p. 43 e 45-63), verificou que negros e brancos são proporcionalmente iguais no cometimento de crimes violentos, porém os negros tendem a sofrer maior vigilância policial,além de serem mais severamente punidos, tem dificuldades de usufruir o direito à ampla defesa e defrontam maiores óbices no acesso à justiça criminal (MORAES,2013,p. 46).

A evidente crise de legitimidade que envolve o sistema penal revela outra perspectiva, aquele projeto de "realocação social" do negro permanece em vigor e o faz preencher o tipo social preferencialmente criminalizado. "'Tipos sociais' de agentes demarcados (e acusados) socialmente pela pobreza, pela cor e pelo estilo de vida. Seus crimes os diferenciam de todos os outros autores de crime, não são apenas criminosos; são 'marginais', 'violentos', 'bandidos'" (MISSE, 2010, p. 65).

Enquanto a teoria da rotulação traz uma perspectiva interacionista e microssociológica, surge, de outro lado, conceito de "sujeição criminal", trazido por Misse, que dá a criminalidade uma abordagem macrossociológica, expondo que existem indivíduos que tem sua identidade formada pelas lentes da criminalização em função de um processo histórico-social e econômico que transcende a prática delitiva em si e o mero rótulo.

A sujeição criminal é o processo social pelo qual identidades são construídas e atribuídas para habitar adequadamente o que é representado como um mundo à parte, o mundo do crime. Há sujeição criminal quando há reprodução social de "tipos sociais" representados como criminais ou potencialmente criminais: *bandidos* (MISSE, 1999, p. 71).

A sujeição criminal é um processo de autonomização do rótulo de "criminoso", o acúmulo de um processo histórico-social que acaba recaindo sobre o indivíduo em função de sua subjetividade, criando uma perspectiva determinista, uma expectativa social negativa em relação ao indivíduo.

Esbarra-se, então, na questão da seletividade novamente, pois nem todos os indivíduos que cometem crimes estarão vulneráveis ao processo de sujeição criminal, ou seja, nem todo indivíduo que comete algum crime é taxado de "bandido", uma vez que o processo de incriminação e de sujeição são distintos.

A incriminação é o enquadramento da prática do indivíduo como comportamento desviante, enquanto a sujeição é a inter-relação entre o rótulo e a subjetividade do indivíduo, atribuindo-o o rótulo de "bandido", e nem mesmo a interrupção das práticas delitivas é capaz de absolver o indivíduo do estigma criado por esse processo.

Os tipos sociais demarcados pela sujeição criminal são os sujeitos "manjados", que a polícia e a justiça acham que já conhecem e por isso acham que podem e devem pré-incriminar.

A sujeição criminal tem o poder de extrair o indivíduo do seu contexto social, excluindo-o e ratificando o distanciamento que dificulta a negociação de sentido para aquela acusação.

Esse distanciamento entre os atores sociais faz com que haja um tratamento diferente entre eles, enquanto busca-se uma perspectiva de respeito para com alguns, para outros (os acusados, demarcados socialmente, os "bandidos") dispensa-se um tratamento eivado de violências, posto que é um sujeito indesejado, dedica-se a ele um "tratamento" peculiar que se adéque à sua subjetividade "marginal".

Aos poucos, o verdadeiro intuito da forma de funcionamento do sistema penal vai se descortinando e se mostrando cada vez mais deturpado e cruel, e vem à mente que, na verdade, o sistema não está falido, não falhou quanto aos seus objetivos como se prega, seus objetivos é que eram bem distintos do que se propalava no discurso jurídico penal, o sistema penal vem funcionando, portanto, à pleno valor e atingindo seus fins sádicos de opressão, pois o que se percebe é que sempre houve um interesse em controlar e subjugar alguns sujeitos sociais, atividade que vem sendo magistralmente desenvolvida pelo sistema punitivo.

Pois bem, o racismo mostra-se basilar na estrutura desse sistema à medida que enquanto símbolo de opressão social norteia também o funcionamento da máquina penal, tornando o indivíduo negro comumente o ente social selecionado por essa estrutura e fazendo dele uma figura ainda mais hostilizada socialmente, no que diz respeito à questão histórica, se nota a eficácia em manter o negro num "lugar social" de inferiorização, caçando-o, desmoralizando-o publicamente, colocando-o num lugar de eterna suspeita, que põe em dúvida seu caráter, sua moral e atinge diretamente sua dignidade.

O que o silêncio eloquente do discurso jurídico penal não traz à baila é que a polícia e o juiz, para além de órgãos do sistema punitivo, são indivíduos, seres humanos, seres sociais, que interagem, criam, reproduzem e manipulam rótulos, estigmas, opiniões, conceitos e "pré-conceitos", e que ainda têm o encargo de manejar a máquina punitiva, dentro de uma perspectiva étnica e classista conflituosa, na qual integram claramente um dos lados.

Os policiais ainda tem uma "proximidade social" com os indivíduos das classes mais baixas, podem eles mesmos estarem inseridos num contexto de pobreza, e o contingente de negros que vergam uma farda é explicitamente maior do que a quantidade de negros que vestem uma toga, o que não impede que parte significativa da seleção e opressão do indivíduo negro seja operacionalizada pela polícia.

Mas com relação aos juízes a discussão é ainda mais latente, visto que é um indivíduo que tem em mãos o poder de decisão, um poder de mando em relação a outros indivíduos, e que a "distância social" que o afasta daquele agente é ainda maior, dificultando a empatia entre ambos, quem senta no banco dos réus é, geralmente, de um processo de socialização totalmente diferente do magistrado, que, enquanto ser, pertencente a um dos lados da disputa étnico-classista, e a sua imparcialidade, portanto, fica comprometida.

O controle penal não funciona para a supressão de uma violência social, o controle penal é a violência estatal voltada ao seio social, a violência legitimada e direcionada a alguns grupos, uma violência crudelíssima e revestida de legitimidade e poder.

Por esse ângulo, a justiça penal fomenta ainda mais a injustiça social, tornando-se ferramenta para a concretização/ratificação dela, a polícia selecionando os indesejáveis, o judiciário elitizado e hierarquizado aplicando diferencialmente a lei.

Então, o questionamento passa a ser em torno de como os agentes da justiça leem estes signos sociais e até que ponto imprimem sobre a máquina punitiva a rubrica da sujeição, sendo assim, já que a ideologia de igualdade e imparcialidade do discurso jurídico foi desconstruída, as perguntas são: existe sujeição criminal no âmbito judiciário? E ela se manifesta de maneira mais recalcitrante em relação ao negro?

Foram avaliadas 15 (quinze) audiências em varas criminais do Fórum Desembargador Rodolfo Aureliano, em Recife, Pernambuco, de modo espaçado e aleatório, com o maior trânsito possível entre as varas, com a finalidade de observar a presença do racismo no judiciário e de elementos que denotem a sujeição criminal dos indivíduos negros.

A escolha da audiência como ponto de avaliação veio do fato da audiência ser um momento de interação onde se encontram os mais plurais atores sociais, agentes do judiciário (juízes, promotores, defensores, advogados, serventuários), policiais, vítimas, acusados, parentes dos acusados, testemunhas, estudantes etc.

Para identificar a resposta para tais perguntas escolheram-se categorias de análise para o estudo e a avaliação das audiências assistidas, quais sejam: princípio da equidade, princípio da presunção de inocência ou da não culpabilidade, estereótipos e da animalização e do desrespeito.

Não se tem a ambição de se extrair a partir desse estudo leis gerais sobre o judiciário, pois a pesquisa não tem respaldo para se revestir de uma perspectiva de abrangência, mas apenas intenciona-se chamar à reflexão sobre a relação entre racismo, sujeição e o poder judiciário, com a finalidade de captar e expor a relação de opressão que pode surgir a partir desses nexos.

3.1.1 Princípio do contraditório

"(...) De um juiz criminal espera-se que mostre total imparcialidade entre a acusação e a defesa" (LIMA *apud* ADORNO, 1995, p. 58)

Existe uma margem de discricionariedade para que os agentes do poder judiciário atuem, e esta margem pode ser a porta aberta para a introjeção de questões como o racismo, visto que, comparada as estatísticas de punição entre negros e brancos, a população negra se mostra sobrerrepresentada, e se não é por delinquir mais, obviamente é por ser mais alvejada. "Tudo sugere, por conseguinte, uma certa 'afinidade eletiva' entre raça e punição"(ADORNO, 1995, p. 59).

A igualdade propalada pelo discurso jurídico torna-se elemento muito frágil e a imparcialidade exigida torna-se um devir inalcançado.

Tome-se, por exemplo, o fato de que diante da negativa de autoria dos réus, ilustra-se a desigualdade de tratamento com a reação de uma mesma juíza para indivíduos distintos, um era réu negro, paupérrimo, maltrapilho e preso; e outro era um réu branco, advogado, bem vestido e solto, respectivamente:

Situação 1:[4] Nesse momento a juíza interrompeu e perguntou, com um tom de voz ríspido: "O senhor não acha melhor confessar, não? Porque todo o conjunto probatório aponta para o senhor e o senhor nega."

Ao que o réu respondeu: "Mas assim, Dona Excelência, assumir algo que eu não fiz."

4. Processo 0016628-91.2015.8.17.0001.

Situação 2:[5] Ao fim a juíza perguntou se ele gostaria de acrescentar alguma coisa, e ele respondeu: "Eu só quero que isso acabe, eu não aguento mais."

Momento em que ela (a juíza) sentindo empatia, disse com meiguice: "Eu sei Dr., é muito desgastante, realmente, responder a um processo penal, mas faça o seguinte, peça ajuda a um colega seu de penal para ele fazer uma defesa boa."

Além da questão interação social presente aqui, ou seja, a empatia pelos iguais, outra nuance que ficou clara, sobre o indivíduo da situação 2 (advogado, branco e culto), é que enquanto réu não recaiu sobre ele nenhuma sombra de sujeição criminal, o rótulo de "criminoso", "bandido", "marginal", simplesmente não aderiu à sua subjetividade como aconteceu com o indivíduo da situação 1 (negro e incauto).

É interessante perceber que o réu negro (réu preso), que teve sua fala hostilizada pela juíza, estava sendo acusado do roubo de um celular, crime patrimonial que ofende a um indivíduo, enquanto o advogado que despertou a empatia da juíza estava sendo acusado de falsificação de documento público, crime que ofende ao estado e que tem uma gravidade maior, pois o dano que pode provocar é bem mais nefando. No entanto, os signos sociais que cada um carregava fez com que a juíza se sentisse mais próxima de um do que de outro, e a reação aos indivíduos foi claramente distinta.

Esse contato influenciou claramente na forma de tratamento dos indivíduos, no tom de voz, na postura e até na forma de interrogar, e possivelmente que pode vir a influenciar, inclusive, no julgamento, na sentença, pois, quando o réu foi dispensado, o promotor percebendo a postura mais branda que a juíza dedicou aquele réu fez o seguinte comentário: "*Mas esse processo aí tem que ter atenção, viu?*".

Outra situação clara de assimetria social evidenciada em sede de audiência trata-se de um processo[6] em que figuram duas acusadas por tráfico de drogas, uma negra e outra branca, ambas foram encontradas em situação similar, contudo, enquanto a ré negra aguardava julgamento presa (já estava no presídio há um ano e alguns meses), a ré branca recebeu uma medida cautelar e estava respondendo em liberdade, usando tornozeleira eletrônica.

Este último caso narrado, foi a forma mais explícita de racismo dentro do judiciário, pois dessa vez não havia diferenças culturais, econômicas ou sociais

5. Processo 0060806-48.2003.8.17.0001.

6. Os dados são relativos ao processo 0048390-62.2014.8.17.0001.

entre as rés, não era a classe social que as distinguia, apenas a cor, e apenas isso, deu margem a um recrudescimento da penalidade em relação a ré negra e a um afrouxamento da rigidez penal em relação a ré branca. É bem verdade que, sensatamente, o promotor, ao perceber a assimetria no tratamento das rés, requereu que o benefício do monitoramento eletrônico fosse estendido a ré negra.

Contudo, ainda assim, ela já estava "há um ano e pouco" presa, a dor do cárcere já lhe havia sido imputada, carregará para sempre a mácula e o estigma de "ex-presidiária". Estigma que já se configurou mesmo antes de qualquer condenação, vale salientar.

Este fato coaduna com o dito: "Não obstante, se o crime não é privilégio da população negra, a punição parece sê-lo" (ADORNO, 1995, p. 47).

A primeira constatação extraída desses fatos supramencionados é de que imparcialidade na fase da instrução criminal não existe, e os valores, conceitos e pré-conceitos, incidem sim sobre a forma que o juiz e os demais agentes do judiciário atuam, e aqui as pessoas envolvidas tem poder de decisão sobre outras, o que é preocupante, pois reproduz uma hierarquização social opressora.

Como afirma a teoria da rotulação, o processo de interação social e a ideia de construção social da imagem do "criminoso" estão presentes o tempo inteiro ao longo das audiências, delineando as diretrizes de atuação dos membros do poder judiciário.

Consequentemente, o princípio da equidade fica comprometido, pois a "reação" dos agentes do judiciário ao indivíduo que está no banco dos réus tem o condão de beneficiá-lo ou prejudicá-lo.

Dentro do campo pesquisado, ficou nítido que a máquina judiciária oferece problemas em relação à questão da igualdade, pois na prática a subjetividade dos indivíduos influencia na forma com que são vistos e julgados.

3.1.2 Princípio da presunção de inocência

Este é um princípio constitucional, embasado no art. 5.º, LVII, que diz: "Ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória" (BRASIL. Constituição (1988), 2015, p. 8).

Apesar do devir do processo penal utilizar esse princípio como fundamento, na prática, ocorre exatamente o contrário, existe uma presunção de culpa; a partir do momento que o indivíduo senta-se na cadeira de réu, pesa sobre ele a ideia de "culpado, até que se prove o contrário", caracterizando uma pré-incriminação, essa postura fica muito clara nas falas ou silêncios dos atores do judiciário, conforme ilustrado:

Luz, Sara. Criminalização de uma cor: sistema punitivo como ferramenta de subjugação do indivíduo negro. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. vol. 128. ano 25. p. 233-270. São Paulo: Ed. RT, fevereiro 2017.

A palavra foi passada ao promotor e ele perguntou: "*A senhora vendeu pela primeira vez? Por favor, isso já é falta de respeito,* a senhora afirmou que há dois minutos que 'vendia', esse verbo caracteriza uma habitualidade, por favor, fale a verdade, a confissão só vale se for completa, *até porque as suspeitas dos policiais não iriam vir do nada*".[7]

O que se percebe é um claro indício de sujeição criminal, pois de fato a culpabilidade do réu é presumida, ele é olhado com desconfiança desde o momento em que se qualifica como réu, pois enquanto indivíduo "demarcado", desperta a desconfiança de todos e acreditar na inocência daquele indivíduo parece fora de questão, veja-se o exemplo: Ele disse que: "Sim, quando confessei em sede policial, estava sob tortura psicológica no GOE pra dar conta de uma coisa que não fui eu quem fiz". A juíza ironizou: "E quando a gente está sob pressão a gente confessa, é?".

O réu respondeu: "Sim, quando a gente está debaixo de tapa e de pressão psicológica a gente confessa o que não fez".

Nenhuma pergunta a mais foi feita ao réu, como por exemplo, se ele não estava praticando o ato criminoso, onde estaria? Com quem? Se possuía provas? Enfim, *a hipótese dele estar dizendo a verdade e ser inocente nem passa pelas possibilidades avaliadas.*[8]

A defesa se manifesta bem menos do que a acusação durante a audiência, e quando faz perguntas, geralmente, questiona o comportamento do acusado no momento da prisão ou se ele está arrependido, enfim, poucas vezes adentram de fato o mérito com a finalidade de provar inocência, e a impressão que passa é que se comportam assim receando evidenciar a culpa do acusado, o que parece é que nem aqueles que defendem acreditam de fato no indivíduo que está sendo acusado, dentre as audiências assistidas, apenas um advogado assumiu a postura proativa.

Em função da pré-incriminação que essa presunção de culpa enseja, o benefício da dúvida, o *in dúbio pro réu* fica prejudicado, e indícios muito frágeis de culpabilidade podem vir a incriminar danosamente os acusados, sobretudo porque a sociedade é movida por uma ideia de punitivismo e acusação que em muitas vezes transcende o bom senso.

A exemplo do narrado está a audiência do processo de número: 0090736–28.2014.8.17.0001, que possuía quatro réus, todos aguardando julgamento presos, e apenas dois desses acusados possuíam uma ligação mais concreta

7. Processo 0048390-62.2014.8.17.0001.

8. Processo 0061265-50.2003.8.17.0001.

com o fato, os outros dois possuíam argumentos muito frágeis contra si, um deles não havia sido reconhecido nem visto por ninguém, nada atestava para a sua presença no cometimento do crime e uma vez que não se tratava de um flagrante, ninguém sabe como se chegou a ele, e a outra acusada despertou suspeita porque mudou de lugar no local de trabalho, fez perguntas sobre o cofre da empresa, mas ressalte-se que esta funcionária recebia por comissão e também porque faltou ao trabalho, esses indícios bastaram para colocá-la como ré, e ré presa.

O que se percebe é uma incriminação que transcende a transgressão, atingindo em cheio os indivíduos, pela sua cor, pela sua classe, pelos signos que carregam (um corte de cabelo, um estilo de roupa, a maneira que falam) enfim, signos que os vulnerabilizam e os tornam alvo da máquina punitiva.

3.1.2.1 Expectativa criminal

Sobre o acusado, pelo menos aqueles aos quais se imprime a imagem de "bandido", paira uma sombra "esperança de criminalidade", a expectativa na reabilitação do indivíduo é quase nula, a ideia é de que aquele que está sendo acusado, uma vez que de fato delinquiu assim se manterá delinquindo; posto que é um "bandido".

O que se acredita, numa perspectiva lombrosiana e retrógrada, apesar de ainda vigente no imaginário social, é que o réu tenha uma tendência natural à criminalidade e que a delinquência esteja associada à sua subjetividade.

Aberta a audiência, a denúncia foi lida na frente dos presentes e o último parágrafo da denúncia dizia: "Quanto à suspensão condicional do processo, prevista no art. 89 da Lei 9.099/1995, deixa-se de oferecer a respectiva proposta, pois as informações contidas no prontuário carcerário do denunciado, anexado às fls.23, *indicam tratar-se de indivíduo com forte tendência a delinquir*."[9]

Nesse momento o juiz afirmou: "*mas não adianta soltar, não! Se soltar eles voltam pro mundo cão!*".[10] Pois bem, a expectativa criminal é essa certeza de reincidência, essa noção de irrecuperabilidade do indivíduo, essa perspectiva retrógrada de que o indivíduo tem uma inclinação natural para a criminalidade.

Esta expectativa demarca lugares sociais e faz com que a instrução penal ultrapasse o processo em questão, fazendo dos antecedentes criminais do indivíduo um indicador da culpabilidade ou inocência, deixa a impressão que se

9. Processo 0016628-91.2015.8.17.0001.

10. Processo 0192485-59.2012.8.17.0001.

ele cometeu outro crime ou mesmo está respondendo a outro, é muito possível que tenha cometido o crime ao qual se apura.

Este comportamento se baseia na já mencionada presunção de culpabilidade, pois a partir do momento em que o fato do réu responder a outros processos ou mesmo já ter sido apreendido quando menor, gera uma expectativa negativa, isso faz com que a presunção de inocência seja novamente violada, pois o fato de responder a outros processos criminais, no imaginário coletivo, faz o indivíduo adentrar no perfil de "criminoso contumaz".

Contudo, se apenas a condenação irrecorrível é capaz de atestar a culpa do réu, este não deveria ser medido pelos processos que responde, além de que em cada processo tem seu próprio objeto de análise que não devem se confundir.

Outro ponto de extrema relevância é o questionário social que é feito no início das audiências, pois este baliza e influencia a forma que o acusado é visto pelos agentes do judiciário. Em quase todas as audiências os acusados foram questionados se já haviam sido presos ou apreendidos, ou se respondiam a outros processos, quando a resposta a essas perguntas eram afirmativas, a "incriminação era imediata", nos olhares, nas posturas, deixava-se de apurar a culpa por aquele fato que ensejou o processo e trazia-se uma perspectiva de probabilidade de culpabilidade em função da "vida pregressa":

Nesse momento, a defensora jogou em nossa direção (minha e da estagiária dela que também estava assistindo a audiência) o processo aberto na folha de antecedentes criminais do acusado, ele respondia a vários processos (mais de cinco) em seguida, perguntou pra nós: "O que esperar de um indivíduo desses?".[11]

3.1.2.2 Acusação prevalecendo sobre a defesa

A acusação, geralmente, é muito mais vultosa e desperta muito mais credibilidade do que a defesa, faz parte da natureza humana o processo de acusação, então, acusar parece ser mais natural do que defender, parece ganhar claras vantagens nas tentativas de convencimento e sair na frente na disputa.

Analisar como a defesa se porta nas audiências também é uma maneira de achar indícios para entender no que acreditam os indivíduos, para além do profissional, o que o indivíduo que defende acredita e como ele se porta na relação que tem com o acusado, pois muitas vezes até quem defende muitas vezes lança sobre o réu um olhar acusador. O discurso da acusação geralmente é

11. Processo 0020633-59.2015.8.17.0001.

mais midiático e aceito, mais apaixonado e apelativo que o discurso da defesa. Além de que a maior aceitação da acusação proporciona um latente sentimento de presunção de culpabilidade, a plena fé de que a verdade mais justa vai ser derramada pela boca de quem acusa.

E o juiz, como todo ser humano, não é imparcial a este cenário, se posiciona de um dos lados.

> [...] Os discursos jurídicos, enquanto obras culturais, serão analisados como resultados de estratégias, escolhas e hábitos tomados por sujeitos que ocupam uma determinada posição em relação no campo cultural. [...] (RODRIGUES apud SANTOS, 2014. p. 35).

A instrução inteira se baseia na acusação, a denúncia é o material que norteia a instrução penal, por isso é de praxe que seja lida na presença dos implicados no processo na abertura da audiência, ou seja, são os termos do Ministério Público, órgão que ofereceu à denúncia, órgão acusador, que permeiam toda a condução da audiência.

O perfil da defesa é mais silente e apático, já o ente acusador tem uma voracidade imensa no tom, na postura, na sagacidade e na maneira de criar vínculos que comprometam o réu, o promotor pergunta, grita, esclarece, reitera perguntas à espera do menor deslize do inquirido.

Isso é fruto da plena convicção na culpa do indivíduo, que norteia toda acusação, o próprio ato de oferecer a denúncia já é fruto de um convencimento do promotor, porque "indícios suficientes de materialidade e autoria" é um tipo de enunciado que abre margem para distintas interpretações.

Outro fato de fundamental relevância é a presença frequente da polícia como testemunha de acusação, o agente público de segurança tem fé de ofício, sua palavra tem um valor inestimável para instrução, nada do que o acusado diga tirará dele esse poder. E esse poder é utilizado para incriminar, acusar e submeter.

A testemunha de acusação, foi um dos policiais que conduziu o flagrante, a denúncia foi lida perante a testemunha e segundo a exordial acusatória a denunciada foi encontrada com um saco com 11 pedras de crack na região conhecida como "beco do ovo", segundo ele a acusada não reagiu à prisão e confessou que era viciada e que vendia para sustentar o vício.[12]

A denúncia foi lida na frente da testemunha de acusação, o policial, no seu esclarecimento, disse que estava fazendo ronda em Boa Viagem quando

12. Processo 00808-41.2013.8.17.0001.

dois jovens "em atitude suspeita" passaram em uma moto, a viatura passou a segui-los, e a uns metros a frente eles tentaram se desfazer de um saco que continha pedras de crack, este saco foi recuperado pelos policiais e os jovens foram "capturados", um deles era menor de idade e foi encaminhado ao órgão respectivo e o outro rapaz era acusado na presente ação.[13]

No entanto, é sabido que no órgão policial algumas arbitrariedades são cometidas, arbitrariedades facilmente silenciadas no âmbito judiciário, pois a palavra do policial é visivelmente mais valorizada, veja-se:

> Alegou que era usuário de drogas e que naquele dia havia se deslocado até a boca de fumo para comprar as 5 (cinco) pedras de Crack que estavam em seu poder, contou que depois de comprar foi surpreendido por policiais da Rocam que o agrediram e o levaram para um beco, dois deles saíram do beco e se dirigiram até a boca de fumo e quando voltaram traziam consigo a maconha afirmando que pertencia a ele, ao que ele negou. [...]

O juiz disse que no interrogatório, em sede policial, existia confissão de que toda droga pertencia a J., e que não podia ser mentira do policial já que na delegacia ele não foi agredido.

O acusado afirmou de forma convicta que na delegacia não havia sido agredido, alegou também, e com a mesma convicção, que em nenhum momento havia confessado em sede policial que a droga era sua.

O juiz lhe fez uma pergunta inusitada, perguntou aproximadamente quanto tempo perdura o efeito do crack no organismo, ao que ele respondeu: "mais ou menos de 15 a 20 minutos.". A partir dessa afirmação o juiz concluiu:

> Veja, em sede de inquérito o delegado lhe fez a mesma pergunta e o senhor respondeu agora do mesmo jeito que consta aqui, o que me leva a crer que ele não inventou o que está aqui, então o senhor provavelmente fez a confissão.

Segundo o policial, o acusado não estava armado, nem reagiu à prisão. O policial foi questionado a respeito do inquérito, se na delegacia ele havia confessado que toda droga era sua, o policial afirmou que não, que na delegacia ele (o réu) alegou que apenas as 5(cinco) pedras de crack lhe pertenciam, o que corroborou a versão do réu.[14]

13. Processo 0007512-37.2010.8.17.0001.

14. Processo 008397-75.2015.8.17.0001.

Esse caso foi muito emblemático, pois o juiz ignora completamente a palavra do réu, tanto a denúncia de que foi agredido, quanto o fato de que não havia ocorrido confissão em sede de inquérito, chegando a afirmar de maneira delicada que ele estava faltando com a verdade, no entanto, o próprio policial que realizou o flagrante, que foi ouvido posteriormente, desavisado, pois não havia assistido o depoimento do réu em audiência, confirmou a versão do acusado de que em sede policial não havia ocorrido confissão.

Em outras palavras, a palavra do policial, que geralmente é testemunha de acusação, tem bastante poder, o que gera um conluio de incriminação entre polícia e justiça.

Pois enquanto as arbitrariedades cometidas pelo órgão policial, que são denunciadas em juízo pelo acusado, são completamente ignoradas por presumir-se inidônea a palavra do réu, as estruturas de opressão e desrespeito cometidas pelas autoridades são ratificadas.

No judiciário, o poder conferido a palavra do agente e a indiferença que é destinada as denúncias de excessos reforça a conjuntura de um sistema penal seletivo, desigual e injusto.

3.1.3 Estereótipos

Aqui se observam as interferências do imaginário social na construção do "indivíduo perigoso" do "bandido" e na formação do convencimento dos agentes do judiciário, as características e símbolos que levam a concretização da ideia de que aquele indivíduo que está no banco dos réus é ou não um "marginal". Esses símbolos assumem significados e que ao serem lidos e interpretados pelos agentes da justiça podem implicar em benefício ou malefícios para o acusado.

> [...] o sistema age preferencialmente sobre os negros, que os prefere, portanto, significa dizer – como acompanhamos no decurso do processo histórico – que esse é um aparelho formatado, num primeiro plano, para as pessoas negras e que, consequentemente, para além das questões de classe subjacentes terá seu alvo principal centrado em sua corporalidade (FLAUZINA, 2006, p. 126).

A máquina judiciária atinge com mais efetividade o "tipo social condenável", o tipo demarcado socialmente como marginalizado, e, apesar da classe social ser um fator vulnerabilizante, a raça é um fator determinante.

Uma das chagas do racismo é fazer o negro figurar no imaginário coletivo como sujeito criminal, passando, portanto, a ser alvo de uma vigilância cons-

tante da máquina punitiva, preferencialmente selecionado, preferencialmente escolhido por ela.

A classe socioeconômica muitas vezes é citada como principal fator vulnerabilizante, colocando a questão racial em segundo plano, no entanto, o ser negro chega antes das questões econômicas, a própria relação imbricada entre classe e raça ilustra isso.

3.1.3.1 Baixa escolaridade do réu

Os indivíduos incriminados, geralmente, têm uma instrução educacional menos elevada, evidenciando uma assimetria social que é anterior a incidência da máquina penal. É essa interação díspare entre os atores presentes no judiciário que se pretende observar.

Não é difícil estabelecer nexos entre pobreza e negritude, pois o negro geralmente frequenta as classes sociais inferiores, fruto de um processo histórico-cultural de marginalização, uma vez que um indivíduo que tem sua história negada, sua representação social sufocada, suas crianças formadas dentro de uma educação formal deficitária e excludente, menores oportunidades profissionais de ascensão, naturalmente se situa em territórios sociais mais inóspitos.

Em outras palavras, "negros – homens e mulheres, adultos e crianças – encontram-se situados nos degraus mais inferiores das hierarquias sociais na sociedade brasileira [...]" (ADORNO, 1995, p. 46-47).

Esta realidade se reflete nos indivíduos selecionados pelo sistema penal, uma vez que negros são geralmente pertencentes às classes econômicas mais vulneráreis. A educação é extremamente excludente para jovens negros e a dificuldade de acesso a uma educação de qualidade o coloca em uma situação de fragilidade no mercado de trabalho, ocupando, portanto, subempregos, sublugares, e lugares criminais em função da marginalização que lhe é imputada em função desses signos que carregam.

São previamente rotulados, excessivamente vigiados, constantemente suspeitos, muitas vezes incriminados e corriqueiramente réus:

Questionado pelo juiz, informou que possui ensino fundamental incompleto, trabalhava como cozinheiro ou fazendo faxina, "bicos em geral," e que *nunca foi preso ou processado anteriormente*.[15]

Questionado pelo juiz informou que estudou até a 5.ª série, mas não sabia ler nem escrever e que trabalhava fazendo malabarismo no sinal.[16]

15. Processo 008397-75.2015.8.17.0001.

16. Processo 0013669– 50.2015.8.17.0001.

Questionado pelo juiz disse que estudou até a 6.ª série e que antes de ser preso fazia bico de ajudante de pedreiro[17]

Vale salientar que todas essas falas expostas foram de réus negros, o que se percebe é que são mais incautos e por isso tem mais dificuldades em acessar as garantias do sistema de justiça penal, é óbvio que tem uma noção do que é abuso de autoridade ou algo do gênero, mas não conhecem minuciosamente os direitos e garantias aos quais fazem jus, estando mais expostos a violação destes.

Aqui é preciso salientar que entre os entes operadores de poder no judiciário, durante o tempo e no limite da pesquisa, quinze audiências assistidas espaçadamente, seis dias de visita ao Fórum, nove varas visitadas; não foi encontrado nem juízes negros, nem promotores negros, nem defensores negros, nem advogados negros, *nenhum negro em posição de poder na administração da justiça*, os negros que foram identificados ou eram policiais ou estavam no banco dos réus.

3.1.3.2 Flagrante

São os estereótipos que norteiam também a atuação da polícia, não raro, os agentes presos em situação de flagrância são os indivíduos com as características supramencionadas, não porque delinquem mais e sim porque estão em uma situação de maior vigilância.

Enquanto o juiz se aproximava da sala de reconhecimento, um estudante comentou ironicamente se referindo aos acusados que já estavam posicionados: "*Mas vê as carinhas, tudo pecinha boa*".[18]

"A maior parte dos flagrantes, sobretudo, são de pessoas pobres, para algum 'filhinho de papai' sentar aí" – disse ela, apontando o banco destinado ao réu – "com certeza tem uma investigação prévia".[19]

Aqui se configurou o nexo central da sujeição criminal e da teoria de rotulação, no senso comum, "criminoso tem cara", não é apenas porque transgrediu ou não uma regra, ele carrega consigo marcas, signos e símbolos que são interpretados, no seio social, como indícios de marginalização.

Não é a simples pobreza, não é a classe a que pertence, o indivíduo pode delinquir mil vezes e nunca ser enquadrado na categoria "bandido", porque o

17. Processo 0027413-15.2015.8.17.0001.

18. Processo 0090736-28.2014.8.17.0001.

19. Comentário de servidora após a audiência do processo 0080824-41.2013.8.17.001.

"bandido", para além da transgressão, carrega consigo signos que o tornam um "sujeito criminal".

É tomando por base a "cara" do indivíduo que se faz o julgamento de valor, se a etiqueta de "criminoso" se enquadra ou não ao seu perfil, nesse contexto o racismo tem sido a principal baliza de direcionamento da máquina punitiva.

Pois, como já foi visto, o indivíduo negro está presente no imaginário coletivo como um ser criminal e o instinto punitivo do estado, naturalmente, se volta contra ele. Portanto, o "elemento suspeito" que norteia a caçada policial é, na verdade, o conjunto de indivíduos demarcados socialmente pelas lentes da criminalização.

Apesar de a pesquisa ter tido um caráter apenas de amostragem, a relação entre a justiça penal e a negritude ficou explícita, dentre as quinze audiências assistidas, em dez dos processos os réus eram negros, em cinco dos processos figuravam réus brancos e em dois processos os réus estavam ausentes de modo que não se pode averiguar a etnia.

Dentre os dez processos em que cidadãos negros figuravam como réus, em sete dos processos os réus estavam presos preventivamente, no total, nove réus negros presos contra dois réus brancos presos na mesma situação. Além disso, há de se considerar que dentre os réus negros presos, cinco haviam sido presos em flagrante, contra um réu branco apanhado em situação de flagrância.

Pois bem, essa situação serve para ilustrar que os indivíduos negros são mais perseguidos pela justiça penal, posto que são alvos, seres rotulados, "tipos manjados", pois; uma vez que já se chegou a conclusão que negros e brancos delinquem na mesma proporção, o fato dos indivíduos negros frequentarem com mais assiduidade o banco dos réus e serem apanhados mais frequentemente em situação de flagrância, evidencia que eles são mais vigiados pelo sistema punitivo.

Estão geralmente na mira da polícia e expostos a uma justiça penal mais recrudescida, estão geralmente nas classes sociais mais baixas, pertencem, geralmente, ao grupo social mais vulnerável, são constantemente aviltados em seus direitos, e sobre eles recai com maior rigor a etiqueta de "bandido". Sobre o indivíduo negro pesa um tom pejorativo, pois sua subjetividade é associada à criminalidade, e são estes estereótipos que se associam à sua imagem que direcionam a ação da justiça penal.

3.1.4 Da animalização e do desrespeito

O tratamento dispensado aos acusados, sobretudo aos que estão presos, não é o dos mais desejáveis, eles são animalizados, violentados socialmente,

tornam-se a imagem da escória social e ainda que no espaço do judiciário não exista violência física contra esses, a violência simbólica está presente o tempo inteiro.

Nesse instante, a juíza saiu um pouco da sala, retornou alguns minutos após e brincou: "Menino, vara cível é todo mundo civilizado, né? Vem bem vestido, os juízes são altivos, agora quando chega nas varas criminais só vem a 'mundiça', os 'bandidos' e as 'mulheres dos bandidos' vem aqui dar escândalo, sei não".[20]

Essa é a visão que se tem dos indivíduos que são submetidos à justiça penal, "a mundiça", "a parte podre", "desprezível", "os bandidos", a partir daí já é possível compreender a sombra de exclusão e "inumanização" que recai sobre estes indivíduos.

Enquanto "mundiça", parte imunda, não se dedica a esses indivíduos qualquer nuance de respeito, não se enxerga neles indivíduos que mereçam dignidade.

Como a maior parte da clientela penal é negra, surge a suspeita de que essa máquina punitiva tenha apenas se adaptado à ideologia social vigente, mas com o mesmo objetivo, subjugar os indivíduos negros.

Isolamento, segregação, preconceito, carência de direitos, injustiças, opressão, permanentes agressões às liberdades civis e públicas, em síntese, violação de direitos humanos – *indica que as forças comprometidas com os avanços democráticos não lograram superar as forças comprometidas com heranças conservadoras e autoritárias, legadas do passado colonial, escravista e patrimonialista.* (ADORNO, 1995, p. 48) (grifo do autor).

Pois bem, a forma de tratamento destinada aos réus também é um ótimo termômetro do desrespeito ao sujeito marcado pela acusação, um claro exemplo da falta de empatia entre os agentes do judiciário e os agentes incriminados.

Vale salientar que dentro da pesquisa realizada, cada agente do judiciário tem a sua subjetividade, de modo que nem todos tratam com algum tipo de desrespeito ou de forma opressora o acusado, contudo já existe uma praxe que acaba demarcando lugares sociais de subjugação àqueles indivíduos incriminados, primeiro exemplificar-se-á o desrespeito oriundo da interação entre os agentes de poder do judiciário e os acusados, em seguida se evidenciará a praxe opressora:

Estava passando pelo corredor do fórum, entrando em cada vara pra ver os horários das audiências e tirar foto das pautas, quando me deparo com

20. Comentário feito no intervalo entre as audiências.

um cortejo, duas mulheres negras algemadas, cabisbaixas, uma delas grávida, escoltadas por seis ou sete policiais fortemente armados, imediatamente acompanhei para ver a que vara estavam se dirigindo e entrei para aguardar aquela audiência.

Quando as acusadas entraram na sala de audiência, uma delas pediu para tirar as algemas, dizendo: "Excelência, peça para o policial tirar minhas algemas, por favor!". Ao que o juiz respondeu aos berros: "Não! Agora você está com vergonha, né? agora quer tirar as algemas? deixa as algemas aí, pra todo mundo chegar e ver que estão algemadas, as pessoas precisam saber quem errou, faz suas traquinagens depois não quer que as pessoas vejam as algemas".

Tinham vários estudantes na sala e ficamos todos estarrecidos com o tratamento, ele olhou pra nós e fez uma expressão branda, e em tom manso acrescentou: "A algema é um instrumento de garantia do réu, uma maneira de evitar que ele venha a se evadir".

Havia três testemunhas do Ministério Público que foram convidadas a fazer o reconhecimento dos acusados, fomos todos convidados acompanhar, entramos na sala de reconhecimento e ficamos aguardando, logo ouviu-se o grito do juiz novamente, dizendo: "Réu meu não vai falar com ninguém, estão pensando que estão em uma reunião? Em um aniversário? Quer falar com ele vai pra fila do Aníbal Bruno".

Coloquei a cabeça pra fora da porta pra entender a situação e percebi que um grupo de pessoas estava próximo a ele, em função da resposta dada pelo juiz, deduzi que eram os parentes de um dos acusados, que estava preso, que haviam pedido para vê-lo.

Os advogados de defesa, depois de alguns ristes do juiz, escolheram manter-se silentes, no fim a defensora pediu a conversão da prisão da ré N.L.S em prisão domiciliar visto que estava com mais de sete meses de gestação, conforme dispositivo legal.

O juiz concedeu o pedido, dizendo: "A ré não merece o benefício, mas sou forçado a converter a prisão em domiciliar, conste-se que após o parto ela terá noventa dias para retornar à unidade prisional".

Houve um apelo da defensora dizendo: "Conceda um tempinho maior, Excelência, o bebê não tem culpa de nada".

Ao que ele respondeu: "Quem tinha de ter pensado isso era ela".

Os réus não foram ouvidos e foram dispensados em função da falta de uma das testemunhas do *parquet*, a audiência foi fragmentada e remarcada.[21]

21. Processo 0090736-28.2014.8.17.0001.

O elemento humilhação permeou toda essa audiência, é necessário admitir que não foi um tipo de comportamento comumente presenciado ao longo da pesquisa, mas essa audiência exigiu muito do controle emocional, afinal, era um comportamento do juiz, o ente mais poderoso da mesa, e, portanto, irrepreensível; e o tratamento depreciativo estava se abatendo apenas sobre os réus, aqueles que no imaginário coletivo não são dignos de respeito, portanto, não pareceu gerar muito incômodo nos presentes.

Também era gritante a diferença de tom com que o juiz se dirigia aos réus e com que se dirigia aos outros entes ali presentes, ele tratou com certa afabilidade os estudantes, os advogados eram tratados em tom de galhofa, como quem claramente diz: "Nada do que vocês digam vai me convencer da inocência dos acusados", havia um claro prazer na ideia de punição e uma postura tão tendenciosa para a acusação que essa foi a primeira audiência assistida em que o promotor se portou de forma mais silente.

A ideia de merecimento passou claramente pelo juízo de valor realizado e pela subjetividade do indivíduo, "não merece", em outras palavras, "não é digna", e aos "indignos" nega-se até as garantias fundamentais, chegou a afirmar que só estava cedendo porque estava posto em lei, mas que discordava.

Com relação a praxe do Judiciário que explicita elementos de sujeição criminal e subjugação dos indivíduos negros, tem-se que: É interessante perceber como se dispõem os agentes do judiciário na sala de audiência, o juiz sempre senta à cabeceira da mesa, como detentor inquestionável do maior poder, "a maior autoridade presente", aquele que tem em mãos o poder de decisão.

A acusação e a defesa sentam-se nas laterais da mesa, às vezes de cada lado, às vezes do mesmo lado, passando a imagem de "braços" do julgador, aqueles que o "ajudam" a chegar ao convencimento, um servidor senta-se ao lado do juiz, para a operação da parte técnica, seja para digitar a ata de audiência, seja para gravá-la em vídeo, já as cadeiras destinadas ao acusado, curiosamente, são à parte da mesa, ficam à margem daquele ciclo.

O acusado só senta à mesa quando convidado pela autoridade, geralmente para ser ouvido, ele é aquele indivíduo que se quer distante e contido, como um animal feroz, que só deve entrar no processo de interação quando claramente convidado, em outro caso não tem voz, não tem vez, nem cadeira cativa na mesa de audiência.

Além de que a cadeira dedicada ao réu é cercada de uma negatividade, de algo depreciativo que leva as pessoas a hostilizá-la, expondo claramente esse sentimento de ojeriza, não foram poucas as vezes que durante a pesquisa foram feitos comentários degradantes e expressões de asco ao se referir aquele lugar.

Luz, Sara. Criminalização de uma cor: sistema punitivo como ferramenta de subjugação do indivíduo negro. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. vol. 128. ano 25. p. 233-270. São Paulo: Ed. RT, fevereiro 2017.

Nesse instante, uma advogada entrou na sala e sentou-se na famosa cadeira do réu, a servidora, mais que depressa, aproximou-se dela e disse: "Dra., saia desse lugar, vá pra cadeira ali em frente". Fez uma cara de nojo e complementou: "Aí é a cadeira do réu."[22]

Em geral, são três cadeiras dedicadas ao réu, e como a sala de audiência é relativamente pequena, os estudantes ao assistirem as audiências, e alheios as demarcações sociais que aquelas cadeiras representam, as ocupam, contudo a censura sempre chega, sempre vem um alguém para dizer: "Essa é a cadeira do réu, não sente aí, sente em outro lugar", se essa frase não vem imediatamente, vem quando o réu está próximo a entrar na sala de audiência, poucas vezes assisti, durante a pesquisa, uma audiência com mais de um réu, contudo, quando o réu está se aproximando, mediante o alerta, todos levantam, ficando até em pé mesmo, caso não haja outro lugar para sentar, o réu chega, senta-se em uma das cadeiras e as outras duas próximas a ele ficam desocupadas.

Ninguém quer estar próximo daquele que é marcado como condenável, apesar daquele indivíduo estar respondendo um processo, não haver ainda a consolidação de culpabilidade, visto que não há sentença transitada em julgado, ele já é visado negativamente, ele é o réu, e o "réu" é visto como excrescência, indício claro de sujeição criminal.

Foi a vez de ouvir o acusado, naquele instante um ritual se repetiu, estávamos eu e mais três estudantes sentadas nas cadeiras destinadas ao réu, e ao mandar chamá-lo, a promotora pediu que saíssemos do banco porque o réu ia sentar ali, e completou em tom de galhofa: "Vai que é contagioso, ninguém sabe". Todos riram. E além de levantarmos, afastamo-nos instantaneamente das cadeiras.[23]

Pois bem, é notório um processo de animalização do réu, a saber:

A sala de reconhecimento é um ambiente dividido em dois por um mural de vidro e uma porta, quando se entra, apagam-se as luzes do lado em que as pessoas que vão fazer o reconhecimento estão, do outro lado estavam três presos, algemados, ladeados pelos policiais, parece um ambiente de contenção de animais.[24]

A denúncia foi lida na frente da testemunha de acusação, o policial, no seu esclarecimento, disse que estava fazendo ronda em Boa Viagem quando dois jovens "em atitude suspeita" passaram em uma moto, a viatura passou

22. Processo 0061265-50.2003.8.17.0001.

23. Processo 0027413-15.2015.8.17.0001

24. Processo 0013669-50.2015.8.17.0001.

a segui-los, e a uns metros a frente eles tentaram se desfazer de um saco que continha pedras de crack, este saco foi recuperado pelos policiais e os jovens foram "*capturados*", um deles era menor de idade e foi encaminhado ao órgão respectivo e o outro rapaz era acusado na presente ação.[25]

As algemas, a sala de reconhecimento, a cadeira destinada ao réu, o fato de serem "*capturados*", tudo isso faz uma referência nítida a animalização do indivíduo, passa a clara mensagem de que é visto como um animal selvagem, a quem se quer contido, enjaulado, amarrado, amordaçado e publicamente exposto para que todos saibam de sua peçonha.

O problema é que essa saga de constrangimentos viola direitos humanos e atinge, majoritariamente, indivíduos a quem a humanidade foi negada. Desde o período colonial os indivíduos negros tiveram sua humanidade substituída por uma objetificação mercantilista, até os dias atuais a perspectiva de mão de obra barata prevalece sobre o indivíduo negro. Há sérios indícios que essa mentalidade de "desumanidade dos indivíduos negros" se reproduz no sistema judiciário e que a máquina punitiva é, na verdade, mais uma ferramenta de subjugação desse indivíduo.

4. Considerações finais

Temos o direito de ser iguais quando a nossa diferença nos inferioriza, e temos o direito a ser diferentes quando a nossa igualdade nos descaracteriza (SANTOS, 2003, p. 56).

A incriminação é, nitidamente, uma maneira de operar poder sobre os indivíduos, uma eficaz ferramenta de controle, direcionada de maneira mais recrudescida a determinados grupos sociais ditos vulneráveis.

Não existe imparcialidade entre os agentes de incriminação, pois aqueles que determinam a acusação são também os que estão inseridos em um contexto social de privilégios que os afastam do crivo do sistema punitivo, afastando-os inclusive da perspectiva de suspeição.

A subjetividade do indivíduo é fator de suma relevância para fins da incidência penal (para sua vulnerabilidade), uma vez que ela determina a reação dos demais envolvidos no processo de suspeição, acusação e incriminação.

Existe, portanto, para além da transgressão penal, um conjunto de subjetividades demarcadas para serem "caçadas" pelo sistema punitivo, são os "tipos sociais criminalizados", os indivíduos marcados pela "sujeição criminal".

25. Processo 0007512-37.2010.8.17.0001.

Os indivíduos negros que já carregam um fardo histórico de exclusão e marginalização tornam-se alvo fácil para esse sistema predatório, posto que as chagas abertas (e ainda não cicatrizadas) pelo período da escravidão geraram assimetrias que repercutem no sistema penal de modo que ele passe a condensar e legitimar práticas racistas desde o processo de rotulação até a consumação das penas.

Assim, não é de se estranhar que a clientela do sistema penal seja massivamente negra, que os aviltamentos imputados pelo cárcere recaiam incisivamente sobre indivíduos negros. A verdade é que um indivíduo historicamente visto como desprovido de humanidade, e que recebe do estado a atenção depreciativa relacionada à criminalidade e a punição, continua dentro de um processo de escravidão, moral e física.

No seio social o "mito da democracia racial" busca mascarar a preponderância do racismo, no sistema punitivo, mais especificamente no poder judiciário, "a imparcialidade e a formalidade" vestem de uma suposta legitimidade as práticas racistas já tão corriqueiras, que, numa análise mais grosseira, chegam a passar despercebidas.

O sistema penal é hodiernamente um triturador de indivíduos negros, um triturador de subjetividades, um triturador de "grupos vulneráveis", uma arma manejada para instrumentalizar marginalização e exclusão, ou pior, para ratificar uma exclusão injusta e historicamente construída.

5. REFERÊNCIAS

ADORNO, Sergio. Discriminação racial e Justiça criminal. *Novos estudos*. São Paulo: Cebrap, n. 43, 1995.

ANDRADE, Vera Regina Pereira de. *A ilusão da segurança jurídica*: do controle da violência à violência do controle penal. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1997.

BARATTA, Alessandro. *Criminologia crítica e crítica do direito penal*: introdução à sociologia do direito penal. Tradução Juarez Cirino dos Santos dos Santos. 6. ed. Rio de Janeiro: Revan e Instituto Carioca de Criminologia, 2011.

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil. Vade Mecum Saraiva: obra coletiva de autoria da editora saraiva com a colaboração Luiz Roberto Curia, Livia Céspede e Juliana Nicoletti. 19. ed. atual e ampl. São Paulo: Saraiva, 2015.

DPNMJ – Departamento Penitenciário Nacional – Ministério da Justiça: *Levantamento nacional de informações penitenciárias – Infopen. 2014*. Disponível em: [www.google.com.br/search?q=Infopen+2014+pdf.+Ministerio+da+justiça

+dados+penitenciarios&oq=Infopen+2014+pdf.+Ministerio+da+justiça+dados+penitenciarios&aqs=mobile-gws-lite]. Acesso em: 10 ago. 2015.

FANON, Frantz. *Pele negra, máscaras brancas*. Salvador: EDUFBA, 2008.

FLAUZINA, Ana Luiza Pinheiro. *Corpo negro caído no chão:* o sistema penal e o projeto genocida do estado brasileiro. 2006. 145 f. Dissertação (Mestrado em Direito). Universidade de Brasília. Brasília. 2006.

FOUCAULT, Michel. *Vigiar e punir*. 25. ed. Petrópolis: Vozes, 2002.

GOMES, Gustavo Manoel da Silva. *A cultura afro-brasileira como discursividades:* histórias e poderes de um conceito. 2013. 183f.: Dissertação (Mestrado em História Social da Cultura Regional). Universidade Federal Rural de Pernambuco. Recife, 2013.

HOLANDA, Sérgio Buarque de. Raízes do Brasil. Rio de Janeiro: Livraria José Olympio Editôra, 1956.

HULSMAN, Louk; CELIS, Jaqueline Bernat de. *Penas perdidas*. O sistema penal em questão. Rio de Janeiro: Luam, 1993.

MISSE, Michel. *Crime, sujeito e sujeição criminal*: aspectos de uma contribuição analítica sobre a categoria "bandido". São Paulo: Lua Nova, 2010.

_____. *Malandros, marginais e vagabundos e a acumulação social da violência no Rio de Janeiro*. 1999. 413 f. Tese (Doutorado em Sociologia). Instituto Universitário de Pesquisas do Rio de Janeiro. Rio de Janeiro, 1999.

MORAES, Fabiana. *No país do racismo institucional:* dez anos de ações do GT racismo no MPPE. Fabiana Moraes; Coordenação e Assessoria Ministerial de Comunicação Social do MPPE, grupo de trabalho sobre discriminação racial do MPPE – GT Racismo. Recife: Procuradoria Geral de Justiça. 2013.

ONU. *Declaração sobre a Raça e os preconceitos raciais*. Conferência da Organização das Nações Unidas para a Educação, a Ciência e a Cultura – em 27 de novembro de 1978. Disponível em: [www.direitoshumanos.gddc.pt/3_2/IIIPAG3_2_9.htm]. Acesso em: 04 jun. 2015.

_____. *Racismo institucional:* Uma abordagem conceitual. Geledés, Instituto da Mulher Negra. Disponível em: [http://googleweblight.com/?lite_url=http://www.onumulheres.org.br/publicações/racismo-institucional-uma-abordagem-conceitual/&ei=bh4_3EIJ&lc=pt-BR&geid=7&s=1&m=791&ts=1444469856&sig=APONPFIKik8lihwT9v21nrdHNwxhXkHLzQ]. Acesso em: 20 jun. 2015.

RIBEIRO, Darcy. *O povo brasileiro*. A formação e o sentido do Brasil. 2. ed. São Paulo: Companhia das Letras, 1995.

SALES JÚNIOR, Ronaldo Laurentino de. *Raça e justiça:* o mito da democracia racial e o racismo institucional no fluxo de justiça. Recife: Fundação Joaquim Nabuco, Editora Massangana, 2009.

SANTOS, Boaventura. *Reconhecer para libertar:* os caminhos do cosmopolitismo cultural. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2003.

SANTOS, Roberta Vanessa da Cruz. *A análise do conteúdo dos discursos dos promotores de justiça e a (in)existência do uso do direito penal do inimigo*: um estudo sobre o ministério público de Pernambuco nas sessões do tribunal do júri. 2014. 153 f.: Trabalho de Conclusão de Curso. Universidade Católica de Pernambuco, Recife, 2014.

SCHUR, Edwin M. *Labeling Deviant Behavior*. Its sociological implications. New York: Harper & Row Publishers, 1971.

SCHWARCZ, Lilia Moritz. A questão racial brasileira vista por três professores. *Revista USP*. São Paulo, n.68, p. 168-179, dez./fev., 2006.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *Em busca das penas perdidas:* a perda de legitimidade do sistema penal. Tradução por Vânia Romano Pedrosa e Amir Lopez da Conceição. Rio de Janeiro: Revan, 1991.

_____; BATISTA, Nilo; ALAGIA Alejandro; SLOKAR, Alejandro. *Direito penal brasileiro*. Teoria Geral do Direito Penal. 2. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2003. vol. 1.

PESQUISAS DO EDITORIAL

Veja também Doutrina

- A legislação anti-racismo no Brasil e sua aplicação: um caso de insensibilidade do judiciário?, de Marta Rodriguez de Assis Machado – *RBCCrim* 76/79-105 (DTR\2009\9);
- Direito penal em preto e branco, de Hédio Silva Júnior – *RBCCrim* 27/327-338 (DTR\1999\578); e
- Mandados de criminalização e o crime de racismo – Criminalization warrants and the racism crime, de Alina Silva Toledo – *Ciências Penais* 16/207-235 (DTR\2012\450249).

A BÚSSOLA ORIENTADORA DO EXERCÍCIO DO PODER JURISDICIONAL

EXERCISE GUIDANCE COMPASS OF THE JUDICIAL POWER

THIAGO MIRANDA MINAGÉ

Doutorando em Direito Unesa/RJ. Mestre em Direito Unesa/RJ. Professor da UFRJ/FND (substituto). Professor de Processo Penal e Direito Penal na graduação e pós-graduação da Unesa/RJ. Professor de Processo Penal da pós-graduação da ABDConst-RJ. Advogado.
thiagominage@hotmail.com

Recebido em: 30.09.2016
Aprovado em: 20.10.2016
Última versão autor: 30.10.2016

ÁREA DO DIREITO: Processual; Penal

RESUMO: A origem do poder e o respectivo controle de seu exercício devem necessariamente ser objeto de análise para melhor compreensão dos motivos que levam determinada parcela populacional figurar de forma predominante como alcançadas pela fúria estatal. O uso do processo criminal como instrumento de controle da massa demonstra a utilização do poder jurisdicional como verdadeiro instrumento de política pública de contenção e regramento comportamental. Para tanto, saber quem são os alcançados pelo exercício do poder – os etiquetados –, não é apenas uma constatação, mas, sim, verdadeira projeção de alcance das mazelas do poder. Logo, necessária uma leitura do contexto e estrutura processual em vigor, por um olhar crítico, em que o exercício do poder jurisdicional está direcionado a alcançar determinado grupo social específico.

PALAVRAS-CHAVE: Poder – Processo criminal – Controle da massa – Etiquetamento – Processo penal.

ABSTRACT: Power Source and the Respective Control Your Exercise, must be necessarily Analysis Object To Better Understand the reasons that lead certain part of the population figure of predominantly How achieved For the State Fury. The Use of Criminal Procedure How Mass Control instrument demonstrates the use of the judicial power as real public policy instrument of restraint and behavioral retreatment. Therefore, to know who are the achieved hair Power of Exercise – tagged – not just a statement but, True Projection range of ills Power.

KEYWORDS: Power – Criminal proceedings – Mass control – Labeling – Criminal proceedings.

SUMÁRIO: 1. Introdução. 2. Misticismo como fonte de dominação. 3. Mudança interpretativa como avanço na compreensão do contexto social. 4. Processo penal, criminalização e conse-

quente autoritarismo no controle da massa social. 5. O exercício do poder jurisdicional e seu horizonte de projeção criminológico. 6. Considerações finais. 7. Referências bibliográficas.

1. INTRODUÇÃO

O cerne deste trabalho é a demonstração de que o uso do poder jurisdicional afeta diretamente indivíduos previamente selecionados principalmente quando da utilização de prisão preventiva, demonstrando que o processo criminal tornou-se um verdadeiro instrumento de políticas públicas no controle comportamental das massas.[1]

No contexto em que apenas uma sequência de perguntas, cujo objetivo é desestabilizar as certezas conceituais impostas, poderá manifestar o ser do objeto que se questiona,[2] falar em invenção do conhecimento é, na verdade, algo muito pretensioso, porque pressupõe a existência do sujeito inventor, e nos mantêm reféns da ideia de que o ser humano é a única fonte de conhecimento.

A "lenda" de que Albert Einstein elaborou a Teoria da Relatividade a partir da observação de um menino que corria ao lado de um trem é um ótimo exemplo disso, porque traduz a visão de que o conhecimento é uma produção individual de pessoas geniais que, num momento de iluminação ou inspiração, têm ideias inovadoras e difíceis de ser compreendidas pelos homens de senso comum médio.

O conhecimento não é revelado, mas, sim, exposto. Ele surge como uma hipótese diversa do que até então era dado como cientificamente correto. Não

1. RAMALHO JUNIOR. Elmir Duclerc. Ensaio para uma teoria agnóstica do processo penal. *Revista Eletrônica Direito e Política*. Programa de Pós-Graduação *Stricto Senso* em Ciência Jurídica da Univali, Itajaí. v. 10. n. 2, 1º quadrimestre de 2015. Disponível em: [www.univali.br/direitoepolitica].

2. DUSSEL, Enrique. América Latina dependencia y liberación. *Articulo aparecido en Sí. n. 2. Mendoza, 1964. p. 5. Escrito en Maguncia (Alemania), en 1964. ESCATOLOGÍA LATINOAMERICANA I. p. 37 (Hacia una tematización de la pregunta por el ser de latinoamérica) Saber preguntarse acerca de algo o alguien es ya haber realizado el trabajo esencial de la develación del ser. La pregunta sobre algo significa que aquello acerca de lo que nos preguntamos no es una mera "cosa" opaca o bruta, sino que muestra ya los diversos niveles por en– tre los cuales nuestra mirada inquisidora irá penetrando lentamente. Pero una pregunta perdida, solitaria sin conexión con otras pregun– tas que le antecedan y otras que le sigan no puede despertar en la inte– ligencia un conocimiento acabado. Sólo un sistema de preguntas producirá la respuesta conjunta que manifestará el ser del objeto acerca del cual nos preguntamos.

se trata de algo que esteja escondido na sabedoria terrena de somente algumas e predeterminadas pessoas; ou até mesmo de uma entidade que circula no éter a espera de que alguém desvende a sua existência.

Não há metafísica, mas, sim, construção. E, nessa edificação do saber, vários instintos antagônicos, ou não, são postos em conflito e o resultado, sempre inacabado, é como uma "centelha entre duas espadas" que cria algo diverso como a faísca que pula dos ferros em atrito.

O que há é um evoluir, ainda que a nova construção do conhecimento implique na alteração das teorias que o alicerçam. Com muita razão Foucault, baseado em Nietzsche, registra que o conhecimento não é descoberto, e sim criado.

Seguindo a hipótese de que o conhecimento não tem uma origem, e partindo do pressuposto de que as relações e práticas sociais podem formar doutrina sobre a essência das coisas – e também sujeitos de conhecimentos distintos dos já existentes –, reafirmamos a ideia de que não temos um conhecimento de causas primárias, cujo caráter distintivo seria o de que toda forma de saber está pautada em uma revelação que é a alheia ao homem que o detém. Importante ratificar que o conhecimento não tem uma origem temporal e espacialmente determinada.

Ocorre que, em algum momento, esse poder é sistematizado e, por isso, não é absurdo afirmar que há uma relação entre conhecimento e poder, seja pela luta, ódio, hostilidade, distância ou pela dominação (sentido negativo), ou do mesmo modo, embora em sentido totalmente oposto, pela aceitação, assimilação, felicidade, amor, semelhança ou adequação (sentido positivo).[3] Logo, o conhecimento é uma violação das coisas a conhecer, e não uma recepção, identificação ou aceitação, conforme teorização kantiana. O conhecimento resulta do domínio de técnicas úteis através da luta e da dedicação, e não por revelação divina.

Assim, quando falamos sobre conhecimento, é preciso assumir que esse conceito não está separado de suas condições de existência. O conhecimento não é algo que existe por si mesmo, mas, sim, algo que se refere às relações entre os seres.

3. FOUCAULT, p. 21: "Por sentido negativo digo com a seguinte base: "(...) Não há, portanto, no conhecimento uma adequação ao objeto, uma relação de assimilação, mas ao contrário, uma relação de distância e dominação; não há conhecimento algo como felicidade e amor, mas ódio e hostilidade; não há unificação, mas sistema precário de poder." Em sentido positivo digo "(...) a filosofia ocidental – e, desta vez, não é preciso referir-nos a Descartes, podemos remontar a Platão – sempre caracterizou o conhecimento pelo logocentrismo, pela semelhança, pela adequação, pela beatitude, pela unidade".

Nesse sentido, é a partir da aquisição do conhecimento do que é o poder que se tornou possível exercê-lo, não importando se individualmente se produz o poder, e sim como é o domínio dos meios de produção do poder. Com isso, o domínio dos meios de produção do conhecimento e, por conseguinte, do exercício do poder, direciona seu horizonte de alcance a uma parcela populacional que necessária e convenientemente precisa ser controlada e taxada como diferente – inferior – daquele que detém o domínio da produção e o próprio exercício desse poder.

Quem produz, controla e, consequentemente, exerce o poder, impõe as regras que devem ser seguidas, excluindo os que se opõem, taxando-os como transgressores e controlando-os de forma arbitrária, muitas vezes violenta.

Nesse sentido, a ideia do presente ensaio é demonstrar que, ao conhecer as formas de criação e controle do poder, com o consequente domínio de seu exercício, conjugado com o horizonte de projeção, ou seja, onde, quem e como alcançar, a criminologia consegue identificar a origem dos desmandos e desvios de finalidade no exercício da função jurisdicional permitindo uma melhor compreensão do uso indiscriminado da prisão preventiva para determinado grupamento social.

2. MISTICISMO COMO FONTE DE DOMINAÇÃO

Sob essa perspectiva, verifica-se que, para uma concepção de mundo essencialmente teológica, como o foi a Idade Média[4-5] – período marcado por um dogmatismo religioso, místico e pelo abandono do raciocínio físico – era natu-

4. FOUCAULT, p. 69-70: "Havia, com efeito, uma prática de inquérito na Igreja da Alta Idade Média, na igreja Merovíngia e Carolíngia. Esse método se chamava *visitatio* e consistia na visita que o bispo devia estatuariamente fazer, percorrendo sua diocese, e que foi retomado, em seguida, pelas grandes ordens monásticas (...)" mais a frente complementa "(...) esta forma espiritual, essencialmente religiosa do inquérito eclesiástico subsistiu durante toda a Idade Média, tendo adquirido funções administrativas e econômicas. Quando a igreja se tornou o único corpo econômico-político coerente da Europanos séculos X, XI e XII, a inquisição eclesiástica foi ao mesmo tempo inquérito espiritual sobre os pecados, faltas e crimes cometidos, e inquérito administrativo sobre a maneira como os bens da igreja eram administrados e os proveitos reunidos, acumulados, distribuídos e etc."

5. FOUCAULT, p. 70: "(...) pode-se dizer, esquematicamente, que um dos traços fundamentais da sociedade feudal europeia ocidental é que a circulação dos bens é relativamente pouco assegurada pelo comércio. Ela e assegurada por mecanismos de herança, ou de transmissão testamentária e, sobretudo, pela contestação belicosa, militar, extrajudiciária ou judiciária.

ral que as forças dominantes elegessem o sarraceno[6] como o inimigo externo e comum a todos, através da exploração da ideia de que a maldade desse inimigo consistia na adoção de uma fé pagã, com intento de ratificar seu poder interno, classificando os indivíduos como sendo cidadãos de bem ou perniciosos conforme fosse maior ou menor o grau de sujeição destes aos dogmas da fé cristã.

Com esse raciocínio e entendimento de mundo, era igualmente compreensível que os dogmas estabelecidos pela igreja católica fossem a medida e a base de todo o pensamento político, social e jurídico daquele tempo (os olhos não estavam nas pessoas, e sim no divino).[7]

Entretanto, a ascensão da burguesia deixou claro que a leitura político/social não mais albergava a permanência das concepções confessionais sobre o convívio social e a compreensão de mundo típicas do feudalismo. É nesse período que tem início a superação da visão teológica pela visão secular de Estado, substituindo-se o dogma do direito divino pelo direito humano, subtraindo da igreja católica o poder de interferir nas decisões dos estados.[8]

---

6. Sarracenos era uma das formas usada pelos cristãos da Idade Média para designar, equívoca e genericamente. os árabes ou os muçulmanos. Em português, o termo é usualmente aplicado especificamente aos árabes que dominaram a península Ibérica.

7. A história da ciência é marcada por um preconceito com a Idade Média. Despreza-se esse período, chamado de Idade das Trevas, por ser marcado por um dogmatismo religioso, pelo misticismo e pelo abandono do raciocínio físico. Não estou discutindo como foi de fato a Idade Média, até porque não cabe essa discussão aqui, mas te digo com toda segurança que o demônio não é tão feio como o pintam. Acredito que herdamos muitos desses adjetivos com os quais classificamos a Idade Média do Renascimento. Somos seres dicotômicos. Definimos o que nos é permitido através do que é proibido. Temos uma enorme dificuldade para dizer o que é o bem, mas sabemos perfeitamente conceituar o que é o mal. Não se trata daquilo que os teóricos do cristianismo definiram como o reconhecimento humano do que é divino. Trata-se apenas de nos ser impossível conhecer previamente as consequências do que no presente julgamos que é o bem. Outra dificuldade: ao contrário do mal (fome, doença, tristeza, falta de dinheiro), que é coletivo, o bem é individual (lembre-se dos que têm bulimia e sádicos, por exemplo). Definimos com muita facilidade a fome como mal porque ela leva à morte. Mas individualmente considerando, não podemos definir a bulimia como mal. O fato é que o movimento renascentista inventou o mito da Idade das Trevas para assim se autodefinir, por contraste, como idade da razão. Cada época elabora, sobre o passado, as histórias que se adaptam, de alguma forma, à visão que possui sobre si mesma.

8. MARX. Karl; ENGELS. Friedrich. *Manifesto do Partido Comunista.* Clássicos Penguim Companhia das Letras, 2015. p. 17-18.

As duas fases da história humana mais relatadas indicam que é inevitável uma leitura do contexto social conforme o momento político vivido, pois é necessária a percepção de que as concepções jurídicas em vigor, cada uma em seu tempo, regulam-se através do interesse social da classe dominante. Pensar diferente a esse fenômeno é sucumbir, ingenuamente, aos interesses daqueles que ocupam e exercem o poder, efetivando-o e impondo-o aos demais, não raro sob a justificativa de que o fazem visando promover o bem comum.

Desse modo, o passar do tempo nos mostra que o direito é uma técnica de domínio social que aborda os conflitos neutralizando-os desde a perspectiva de quem está legitimado para produzir a ordem dominante e os parâmetros que delineiam o ato de julgar: o que se julga e as pessoas que serão julgadas.

Essa autoridade, naturalmente, somente se legitima na medida em que o conhecimento e o ser se constituem num conjunto de relações em que se integram, ou seja, quem está dotado de autoridade para dizer o direito no momento de adequar atitudes e regular relações sociais num sentido ideológico e politicamente determinado.

Assim, é imprescindível que a afirmação da autoridade não desconsidere o que o alcance da voz das ações sociais representa no cenário político, sejam elas opositoras ou legitimadoras do *status quo*.

Para contemporizar essas falas contraditórias, é necessário, então, escamotear o arbítrio através do emprego de palavras de ordem, verdadeiras fórmulas jurídicas, justificativas retóricas sobre os direitos humanos que, no entanto, são destituídas de efetividade prática. Trata-se, na verdade, de concepções teóricas cujo campo de exploração acadêmico é vasto, entretanto, distanciado do contexto fático, um verdadeiro autismo jurídico que retroalimenta a supremacia da vontade dos que exercem o poder, os quais são exatamente aqueles que avocam a titularidade exclusiva do conhecimento científico.

Crer, ainda, que o acolhimento de teorias vigentes em países com níveis de desenvolvimento distintos de nossa realidade seja razoável, é igualmente ingênuo quanto acreditar que a solução das mazelas de nosso sistema processual requer a unificação de fórmulas jurídicas que tenham, na prática, resultados positivos e igualitários em sociedades distintas da nossa, porque, ao contrário do que se imagina, essa prática causa o engessamento do Direito, inviabilizando o seu encaixe nas especificidades de cada contexto social em particular, desconstituindo seu significado histórico peculiar, que jamais

pode ser deixado de lado, sob pena de admitir uma igualdade jurídica formal, utópica e ineficaz.[9-10]

3. Mudança interpretativa como avanço na compreensão do contexto social

Com a finalidade de entender o conjunto legislativo em vigor, seus motivos, suas alterações, tendências, aplicabilidade prática e possíveis propostas que possam contribuir para o aperfeiçoamento das respectivas leis e decisões judiciais (exercício do poder), é necessário entender o contexto social, econômico, político e constitucional em vigor.

É preciso perceber que o discurso legitimador da legislação elaborada, da decisão judicial imposta e do método interpretativo utilizado necessita de um entendimento da criminologia, do direito penal e processual penal de forma autônoma e conjugada, como complementares uns dos outros.

Dessa forma, não mais deve ser aceita apenas uma fundamentação como forma de legitimação de uma decisão estatal, seja ela judicial ou legislativa. É necessário entender todo o contexto social, a origem do objeto de repressão

9. Em Palestra proferida no dia 13 de agosto de 2015, no Tribunal de Justiça de Santa Catarina, o Professor Manuel Atienza Rodríguez, da Universidad de Alicante, na Espanha, que posteriormente transcreveu em formato de entrevista para o site [www.conjur.com.br], tratou do tema da seguinte forma: "(...) Posso estar equivocado, mas creio que esses pesquisadores (que compartilham as mesmas preocupações) muitas vezes não se conhecem entre si, ou se conhecem muito pouco. Os trabalhos que escrevem parecem estar, com frequência, orientados mais a um auditório de alemães ou de norte-americanos do que a juristas brasileiros. Há uma tendência a assumir posições excessivamente abstratas que não me parecem adequadas para dar resposta aos problemas que realmente importam (...)".

10. GAVAZZI. Giacomo. *L'onere Tra la Libertà e l'obbligo*. Stamperia Editoriale Rattero. Via Piria II, Torino. p. 147 "(...) quello della giuripruenza formale, sostenuto da Cammarata, e quello della dotrinna pura del diritto, teorizatto da Kelsene dalla sua scuola. Si tratta de due cose, a ben guardare, assai diverse. Se vogliano chiarmale entrambe formalismo, niente lo vieta: ma il bersaglio del formalismo de Cammarata è il punto di vista teleolpgico, mentre il bersaglio del formalismo Kelseniano è, da un lato, la sociologia – e, dall'altro, l'etica o più generalmente lídeologia – cioè un modo s'normativo ma non giurídico – di considerare i fatti sociali". Aqui o autor italiano faz referência ao fato de a doutrina de Kelsen estar preocupada apenas com o formalismo das leis e sua consequência da sociedade, ou seja, um direito em vez de partir do contexto social para só então regulamentar, faz o oposto, regulamenta para verificar as consequências sociais.

e ainda a pessoa sobre a qual recairá a respectiva criminalização (processo de seleção e criminalização).

A necessidade de uma legislação clara, garantidora de direitos individuais e satisfatória é ponto de partida para uma consequente e necessária releitura do contexto jurídico e uma readaptação interpretativa, buscando o diálogo como foco modificativo, tendo o debate e a aceitação comunitária da conclusão alcançada como critério de legitimação das decisões estatais (legislativa, executiva e judicial).[11]

Nesse diapasão, lembra-nos Shafer que, dentre essas metas, destaca-se o desenvolvimento de um conceito de comunicação a partir da razão permitida no uso da linguagem orientada no entendimento.[12] Ou seja, estamos diante de uma tentativa de[13] restauração da razão, bem como um trabalho a favor de uma teoria crítica da sociedade.

Assim, a estrutura processual em vigor apresenta-se nitidamente defasada, as reformas legislativas, mesmo que pontuais, não alcançam sequer uma aceitação clara, ou mesmo apresentam efetividade prática, seja na doutrina, seja entre aqueles que atuam no dia a dia forense.

Na tessitura *socialé* disseminada a crença de que o processo criminal, como está posto, gera impunidade, transparecendo que se trata de verdadeiro impedimento para uma punição, e mais, o processo também é visto como obstáculo à efetividade da tão almejada segurança. Por isso, é premente a necessidade de esclarecer que o processo é uma garantia dos direitos fundamentais individuais daquele que é submetido ao exercício do poder jurisdicional. O processo é instrumento de contenção do furor estatal no exercício do poder e garantidor dos direitos da pessoa a ele submetida.

Desse modo, devemos desconstruir o modelo imposto pela jurisprudência[14] de saber interpretativo autocrático, que se autolegitima no exercício do poder, para efetivamente entendermos a diferença entre: legislação penal (ato político);[15] poder punitivo (cautelaridade/pena);[16] direito penal (discurso dos

11. HABERMAS, Jürgen. *A ética da discussão e a questão da verdade*. São Paulo: Martins Fontes, 2007.
12. SCHAFER, Walter Reese. *Compreender Habermas*. Petrópolis: Vozes, 2009. p. 22.
13. DUPEYRIX, Alexandre. *Compreender Habermas*. São Paulo: Loyola, 2012. p. 215.
14. FOUCAULT, p. 46.
15. Elaboração de leis em sentido formal.
16. Aplicação de pena ou restrição de direitos no curso de investigação criminal ou processo.

juristas);[17] e processo penal (exercício de poder jurisdicional).[18] Isto é, devemos entender o horizonte de projeção do modelo de criminalização,[19] mesmo porque todo saber requer uma definição prévia à delimitação de seu horizonte, tornando o controle do raciocínio seguro e determinado.

Dessa forma, quando falamos em criminalidade, é necessário entender o ponto de partida dessa fala (o local da fala), principalmente na questão da criminalidade social e repressão estatal/controle social.[20] Não é uma simples questão de discordar ou concordar. É uma questão de não permitir a abertura de espaços para que o lado repressor (Estado, nas mais variadas formas de exercício do poder) viole cada vez mais aquele que suporta as consequências do exercício deste poder. A fala sobre criminalidade precisa partir de quem é o criminalizado.[21]

Quando o Estado fala pela pessoa criminalizada, ou seja, colocando a visão que possui daquilo que ele não vive e de quem desconhece a origem e realidade, certamente desvirtuará o sentido da fala. Nossa realidade é mascarada. A ideia de Estado falando por aquilo ou sobre aquilo, daquele ou sobre aquele que criminaliza estará satisfazendo as necessidades, os anseios, desejos e medos da classe que está no controle do poder[22] (dos falantes) é retórica. Tal circunstância se arrasta em nossa história desde a Idade Média, passando pelo

17. ZAFFARONI, Eugênio Raul; BATISTA, Nilo. *Direito penal brasileiro*. 1 ed. Rio de Janeiro: Revan, 2003. p. 38.

18. Exercício de jurisdição é exercício de poder, conforme veremos no decorrer desse trabalho.

19. DE GIORGI, Alessandro. *A miséria governada através da miséria penal*. Trad. Sérgio Salomão. Rio de Janeiro: Revan, 2006. p. 83: "persistência de modelos, estratégias, práticas e instituições que parecem atestar uma substancial continuidade entre passado e presente..." nessa passagem que mais a frente será melhor explorada De Giorgi fala que, mesmo com o passar do tempo, a evolução industrial e social, as práticas de controle estatais continuam as mesmas de forma coativa e correcional".

20. GAVAZZI. Giacomo. "Il concetto di controllo sociale è indubbiamente di origine sociologica. L'importanza di questa prospettiva per descrivere e per afferare il significato di quel complesso intrecciarsi di azioni e di reazioni proprie di ogni gruppo sociale, fu esplicitamente teorizzato de E.A. Ross. Gli studi controllo sociale si sono poi arrichiti venendo a contatto con lántropologia culturale e hanno prodoto una letteratura sterminata". p. 145.

21. Por criminalizado me refiro aos que são alcançados pelo exercício do poder jurisdicional, seja processados ou mesmo condenados.

22. MARX, Karl; ENGELS, Friedrich. *Manifesto do Partido Comunista*. Clássicos Penguim Companhia das Letras, 2015.

feudalismo, emergindo na burguesia, em que o objetivo do sistema de prova, e da vitória na guerra legislativa e processual, não era provar a verdade, e sim constatar a força, o peso e a importância de quem dizia (testemunha) ou daquele que pleiteava um direito (o lesado ou quem pretendia proteger seu patrimônio).[23]

A necessidade de superação do princípio do bem e do mal, aceitando que o crime é um fenômeno que decorre normalmente do convívio em sociedade,[24] é fundamental para o equilíbrio social cujo alcance, na verdade, decorre da distribuição isonômica de meios legítimos para a realização de metas culturais e o consequente sucesso. Até porque a desigualdade na distribuição estrutural de mecanismos de acesso a essas metas cria as denominadas subculturas,[25] conduzindo minorias desfavorecidas para os modelos de comportamentos viciosos/desviantes/criminosos estabelecidos pela classe dominante justamente por expor ao conflito seus distintos valores e normas, muitas vezes contrapostos e divergentes daqueles interiorizados em seus contextos microssociais, nos quais as contextualizações de comportamentos valorativos e normativos se chocam entre o oficial e o de uma "subdivisão cultural inferior" à original, talvez como forma de rebeldia, em relação aos valores comuns dominantes estabelecidos.

Desse modo, é de extrema importância e inegável necessidade proceder-se à análise do processo de criminalização. Como bem definido por Zafaronni e Nilo Batsita, todas as sociedades contemporâneas que institucionalizam ou

23. FOUCAULT, 2001. p. 57. Cada vez que, sobre as ruínas do Império Romano, um Estado começa a se esboçar, cada vez que uma estrutura estatal começa a nascer, o Direito Romano, velho direito de estado, se revitaliza. É assim que, nos reinos merovíngeos, sobretudo na época do Império Carolíngeo, o Direito Romano sobrepujou, de certa forma, o Direito Germânico. Por outro lado, cada vez que há dissolução desses embriões, desses lineamentos de estados, o velho Direito Germânico triunfa e o velho Direito Romano cai por vários séculos no esquecimento, só reaparecendo lentamente no fim do século XII e no curso do século XIII. Assim, o direito feudal é essencialmente do tipo germânico. No direito Feudal o litígio entre dois indivíduos era regulamentado pelo sistema da prova (tfpreuve). Quando um indivíduo se apresentava como portador de uma reivindicação, de uma contestação, acusando o outro de ter matado ou roubado, o litígio entre os dois era resolvido por uma série de provas aceitas por ambos e a que os dois eram submetidos. Esse sistema era uma maneira de provar não a verdade, mas a força, o peso, a importância de quem dizia.

24. BARATA, Alessandro. *Criminologia critica* e crítica ao direito penal. Introdução à Sociologia do Direito Penal. Rio de Janeiro: Revan, 2011.

25. SUTHERLAND, Edwin H. *Princípios de criminologia*. Trad. Asdrúbal Mendes Gonçalves. São Paulo: Livraria Martins, 1949.

formalizam o poder (Estado) selecionam um reduzido número de pessoas que submetem à sua coação com o fim de impor-lhes uma pena.[26]

Nessa linha, é imprescindível que a avaliação passe desde a formalidade abstrata legislativa programática do dever ser apenado – através de um método que põe em prática o que deve ser cumprido pelas agências estatais – até a ação punitiva que recai sobre pessoas concretas, privando-as de seus direitos e, cada vez com mais frequência, de sua liberdade antes mesmo do término do processo criminal.

Com a ideia de que a violência é uma realidade social, na qual o crime existe pela própria vivência em sociedades organizadas, cujos estamentos estabelecem comportamentos padronizados que devem ser seguidos,[27] é necessário identificar quem será eleito como criminoso oficial.

Descartando a origem ontológica, ao menos por enquanto, atribui-se o *status* de criminoso ao sujeito eleito pelo sistema penal. O comportamento criminoso, como comportamento rotulado, resulta do papel da estigmatização penal na produção do *status* de criminoso, consolidando a imagem do "mal" atribuída ao escolhido pelo sistema repressor.[28]

O exercício do poder jurisdicional subordina aqueles eleitos como criminosos como forma de contenção dessa classe, utilizando as medidas cautelares pessoais e reais – principalmente aquelas – como forma de controle do

26. BARATA, Alessandro. Op. cit., p. 43.

27. GAROFALO, Raffaele. CARELLI. L. *Riforma della procedura penale in Itali*. Torino: Fratelli Bocca Editori., 1889. "(...) La Società, che si organizza politicamente con la costituzione dei pubblici poteri per la tutela degli interessi individuali e colletivi dai pericoli internied esterni, quella società che diventa Stato, e consolidatasi la mercè della organizzazioni politica, presuntuosa del suo potere colletivo e delle sue forze, pretende persino di sostituirsi alle private iniziative pel conseguimento del benessere individuale, dovrà seguire una linea di condota, dettata da condannevole impreveggenza o da incoerenza volgare? Eppure a prevenire i pericoli degli operai sono dettati regolamenti di ogni genere ogni giorno più restrittivi..." e mais a frentre arrematam "...che assicuri meglio ancora la società dal rinnovamento di un fatto perturbatore dei suoi sentimenti umani e dei suoi legittimi interessi". p. CLXXII e CLXXIII.

28. *Labeling approach* caracterizada e marcada pela ideia de que as noções de crime e criminoso são construídas socialmente a partir da definição legal e das ações de instâncias oficiais de controle social a respeito do comportamento de determinados indivíduos. Segundo esse entendimento, a criminalidade não é uma propriedade inerente a um sujeito, mas uma "etiqueta" atribuída a certos indivíduos que a sociedade entende como delinquentes.

comportamento[29] em âmbito social, impondo comportamentos padronizados e punindo de forma correcional aqueles que porventura violem ou contrariem o padrão estabelecido,[30] com um detalhe: esse método de contenção é utilizado como principal instrumento de política de controle social.

A estrutura do Código Penal de 1940 traz os ideais produzidos por Enrico Ferri,[31] que trabalhava uma classificação do criminoso como ser anormal, insensível e imprevisível, de atitudes covardes e incapaz de perceber o amor fino e delicado, tendo ainda o absurdo de considerar o criminoso com tendências homossexuais e apetite sexual elevado. Absurdo? Não para a estrutura legislativa que originou nosso Código Penal àquela época. Vide a antiga previsão dos Crimes contra os Costumes que hoje felizmente foram alterados e recebem a denominação de Crimes contra a Dignidade Sexual.

A base axiológica[32] regente na elaboração do Código de Processo Penal de 1941, inevitavelmente pautada em um sistema inquisitório, criou todos os institutos de forma déspota, com os olhos fincados apenas para os atos do criminoso, tendo como exemplo o tratamento dado à prisão preventiva, considerando-a como verdadeiro instrumento persecutório, eis que a cautelaridade prisional, conforme utilizada, está nitidamente relacionada a uma forma de política repressiva com intuito de controle da normalidade pretendida pela classe dominante, a partir de estratégias de combate à criminalidade.[33] A intenção não é o combate à criminalidade, e sim o controle da massa.

29. GAVAZZI, Giacomo. Op. cit., p. 146. "Il merito della prospecttiva del Social Control consiste da una parte nell'aver messo in chiara luce che il diritto non è l'unico mezzo di controllo sociale; e dall'atro che anche nell'interno stesso del diritto esistono varie techiche giuridiche di controllo del comportamento".

30. DE GIORGI, 2006. p. 83 "(...) ainda no terreno do controle social, do mesmo modo que ocorre no contexto da produção, muitas vezes encontramos, à frente de processos de mudança que prefiguram horizontes completamente inéditos, a persistência de modelos, estratégias, práticas e instituições que parecem atestar uma substancial continuidade entre passado e presente. No fundo, política, tribunais e cárcere ainda constituem, praticamente em toda a parte, as instituições fundamentais do controle social".

31. Por todos os livros de Ferri, o mais significativo para o tema foi *Sociologia criminale*. Torino, 1892. Terceira edição totalmente refeita do título original, *Nuovi Orizzonti del Diritto e della Procedura Penale*, 1884.

32. A axiologia é a teoria filosófica responsável por investigar valores, concentrando-se particularmente nos valores morais. Etimologicamente, a palavra "axiologia" significa "teoria do valor", sendo formada a partir dos termos gregos "axios" (valor) + "logos" (estudo, teoria).

33. DE GIORGI. 2006. p. 95.

O sistema atual trazido pela CF/1988, que é imposto a todos os processos criminais desde então, é o acusatório,[34] que tem como base valorativa o respeito aos direitos inerentes ao indivíduo e como principal finalidade evitar as atrocidades anteriormente experimentadas em regimes totalitários.

Trata-se de sistema totalmente oposto ao sistema influenciador do código de processo penal em vigor, principalmente em matéria de exercício do poder jurisdicional, com gravidade maior no tema cautelaridade prisional.

Para essa compreensão, é indispensável que se considere o contexto em que esses institutos foram constituídos, ou seja, de acordo com o sistema processual adotado à época da elaboração do Código de Processo Penal, e os fundamentos teóricos e contexto social inspirador da década de 30 do século XX, há de se entender a discrepância de tratamento dispensado pelos respectivos estatutos quando confrontados com os mandamentos da Carta de 1988.

O período de concepção de nossos códigos penal e de processo é marcado pela ideia de eficácia da lei e da periculosidade ou temibilidade dos criminosos deflagrada pelos estudos lombrosianos do homem criminoso, ou seja, daqueles que teriam uma tendência para o crime.

Nessa moldura, as diferenças sociais são consideradas como resultantes da evolução social natural, cujo resultado seria uma classe de pessoas que representariam um fracasso evolutivo, seres carentes de honestidade, miseráveis moral e materialmente, logo, naturalmente inferiores, em contrapartida, a outra classe, naturalmente superior, constituída por pessoas honestas, de senso moral elevado, detentoras de condições favoráveis de existência social.[35]

34. Assim, em uma tentativa de resumir o significado de Sistema Acusatório pode-se afirmar que possui como princípio unificador o fato de o gestor da prova ser pessoa/instituição diversa do julgador e nítida separação entre as funções de acusar, julgar e defender, o que não ocorria no sistema inquisitivo. Destarte, o juiz é imparcial e somente julga, não produz provas nem defende o réu. Os prováveis precursores desse sistema processual são: a) Magna Carta; b) Petition of Rights; c) Bill of Rights; d) secularização; e) Iluminismo. Para facilitar a compreensão desse sistema, eis suas principais características: a) as partes são as gestoras das provas; b) há separação das funções de acusar, julgar e defender; c) o processo é público, salvo exceções determinadas por lei; d) o réu é sujeito de direitos, e não mais objeto da investigação; e) consequentemente, ao acusado é garantido o contraditório, a ampla defesa, o devido processo legal, e demais princípios limitadores do poder punitivo; f) presume-se a não culpabilidade (ou a inocência do réu); g) as provas não são taxativas e não possuem valores preestabelecidos.

35. Demonstrando uma visão extremamente preconceituosa e discriminatória por um senso social que classifica as pessoas pelo poder econômico.

Essa é a ideia que permeia os códigos elaborados à época e, infelizmente, ainda em vigor.[36]

4. PROCESSO PENAL, CRIMINALIZAÇÃO E CONSEQUENTE AUTORITARISMO NO CONTROLE DA MASSA SOCIAL.

Decerto, a prisão e demais medidas cautelares no processo penal devem ser entendidas como uma sequência de atos de puro exercício do poder, seja pela submissão de uma pessoa à jurisdição, seja por restringir algum direito inerente ao indivíduo,[37] seja pela privação da liberdade[38] – mediante apresentação e conhecimento de fatos por parte dos órgãos repressivos de controle da massa –, efetivando um verdadeiro processo de criminalização dos integrantes das classes hierarquizadas,[39] e justificando, precariamente, a prática do respectivo ato cautelar pela possibilidade de análise sumária[40] conforme apresentado e supostamente conhecido sem um procedimento próprio previamente estabelecido.

Ocorre que tais decisões carregam em si uma carga exorbitante de dúvidas quanto ao alegado e ao decidido – e não necessariamente conhecido por aquele que decide e, talvez, sequer pelo que alega – justamente pela falta de aprofundamento do conteúdo fático da questão, deixando claro que apenas os vulneráveis ao furor estatal serão alcançados.

Nesse sentido, é necessário entender como se perfaz esse processo sequencial de práticas de atos de dominação pelo poder, para só então buscar uma hipótese de contenção da forma como se exterioriza a atuação da intervenção estatal no controle social, eis que esta é, desde sempre, punitivista, arbitrária e sem objetivo delimitado, concretizando-se através de atos cautelares que antecedem toda e qualquer forma lógica de tratamento baseado na presunção de inocência.[41]

Da forma que esta, seja como interpretação, disposição legal ou práticas jurisdicionais, apenas contribui para o aumento da violação de direitos indivi-

36. RAUTER, Cristina. *Criminologia e subjetividade no Brasil*. Instituto Carioca de Criminologia. Rio de Janeiro: Revan, 2003. p. 35-36.

37. Qualquer tipo de limitação diversa da prisão.

38. Privação da liberdade de forma cautelar.

39. MARX; ENGELS, 2015.

40. Superficial, sem aprofundamento probatório ou mesmo de forma primária e sem conteúdo probatório.

41. Art. 5.º, VL, da CF/1988.

duais, utilizando o processo criminal como verdadeiro instrumento repressor, tendo como principal "arma" a utilização da prisão cautelar como forma de concretização do processo criminalizante[42] sem perceber que o tratamento a ser dispensado ao submetido perante o exercício do poder jurisdicional é o de inocente.

A consequência se perfaz na constatação de que não só o estereótipo acaba por ser o verdadeiro e principal critério do processo de criminalização, mas que também se torna uma forma de contenção de determinados setores, classes, grupos ou qualquer outro nome que queiram dispor, deixando claro que o criminoso tem características físicas e sociais bem delineadas, como também uma valoração de atitudes morais e tendenciosas à violação da ordem urbana e da paz social, deixando nitidamente delimitado o âmbito de alcance das medidas cautelares pessoais ou reais, ou seja, aqueles que possivelmente serão "presenteados" com uma medida constritiva.

Nos últimos 25 anos, a legislação brasileira, visando atender ao clamor pela adaptação aos preceitos constitucionais, tem passado por intensas modificações, seja pela (re)democratização, seja por sua maior abertura à cooperação internacional, permitindo mais comparações e adaptações de regras em nossa legislação interna. Mas um detalhe importantíssimo não pode ser deixado de lado: a realidade latino-americana.[43]

No contexto apresentado, temos que atualmente uma das maiores vitórias – mesmo que através de um sentido retórico oriundo do princípio da legalidade – é a conquista de garantias individuais e redução de danos, que se dá com o caráter constitutivo pela motivação da imposição de pena legal e legítima e da exclusão de toda e qualquer forma de punição alheia àquela prevista na lei.

Do mesmo modo, demarcando temporalmente a aplicabilidade da lei, evitando-se interpretações extensivas ou mesmo analógicas em âmbito criminal,[44] ou seja, reduzindo o risco de que mediante um verdadeiro jogo de palavras, o sentido do texto legal possa ser desvirtuado, estabeleceu-se parâmetros de alcance para a aplicabilidade do exercício do poder.

Entretanto, temos uma das maiores derrotas, em contrapartida à vitória descrita acima, temos as prisões e medidas cautelares impostas de forma de-

42. Mais à frente será abordado o tema denominado criminalização secundária que melhor explica essa expressão e instituto.

43. GALEANO, Eduardo. *As veias abertas da América Latina*. Porto Alegre: L&PM, 2010.

44. CARVALHO, Salo de. *Anti manual de criminologia*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010. p. 9.

senfreada, desmedida e desregulada, bastando observar a falta de procedimento próprio para exercício do poder cautelar constritivo, ficando a critério do julgador o uso das medidas de forma solta dentro de um procedimento investigatório ou processo criminal, similar a uma antecipação de tutela de âmbito processual civil, sem sequer a probabilidade de uma condenação futura.

Lidar diariamente com as normas jurídicas, por vezes nos leva a esquecer de que o Direito não é a outorga de um legislador e de um intérprete oniscientes e onipotentes, uma vez que não surge como conhecimento captado em esferas metafísicas, tampouco está isento de uma leitura do contexto temporal e geográfico em que se encontra inserido.

Isso se dá porque o Direito não é capaz de conferir a si próprio a legitimidade que dá validade às suas normas perante os que deverão se guiar por elas. Sua observância e força impositiva advém das estruturas sociais que lhe dão significado cultural.

Por esse motivo, é necessário compreender que, na história da sanção penal, os objetivos religiosos, sociais, culturais e econômicos dos Estados traçaram os modelos de sistemas punitivos adotados em cada época e lugar, e que foram as narrativas de cada estrutura social que legitimaram esses sistemas.

Analisando o contexto histórico, percebe-se que todos os sistemas punitivos possuem um traço comum: a ligação íntima com o desenvolvimento econômico,[45] eis que as maiores desavenças ou mesmo desentendimentos entre os seres em convívio social ocorriam, e ainda ocorrem, no intercurso de disputas patrimoniais, ainda são ligados a produtos comercializados, terras, plantações, aquisição de posses etc.

Partindo dessa premissa, podemos distinguir as diversas épocas durante as quais prevaleceram sistemas punitivos completamente diferentes, mas sempre tendo por causa subjacente os interesses econômicos e os mecanismos considerados necessários, em cada momento, para resguardá-los.

Na Idade Média, por exemplo, conforme dito anteriormente, as *penances*[46] – pena pecuniária devida à vítima por imposição de uma autoridade não judicial –, eram as sanções mais comuns previstas e aplicadas.

Nesse período fica nitidamente delineado o objeto propulsor dos conflitos sociais intersubjetivos caracterizadores de crimes e, principalmente, a origem

45. Mais à frente no desenvolver dos capítulos seguintes, esta afirmação será comprovada e ficará mais evidente.

46. RADBRUCH. *Stand Und Strafrecht, Schweizer Zeitschrift Fur Strafrecht*, III, 1934-1935. p. 19.

e a fonte de atribuição de significados aos fatos e às normas em função dos objetivos e valores dominantes.

O Direito, com essa matriz, exercia forte influência não só no panorama político, mas também na forma de aplicação e execução do exercício do poder jurisdicional, quer seja, na relação da tipificação de condutas com o contexto econômico e na dependência jurídica das regras eclesiásticas.

Foi ainda entre o final da Idade Média e o início da Idade Moderna que se passou a dar real importância aos conceitos de crime e criminoso, fator umbilicalmente ligado à instituição de um Estado soberano e da assunção, para si, do papel de solucionador dos conflitos no âmbito social. Porém, em que pese os ideais iluministas terem influenciado esse período, indicando a necessidade de dissociação das questões seculares e confessionais, nesse momento havia ainda uma subordinação do direito à teologia e o delito persistia sendo associado ao pecado, dada a estreita interdependência entre Estado, Direito e Igreja.

Após o fim desse período de transição, especificamente com a Revolução Industrial, o desenvolvimento das comunidades urbanas e o surgimento de uma maior necessidade de controle do trabalho para assegurar a produção de capitais, foi sendo implantado, gradualmente, um severo sistema de penas corporais, passando depois para a morte e posteriormente, por volta do século XVIII, para as penas privativas de liberdade.

O Estado, encarregando-se de possibilitar a paz social, tomando para si o dever de responsabilização dos autores dos delitos, passou a subjugar os papéis da vítima e do réu, submetendo-os ao respectivo poder estatal.

Inevitável a percepção do papel do judiciário nas várias formas de Estado, sempre possuindo atuação fundamental no serviço dos interesses estamentais, circunstância essa que, com o passar do tempo, ganhou novas proporções e contornos e, no entanto, não consegue se libertar de sua vocação de servilidade aos interesses dominantes.

Embora o conceito de totalitarismo não tenha sido forjado por Hannah Arendt,[47] incontestável sua contribuição, eis que é dela a maior análise e in-

47. Já na segunda década do século 20, a palavra aparecia associada ao regime dominado por Mussolini, mas foi, sobretudo, a partir dos anos 1930, no período de ascensão e consolidação do nazismo, que o conceito ganhou forma e apareceu em estudos, como os de Raymond Aron ou de Franz Neumann – dedicados a compreender as experiências ameaçadoras que ganhavam corpo na Europa. Não resta dúvida, no entanto, de que o livro de Arendt contribuiu em muito para a propagação do termo junto aos

terpretação para o entendimento desse modelo estado, principalmente após a edição de sua obra cujo título é A origem do totalitarismo.[48]

Já na segunda década do século XX, essa expressão foi amplamente associada ao regime dominado por Mussolini, mas foi, sobretudo a partir dos anos 1930, no período de ascensão e consolidação do nazismo, que o conceito ganhou forma e apareceu em estudos dedicados a compreender as experiências ameaçadoras que ganhavam corpo na Europa.[49]

Todos os governos totalitários fundamentam-se na ideologia do domínio total, através do terror, longe de qualquer humanidade e de sua racionalidade e respeitabilidade pelo individual. Sistematizam a violência de forma burocrática e desenraizam inteiramente o homem da sua própria realidade e singularidade, trazendo o terror para o terreno da instituição de forma administrativa e lógica, tendo como última instância o exercício do poder jurisdicional como legitimador de toda política bárbara implantada.

Inevitável considerar que, como um fenômeno, o Estado totalitário não se confunde com despotismo ou tirania. A natureza totalitária, dominadora, sem espaço para divergências em sua estrutura governamental, pôs em xeque as categorias utilitárias do pensamento político Ocidental e criou uma nova concepção de governo, porque a sua doutrina destruiu o fundamento da teoria política e rompeu com toda a essência de governos que se orientam entre aquilo

estudiosos, que se dedicaram a entender a natureza do fenômeno, que produziu uma tragédia sem precedentes na história da humanidade.

48. ARENDT, Hannah. *Origens do totalitarismo*. Trad. Roberto Raposo. 4. ed. São Paulo: Companhia das Letras, 1989.

49. ARENDT, Hannah. Op. cit., p. 442: "A luta pelo domínio total de toda a população da terra, a eliminação de toda realidade rival não totalitária, eis a tônica dos regimes totalitários; se não lutarem pelo domínio global como objetivo último, correm o sério risco de perder todo o poder que porventura tenham conquistado. Nem mesmo um homem sozinho pode ser dominado de forma absoluta e segura a não ser em condições de totalitarismo global. Portanto, a subida ao poder significa, antes de mais nada, o estabelecimento de uma sede oficial e oficialmente reconhecida para o movimento (ou sucursais, no caso de países satélites), e a aquisição de uma espécie de laboratório onde o teste possa ser feito com realismo (ou contra a realidade) — o teste de organizar um povo para objetivos finais que desprezam a individualidade e a nacionalidade. O totalitarismo no poder usa a administração do Estado para o seu objetivo a longo prazo de conquista mundial e para dirigir as subsidiárias do movimento; instala a polícia secreta na posição de executante e guardiã da experiência doméstica de transformar constantemente a ficção em realidade; e, finalmente, erige campos de concentração como laboratórios especiais para o teste do domínio total".

que pode ser legal e o que pode ser ilegal para distinguir o poder arbitrário do poder legítimo.[50]

Esse modelo de Estado engloba todos os comportamentos de recusa das normas e não distingue infração de marginalidade. Ele prega e impõe um único pensamento ideológico que confunde os homens em um corpo homogêneo. Independentemente da ideologia que inspire cada indivíduo, esta deve ser afastada e adotada a trazida pelo Estado.

Nesse sistema, a aspiração à igualdade é repudiada, pois, do contrário, incitaria o Estado a tentar curar todos os que pensam e agem diferente. Porém, aqui, a contradição faz a infração se diluir na marginalidade transformada em alvo principal e todo e qualquer ato que se enquadre como criminoso será considerado como o todo da criminalidade, ocorrendo um flerte constantemente com formatos teocráticos, nos quais o direito deve expressar a Lei Religiosa e revelada.

A ideologia totalitária é tão frágil que não se apoia sobre outra coisa que não em si mesma. Os princípios e as finalidades perdem-se dentro da imposição da lógica do sistema. O próprio sistema retira dos seus integrantes a faculdade de pensar e a sua liberdade política. O totalitarismo limita de forma imperativa a capacidade das pessoas de o questionar. Ele sufoca os próprios partícipes por meio da extinção da ação e do discurso.

Em busca da preservação e integridade desses estados, os direitos fundamentais dos seus integrantes, razão precípua da existência do Estado, são tolhidos. O poder soberano ultrapassa todos os limites, inclusive jurídicos, sobrepondo-se até mesmo aos indivíduos que o formaram e que deveriam ser protegidos por ele. Consequentemente, a lei torna-se mera formalidade, criando uma realidade artificial em que os indivíduos sobrevivem como marionetes ou atores de uma ficção social. Pode-se afirmar que o estado totalitário é um vácuo jurídico.[51]

Não podemos afirmar que o modelo autoritário seja um modelo novo. A configuração é que é nova, pois a sua legitimação nasce da confluência da corrente liberal com a ala autoritária do socialismo. Nesse modelo, a exigência de segurança sobrepõe o sonho de liberdade, de onde surge a ideologia da polícia em defesa da sociedade.

A distinção entre ditaduras autoritárias e ditaduras totalitárias foi criada por Hanna Arendt em seu livro *As origens do totalitarismo*. Segundo a autora,

50. ARENDT, Hannah. Op. cit., p. 514.

51. AGAMBEN, Giorgio. *Estado de exceção*. Coleção Estado de Sítio. São Paulo: Boitempo, 2004. p. 12.

há características comuns a ambos os tipos de regime, como a subordinação dos poderes Judiciário e Legislativo ao Poder Executivo e a repressão a toda e qualquer oposição política e ideológica ao governo.

A diferença básica é que o autoritarismo busca forçar o povo a uma total apatia, ou seja, a uma obediência passiva e principalmente despolitizada, diferente do totalitarismo, que busca mobilizar a sociedade civil de cima para baixo para moldá-la, impondo-lhe uma obediência ativa e militante, porém condicionada pela adesão à ideologia oficial do Estado.[52]

Analisando a doutrina Giorgio Agamben, em *Homo saccer*[53] e *Estado de exceção*,[54] percebemos a reconstrução da teoria do totalitarismo a partir do resgate da categoria de *Homo saccer*, figura do Direito Romano antigo caracterizada como excluída da comunidade humana, tendo como peculiaridade a possibilidade de ser morta ou agredida impunemente, embora não possa ser sacrificada em rituais, remontando assim, o judeu sob o regime nazista e aprisionado em um campo de concentração como o arquétipo do moderno *Homo saccer*.

O desejo, ou medo, faz o Estado autoritário vigiar e punir, diferindo do modelo liberal, porque aqui é dada uma resposta à marginalidade que é diferente da dada ao marginal naquele sistema.

No modelo autoritário, a marginalidade não é claramente delimitada, logo, surgem pretextos para intervenções que vão desde o encarceramento massivo, em desprestígio quanto à aplicação de medidas despenalizadoras, até respostas de controle social, tal como a internação compulsória de usuários de drogas e a repressão indiferenciada do adolescente autor de conduta antissocial em relação ao imputável adulto. A atuação é una para essas três categorias e marcadamente coercitiva e interpelativa. O modelo autoritário pode notadamente apresentar uma variante penal à integração social que associa grupo social a justiça penal (ver grupos sociais heterogêneos). O grupo social se exprime sob o controle do estado partido. Partido único. Dominante. Confunde infração com marginalidade.

Nesse tipo de sociedade, portanto, ao menos formalmente, os indivíduos são vistos como iguais e a escala social é diferenciada de acordo com o mérito e as condições pessoais e sociais. Entende-se que os recursos estão disponíveis a todos e aqueles que ascendem socialmente conseguiram essa façanha por ter feito as escolhas mais acertadas em sua trajetória.

52. ARENDT, Hannah. Op. cit., p. 514.

53. AGAMBEN, Giorgio. Op.cit., p. 12.

54. AGAMBEN, Giorgio. Op.cit.

O Estado, segundo esse modelo, é visto como construído a partir da negociação entre indivíduos e é considerado o executor dessas mesmas negociações. Os resistentes a essa ordem, supostamente desejada formalmente por todos, são vistos de duas formas: ou não querem obedecer às regras daquele grupo, e devem ser colocados à sua margem, ou não obtiveram direito à participação na vida pública.[55]

Possui um sistema jurídico de exceção do qual lança mão para tratar determinadas infrações com regras mais severas, de forma que as garantias legais e judiciais de seu corpo normativo se prestam apenas para manter a fachada de liberal.

Portanto, essas mesmas regras assecuratórias são dotadas de imprevisibilidade, pois sua interpretação depende do papel ocupado pelo indivíduo ou pelo grupo que adota certo comportamento. Ademais, a ascensão social é dificultada, porque as diferenças são estruturantes da sociedade e, se houvesse grande margem de mobilidade, a complementaridade estaria comprometida.

Essa característica também está presente no sistema judiciário pátrio. Embora tenha cedido espaço a mecanismos negociais há vinte anos, com o surgimento dos juizados especiais, bem como a Constituição e o movimento constitucionalista tenham estabelecido hierarquia de princípios que se ligam a sociedades negociais, como a ampla defesa, o contraditório e a presunção de inocência, na prática não se quer construir o conflito e harmonizar diferenças naturais de entendimento e de comportamentos dentro da sociedade, mas evitá-los e puni-los.[56]

5. O exercício do poder jurisdicional e seu horizonte de projeção criminológico

Apesar de não haver uma exata correspondência das formas de exercício do poder jurisdicional com a política pública nas mais variadas espécies de governo, há certo entendimento acerca da impossibilidade de separação entre política e jurisdição no tocante ao exercício do poder.

A correta compreensão da história do exercício do poder e contenção de pessoas e massas através do direito, tendo como instrumento de guerra o poder

55. KANT DE LIMA, Roberto. Direitos civis, estado de direito e 'cultura policial': a formação policial em questão. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. ano 11. n. 41, 2003. p. 241-256.

56. KANT DE LIMA, Roberto. Polícia e exclusão na cultura judiciária. *Tempo Social, Revista de Sociologia da USP*. v. 9. n. 1, 1997a. p. 169-184.

jurisdicional, nos permite perceber de forma mais clara a sua grande valia e a necessidade de sua plena observância para entendimento.

Por exemplo, existe uma íntima relação entre a ambição da verdade real, que impunha ao acusado o dever de se autoincriminar, e os abusos típicos de um procedimento inquisitorial. A ideia de que a verdade deve ser implacavelmente perseguida pelo juiz dominou grande parte do pensamento dos operadores do direito e, até mesmo, tornou-se a regra e o objetivo do processo penal em um passado marcado pelo sangue.

O Brasil, por vezes, é criticado na comunidade internacional em razão do reconhecimento quase absoluto do *nemo tenetur se detegere*, em especial pela comunidade europeia, na qual o Tribunal Europeu dos Direitos Humanos (TEDH) tem relativizado o exercício desse direito.

A tensão se dá em que de um lado o Estado deve proteger o cidadão, garantindo um processo justo, equitativo, que sirva como verdadeiro instrumento de garantia dos direitos de todo aquele que é acusado da prática de um delito, protegendo-o contra os excessos do Estado em sua busca pela verdade, e do outro não pode haver uma proteção absoluta, a ponto de impedir a persecução penal estatal.

No modelo processual das civilizações clássicas, o acusado era obrigado a colaborar, muitas vezes através de uma confissão forçada, e não havia lugar para o direito ao silêncio, tampouco para o direito a não autoincriminação.

Na Grécia, fazia-se o uso sistemático da tortura nos procedimentos criminais. Aplicavam-na, em primeiro lugar, nos procedimentos contra os escravos, mas também nos casos em que as únicas testemunhas de crimes cometidos eram familiares do acusado. Ainda, aplicavam a tortura em todos os processos que tinham relação com dinheiro, se não fosse possível outros meios de prova.[57]

Revoltas e miséria crescente são facilmente compreendidas pela história do salário, eis que o capital assume importante papel na organização econômica, pois as instituições das grandes cidades, que até então eram barreiras para introdução do capital, agora se convertem em instrumento de consolidação do poder do capital, nítida fachada para a política dos empregadores.

O proletariado fica impossibilitado, por lei ou por regulamentos das instituições que admitiam trabalhadores, de obter matéria-prima e instrumentos de

57. THOT, Ladislao. *Historia de las antiguas instituciones de derecho penal*. Buenos Aires: L. J. Rosso, 1927. p. 249.

trabalho sem a contrapartida de qualquer outro direito securitário. Fato era: o Estado protegia apenas os interesses das instituições.

Mais uma vez, fica evidenciada a relação de exercício do poder estatal, que incide sobre determinada pessoa ou massa específica, como forma de controle estatal que utiliza o poder jurisdicional como instrumento de mantença da guerra na busca pela paz em torno do capital, do poder aquisitivo, da questão monetária, legitimando o exercício do poder pelo estado, independentemente da vontade dos subordinados, fazendo valer sempre a vontade do dominador.[58]

Talvez o grande desafio da criminologia seja considerar-se, ou mesmo ser considerada, como uma ciência, pois, pelo que percebemos nas últimas décadas, os estudos criminológicos geralmente se contentam com a apresentação e evolução de seus objetos e métodos de apreensão e suas conclusões, sem maiores inserções no âmbito jurídico social.

Ocorre que, de acordo com os percursos apresentados e impostos como histórias oficiais da criminologia, inexiste um único saber criminológico,[59] pois sempre se impôs a necessidade de um método científico aceitável para aprovação daquele ou deste discurso, ignorando as críticas locais,[60] embora carentes de cientificidade acadêmica, são verdadeiras espécies de produção teórica autônoma, não centralizada e que não precisam de qualquer chancela acadêmica para estabelecer sua validade.[61]

Pela imposição que os saberes considerados científicos exerceram, foram deixados de lado inúmeras teorias e processos não científicos que também estão inseridos no contexto histórico-social, ou seja, os saberes locais torna-

58. Na Inglaterra, os conflitos entre o Rei e a nobreza local eram solucionados a favor do rei, de forma que toda a jurisdição ficava sob seu poder. Por isso, o exercício jurisdicional era resultado de poder do rei, por meio das denominadas Cortes de Westminster, utilizadas como recurso para nomeação dos juízes itinerantes, cuja tarefa primordial era decidir conflitos em nome do rei, de forma a reduzir os poderes locais. Adotou-se, então, um modelo de administração burocrática e centralizada. Em ZAFFARONI, Eugênio Raul. *Estructuras judiciales*. Buenos Aires: Sociedade Anônima Editora, 1994. p. 128.

59. CARVALHO, 2010. p. 14.

60. Conforme ensinamentos de Foucault, *Em defesa da sociedade*. São Paulo: Ed. Martins Fontes, 2002. p. 14: "o caráter local da crítica não significa um empirismo obtuso, ingênuo ou simplório, o que também não quer dizer ecletismo frouxo, oportunismo, permeabilidade a um entendimento teórico qualquer, nem tampouco asceticismo um pouco voluntário, que se reduziria ele próprio à maior magreza teórica possível".

61. FOUCAULT, Michel. *Em defesa da sociedade...* cit.

ram-se sujeitos a uma ciência única e verdadeira que desconsidera tudo aquilo que a contraria, fazendo-nos esquecer daqueles, por exemplo, que vivem sob o exercício real e efetivo do poder e que sofrem as consequências dele.[62]

Assim, em se tratando da matéria em questão, não se pode dispensar o estudo histórico, inclusive como requisito para sua compreensão e principalmente levando em consideração os conhecimentos desprezados em prol do dito conhecimento científico.

Mas o que seria a criminologia? Como tentar conceituar algo que expressa uma multiplicidade de fatos e incontáveis consequências no âmbito social?

De forma embriagante, Lola Aniyar de Castro[63] apresenta a criminologia como atividade intelectual que estuda os processos de criação das normas penais e das normas sociais que estão relacionadas com o comportamento desviante dessas normas; a reação social, formalizada ou não, que aquelas infrações ou desvios tenham provocado: o seu processo de criação, a sua forma e seus efeitos.

Admitir a criminologia como um acúmulo de discursos requer um distanciamento do positivismo científico para que todas as falas, inclusive as destituídas de chancela teórica, sejam consideradas no âmbito acadêmico e político, para que não se perpetue[64] o exercício do poder justificacionista que, através de traduções sociais traidoras,[65] com objetos transplantados e metodologias reinventadas pelo velho travestido de novo, reafirma que é combatendo o criminoso que se logrará eliminar as causas da criminalidade.

Ao consultarmos a história, verificamos que a criminalidade, e principalmente a forma como a sociedade reage a ela.[66] tem sido uma discussão

62. FOUCAULT, 2001.

63. CASTRO, Lola Aniyar de. *Criminologia da reação social*. Rio de Janeiro: Forense, 1983. p. 52.

64. BATISTA, Vera Malaguti. *Introdução crítica à criminologia brasileira*. Rio de Janeiro: Revan, 2011. p. 17. "(...) A nossa história não é linear, nem evolutiva; ela é feita de rupturas e permanências. Se a história da criminologia é uma acumulação de discursos, podemos ver o positivismo como uma grande permanência: transfigurado em funcionalismos, estruturalismos e outros ismos, mas sempre lá, como um corpo teórico, uma maneira de pensar e pesquisar que sempre nos afastou do nosso povo".

65. SOZZO, Máximo. Reconstruyendo las criminologias críticas. *Cuadernos de Doutrina y Jurisprudência Penal*. ano VII. n. 13. Buenos Aires: Ad Hoc/Villela Editor, 2006.

66. CONDE. Francisco Muñoz, HASSEMER. Winfried. *Introdução à Criminologia*. Trad. Cíntia Toledo Miranda Chaves. Lumen, 2008.

presente no tempo e no espaço do contexto social. Em razão disso, as escolas constituintes da modernidade penal centralizaram seus estudos, desde sempre, no binômio criminalidade e criminalização.[67]

Até hoje, não há consenso entre os criminólogos acerca do marco inicial do estudo da criminologia, bem como, e especialmente, do seu reconhecimento enquanto ciência. Da mesma forma, não é possível a indicação precisa de uma obra ou de um pensamento constituinte da criminologia, o que se de um lado afeta o desenvolvimento de uma análise a partir de seu momento fundante, de outro permite que a aquisição desse conhecimento se dê através da investigação dos locais nos diversos contextos sociais e temporais da história humana pelos quais se expressaram.

Desse modo, a discussão acerca do marco inicial da Criminologia não tem um caráter meramente historicista, apontando, em realidade, para uma profunda controvérsia de caráter epistemológico, eis que o problema criminológico se circunscreve a uma questão eminentemente política, ligada a concepção que se tem do Estado e da relação de dependência deste com a própria estrutura jurídico-político-institucional.

A questão essencial, portanto, é saber como inserir a fala criminológica no exercício do poder estatal. Não apenas a fala científica, mas principalmente a fala local, dos sujeitos hierarquizados, exatamente porque eles tendem a sofrer fortemente as consequências do exercício do poder. Essa integração é necessária porque não basta acomodar as questões indesejadas e, concomitantemente, também, buscar a extirpação de suas causas para evitar a sua repetição, conforme prescreve a lógica do positivismo.[68]

Podemos observar que enquanto o positivismo parte de conceitos absolutos, postos conforme textos legislativos, *a priori*, a positivação criminológica, como consequência, é relativa, ao conformar-se com o que está definido previamente, com o que já existe, como forma de contenção da capacidade criativa do homem, tratando-o como mero sujeito que age e reage contra os fatos sociais.

67. CARVALHO, p. 31: a primeira perspectiva, de tradição determinista, conglobou distintas teorias explicativas da criminalidade, modelos micro e macro criminológicos – centrados no *homo criminalis* ou na estrutura socioeconômica, respectivamente –, os quais, por mais dicotômicos desde a orientação ideológica, mantiveram a mesma metodologia e a mesma finalidade: realizar diagnóstico da causa da delinquência e sugerir o prognóstico para sua contenção.

68. BERGALLI, Roberto. *Control social y sistema penal*. Barcelona: Bosch, 1996.

Dito isso, percebemos a necessidade de compreensão do início da criminologia para desvelar a postura teórica que se assume diante do mundo social, ou seja, aqueles que têm posturas críticas e acreditam na possibilidade de transformação do mundo remetem às origens criminológicas antes mesmo do próprio Iluminismo.[69] Em um giro de posicionamento, de forma diversa, os que creem que o mundo social já está dado, cabendo aos homens a tarefa de melhorá-lo e harmonizá-lo, alinham-se com o positivismo. Vejam: não há como conciliar o positivismo com o contexto criminológico, excluem-se.

Noutras palavras, aqueles que enxergam o criminoso como um ser anormal, necessitado de melhora, esses, inevitavelmente, apontam o Positivismo como o marco inicial da Criminologia, com autores no final do século XIX (Lombroso, Lacassagne etc.). De outra banda, aqueles que acreditam nas manifestações do poder repressivo derivados do sistema penal (principalmente o jurisdicional), ou seja, na reação penal, apontam esse início para um momento anterior, com os iluministas Beccaria, Feurbach, Carmignani etc.[70]

Conforme bem constata Zaffaroni,[71] a criminologia padece de um trauma de nascimento oficial ou um trauma do primeiro encontro, ou seja, a falta de precisão do momento de nascimento tem como consequência a desconfiança de possíveis contatos interdisciplinares, por exemplo, com a psiquiatria, dentre outras.

Entretanto, é necessário superar esse trauma e buscar nos estudos em que a criminologia dialogou com outras disciplinas o que eles têm de útil,

---

69. ZAFFARONI, Eugênio Raul; OLIVEIRA, Edmundo. *Criminologia e política criminal*. Rio de Janeiro: GZ Editora, 2010.

70. ZAFFARONI, p. 42:"(...) A criminologia, com outro nome, mas como conhecimento acerca do mal criminalizado e criminalizável, nasceu com o próprio poder punitivo, ou seja, com os demonólogos, que foram os primeiros criminólogos. As brigas de poder pela hegemonia discursiva sobre a questão criminal entre criminólogos e médicos são também muito anteriores à delimitação de nossas disciplinas como saberes, e especialmente a sua consagração acadêmica".

71. ZAFFARONI, Eugênio Raul; OLIVEIRA, Edmundo. *Criminologia e política criminal*... cit., p. 41: "(...) por fim, pretende-se estabelecer uma base interdisciplinar frutífera, é mister analisar primeiro esse trauma, recordá-lo com certa precisão, manifestar sua magnitude e suas terríveis consequências, é dizer, removê-lo, e logo, com reservas provenientes de uma experiência dolorosa, enfrentar um novo diálogo entre ambos saberes, que seguem sendo indispensáveis, pois seria absurdo limitar o conhecimento em razão de um velho trauma, quando é claro que o vínculo deve restabelecer-se sobre bases muito diferentes, a respeito das quais não podemos mais que assinalar suas grandes linhas com o mero objetivo de indicar sua necessidade".

inclusive como meio de evitar a reprodução das desastrosas consequências que resultaram da adoção de concepções deterministas como causa primária da violência.

Trabalhar a criminologia como uma forma particular de entender a sociedade é valorar a história como verdadeiro testemunho, direto ou referencial de um acontecimento ou processo, ou seja, um verdadeiro elemento responsável pelos juízos emitidos no momento histórico vivido.[72]

Nesses termos, uma história pode ser considerada, de forma clássica, como uma simples narrativa de acontecimentos ou de forma interpretativa, como instrumento para entender de forma coerente a própria sociedade, sendo certo que este segundo método engloba e precisa do primeiro para a construção de suas hipóteses.[73]

O crime é um fato social que sempre intrigou pensadores, os quais buscaram compreender as condutas desviantes a partir de análise dos contextos sociais, econômicos e culturais em que os infratores atuavam através da análise da configuração biológica destes.

Por um longo período, estabeleceu-se um recorte entre os tipos de criminosos analisados, pois as pesquisas focavam apenas as infrações praticadas pelas classes sociais desfavorecidas, as quais são as que ontem eram submetidas às penas corporais e hoje são submetidas ao cumprimento de penas privativas de liberdade.

Contudo, constata-se que o positivismo, verdadeiramente se apoderou da criminologia, colocando-a em local secundário na escala jurídico social para evitar uma explosão de críticas aos equívocos característicos do próprio atuar positivista.

O fato é que antes da Escola Clássica não há estudos ordenados sobre o crime, o criminoso, as penas e a vítima, razão pela qual não se pode falar em criminologia no período anterior ao dessa Escola.

Apesar disso, é possível verificar que vários autores escreveram sobre delito, penas e criminosos, podendo ser, por isso, considerados precursores

72. DE CASTRO. Lola Aniyar. *Criminologia da libertação*. Trad. Sylvia Moretzsohn. 2. reimp. Editora: Rio de Janeiro: Revan, ICC, 2015. p. 19.

73. DE CASTRO. Lola Aniyar. Op. cit., p. 19. Uma história pode ser uma simples narração de acontecimentos, uma relação de documentos, datas, listas, livros, nomes – isso que um historiador, já clássico, definiu como "o peso morto da história". Ou pode integrá-los numa interpretação coerente com uma maneira particular de entender a sociedade. Este segundo caminho não pode ser percorrido sem o primeiro.

da criminologia. As falas desses precursores são representativas do contexto social, ou seja, cada um deles irá definir o que é crime e quem pode ser considerado criminoso a partir das experiências colhidas em determinado espaço geográfico dentro de um limite temporal e de acordo com as concepções morais, culturais e sociais que marcaram cada um desses períodos.

Por esse motivo, é importante relacionar esses discursos aos contextos em que foram emitidos, ou seja, na Idade Antiga foi reconhecida como o momento histórico em que se formaram várias civilizações.

Assim, considera-se que a reunião de povos ou comunidades é uma civilização quando nesses aglomerados identificamos a existência de instituições políticas complexas, hierarquia social diversificada e sistemas de convenções que se aplicam largamente a uma população.

Desse modo, o processo de fixação e desenvolvimento das relações sociais é determinante na instituição das normas jurídicas de cada grupo, uma vez que é a partir da reprovação social, crítica ou acrítica, que se irá legitimar a aplicação das penas.

Em todo esse contexto criminológico aqui abordado, o Judiciário apresenta-se como a principal forma de exercício do poder estatal, mediante um protagonismo (des)necessário para um poder não eleito, ou seja, sem legitimidade popular, que, a todo momento, está por preservar os interesses governamentais do modelo de estado em vigor, aos quais se dispôs servir.

Alguns acontecimentos de grande relevância marcaram principalmente os anos 60 do século XX em todo o mundo, especialmente nos Estados Unidos, que apareceu no cenário mundial como grande exportador de material acadêmico para uma criminologia sociológica e principalmente pela identificação da teoria do *labelling approach*,[74] que até o presente momento demonstra ser de grande relevância para a análise social da criminalidade individual, social e estatal.

Foi justamente no âmbito das ruas e dos guetos,[75] e em decorrência dos acontecimentos desse período descrito no parágrafo anterior, que surgiram

74. Assim, consiste no exercício da ação punitiva sobre pessoas concretamente determinadas, já selecionadas no primeiro filtro da criminalização primária. Trata-se, assim, da mesma macro perspectiva explicativa do *labelling approach*, pois aqui o objetivo também é o de verificar como se define numa sociedade o que é a criminalidade.

75. A expressão gueto designa uma região ou bairro de uma cidade onde residem pessoas de uma mesma etnia, que saíram de seu país por diversos motivos. Gueto também é

e se solidificaram movimentos de desconstrução e radicalização no campo de convívio e respectivas ciências sociais, tal qual a criminologia, especialmente porque se tornaram evidentes a atuação opressora estatal no exercício do poder em razão dos hierarquizados.[76]

Por isso, uma crise do idealizado padrão social comportamental estabelecido veio acompanhada da politização do social, sobretudo, da criminologia com mudanças bastante significativas em suas teorizações, ou seja, na seara processual penal e criminológica, esse momento (des) estruturador de (des)construção dos modelos penais fundamentais, como verdadeiros marcos teóricos fundantes da (des)legitimação do sistema penal.[77]

Analisando as pesquisas criminológicas de nossa realidade social, observamos, como bem trabalhado por Vera Regina Pereira de Andrade,[78] uma crítica historiográfica, sociológica e criminológica do moderno sistema penal, das políticas criminais alternativas e dos movimentos de reforma, ou seja, o *labelling approach* insere-se como uma verdadeira crítica sociológica que deslocou o paradigma[79] de compreensão da criminologia. Com um detalhe de extrema importância: nitidamente, essa teoria indica para onde e quem o poder jurisdicional deverá atuar e alcançar.

Como ocorrências histórico-sociais marcantes, destacam-se, de antemão, a polêmica política externa norte-americana; o nascimento das contraculturas; a conscientização acerca da existência de crimes mais graves do que os tradicionais, tais quais os de colarinho branco e os transnacionais e a desproporcional violência dirigida aos movimentos sociais contestatórios surgidos no período, dentre outras.[80]

---

utilizado para designar qualquer estilo de vida ou de existência. O gueto é formado por um grupo minoritário de pessoas, que acabaram se unido devido a circunstâncias sociais e econômicas.

76. Em uma simples pesquisa jurisprudencial encontramos decisões completamente distintas por conta da origem, domicilio e condição social do acusado.

77. ZAFFARONI, Eugênio Raul; BATISTA, Batista. *Direito penal brasileiro I*... cit.

78. ANDRADE, Vera Regina Pereira de. *A ilusão da segurança jurídica*: do controle da violência à violência do controle penal. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003.

79. BARATA, Alessandro. Op. cit.

80. CASTRO, Lola Aniyar de. *Criminologia da reação social*. Trad. Ester Kosovski. Rio de Janeiro: Forense, 1983.

De suma importância foram ainda as lutas pelo reconhecimento da igualdade de direitos dos negros e das mulheres, as manifestações contrárias à guerra e a proposição de estilos alternativos de vida pelos jovens da época. A relevância dessas inovações foi tamanha ao ponto de ser consideradas como a única invenção revolucionária contemporânea verdadeiramente original e não manipulável.[81]

Assim, constata-se que a ruptura de muitos jovens com a velha ordem vigente e seu estilo de vida alternativo encorajaram também novas interações entre grupos sociais distintos, tais como brancos e negros, homens e mulheres, policiais e civis, nativos e imigrantes. Os movimentos de reforma iniciados nesse momento caracterizavam-se, precipuamente, pela idade dos jovens manifestantes e por uma nova estética reativa, na qual entrariam em jogo esquemas religiosos e morais e também de pensamento social, político e até criminológico.[82]

Fato é que a revolução dos negros iniciou timidamente com a Primeira Guerra Mundial, tomando maiores proporções a partir de algumas questões importantes, tais como:[83] o início de uma série de decisões

81. REVEL, Jean-Francois. *A revolução imediata*. Trad. Maria Emília Mauhin. Lisboa: Bertrand, 1970. p. 46.

82. ANITUA, Gabriel Ignacio. *Histórias dos pensamentos criminológicos*. Trad. Sérgio Lamarão. Rio de Janeiro: Revan, 2008. p. 571.

83. CANNON, James P. A Revolução Russa e o Movimento Negro Norte-Americano. Em 08 de maio de 1969. Los Angeles. "O movimento negro, tal como era então, apoiou patrioticamente a Primeira Guerra Mundial "para tornar o mundo seguro para a democracia"; e 400.000 negros serviram nas forças armadas. Quando regressaram aos Estados Unidos, buscaram um pouquinho de democracia para eles mesmos, mas não puderam encontrar muito em nenhum lado. O seu novo espírito de reclamar algo para si mesmos foi contestado com cada vez mais linchamentos e uma série de distúrbios raciais em todo o país, tanto no Norte como no Sul.Tudo isto – as esperanças e as decepções, o novo espírito de decisão e as represálias bestiais – contribuiu para o surgimento de um novo movimento negro. Rompendo decididamente com a tradição de Booker T. Washington de acomodação a uma posição de inferioridade no mundo do homem branco, uma nova geração de negros começou a impulsar suas exigências de igualdade. O que o novo movimento emergente dos negros norte-americanos – uma minoria de 10% da população dos Estados Unidos – mais necessitava, e que carecia quase por completo, era de apoio efetivo dentro da comunidade branca em geral e, em particular, dentro do movimento operário, seu aliado necessário. O Partido Comunista, defendendo vigorosamente a causa dos negros e propondo uma aliança do povo negro e o movimento

da Suprema Corte em defesa de seus direitos de igualdade, tendo como marco, por exemplo, o reconhecimento da união homoafetiva rompendo com o conservadorismo moralista; a conscientização crescente e a percepção do poder político potencial representado pelo voto de negros, mulheres e transexuais e a tomada da liderança na luta por seus direitos civis.

Ademais, difundiram-se ainda comportamentos denominados contraculturais como a desobediência civil,[84] a participação em manifestações contra o governo, a defesa aberta ao pacifismo, a luta contra a criminalização do aborto, direitos ao nome social, bem como o repúdio à sociedade de consumo, fatores esses que abalaram, o então dito, bem-estar social, cujo desinteresse pelos grupos excluídos e prejudicialidade a eles tornava-se cada vez mais evidente.

Vejam, todos eles incomodavam, eram arruaceiros, que nada faziam, não aceitavam a imposição de regras das quais não haviam participado (ou não participaram) da elaboração e a intervenção repressora do judiciário passou a ser legitimada por ser considerada indispensável para restabelecer a ordem e o bem-estar a serviço dos interesses governamentais, o que denota que a identificação daqueles a ser alcançados pelo poder estatal sempre foi de extrema importância como verdadeira bússola orientadora.

6. Considerações finais

Por todo o exposto, pensar que a teoria do *etiquetamento* é apenas uma constatação chega a ser ingenuidade. Os controladores do exercício do poder jurisdicional precisavam demonstrar quem seriam os alcançados e, nada mais simples, que uma verdadeira bússola orientadora de forma a identificar os preferidos. Talvez a maior contribuição deste ensaio seria tentar demonstrar que o exercício do poder jurisdicional está ligado de forma umbilical com a criminalização e controle da massa social, que na visão dos produtores e detentores do poder devem sempre estar em posição hierarquicamente inferior.

---

operário combativo, entrou na nova situação como um agente catalizador no momento preciso." Disponível em: [www.marxists.org/portugues/cannon/1959/05/08.htm]. Acesso em: 07 ago. 2016.

84. THOREAU, Henry David. *A desobediência civil seguido de Walden*. Rebeldes e Malditos. 1. ed. L&PM Editora, 2016.

Sem dúvidas, a pena já foi o maior dos instrumentos de contenção de massa estatal, hoje, as prisões preventivas alçaram esse protagonismo e, já na fase investigatória ou processual, os preferidos do sistema são alcançados pelo exercício do poder desenfreado e discriminador.

7. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ANDRADE, Vera Regina Pereira de. *A ilusão da segurança jurídica*: do controle da violência à violência do controle penal. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003.

ANITUA, Gabriel Ignacio. *Histórias dos pensamentos criminológicos*. Trad. Sérgio Lamarão. Rio de Janeiro: Revan, 2008.

AGAMBEN, Giorgio. *Estado de exceção*. Coleção Estado de Sítio. São Paulo: Boitempo, 2004.

ARENDT, Hannah. *Origens do totalitarismo*. Trad. Roberto Raposo. 4. ed. São Paulo: Companhia das Letras, 1989.

BERGALLI, Roberto. *Control social y sistema penal*. Barcelona: Bosch, 1996.

BARATA, Alessandro. *Criminologia critica* e crítica ao direito pen*al*. Introdução à Sociologia do Direito Penal. Rio de Janeiro: Editora Revan, 2011.

BATISTA, Vera Malaguti. *Introdução crítica à criminologia brasileira*. Rio de Janeiro: Editora Revan, 2011.

CANNON, James P. A Revolução Russa e o Movimento Negro Norte-Americano. Em 08 de maio de 1969. Los Angeles. Disponível em: [www.marxists.org/portugues/cannon/1959/05/08.htm]. Acesso em: 07 ago. 2016.

CARVALHO, Salo de. *Anti manual de criminologia*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

CASTRO, Lola Aniyar de. *Criminologia da reação social*. Rio de Janeiro: Forense, 1983.

CONDE, Francisco Muñoz; HASSEMER, Winfried. *Introdução à criminologia*. Trad. Cíntia Toledo Miranda Chaves. Lumen, 2008.

DE CASTRO, Lola Aniyar. *Criminologia da libertação*. Trad. Sylvia Moretzsohn. 2. reimp. Rio de Janeiro: Editora Revan, ICC, 2015.

DE GIORGI, Alessandro. *A miséria governada através da miséria penal*. Trad. Sérgio Salomão. Rio de Janeiro: Revan, 2006.

DIAS, Jorge de Figueiredo; ANDRADE, Manuel da Costa. *Criminologia*: o homem delinqüente e a sociedade criminógena. Coimbra: Coimbra Editora, 1997.

DUPEYRIX, Alexandre. *Compreender Habermas*. São Paulo: Loyola, 2012.

DUSSEL, Enrique. América Latina dependencia y liberación. *Articulo aparecido en Sí. n. 2. Mendoza, 1964. p. 5. Escrito en Maguncia (Alemania), en 1964. ESCATOLOGÍA LATINOAMERICANA I.

FOUCAULT, Michel. *A verdade e as formas jurídicas*. 2. ed. Pontifícia Universidade Católica. Departamento de Letras. Rio de janeiro, 2001.

FOUCAULT, Michel. *Em defesa da sociedade*. São Paulo: Ed. Martins Fontes, 2002.

FOUCAULT, Michel. *Resumo dos cursos do Collège de France (1970-1982)*. Trad. Andrea Daher. Rio de janeiro: Zahar, 1997.

GALEANO, Eduardo. *As veias abertas da América Latina*. Porto Alegre: L&PM, 2010.

GAROFALO, Raffaele; CARELLI, L. *Riforma della procedura penale in Itali*. Torino: Fratelli Bocca Editori, 1889.

GAVAZZI, Giacomo. *L'onere Tra la Libertà e L'obbligo. Stamperia Editoriale Ratteiro* – Via Piria II, Torino, 1886.

GILISSEN, John. *Introdução histórica ao direito*. 6. ed. Trad. A. M. Hespanha e L. M. Macaísta Malheiros. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2011.

HABERMAS, Jürgen. *A ética da discussão e a questão da verdade*. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

KANT DE LIMA, Roberto.. Direitos civis, estado de direito e 'cultura policial': a formação policial em questão. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. ano 11. n. 41, 2003. p. 241-256.

KANT DE LIMA, Roberto. Polícia e exclusão na cultura judiciária. *Tempo social, Revista de Sociologia da USP*. v. 9. n. 1, p. 169-184, 1997a.

KIRCHHEIMER, George Rush Otto. *Pena y estructura social*. New York: Temis, 1939.

MARX, Karl; ENGELS, Friedrich. *Manifesto do Partido Comunista*. Clássicos Penguim Companhia das Letras, 2015.

MARX, Karl; ENGELS, Friedrich. *Manifesto do Partido Comunista*. Clássicos Penguim Companhia das Letras, 2015.

MITTERMAYER, C.J.A. Tratado da prova em matéria criminal. 3. ed. Trad. Alberdo Antonio Soares. Anotado por Pontes de Miranda. Rio de Janeiro: Jacintho Ribeiro dos Santos, 1917. p. 35, nota (S) – 36.

Parecer do MP-PR apoia inclusão de "nome social" em registros escolares. Disponível em: [www.mppr.mp.br/modules/conteudo/conteudo.php?conteudo=1424]. Acesso em: 07 ago. 2016.

RAMALHO JUNIOR, Elmir Duclerc. Ensaio para uma teoria agnóstica do processo penal. *Revista Eletrônica Direito e Política*. Programa de Pós-Graduação *Stricto Senso* em Ciência Jurídica da Univali, Itajaí. v. 10. n. 2. 1.º quadrimestre de 2015. Disponível em: [www.univali.br/direito-epolitica].

RAUTER, Cristina. *Criminologia e subjetividade no Brasil*. Instituto Carioca de Criminologia. Rio de Janeiro: Revan, 2003.

RADBRUCH. *Stand Und Strafrecht, Schweizer Zeitschrift Fur Strafrecht*, III, 1934-1935.

REVEL, Jean-Francois. *A revolução imediata*. Trad. Maria Emília Mauhin. Lisboa: Bertrand, 1970.

SANTO TOMÁS DE AQUINO. *Suma de Teologia*. Ed. dos Regentes de Estudos das Províncias Dominicanas da Espanha. Madrid: BAC, 1990. v. III. Cf. comentário de Emílio García Estébanez ao Tratado da Justiça, IIa IIae (a).

SCHAFER, Walter Reese. *Compreender Habermas*. Petrópolis: Vozes, 2009.

SOZZO, Máximo. Reconstruyendo las criminologias críticas. *Cuadernos de Doutrina y Jurisprudência Penal*. ano VII. n. 13. Buenos Aires. Ad Hoc/Villela Editor, 2006.

SUTHERLAND, Edwin H. *Princípios de criminologia*. Trad. Asdrúbal Mendes Gonçalves. São Paulo: Livraria Martins, 1949.

THOREAU, Henry David. *A Desobediência civil seguido de Walden*. Rebeldes e Malditos. 1. ed. L&PM Editora, 2016.

THOT, Ladislao. *Historia de las antiguas instituciones de derecho penal*. Buenos Aires: L. J. Rosso, 1927.

ZAFFARONI, Eugênio Raul. BATISTA, Nilo. *Direito penal brasileiro*. 1. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2003.

ZAFFARONI, Eugênio Raul; OLIVEIRA, Edmundo. *Criminologia e política criminal*. Rio de Janeiro: GZ Editora, 2010.

Pesquisas do Editorial

Veja também Doutrina

- Do controle jurídico ao controle social das políticas públicas: parâmetros à efetividade dos direitos sociais, de Emerson Affonso da Costa Moura – *RDCI* 77/131-182 (DTR\2011\5071);
- O novo processo coletivo para o controle jurisdicional de políticas públicas: breves apontamentos sobre o Projeto de Lei 8.058/2014, de Thadeu Augimeri de Goes Lima – *RePro* 252/275-300 (DTR\2016\215); e
- O princípio da proporcionalidade na produção legislativa brasileira e seu controle judicial, de Pierpaolo Cruz Bottini – *RBCCrim* 85/267-296, *Doutrinas Essenciais de Direito Penal* 1/467-494 (DTR\2010\222).

A violência estatal contra pessoas presas em flagrante e a observação de audiências de custódia em Salvador

State violence against people arrested by police in flagrant violation of the Law and the observation of "Audiências de Custódia" in Salvador

Vinícius de Assis Romão

Pós-graduando latu sensu em Ciências Criminais pela Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais. Bacharel em Direito pela Universidade Federal da Bahia. Membro do Patronato de Presos e Egressos da Bahia. Membro do Grupo Clandestino de Estudos em Controle, Cidade e Prisões (Bahia). Advogado.
vinicius.romao23@gmail.com

Recebido em: 21.09.2016
Aprovado em: 20.10.2016
Última versão do autor: 30.10.2016

Área do Direito: Penal; Administrativo

Resumo: O presente trabalho propôs estudar o papel da audiência de custódia em relação à violência de agentes de Estado contra a pessoa presa em flagrante. Para isso, realizou-se pesquisa de campo de tipo exploratório, coletando dados, através de observação semiestruturada, durante três dias de audiências de custódia no Núcleo de Prisão em Flagrante de Salvador. Analisou-se a atuação de alguns atores processuais –, juízes, promotores, defensores públicos e advogados distintos – no que toca à violência contra a pessoa conduzida, bem como da aplicação prática do rito destas audiências. A pesquisa buscou debater, de forma qualitativa, o tratamento conferido pela audiência de custódia, à violência estatal praticada contra pessoas presas em flagrante e o recorte racial desta vitimação, no contexto de Salvador. O contato com o empírico permitiu problematizar as possibilidades de visibilidade à violência estatal praticada na clandestinidade judicial, bem como o processo de adoção de medidas institucionais em resposta ao suposto

Abstract: This work aims to study the role of "*audiências de custódia*" (bond hearings) in regard to the violence committed by state agents against the ones arrested in flagrante. For that matter, it has been executed an exploratory research with data gathering, through semi structured observation in three sessions of bond hearings, located at the "*Núcleo de Prisão em Flagrante*", in Salvador. The procedural subjects were analyzed – such as judges, persecutors, public defenders and lawyers – in regard to the violence against people conducted *in flagrante*, as well as the observance of the ritual of these hearings. This research has pursued to discuss, in a qualitative manner, which treatment is provided to the state violence (against the arrested person) during the bond hearing, as well as analyzing the racial profiling of the victims, considering the context of the city of Salvador. Within a perspective to reintegrate the criminal knowledges, which assumes the delegitimization of the criminal system, this work has triggered

Romão, Vinícius de Assis. A violência estatal contra pessoas presas em flagrante e a observação de audiências de custódia em Salvador. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. vol. 128. ano 25. p. 307-345. São Paulo: Ed. RT, fevereiro 2017.

ato violento. Dentro de uma perspectiva de reintegração dos saberes penais, que assume uma posição deslegitimante do sistema penal, o trabalho desencadeou um estudo criminológico sobre a audiência de custódia, a partir dos dados da pesquisa de campo e atento às práticas do sistema penal subterrâneo brasileiro.

PALAVRAS-CHAVE: Audiências de custódia - Prisão em flagrante - Violência estatal - Processo penal - Criminologia.

a criminological study of the bond hearing, studying the possibilities to reduce the harm caused by the effects of the subterranean criminal system in Brazil, through the empirical research data.

KEYWORDS: "*Audiências de custódia*" - Prisions in flagrant violation of the law - State violence - Criminal procedure - Criminology.

SUMÁRIO: 1. Introdução. 2. O poder punitivo nas ruas e as expectativas com a audiência de custódia. 3. Observação de audiências de custódia em Salvador. 4. Perspectivas entre a redução de danos e o poder punitivo subterrâneo. 4.1. A possível visibilidade conferida à violência contra pessoa presa em flagrante. 4.2. As possibilidades das medidas institucionais em resposta à violência estatal. 5. Considerações finais: questões provocativas e propositivas. 6. Referências.

1. INTRODUÇÃO

O direito de apresentação de uma pessoa presa a uma autoridade judicial que pode decidir sobre sua liberdade somente começou a ser objeto de maior atenção pelas instituições brasileiras no ano de 2015. Desde 1992, o Brasil é signatário da Convenção Americana de Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica) e do Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos, documentos internacionais que determinam a realização desta audiência, que oficialmente tem sido chamada de audiência de custódia. Após o lançamento do Projeto Audiência de Custódia em fevereiro de 2015 e de realização de estudos sobre a viabilidade da medida, pelo Conselho Nacional de Justiça (CNJ), o Supremo Tribunal Federal declarou a constitucionalidade do ato processual na ADI 5240, em 20.08.2015, e, posteriormente, em 09.09.2015, julgou a Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) 347, determinando a obrigatoriedade da realização das audiências pelos Tribunais estaduais e federais de todo o país. Nesta decisão, determinou-se que as audiências de custódia deveriam ser estendidas a todos os estados no prazo de 90 dias por meio de convênios entre os governos e os tribunais de justiça da federação, a fim de cumprir os dispositivos internacionais citados e as normas constitucionais e processuais sobre prisão cautelar. A decisão baseou-se, dentre outros fundamentos, no

reconhecimento do "estado de coisas inconstitucional" do sistema prisional brasileiro.[1]

O Conselho Nacional de Justiça (CNJ) regulamentou as audiências de custódia, através da Resolução 213/2015, cujo art. 15 determinou que todos os tribunais de justiça e os tribunais regionais federais implantassem a audiência de custódia até maio de 2016. Com a adesão do Tribunal de Justiça da Bahia, em 28.08.2015,[2] a cidade de Salvador começou a realizar a audiência de custódia durante os dias úteis, e desde o dia 30.04.2016,[3] durante feriados e fins de semana. Atualmente, todos os 26 estados da federação e o Distrito Federal já implantaram estas audiências.

Caio Paiva e Aury Lopes Jr. (2014) atribuem às audiências de custódia duas finalidades primordiais: a cessação de atos de maus tratos ou tortura e a promoção de um espaço democrático de discussão sobre a legalidade da prisão e o cabimento, a necessidade e a proporcionalidade de aplicação de outras medidas cautelares. Com isso, apresenta-se como objetivos a redução de prisões cautelares ilegais, arbitrárias ou desnecessárias e a contribuição no enfrentamento à tortura policial nas primeiras horas após a prisão (PAIVA, 2015).

Partindo de um acúmulo teórico com enfoque na criminologia como instrumento de interpretação da realidade e provocação dos outros saberes penais, como o processo penal (CARVALHO, 2015), realizou-se pesquisa de campo, com o objetivo de coletar dados através de observação direta semiestruturada (MARCONI; LAKATOS, 2003), que pudessem contribuir para as reflexões iniciais acerca da recente implementação das audiências de custódia.

A pesquisa buscou estudar de que forma as audiências de custódia, em Salvador, tratam a violência estatal contra a pessoa presa em flagrante, problematizando a finalidade anunciada de mitigação dos efeitos desta violência. A partir dos dados extraídos da observação de três expedientes de audiências, com

1. Durante o julgamento da ADPF 347, o plenário do STF reconheceu o estado de coisas institucional, acompanhando entendimento da Suprema Corte da Colômbia, verificando um quadro insuportável e permanente de violação de direitos fundamentais, no contexto do superencarcermento no Brasil, conforme pontua Campos (2015).
2. Disponível em: [www.cnj.jus.br/files/conteudo/arquivo/2016/01/ef11739c8cfb11b762b970adb32da748.pdf] e [www7.tj.ba.gov.br/secao/lerPublicacao.wsp?tmp.mostrarDiv=sim&tmp.id=14803&tmp.secao=4]. Acesso em: 08 mai. 2016.
3. Disponível em: [www5.tjba.jus.br/index.php?option=com_content&view=article&id=95801:plantao-de-primeiro-grau-da-comarca-de-salvador-comeca-a-realizar--audiencias-de-custodia-a-partir-de-sabado-30&catid=55&Itemid=202] e [www.defensoria.ba.gov.br/portal/ind ex.php/index.php?site=1&modulo =eva_conteudo&co_cod=15296]. Acesso em: 08 mai. 2016.

estudo da atuação de dois juízes, dois promotores e dois defensores públicos distintos, além de advogados particulares, foram analisadas algumas questões que podem ser relevantes para análise das possibilidades de visibilidade à violência estatal ou de eventual aplicação de medidas institucionais.

Evidentemente, trata-se de um estudo qualitativo, que dentro de determinadas limitações buscou observar a cena e os atores da audiência de custódia, bem como algumas circunstâncias anteriores e posteriores à própria audiência, sem que se demarque conclusões fechadas ou realização de amplas inferências.

Para realizar estas reflexões, o estudo teórico da operacionalidade real do sistema brasileiro, a par de uma fundamentação estatística sobre a atuação das agências policiais baianas, aliado à historicização do poder punitivo, que apresenta permanências autoritárias e reveladoras do racismo institucional em sua atuação.

O presente trabalho pretende não se furtar à compreensão de que a redução do total de violência em uma sociedade deve configurar o objeto final de quem trabalha com as ciências criminais, como assinalado por Gabriel Ignacio Anitua (2015).

2. O PODER PUNITIVO NAS RUAS E AS EXPECTATIVAS COM A AUDIÊNCIA DE CUSTÓDIA

Trabalhar com os excessos do poder punitivo no Brasil significa se aproximar do marco de um estudo próximo à realidade dos sistemas penais. Para iniciar essa análise, alguns dados, em diálogo com uma fundamentação teórica crítica, permitem observar que persistem em nosso sistema penal resquícios de uma tradição inquisitorial e de um direito penal privado no poder punitivo brasileiro. O modelo brasileiro de segurança pública, marcadamente militarizado, voltado belicosamente ao combate do inimigo interno, produz justiçamentos, execuções, torturas e superencarceramento.

Cada vez mais se torna necessário não perder de vista a importância de uma busca pelas raízes histórico-culturais que perpassam a formação ideológico-punitiva brasileira (NEDER, 2007). O longo período escravocrata no Brasil deixou diversas permanências autoritárias nas agências do poder punitivo (BATISTA, 2003). Para os negros, o estado de suspeição, a tortura institucionalizada e o encarceramento nunca deixaram de fazer parte do cotidiano punitivo da política criminal brasileira.

No processo histórico que circunda a abolição da escravatura, a negritude e a condição de escravo se misturaram, restringindo a liberdade de locomo-

ção dos libertos e dos nascidos livres. Isso ocasionou o que Sidney Chalhoub (2012) chamou de "fronteiras entre a escravidão e a liberdade", demonstrando como os negros eram os suspeitos com liberdade precária no século XIX e nos conflitos urbanos intensificados no período pós-abolição.

No contexto das revoltas escravas e do medo de novas insurreições, Vera Malaguti Batista (2003a) demonstrou como o "estado de suspeição" ganhou forma concreta na cor negra, a partir da onda de terror que marcou os anos que se seguiram a 1835,[4] com efeitos que ultrapassaram o século XIX, podendo ser observados nas estratégias de atuação da polícia no início do século XX. Desde o calabouço – destinado à detenção de escravos negros nos séculos XVIII e XIX (CHALHOUB, 2012), as prisões brasileiras estão lotadas de negros, situação que se agravou nas últimas décadas, em razão da expansão em 575% da população carcerária entre 1990 e 2014.[5]

No Brasil, verificou-se uma insuperável contradição entre o liberalismo penal e a escravidão, sobretudo com o processo de adoção da pena pública no marco do escravismo (BATISTA, 2006). A tentativa de importação distorção das ideias liberais preservou a estrutura das formas escravistas de submissão, no processo de naturalização da desigualdade no campo jurídico-penal (CARVALHO, 2014). Assim, o liberalismo nunca foi suficientemente forte para romper as bases de poder ligadas a um autoritarismo senhorial, no século XIX, e a perpetuação do genocídio, informado por um discurso antropológico racista (DA SILVA FILHO, 2008).

Gizlene Neder (2007), ao estudar o "absolutismo ilustrado" que marcou o pensamento jurídico-penal luso-brasileiro entre os séculos XVIII e XIX, destaca a fantasia do controle social policial absoluto sobre os espaços urbanos, os ex-escravos e seus descendentes.

A vigência concomitante da Constituição de 1824 e das Ordenações Filipinas, e, em seguida, a programação punitiva dos códigos criminais de 1830 e

4. Nilo Batista e Eugenio Zaffaroni (*Direito Penal Brasileiro*, v. I, 2013), discorrem sobre a "Legislação da Província da Bahia sobre o Negro" (1835-1888), na qual verifica a Lei de 13.05.1835 que previa prisão e processo por insurreição aos africanos libertados que chegassem à província e aos expulsos que a ela retornassem.

5. Conforme Nota Metodológica do DEPEN, ressalva-se que neste relatório de 2014, divulgado em junho de 2015, os dados de São Paulo sobre número de vagas e população carcerária só puderam ser complementados em abril de 2015, já que esse estado não havia respondido completamente ao levantamento de dados. A informação é de especial importância pelo fato de se tratar do estado que tem a custódia de 1/3 dos presos do país.

1890 demarcam uma contradição legal explícita e de fácil percepção. A ideologia punitiva das suas penas cruéis direcionadas aos escravos, como os açoites e a pena de morte, destoavam da proibição constitucional de penas cruéis.

No sistema penal brasileiro, a dilacerante discrepância entre disposições constitucionais e práticas cotidianas das forças de ordem, que se revela como uma permanência no cenário pós–Constituição de 1988. Jorge Zaverucha (2010) analisa os legados autoritários do período ditatorial nas relações civis-militares, realizando um estudo sobre o poder de vigilância da Polícia Militar e sua utilização como principal força de segurança pública desde a ditadura. A tendência militarizante na segurança pública é algo que remanesce e se intensifica no Brasil.

Esta presença militar em áreas urbanas, inserida em um processo mais amplo de vigilância, no contexto da gestão da ordem e dos riscos nos espaços urbanos, potencializa mais criminalidade registrada, que, paradoxalmente, justifica mais policiamento e criminalização, fomentando um ciclo dos programas de segurança que se direcionam pelo viés repressivo, potencializando o aumento lesivo das forças de ordem.

Dentro dessa lógica punitiva, reforça-se a operacionalidade real[6] de execuções extrajudiciais, torturas e desaparecimentos forçados. A seletividade enquanto elemento estrutural a todo sistema penal, operada arbitrariamente, principalmente pelas agências policiais, adota como principal critério o estereótipo e contribui para revelar o que Zaffaroni (1991) entende como mortes anunciadas nos sistemas penais latino-americanos.

Ana Flauzina (2008, p. 155) destaca que o racismo conforma o sistema penal como instrumento que age pela violência, condicionando suas práticas e, enquanto elemento fundante, relacionado com a dinâmica geral do seu funcionamento. Em razão disso, outros grupos, a princípio menos vulneráveis, também podem ser alcançados de forma violenta. "Se as consequências mais perversas desse casamento desastroso são inegavelmente sentidas pela população negra, também estão colocadas para os demais segmentos da sociedade em alguma medida."

O 9º Anuário do Fórum de Segurança Pública (2015) informa que, em 2014, 3.009 pessoas foram mortas pela polícia no Brasil, enquanto 398 policiais foram mortos, de acordo com os registros policiais das Secretarias de Segurança Pública. O número de letalidade policial aumentou 37% em relação

6. Segundo Zaffaroni (1991), a criminologia contemporânea destacou a operacionalidade real dos sistemas penais, que nada têm a ver com a forma pela qual os discursos jurídicos supõem que eles atuem.

a 2013, enquanto o número de vitimização policial se manteve em um patamar de continuidade, levemente inferior ao registro de 2013 (408 mortes). A razão entre mortes de civis e policiais ultrapassa 20 a 1, conforme o referido anuário.

O Brasil aparece com o maior número de morte decorrente de intervenção policial registrado no mundo. O Relatório da Anistia Internacional "Você matou meu filho" de 2015 destaca que entre 2005 e 2014 foram registrados pelos órgãos oficiais do estado do Rio de Janeiro 8.466 homicídios decorrentes de intervenção policial – execuções extrajudiciais. No mesmo documento, foi constatada a omissão do Ministério Público e dos órgãos do executivo e do judiciário no tocante a medidas para enfrentar esta realidade.

Esta tradição inquisitorial, com letalidade policial sistemática, apresenta uma prevalência sobre o sistema acusatório desde o início do processo penal brasileiro, sobretudo quando se separa em 1870 a polícia da justiça, a segurança pública do processo penal (KANT DE LIMA, 2013).

A Polícia Militar da Bahia foi fundada através do Decreto de 17.02.1825 de D. Pedro I, no contexto da eclosão de diversas insurreições escravas que precisavam ser contidas (BATISTA, 2003a; REIS, 2003).[7] O viés militarizado se relaciona com o modelo de Guarda Real de Polícia adotado em 1809, que influenciou as futuras Guardas Policiais locais como uma espécie de "exército permanente", alimentando-se dos moldes das forças armadas, que persistem como uma permanência (VALENTE, 2016).

Na Bahia, o índice de violência letal das polícias é alto, de acordo com o 9º Anuário do Fórum de Segurança Pública (2015). Em 2013, foram registradas 313 mortes (295 praticadas delas por policiais em serviço), e, em 2014, foram registradas 278 mortes decorrentes de intervenção policial.[8] Neste último ano, contudo, só foram disponibilizados números de mortes praticadas por policiais em serviço.[9] Estes números só são superados pelos dados referentes ao

7. Ao analisar a "governamentabilidade" nos séculos XVII e XVIII, Foucault (2008), trabalha com um modelo de polícia, muito próximo da administração, e definitivamente distante do judiciário, inserido em um mundo essencialmente regulamentar, decorrente do poder real do soberano. As origens da polícia no Brasil, no século XIX, podem não se diferenciam muito desse perfil, embora inserido em um contexto de conflitividade particular (VALENTE, 2016).

8. Os números de mortes decorrentes de intervenção policial e de vitimização policial foram isolados da categoria de homicídios dolosos, conforme nota do 9º Anuário do Fórum de Segurança Pública.

9. Importante que estes números são fornecidos, em grande parte, pela Secretaria de Segurança Pública do Estado, devendo se ter em mente que o número real destas mortes pode ser ainda maior, sobretudo, por não considerar a cifra oculta.

Rio de Janeiro e São Paulo, o que colocam a polícia baiana como a terceira mais letal do Brasil.

Além disso, os registros das pessoas mortas em confronto com a polícia, em 2013, indicam que o número de mortes decorrentes da atuação de policiais civis em serviço representa apenas 21% do número de pessoas mortas por policiais militares em serviço (234). Os dados de 2014 não forneceram a distinção por categoria policial.

Recentemente, na cidade de Salvador, alguns casos conseguiram expor com maior visibilidade a violência extrema da atuação cotidiana da polícia baiana, mediante intensa denúncia feita por movimentos sociais e familiares das vítimas: o desaparecimento forçado de Davi Fiúza; o sequestro, a tortura, a execução, o esquartejamento e a ocultação de cadáver de Geovane Mascarenhas; a tortura com sequelas fatais de Inácio de Jesus; a execução sumária de 13 jovens negros na chacina da Vila Moisés, no bairro do Cabula.[10]

A política de segurança pública da Bahia há alguns anos fomenta um projeto claro de reprodução de violência, estigmatização[11] e políticas de intimidação e guerra aos negros e pobres. Alguns exemplos foram a criação de bases comunitárias da Polícia – violadora de direitos da população que vive sitiada nestes bairros –, a ampliação dos grupamentos especiais popularmente conhecidos por sua letalidade como atividade principal, a criação do BOPE da Bahia e as premiações financeiras baseadas em uma controvertida noção de eficiência policial.[12]

10. Disponível em: [http://brasil.elpais.com/brasil/2016/05/19/politica/1463669134_226800.html?id_externo_rsoc=FB_CC]; [http://brasil.elpais.com/brasil/2015/05/18/politica/1431985313_078280.html]; [http://g1.globo.com/bahia/noticia/ 2015/04/mp-denuncia-11-policiais-militares-pela-morte-do-jovem-geovane.html]; e [https://anistia.org.br/noticias/policia-civil-conclui-inquerito-sobre-desaparecimento-forcado-de-davi-fiuza-indiciando-23-policiais/]. Acesso em: 30 mai. 2016.

11. A Secretaria de Segurança Pública da Bahia mantém, há alguns anos, uma campanha de procura de "criminosos", na qual são estampadas fotos dos suspeitos, crime supostamente cometido e área de atuação, valorando a periculosidade de cada suspeito de acordo com a graduação de naipes de uma carta de baralho. O chamado "baralho do crime" pode ser verificado no site da SSP/BA. Disponível em: [http://disquedenuncia.com/baralho-do-crime/]. Ademais, no ano de 2011, a SSP/BA apresentou uma cartilha da tatuagem, que vinculava desenhos a perfis criminosos, como indicativos da personalidade do portador da tatuagem. A cartilha, impressa em 2012 para fazer parte da formação interna dos policiais, foi elaborada por um Policial Militar, que fez palestras sobre o material para magistrados, promotores e delegados. Disponível em: [www.bahianoticias.com.br/noticia/147232-cartilha-da-pm-ba-que-associa-tatuagens-a-crimes-e-apresentada-a-guarda-municipal-de-salvador.html].

12. Recentemente, mesmo diante de reiteradas denúncias de violência policial e execuções sumárias o governo da Bahia sancionou, em 30.12.2015, uma lei que aumen-

Intensificando os sinais de recrudescimento penal verificado nos anos 1990, a década de 2000 apresentou um crescimento dos índices de violência letal na Bahia – incluída a problemática dos grupos de extermínio denunciados por organismos nacionais e internacionais. Com base nestes dados, Felipe Freitas (2015) estudou, a partir da análise de documentos institucionais, a adoção do programa Pacto pela Vida– que desencadeou as medidas de política criminal indicadas acima – no estado da Bahia, em 2008, pelo governo Jacques Wagner, e mantido atualmente pelo governo Rui Costa.

Na conjuntura dos modelos de segurança pública desenhados na última década, a ênfase no reforço das ações policiais, com persistência do viés punitivista e do racismo institucionalizado, problematizam as estratégias empenhadas oficialmente para o controle dos homicídios, comprometendo especialmente a prevenção da violência institucional e estrutural (FREITAS, 2015). *No âmbito da segurança pública, o aparato militarizado da Polícia Militar, no* contexto de uma formação institucional cunhada no modelo repressivo, acentua a lógica bélica de enfrentamento à "criminalidade" – conceito genérico manipulado pelas agências criminalizantes e contestado pela criminologia crítica (BARATTA, 2011).

Diante disso, é indispensável a percepção de que procedimentos autoritários, discriminatórios e violentos fazem parte do cotidiano das forças policiais brasileiras, como aponta Alexandre Pereira da Rocha (2013). O autor destaca como a violência policial e as violações de direitos humanos, em especial através da letalidade, são continuamente denunciadas por organismos institucionais, como a *Human Wrights Watch*, atingindo seletivamente a população – vez que as vítimas majoritárias são jovens negros pobres.

Os dados apresentados representam o ponto mais alto de uma política de segurança pública na qual os órgãos do sistema penal operam um controle social verticalizante e militarizado (ZAFFARONI, 1991), submetendo ao classificado como inimigo uma suspensão fática do estado de direito, suprimindo seus direitos fundamentais (BATISTA, 2003b).

Sob a leitura do realismo jurídico-penal latino-americano e brasileiro, aqui os corpos negros e pobres nunca deixaram de ser objeto de punição (ANDRA-

tou o Pagamento de Prêmio de Desempenho Policial (PDP), destacando a prioridade da segurança pública e o papel das polícias na redução de violência. Disponível em: [http://g1.globo.com/bahia/noticia/2015/12/sancionada-lei-que-amplia-premio-por-desempenho-policial-na-bahia.html] e [www.correio24horas.com.br/detalhe/noticia/rui-costa-duplica-premio-a-policiais-que-reduzem-violencia-e-amplia-chances-de-bater-meta/?cHash=b0ff108fc8 3da0465b2bf04c46f98041]. Acesso em: 07 jul. 2016.

DE, 2012), ocupando uma posição mais vulnerável os diversos danos de um sistema penal historicamente genocida.

Os dados do Mapa da Violência (2016) sobre mortes por armas de fogo no Brasil apontam que morreram, por arma de fogo, 158,9% mais negros que brancos no Brasil, em 2014. Neste mesmo período, a Bahia registrou taxa de homicídio por arma de fogo (contada por 100 mil habitantes) de 33,3% entre negros – maior que a proporção nacional (27,4%) –, contra 9,5%, entre brancos.

Portanto, o debate sobre violência não pode deixar de envolver a questão racial. Os altos índices de letalidade policial, letalidade violenta por arma de fogo da juventude negra e encarceramento da população negra no Brasil[13] permitem reforçar a constatação feita por Ana Luiza Flauzina (2008) de que o racismo consta como uma variável central das formas de atuação do sistema penal brasileiro, de modo que o extermínio da população negra é um caminho para compreender os vestígios coloniais no poder punitivo contemporâneo.

A criminologia crítica, enquanto importante ferramenta teórica para enfrentar o autoritarismo punitivo, desenvolveu-se no terreno das rupturas metodológicas provocadas pela sociologia. Com enfoque macrossociológico, provocou desconstruções irreversíveis no paradigma etiológico, de modo que a investigação dos poderes de definição rompe com proposições biologicistas e causalistas acerca do que se entende por crime e criminoso. O redirecionamento metodológico se volta, então, para as agências que exercem esse poder de controle (BARATTA, 2011).

A noção de cifra oculta, desenvolvida ainda no marco etiológico por Sutherland, e também trabalhada pela criminologia crítica, foi um importante marco para a virada metodológica citada (BARATTA, 2011; CODINO; DE CASTRO; 2013). Revelou que a seleção daqueles que concretamente serão submetidos à ação punitiva (a criminalização secundária), deriva inicialmente da impossibilidade de se cumprir o programa imenso da criminalização primária (a legislação penal incriminadora).

O contato com a realidade parece inevitável para uma análise que leve em conta a punitividade da polícia e outras instituições que operam o controle urbano no marco da segurança pública. A violência de que trata esta pesquisa compreende tanto a violência física, a tortura, atos de maus tratos – sejam eles cruéis desumanos ou degradantes, incluindo violência psicológica.

13. Sobre morte decorrente de violência policial, o Relatório da Anistia Internacional "Você matou meu filho" (2014) e, sobre mortes violentas no Brasil, o "Mapa da Violência: Mortes matadas por armas de fogo" (2015) possui análise mais abrangente.

Pretende-se destacar a abordagem de agentes do estado, que engloba e ultrapassa a análise policial. Este recorte foi adotado para que não se descartasse previamente o papel que algumas instituições vêm assumindo na atual configuração urbana de controle e repressão, em algumas cidades brasileiras. Talvez, a que desperte mais atenção seja a Guarda Civil Municipal, que vem se aproximando nos últimos anos de um modelo militarizado, no campo da segurança pública (BARRETO; MATOS, 2015). Na cidade de Salvador, dois casos recentes[14] demonstram simbolicamente a prática policialesca ostensiva e o nível de repressão violenta da qual vem se valendo esta instituição para configurar a ordem no espaço público.

O recorte metodológico adotado para tratar da violência não pode abarcar, evidentemente, as mortes provocadas pelo sistema subterrâneo do poder punitivo, no qual o exercício punitivo ocorre "à margem de qualquer legalidade ou através de marcos legais questionáveis", institucionalizando penas de morte, sequestros, maus tratos e torturas (BATISTA; ZAFFARONI, 2013, p. 70). Àqueles que são sumariamente abatidos é negado qualquer tipo de processo legal. O cumprimento da determinação de condução obrigatória a uma audiência pode significar o exercício do direito a ter um processo, e quem sabe de se manter vivo.

A teoria agnóstica refuta atribuir qualquer função à pena, seja em razão desta não poder ser conhecida racionalmente seja pela impossibilidade de generalização das concepções das teorias positivas (BATISTA; ZAFFARONI, 2011, p. 98-100). Diante disso, abstém-se de ignorar, no campo teórico, o poder punitivo ilícito da operacionalidade real dos sistemas penais. Interpreta-se a pena, portanto, como uma manifestação concreta de poder, uma imposição coercitiva de dor e restrição de direitos, que nada repara nem neutraliza, mantendo-se alerta para conceber o poder punitivo em todas as suas instâncias como algo a ser limitado e reduzido, haja vista a impossibilidade de sua eliminação:

> Ao abarcar o direito penal os casos de poder punitivo imposto à margem de qualquer lei ou exercido com abuso de habilitação legal, não exclui do conceito de pena as torturas, as ameaças, as vitimizações por parte do poder penal subterrâneo, como os sequestros e justiçamentos policiais etc., nem

14. Disponível em: [www.correio24horas.com.br/detalhe/noticia/guarda-municipal-nao-e-para-tirar-vida-de-ninguem-diz-irma-de-homem-morto-no-comercio/?cHash=280a14c0311bfa73a4a0ef78ab6cfeb5] e [www1.folha.uol.com.br/cotidiano/2015/10/1689759-guarda-municipal-agride-moradores-do-centro-historico-de-salvador.shtml]. Acesso em: 06 jul. 2016.

> tampouco os agravamentos ilícitos de penas lícitas, como espancamentos disciplinares prisionais, maus-tratos, riscos de contágio, de suicídio ou de enfermidade física ou mental, de lesões, de mutilações, violências sexuais etc. Todo esse exercício do poder punitivo é, sem dúvida, penal (são penas, ainda que ilícitas).

Diante da adoção de marcos teóricos que evidenciam e tencionam a discrepância entre os discursos oficiais punitivos e as funções efetivamente exercidas pelo sistema penal, a teoria agnóstica pode ocupar um papel estratégico, dentro de uma perspectiva redutora de danos para salvar o máximo de vidas possíveis frente à dura realidade do controle punitivo contemporâneo (CARVALHO, 2013).

Adota-se como recurso metodológico a proposta de reconstrução do modelo integrado dos saberes penais, para harmonizar minimamente o direito penal e o processo penal, desde concepções criminológicas e políticas criminais problematizadoras (BARATTA, 2011; CARVALHO, 2015, ZAFFARONI, 1991). A criminologia, enquanto instrumento de interpretação da realidade e de crítica dogmática interna e externa pode contribuir para o enfrentamento das dificuldades provocadas pela fragmentação das ciências criminais, que gerou uma "incapacidade para compreensão das violências inerentes ao sistema penal e criação de instrumentos para minimizá-las" (CARVALHO, 2015, p. 52-53).

A relevância de trabalhar com os casos da audiência de custódia, ainda que consideradas as limitações deste espaço, busca um reforço de posturas institucionais para que se promovam políticas que reduzam o número de futuras vítimas e que enfrentem a cultura da violência e a lógica bélica da segurança pública. De antemão, é preciso ter a ressalva de que se trata aqui de um momento processual ainda em desenvolvimento no Brasil, onde a pergunta de quem tem direito ao processo penal ainda é emblemática. Como visto, as práticas de extermínio, constrangimentos ilegais e criminalizações secundárias incompletas – que não chegam a findar em uma pena aplicada por um juiz, e, muitas vezes, sequer chegam ao conhecimento de algum magistrado – são características estruturais do sistema penal brasileiro.

A Convenção Americana de Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica), em seu art. 7.º, item 5,[15] e o Pacto Internacional de Direitos Civis e

15. "Toda pessoa detida ou retida deve ser conduzida, sem demora, à presença de um juiz ou outra autoridade autorizada pela lei a exercer funções judiciais e tem direito a ser julgada dentro de um prazo razoável ou a ser posta em liberdade, sem prejuízo de que prossiga o processo. Sua liberdade pode ser condicionada a garantias que assegurem o seu comparecimento em juízo".

Políticos, em seu art. 9.º, item 3,[16] e art. 10, item 1, buscam garantir o direito de uma pessoa presa em flagrante ser encaminhada, sem demora, à presença de um juiz, com respeito à sua dignidade, garantindo-lhe ampla defesa. Ambas os pactos foram recepcionados pelo Brasil, em 1992, respectivamente, pelo Decreto 678/1992 e pelo Decreto 592/1992. Após discussão no julgamento da ADPF 347, a Resolução 213/2015 do CNJ regulamentou o prazo de 24 horas, definido pelo STF, para que seja feita esta condução a uma autoridade judicial.

As audiências de custódia, ainda que tardiamente aplicada no Brasil,[17] enquanto ato processual previsto para análise de uma prisão por um juiz togado, na presença do órgão acusador e da defesa técnica, pode representar um importante instrumento de contenção das ilegalidades praticadas por agentes do estado. Acredita-se que podem ser oferecidas melhores condições para analisar a regularidade da prisão e a situação da pessoa conduzida.

O caminhar constante em prol de um processo penal democrático e sob controle de convencionalidade (GIACOMOLLI, 2013) dialoga com o cumprimento, ainda que tardio, das normas de direito internacional que determinam a apresentação, sem demora, de qualquer pessoa presa a um juiz. Neste sentido, a função do judiciário enquanto contenção do poder do punitivo e zelador de garantias adquire ainda mais importância ao possibilitar o contraditório e a ampla defesa a quem teve a liberdade cerceada. Afinal, um devido processo deve ser, além de legal e constitucional, convencional (LOPES JR.; PAIVA, 2014).

Neste cenário, a implementação da audiência de custódia, que determina a apresentação obrigatória da pessoa presa em flagrante ao juiz promete algumas alterações positivas em relação à integridade física dos custodiados. Primeiramente, o contato pessoal entre o juiz, investigado, Ministério Público e a defesa (Defensoria Pública ou advogado) poderia contribuir para uma redução

16. "Qualquer pessoa presa ou encerrada em virtude de infração penal deverá ser conduzida, sem demora, à presença do juiz ou de outra autoridade habilitada por lei a exercer funções e terá o direito de ser julgada em prazo razoável ou de ser posta em liberdade. A prisão preventiva de pessoas que aguardam julgamento não deverá constituir a regra geral, mas a soltura poderá estar condicionada a garantias que assegurem o comparecimento da pessoa em questão à audiência, a todos os atos do processo e, se necessário for, para a execução da sentença" (Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos)".

17. 28 dos 35 estados membros da Organização dos Estados Americanos já se adequaram, por meio de lei ou decisão dos tribunais superiores, conforme o Relatório sobre a Implementação das Audiências de Custódia do Ministério da Justiça (2016).

de práticas violentas contra os presos ou possibilitar adoção de medidas institucionais que enfrentem este problema.

A prática desta apresentação obrigatória ao juiz pode configurar, de certo modo, um reforço às recomendações feitas pelo CNJ ao governo baiano, em 09.07.2012,[18] para que desativasse as carceragens delegacias, tanto no caso de restituição da liberdade como no caso de conversão em prisão em preventiva, se a pessoa for imediatamente conduzida para alguma das unidades do Complexo Penitenciário. Assim, a audiência se apresenta como instrumento que poderia fazer cessar uma situação de violação contínua da integridade física e psíquica da pessoa presa ou prevenir lesões em um momento crítico como aquele compreendido entre o momento da detenção e as primeiras horas ou primeiros dias subsequentes.

Diante disso, a Resolução 213/2015 do Conselho Nacional de Justiça, acompanhando o que já fora previsto em pactos internacionais, declarou expressamente como uma das finalidades das audiências de custódia a repressão e a prevenção da tortura e dos maus tratos, prevendo que ofereça, de forma cautelosa e efetiva, visibilidade à pessoa conduzida, a fim de que possa prestar informações sobre a violência. O art. 11 determina a preservação da segurança física e psicológica da vítima, assegurado atendimento médico e psicossocial especializado, dentre outras medidas para garantir "condições adequadas para a oitiva e coleta idônea de depoimento das pessoas presas em flagrante delito" e "a apuração de indícios de práticas de tortura e de providências cabíveis em caso de identificação de práticas de tortura".

Este esforço atual de regulamentação e aplicação das audiências de custódia, junto aos Tribunais de Justiça,[19] não deixa de abrir caminho para mais uma tentativa de reorientar, ainda que de modo incipiente, o processo penal brasileiro a um modelo acusatório, que corresponda com a Constituição de 1988 e as normas internacionais de direitos humanos.

Uma vez que a tradição inquisitorial do modelo misto persiste no sistema brasileiro, mesmo após as recentes alterações legislativas – 2008 e 2011 – no Código de Processo Penal, as inovações práticas da audiência de custódia demandam um olhar atento. A busca por um modelo acusatório de processo perpassa por alterações que provoquem rupturas com os fortes resquícios culturais inquisitoriais oriundos da própria colonização ibérica.

---

18. Disponível em: [www.conjur.com.br/2012-jul-09/cnj-recomenda-fechamento-carceragens-delegacias-bahia]. Acesso em: 05 jul. 2016.

19. O Tribunal de Justiça da Bahia expediu a Resolução 25 de 18.12.2015, na tentativa de adequar sua estrutura à realização das audiências de custódia, uma vez que se tornou signatário do Projeto "Audiência de Custódia" oriundo do CNJ.

Neste sentido, não deixa de dialogar com outra proposta de democratização do processo penal que é a introdução da figura do juiz de garantias na investigação preliminar – como proposto no Projeto de Lei 156/2009 (COUTINHO, 2009) –, que dentre importantes atribuições, deveria resguardar a proteção constitucional às integridades física e moral da pessoa investigada.

A implementação da audiência de custódia, acompanhada de pesquisas acadêmicas empíricas, pode significar um importante passo, podendo, inclusive, dar fôlego à tramitação e permitir um maior debate sobre o Projeto de Lei do Senado[20] 554/2011, que altera o § 1.º do art. 306 do Código de Processo Penal. Desta forma, os avanços e as problemáticas apontadas através das observações empíricas da execução do projeto do CNJ podem contribuir para um passo mais adiante no futuro, com a regulamentação mais precisa que demarque esta audiência como um momento do processual penal estruturado.

3. Observação de audiências de custódia em Salvador

A pesquisa de campo buscou trabalhar, por meio de observação direta semiestruturada (MARCONI; LAKATUS, 2003), o rito da audiência de custódia enquanto instrumento de verificação de suposta violência praticada por agentes do Estado contra a pessoa presa em flagrante, colhendo declarações informais oriundas de promotores, defensores públicos, juízes e advogados presentes. Além disso, foram analisados os autos de prisão em flagrante relacionados às pessoas conduzidas para o Núcleo de Prisão em Flagrante.

No primeiro momento, foram acompanhados 03 expedientes de audiências de custódia, realizadas em três dias úteis distintos, no Núcleo de Prisão em Flagrante de Salvador,[21] entre maio e junho de 2016. Trabalhou-se com as variáveis das presenças de dois juízes, dois promotores e dois defensores públicos distintos, aqui referidos como juiz A ou B, promotor A ou B, defensor público A ou B. À exceção do juiz B,[22] todos estes servidores públicos estavam lotados, pelos seus órgãos, para atuarem especificamente no Núcleo, à época da ob-

20. Disponível em: [www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/102115]. Acesso em: 15 jun. 2016.

21. Apesar de o CNJ prever a aplicação da audiência também para presos por mandado de prisão, o Tribunal de Justiça da Bahia ainda está aprimorando o instituto para atender as pessoas presas em flagrantes na capital.

22. Apesar de não estar lotado no Núcleo de Prisão em Flagrante, o juiz B atuava como juiz criminal em outra vara, e demonstrava conhecimento acerca dos procedimentos estipulados na Resolução 213 do CNJ e da Resolução 26/2015 do TJBA.

servação. Assim, a maior parte destes atores processuais[23] estavam envolvidos com o cotidiano das audiências, que vêm ocorrendo desde o segundo semestre de 2015, em Salvador. Além disso, não se descartou os casos em que a defesa da pessoa conduzida foi realizada por advocacia particular, uma vez que esta também poderia ter uma postura ativa que contribuísse para o estudo da visibilidade à violência estatal.

No primeiro dia: ocorreram 10 audiências, tendo sido 11 pessoas conduzidas. No segundo dia: 09 audiências, com 10 pessoas conduzidas. No terceiro dia: 09 audiências, com 14 pessoas conduzidas. No total, foram acompanhadas 28 audiências, com oitiva de 35 pessoas conduzidas (34 homens, 01 mulher). Dentre elas, 25 foram assistidas pela Defensoria Pública e 10 foram defendidas por advogados particulares. A prática do Núcleo de Prisão em Flagrante é de considerar a realização de uma audiência para cada auto de prisão em flagrante – APF, mesmo quando nele sejam ouvidos dois conduzidos, separadamente. Estes dados apresentados oferecem um panorama inicial, no sentido de informar o contexto observado, que será completado com as tabelas a seguir.

N. total de audiências com debate sobre a legalidade do flagrante	6
N. de audiências cujo debate sobre a legalidade do flagrante tiveram relação com violência estatal	3

Nestas três audiências, a violência estatal se referiu a ameaças, violação de domicílio para buscas sem mandado e detenção arbitrária com cárcere privado ilegal de suspeitos.

Relaxamentos de Prisão	04
Liberdade com cautelares	19
Conversão em Prisão Preventiva	12

As impressões quanto ao potencial da audiência de custódia em reduzir o ingresso de pessoas no sistema carcerário foram positivas. Apesar de não ter sido concedida nenhuma liberdade provisória desvinculada de alguma medida

23. Ao se referir aos atores, metodologicamente, faz-se um recorte a atores institucionalizados na cena jurídica da audiência. Portanto, membros da Defensoria Pública, Magistratura, Ministério Público ou da Ordem dos Advogados do Brasil. Evidente que a pessoa presa também atua, e, em tese, pode ter maior destaque do que nas audiências instrutórias, de modo que a classificação sugerida de modo algum retira seu papel ativo.

cautelar, parece notório o indicativo de que a conversão em preventiva pode não estar sendo aplicada de modo automático. Em todos os expedientes, o número de pessoas soltas foi maior do que o de pessoas mantidas encarceradas.

N. de pessoas que relataram violência e foram soltas	
Por Relaxamento de Prisão	02
Por Liberdade provisória com cautelares	04

N. de pessoas que relataram violência antes de serem perguntadas sobre isso	05
N. de pessoas que foram perguntadas por juiz/promotor/defesa sobre ter sofrido violência[24]	15 (14 por juiz; 01 por advogado)
N. de pessoas que relataram violência, após o juiz/promotor/defesa perguntar	06 (05, em resposta ao juiz; 01 em resposta a advogado)

No total, das 11 pessoas que relataram ter sofrido alguma violência, 10 alegaram ter sofrido violência por agentes do Estado, sendo que 01 não confirmou a agressão ocorreu apenas por parte de populares ou se os policiais militares que o prenderam também o agrediram.

As 10 supostas vítimas de violência estatal imputaram os atos ilícitos a policiais. Além destes, 01 conduzido apenas se referiu à função de policial, sem indicar a corporação correspondente, o que também não foi perguntado pelo juiz.

Identificação da instituição envolvida no ato de violência	
Polícia Militar	07 casos
Polícia Civil	02 casos
Não informado	01 caso

Apesar do papel relevante que podem e devem assumir a defesa e o órgão acusador – que também é o responsável constitucional pelo controle externo da polícia –, o juiz parece ter uma posição central no processo de visibilidade dos casos com suspeita de violência de agentes estatais. Na maioria das audi-

24. Neste caso, considera-se, com base na Resolução 213 do CNJ, que para cada pessoa deveria ser perguntado sobre a ocorrência de violência. Por isso, este número se relaciona ao número de pessoas que foram perguntadas, e não ao de audiências, lembrando que, por vezes, estas possuem dois ou mais sujeitos conduzidos.

ências assistidas, a pessoa conduzida apenas informa sobre arbitrariedades, torturas ou maus tratos quando é questionada pelo juiz.

Durante as 28 audiências acompanhadas na pesquisa de campo, a percepção de que a defesa e o Ministério Público basicamente ignoram a questão. Nas poucas vezes em que se manifestam no sentido da averiguação de alguma violência, o fazem somente após o relato – espontâneo ou provocado pelo juiz – do preso.

Neste ponto, destaca-se, que nos casos estudados, faz-se exceção de um advogado, que utilizou o momento que tinha a palavra para questionar seus clientes sobre a tortura policial sofrida, reforçando a tese de ilegalidade da prisão em flagrante. Porém, somente o Ministério Público requereu, uma vez, a adoção de uma medida institucional.

N. de medidas institucionais adotadas pelo juiz ou sugeridas pelas partes	
Juiz	0
Ministério Público	01
Defensoria Pública	0
Advogados	0

As violências policiais narradas se referiam a: tortura psicológica para confissão – na rua, em delegacia e em companhia independente da Polícia Militar –; agressão física, como socos, tapas e golpes de facão e bastão, graves ameaças; cárcere privado em camburão de viatura que rodou horas pela cidade, injustificadamente, com os suspeitos; invasão de domicílio mediante ameaças; flagrante forjado – sobretudo para configurar tráfico de drogas; privação de alimentos e água em delegacia.

A exposição destes relatos, ao mesmo tempo em que trazem à visibilidade do judiciário alguns casos, reforçam a preocupação com os outros tantos que sequer poderão passar pela audiência de custódia. Observou-se, empiricamente, que a Polícia Militar, por vezes, pratica conduções arbitrárias, em suas viaturas, como forma de tortura. Além disso, levam suspeitos até Companhias Independentes da PM, onde uma investigação subterrânea é realizada, com recursos ainda mais inquisitórios que o tradicional. Existem casos recentes, inclusive, de fatos que nunca foram levados ao conhecimento da Polícia Civil,[25] e, portanto, se encontram numa esfera ainda maior de invisibilidade judicial.

25. Disponível em: [www.correio24horas.com.br/detalhe/salvador/noticia/engenheiro-de-61-anos-e-morto-em-perseguicao-policial-na-avenida-paralela/?cHash=6683

Cabe destacar que o método de classificação de identidade racial da Secretaria de Segurança Pública da Bahia (SSP-BA) é bastante impreciso e completamente defasado em relação ao desenvolvimento do sistema classificatório nas últimas décadas, mesmo dentro de um marco que não se valha da autodeclaração. Portanto, em descompasso com as demandas sociais neste campo. Pode-se observar as categorias "branca", "preta", "parda" e "negra" para classificar a cor ou raça dos cidadãos. Estes dados foram colhidos do registro de antecedentes da SSP-BA, do Boletim de Ocorrência (BO) ou do documento de identificação criminal do Departamento de Polícia Técnica vinculado à Secretaria, que constam nos autos de prisão em flagrante.[26]

Adota-se neste trabalho as categorias de "cor ou raça"[27] adotadas pelo Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE) desde 1991, quando deixaram de se referir somente à "cor" e passaram a utilizar quesitos fechados, que são os seguintes: "branca", "preta", "amarela", "parda" e "indígena" (OSÓRIO, 2003). Da mesma forma que o IBGE, em conformidade com o Ministério da Justiça e com o Ministério da Saúde seguindo grande parte dos estudos sobre a questão racial no Brasil, considera-se os fenótipos de cor preta e parda como pertencentes à construção social da raça negra.

Mediante análise dos autos de prisão em flagrante, verificou-se o número de pessoas pretas/pardas/negras/brancas conduzidas para as audiências, conforme dados da SSP-BA: 05 de cor "preta", 19 de cor "parda", 04 de cor "negra", 0 de cor "branca". Segundo estes parâmetros, observa-se que todas as 28 pessoas, com heteroatribuição pela SSP-BA no auto de prisão em flagrante, eram negras.[28]

17c41c50706b7af3 6e6b27af3d05]; [http://g1.globo.com/bahia/noticia/2016/07/engenheiro-e-morto-e-corregedoria-apura-se-crime-foi-durante-blitz-da-pm.html] e [www.bahianoticias.com.br/noticia/192703-engenheiro-e-morto-pela-policia-na-av-paralela-e-familia-so-descobre-1-semana-depois.html]. Acesso em: 08 jul. 2016.

26. Em todos os APFs analisados, verificou-se a presença, sempre isolada, de um dos três documentos. Por isso, os três documentos foram utilizados como válidos enquanto heteroatribuição da identidade racial por um órgão do Estado, uma vez que são fruto do mesmo órgão de governo que exerce o controle social formal de identificação da população. Contudo, em relação a 05 pessoas conduzidas, não havia qualquer destes documentos, e em relação a 02 conduzidos, não foi possível verificar se havia informação, por estarem seus APF's em segredo de justiça.

27. Cabe ressaltar que persiste, neste modelo, a não distinção metodológica entre cor e raça, apesar de não haver consenso acerca disto, sobretudo por não considerar questões étnicas (OSÓRIO, 2003).

28. O pesquisador também coletou dados de forma direta, realizando heteroatribuição, conforme as categorias de identidade racial adotadas pelo IBGE, acima referidas. Em

Nas audiências observadas, das 11 pessoas que relataram ter sofrido alguma violência, sob o critério de heteroatribuição da SSP-BA, 09 eram negras, 01 não foi possível verificar por estar o APF sob segredo de justiça e 01 não continha documento da SSP-BA identificando-o racialmente no APF.[29]

Poliana Ferreira (2015), ao pesquisar as maneiras de ver os homicídios em Salvador, aponta a ausência de definição objetiva de critérios de identificação racial por parte dos órgãos estatais responsáveis pela identificação civil e criminal na Bahia. A autora destaca que os critérios utilizados se baseiam no senso comum, com preponderância para o uso da modalidade racial parda, até mesmo nos casos de vítimas que não possuem algum documento oficial que lhe identifique racialmente.[30] Com isso, Ferreira explica a alta utilização da categoria parda, que nos anos de 2012 e 2013, corresponderam a mais da metade dos mortos em Salvador, enquanto cerca de 20% dos corpos não tiveram uma cor nominada.

Outro dado relevante, fruto da observação semiestruturada foi o número de pessoas submetidas a exames de corpo de delito no Instituto Médico Legal Nina Rodrigues antes da audiência: em relação a 32 pessoas, havia um documento simples emitido pelo Departamento de Polícia Técnica no APF atestando com a marcação de um "x" que havia sido realizado exame,[31] porém

---

relação aos mesmo casos do parágrafo anterior, os resultados foram: 20 de cor ou raça preta, 07 de cor ou raça parda, de cor ou raça branca, 0 de cor ou raça amarela, 0 de cor ou raça indígena. Ou seja, conforme a coleta direta do autor, 27 pessoas eram negras.

29. Na heteroatribuição realizada pelo pesquisador, dentro das categorias do IBGE, este conduzido foi visto como de cor ou raça preta. Com esta informação, pode-se concluir que todas as vítimas de violência policial eram negras.

30. Destaca-se que nos casos de identificação de pessoas mortas, as alterações biológicas nos corpos após o óbito podem dificultar a identificação da cor. A pesquisadora ainda assevera que a coleta estatística de dados é vista como uma forma secundária pelos profissionais de segurança, que já não possuem formação para lidar com a questão racial. Indica ainda que o Centro de Documentação e Estatística Policial – CEDEP, órgão estadual vinculado à SSP e responsável pela identificação civil e criminal, possui base de dados em contato com o Sistema Nacional de Identificação Automatizada de Impressões Digitais (FERREIRA, 2015).

31. Este procedimento parece estar bem diferente do que é realizado na cidade de São Paulo. Segundo o Relatório "Monitoramento das Audiências de Custódia em São Paulo" (2016), do Instituto do Direito de Defesa, apenas em casos de relatos de violência ou maus tratos, o investigado é levado para realização de exame no Instituto Médico Legal, posteriormente à audiência. A partir daí o acompanhamento dos casos deve

sem nenhuma informação acerca da situação física do flagranteado ou da guia de exame laboratorial emitida pela autoridade policial. Em relação a outros 03 conduzidos, não havia confirmação nos autos se haviam passado por exame laboratorial.

A observação semiestruturada também provocou a verificação do número de pessoas ouvidas com policial na sala (às vezes, na mesma audiência, pessoas eram ouvidas separadamente, o que fez a contagem ser por pessoas e não por audiência):

Sem nenhum policial	1
Só com Policial Militar	7
Só com Policial Civil	8
Com Policial Militar e Policial Civil juntos	9
N. de pessoas ouvidas com algemas	30
N. de pessoas ouvidas sem algemas	05

Importante observar que o procedimento previsto no art. 8.º, VI,[32] da Resolução 213 do CNJ não era cumprido, inclusive, o juiz B não indagou para nenhum dos 14 presos se sofreram algum tipo de violência ou se fizeram exame de corpo de delito. Por outro lado, o juiz A, na maioria das vezes, se restringia a perguntar se a pessoa tinha sido submetida a exame; somente em alguns casos era um pouco mais direto e indagava se o preso tinha algo a reclamar. O juiz A tendeu a se dar por satisfeito com a simples informação de que houve o exame de corpo de delito.[33]

Um dado cuja análise ficou prejudicada foi justamente a observação direta pelo juiz de indícios visuais de tortura, vez que as marcas no corpo, mesmo quando referidas pela pessoa presa, foram ignoradas. Não havia um procedi-

ser feito pelo juiz corregedor das polícias, a quem compete acionar as instituições competentes.

32. "Art. 8º Na audiência de custódia, a autoridade judicial entrevistará a pessoa presa em flagrante, devendo: [...] VI – perguntar sobre o tratamento recebido em todos os locais por onde passou antes da apresentação à audiência, questionando sobre a ocorrência de tortura e maus tratos e adotando as providências cabíveis".

33. Mais grave foi a postura do juiz B, que não questionou em nenhuma das audiências assistidas se a pessoa presa tinha sofrido alguma violência ou se tinha feito o exame de corpo de delito.

mento padrão para averiguação da integridade física das vítimas de violência estatal. Houve casos de o juiz perguntar se a agressão relatada deixou marcas, e mesmo os conduzidos respondendo que sim, indicando local coberto por vestimenta, como tórax e costas, verificou-se a ausência de adoção de providências para visualização e registro das lesões, conforme previsto no art. 11 e parágrafos da Resolução 213 do CNJ.

Quando existiu, esse momento de abrir espaço ao relato de uma violência sofrida pela pessoa presa, não mereceu qualquer tipo de cuidado ou preocupação no sentido de oferecer adequadas condições para colher os depoimentos com relatos de violência por agentes do Estado, como determina o CNJ.

Deste modo, possíveis fatores intimidatórios foram deixados de lado, incluindo a presença dos policiais na sala de audiência, sobretudo a do policial civil responsável pela custódia e condução do preso da delegacia para o Núcleo de Prisão em Flagrante. Sobre esta vulnerabilidade da pessoa conduzida, tratou-se de observar, ainda, duas questões: (a) para onde e quando a pessoa que teve a prisão em flagrante convertida em prisão preventiva era conduzida após a audiência; (b) quem era o responsável por fazer esse deslocamento.

A observação, confirmada por informação de servidores do cartório do Núcleo foi de que as pessoas com prisão convertida em preventiva não retornam às delegacias, e seguem diretamente para o Centro de Observação Penal – unidade onde é feita a triagem dos presos provisórios no Complexo Penitenciário. O transporte para este local, contudo, é realizado por viaturas policiais, muitas vezes as mesmas que trouxeram o flagranteado da delegacia para a audiência de custódia.

O momento de espera entre as audiências também revela dados importantes. Enquanto não chega o momento da sua audiência, a pessoa presa fica em um local situado no subsolo do Núcleo de Prisão em Flagrante, em uma espécie de carceragem improvisada, na presença somente de policiais civis que realizaram o seu transporte da delegacia e que estão responsáveis por sua custódia, podendo ficar ali por algumas horas.[34]

Quando se aproximava a audiência, o preso era levado para um corredor, anterior à sala de audiência, onde ficava algemado, de pé e de cabeça baixa, encostado na parede, na presença de policiais. O motivo e as circunstancias da prisão,

34. Nem sempre os presos chegavam no Núcleo na mesma ordem prevista para a realização das audiências, que é definida pelo horário de comunicação de flagrante pela autoridade policial. O juiz A aceitava fazer audiências pela ordem de chegada, o que reduzia, às vezes, o tempo de espera na carceragem improvisada. Já o juiz B, para cumprir à risca a ordem de comunicação dos flagrantes, seguia lista da pauta, independente de quem tivesse sido trazido primeiro.

bem como seus dados pessoais eram informações que circulavam por ali. Tanto os policiais lotados no Núcleo quanto os policiais responsáveis pela custódia do preso, não hesitavam em fazer questionamentos curiosos ou moralistas.

Estas situações podem ser prejudiciais à integridade do preso, que além dos momentos de exposição no próprio local de audiência, pode ser conduzido posteriormente à unidade prisional pelos mesmos agentes, ou agentes da mesma unidade policial, denunciados momentos antes na audiência, por atos de tortura ou maus tratos, na audiência.

Caio Paiva (2015) pontua que caso não haja liberação imediata da pessoa presa em flagrante, esta deve ser conduzida para a unidade prisional adequada, em vez de retornar para carceragens policiais ou supervisionadas por policiais. Além disso, o autor destaca uma importante recomendação 35 do Comitê de Direitos Humanos da ONU que entende necessário, 554/2011, que esta condução seja feita por uma autoridade distinta, não policial, haja vista que "a continuação da detenção policial cria um risco demasiado de maus tratos".

Atento a isto, o art. 2.º da Resolução 213 do CNJ determina uma medida ainda mais protetiva à pessoa presa. Tanto a sua condução da delegacia quanto à condução da audiência para uma unidade prisional deve ser de responsabilidade da Secretaria de Administração Penitenciária ou de Segurança Pública.

> Art. 2º O deslocamento da pessoa presa em flagrante delito ao local da audiência e desse, eventualmente, para alguma unidade prisional específica, no caso de aplicação da prisão preventiva, será de responsabilidade da Secretaria de Administração Penitenciária ou da Secretaria de Segurança Pública, conforme os regramentos locais.

Entende-se, neste trabalho, que a primeira secretaria pode ser mais indicada, vez que se encontra mais distante da esfera policial – já que os órgãos policiais são vinculados à Secretaria de Segurança Pública –, além de ser a Secretaria responsável, na Bahia, pelas instituições de custódia cautelar e pela transferência de presos para o Fórum Criminal, no caso de audiências de instrução e julgamento.[35]

35. A prática judiciária acende o alerta para a efetividade dessa medida. Não raro, os atores processuais são surpreendidos com o não deslocamento de presos cautelares para audiências de instrução de instrumento, por falhas de logística. Deve haver uma cobrança, inclusive institucional por parte do Ministério Público e Defensoria Pública, acerca de um melhor aproveitamento, pelo Estado, dos recursos públicos disponíveis para isto, a fim de que as viaturas policiais não acabem assumindo de vez essa função.

Apesar da fase ainda inicial de implementação das audiências de custódia, uma vez que a prevenção de violência policial é um dos principais objetivos deste ato processual, condições de logística e infraestrutura devem ser oferecidas para assegurar, de fato, a integridade física das pessoas conduzidas. Além disso, esta preocupação não deixa de estar inserida na pretendida adoção, pela autoridade judicial, de "providências cabíveis para a investigação da denúncia e preservação da segurança física e psicológica da vítima", conforme dispõe o art. 11 da referida Resolução.

Um caso curioso chamou atenção. Já no final de um expediente, o defensor público convenceu o promotor e o juiz a dispensarem a audiência de custódia em relação a uma pessoa que fora detida com quantidade ínfima de droga, e que atendia a outros parâmetros que vinham sendo utilizados para a concessão da liberdade provisória. Na ocasião, o defensor argumentou ao juiz que já havia entrevistado o preso, e que este não relatou nenhuma violência. Neste caso, o juiz e o promotor não tiveram qualquer contato visual com o conduzido, que, de fato, foi recolocado em liberdade.

4. PERSPECTIVAS ENTRE A REDUÇÃO DE DANOS E O PODER PUNITIVO SUBTERRÂNEO

4.1 A possível visibilidade conferida à violência contra pessoa presa em flagrante

A compreensão do sistema penal subterrâneo, com o aporte teórico da criminologia crítica, permite não ignorar a incalculável cifra oculta em relação aos crimes cometidos por agentes do Estado, na restrição arbitrária de liberdade e atos de tortura. Os dados registrados de mortes decorrentes de intervenção policial no Brasil apresentados acima alertam para o exercício de uma política criminal com derramamento de sangue, como já denunciado por Nilo Batista (1998).

A pesquisa de campo permitiu trabalhar com um caso simbólico que pode ser compreendida dentro deste marco teórico. Em determinada audiência, A.C.S. narrou momentos de agonia. Ao ser abordado em uma rua próxima onde morava, com uma pequena quantidade irrisória de maconha, foi pressionado para confessar que traficava drogas, o que não o fez, tendo sido algemado e levado a uma viatura. Contou que dois rapazes já estavam no camburão do veículo, enquanto a sua detenção acontecia. Os três sujeitos teriam sido mantidos em cárcere privado durante algumas horas na mala da viatura, enquanto os policiais rodavam pela cidade. Dois deles foram libertados sem passar por nenhuma delegacia. Somente A.C.S. foi conduzido à autoridade policial.

O promotor de Justiça requereu o relaxamento da prisão, destacando diversas incongruências nos depoimentos dos policiais, e provocou um debate com o defensor público sobre como um delegado de polícia lavrara um flagrante duvidoso como aquele. A.C.S. sequer foi perguntado pelo juiz sobre possível agressão física, além de não ter sido sugerida nem adotada qualquer medida institucional contra a tortura relatada. Em todo caso, a decisão do magistrado considerou ilegal a prisão em flagrante, e soltou A.C.S., podendo-se dizer que, ao menos para o conduzido, a audiência de custódia pode ter representado uma redução imediata de dano à violência sofrida.

Para trabalhar um conceito de visibilidade através do ritual da audiência pretende-se abordar três situações básicas que podem facilitar a percepção de uma suspeita de violência. A oportunidade concreta para o preso relatar, espontaneamente, eventual abuso que sofreu, o questionamento feito por um dos atores processuais na audiência – juiz, representante do Ministério Público, defesa particular ou privada – sobre a integridade física e os procedimentos adotados em sede policial, e a possibilidade de verificação ocular de marcas físicas de violência no corpo da pessoa presa.

Esta última, vale pontuar, possui, em tese uma limitação, já que a pessoa custodiada entra na sala, em regra vestida,[36] e após, dois ou três passos chega à cadeira, onde deve sentar, separado por uma longa mesa da acusação, do seu defensor e do juiz – lado oposto. Este curto trajeto não costuma ser acompanhado pelos olhares dos atores processuais, de modo que às vezes se perde de vista detalhes importantes como a situação das pernas ou um andar manco do conduzido.

Assim, a observação de marcas físicas tende a se concentrar nos pontos mais visíveis, como cabeça e braços, tendo sido verificado que, mesmo em casos de relatos de agressões físicas em outras partes do corpo, o magistrado não solicitou que o flagranteado mostrasse as lesões. O juiz A apenas questionava se a lesão havia deixado alguma marca. Se a resposta da pessoa conduzida fosse negativa, a suspeita de violência era ignorada. Por outro lado, se fosse positiva, a averiguação não avançava, e seguia-se para a próxima pergunta em relação ao flagrante. Na maior parte dos casos em que houve relatos de violência estatal, a pessoa presa só noticiou o ocorrido após o juiz ter questionado se realizou o exame de corpo de delito.

36. Em Salvador, a CEAPA – Central de Apoio e Acompanhamento às Penas e Medidas Alternativas possui um projeto de doação de camisas para os presos que chegam com vestes incompletas para as audiências, a fim de lhes oferecer um tratamento mais humano. De fato, observou-se que muitos custodiados chegam sem camisa ou descalços no Núcleo de Prisão em Flagrante.

Durante os expedientes observados inexistiu verificação de registros das lesões sofridas pela vítima, por meio fotográfico ou audiovisual, nem o questionamento sobre locais, datas e horários dos fatos ou sobre identificação de testemunhas.

A análise da legalidade do auto de prisão em flagrante deveria adquirir posição de maior destaque com a ampliação do contato entre a pessoa flagranteada e o magistrado, vez que possibilita um novo contato físico, retirando, parcialmente, o preso dos espaços subterrâneos dos estabelecimentos e viaturas policiais. Apesar disso, apenas 03 dos casos com suspeita de violência estatal gerou alguma discussão sobre a legalidade da prisão em flagrante entre acusação, defesa e órgão julgador.

Em uma análise quantitativa, sob outra perspectiva metodológica, realizada no primeiro mês de implantação das audiências de custódia em Salvador, Daniel Nicory do Prado (2015), apresenta dados importantes acerca das decisões de relaxamento de prisão, neste novo cenário. Estas informações sobre possíveis mudanças no reconhecimento da ilegalidade das prisões permitem um diálogo com as percepções do estudo qualitativo deste trabalho:

> Outro dado que chama a atenção é o baixíssimo índice de relaxamento de prisão, que foi de 5,36% antes das audiências de custódia, e de 4,41% após a sua implementação, o que significa que o Poder Judiciário tem afirmado a legalidade das prisões em flagrante promovidas pela Polícia em pelo menos 94% dos casos. A principal diferença digna de nota diz respeito ao tipo de medida cautelar imposta aos presos cujos flagrantes foram homologados, mas tiveram direito à liberdade provisória.

Durante o rito da audiência, observou-se ainda outro aspecto que pode prejudicar a visibilidade da violência estatal. Praticamente inexiste questionamento, entre defesa, acusação e magistratura, se a autoridade policial teve contato visual com alguma marca de violência, ou se adotou algum procedimento distinto do encaminhamento para exame pericial ou o que relatou o delegado na requisição da perícia. Nas consultas dos APF's nenhuma medida de proteção ou de comunicação a outros órgãos foi verificada.

Trata-se de um personagem indispensável para salvaguardar a integridade física da pessoa presa, mas que passa despercebida, salvo quando se discute a lavratura de algum flagrante por fato com tipicidade bastante questionável. Isto é ainda mais relevante ao se considerar que parte da doutrina processual penal chegou a defender que o delegado poderia ser interpretado como a "au-

toridade judicial" (NUCCI, 2015),[37] mencionada nos documentos internacionais a quem a pessoa presa deveria ser conduzida.

O auto de prisão em flagrante que chega ao Núcleo do Judiciário não costuma conter sequer a guia para exame, ou seja, a requisição feita pelo delegado que deveria narrar a suposta lesão à integridade física ao preso.

Apenas em um caso, se verificou a guia para exame. O preso estava bastante machucado – havia sido linchado por uma das vítimas e por populares, e na audiência alegou ter sofrido socos do policial que o conduziu à delegacia. Havia duas guias no processo: uma para realização de exame nesta vítima que agrediu o suspeito, indicando suposta lesão na mão; outra para o preso, sem qualquer relato das suas lesões. Este também foi o único caso onde constava um relatório médico no APF, oriundo de uma Unidade de Pronto Atendimento 24h, do serviço público municipal de saúde.

Observa-se ainda que o laudo do exame de corpo de delito, em nenhum dos casos, é encaminhado aos autos até a audiência de custódia, possivelmente pelo curto tempo entre a realização do exame e o ato processual, que tem levado menos de 24 horas. De fato, em nenhuma das audiências acompanhadas, este prazo foi violado.

Os relatos de violência analisados na pesquisa de campo indicam a suspeita de lesões corporais leves ou graves, em que pese inexistência de qualquer laudo ou relatório médico prévio. Com a devida distinção da complexidade entre as perícias, não se pode deixar de perceber que, em todos os 08 casos envolvendo suposto delito de tráfico de drogas, o laudo de constatação da substância sempre chegava aos autos antes ou no momento da audiência.[38]

Uma pesquisa mais apurada sobre a realização destas duas perícias pode ajudar a verificar se há uma razão técnica contundente para esta divergência de prazos. Ao menos um relatório médico oriundo da Polícia Técnica, em casos de suspeita de lesão, poderia dar mais efetividade à realização do exame de corpo de delito antes da audiência de custódia.

Importante destacar que a Defensoria Pública, o Ministério Público – responsável pelo legal pelo controle externo da polícia – e o Tribunal de Justiça,

37. O Desembargador Guilherme de Souza Nucci adotou este posicionamento durante a relatoria do HC 2016152-70.2015.8.26.0000 no Tribunal de Justiça de São Paulo.

38. Informalmente, verificou-se que existe, por parte dos atores da audiência de custódia, sobretudo alguns juízes e promotores, uma pressão para que haja, ao menos, o laudo prévio de constatação da droga, sob pena de relaxamento da prisão em flagrante. Este fato levou a uma mudança de postura da Polícia Civil e da Polícia Técnica, que apenas encaminhavam este laudo semanas ou meses após a prisão.

têm independência para tratar a questão e adotar providências que sejam de sua competência. A presença destas instituições na audiência pode ser vista com uma função de poder romper com uma lógica de naturalização da violência policial.

Os próprios órgãos policiais costumam realizar o exame pericial e, quando existe denúncia, fazem a investigação de alguma conduta ilegal cometida por um de seus agentes. A maior frequência da realização do exame pela Polícia Técnica não pode ser considerada como suficiente, sob pena de se transformar como um mero mecanismo de praxe, que pode não produzir resultados concretos.

Nesta conjuntura, apenas o juiz que acompanhará a instrução, em caso de eventual acusação formal pelo Ministério Público, teria acesso ao laudo pericial referente à suspeita de violação da integridade física da pessoa presa, caso solicitasse o seu encaminhamento pelo Departamento de Polícia Técnica.

Outro problema é que os relatos de violência pelo custodiado não estão constando nas atas das audiências de custódia, nem estão sendo comunicadas, por meio de ofício, ao magistrado da vara criminal que atuará no caso, de modo que este dificilmente saberá das agressões ou dos maus tratos, reduzindo a possibilidade de adoção de alguma providência.

A presença de policiais foi uma constante durante a observação das audiências de custódia. Existe uma cadeira no canto da sala destinada para um policial militar, lotado no Núcleo de Prisão em Flagrante, responsável pela segurança do local. Ainda assim, sem uma razão aparente, o policial civil da delegacia que detém a custódia do conduzido – e que é responsável pelo seu deslocamento – se encontrava presente, portando arma de fogo na cintura, em praticamente todas as audiências. Muitas vezes, com uma postura ostensiva, de pé, próximo à pessoa presa, enquanto esta era ouvida.

Em uma das audiências, um custodiado, acusado de roubo, que tinha sido solto, sofreu uma intimidação explícita do policial civil que o acompanhava, ainda dentro da sala da audiência.[39] Enquanto o rapaz saía da sala, o agente,

39. Na única audiência em que não foi possível manter uma distância razoável dos policiais, este pesquisador esteve sob olhares atentos de um policial civil que acompanhava um preso. Enquanto este era ouvido, o agente tentava observar os quesitos do formulário de pesquisa, chegando a pedir com gestos silenciosos, e de certa forma intimidatórios, para ver um dos formulários. Se o pesquisador, sentado no canto da sala de audiência pode se sentir constrangido, o que dizer da pessoa conduzida por um policial que se posta, na maioria das vezes, ostensivamente ao seu lado ou à sua retaguarda, durante a audiência de custódia.

sem qualquer constrangimento, bradou "e não apareça mais na Pituba (bairro onde supostamente ocorreu o crime)!".

Isso vai de encontro ao procedimento proposto para garantir as condições adequadas para a oitiva do custodiado de forma livre de ameaças ou intimidações, respeitando sua integridade física. Revela-se, assim, mais uma desconformidade entre a prática e as normas previstas pelo item 2 do Protocolo II da Resolução 213 do CNJ:

> IV. Os agentes responsáveis pela segurança do tribunal e, quando necessário, pela audiência de custódia devem ser organizacionalmente separados e independentes dos agentes responsáveis pela prisão ou pela investigação dos crimes. A pessoa custodiada deve aguardar a audiência em local fisicamente separado dos agentes responsáveis pela sua prisão ou investigação do crime; V. O agente responsável pela custódia, prisão ou investigação do crime não deve estar presente durante a oitiva da pessoa custodiada. VI. Os agentes responsáveis pela segurança da audiência da custódia não devem portar armamento letal. VII. Os agentes responsáveis pela segurança da audiência de custódia não devem participar ou emitir opinião sobre a pessoa custodiada no decorrer da audiência.

Some-se a isso a grande quantidade de pessoas ouvidas algemadas, sem necessidade justificada, contrariando sistematicamente a Súmula Vinculante 11 do Supremo Tribunal Federal,[40] e as normas e o art. 8.º II, da Resolução 213 do CNJ. Apenas em 05 casos, foi solicitada, sempre pelo juiz, a remoção das algemas, sem que se percebesse um critério objetivo para a utilização ou não das algemas. Nos três expedientes de audiência, notou-se uma omissão da defesa, tanto a privada quanto a pública, de modo que algumas pessoas chegavam a assinar a ata da audiência ainda algemadas.

4.2 As possibilidades das medidas institucionais em resposta à violência estatal

A opção metodológica pela categoria das medidas institucionais na perspectiva de redução de danos do poder punitivo dialoga com a teoria agnóstica da pena (BATISTA; ZAFFARONI, 2013). Enquanto instrumento procedimen-

40. "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".

talizado, dentro da proposta de uma nova reintegração das ciências criminais, deve-se valer da crítica criminológica para o aperfeiçoamento destes possíveis instrumentos de contenção.

Assim, não se parte de uma concepção meramente punitiva como resposta à violência estatal, distanciando-se de eventuais buscas por respostas rasas em conteúdo, com baixo potencial de enfrentamento a arbitrariedades das forças de ordem enquanto práticas estruturais e institucionalizadas.

Recentemente, quando pressionados a tomar uma atitude, diante de tantas execuções sumárias e torturas de suspeitos, os órgãos responsáveis pela fiscalização das polícias, seja os de controle interno como externo, e os governos do Poder Executivo baiano, não têm ultrapassado o nível de resposta que apenas individualiza e segmenta o problema.

Em relação às audiências de custódia, a Resolução 213/2015, com o objetivo de prevenção e repressão a tortura e maus tratos, dispõe no art. 11:

> § 4º Averiguada pela autoridade judicial a necessidade da imposição de alguma medida de proteção à pessoa presa em flagrante delito, em razão da comunicação ou denúncia da prática de tortura e maus tratos, será assegurada, primordialmente, a integridade pessoal do denunciante, das testemunhas, do funcionário que constatou a ocorrência da prática abusiva e de seus familiares, e, se pertinente, o sigilo das informações. § 5º Os encaminhamentos dados pela autoridade judicial e as informações deles resultantes deverão ser comunicadas ao juiz responsável pela instrução do processo.

Durante a pesquisa de campo, ao final de um dos expedientes acompanhados, foi possível obter dados coletados espontaneamente de alguns dos profissionais lotados no Núcleo de Prisão em Flagrante de Salvador. Um dos juízes, espontaneamente, em conversa com outro ator processual, disse que os casos mais graves ele determinava que se oficiasse o Gacep, órgão do Ministério Público da Bahia que realiza o controle externo da atividade policial. Não foi possível perceber quais os critérios exatos para que esta medida institucional fosse realizada. O Defensor Público B, por sua vez, comentou que, quando necessário, os Defensores Públicos do Núcleo de Prisão em Flagrante comunicavam a Subcoordenação de Direitos Humanos da Defensoria Pública.

Entretanto, em apenas um dos casos com denúncia da pessoa conduzida, houve a sugestão de adoção de alguma medida institucional, e ela partiu do Ministério Público. Nesta audiência, dois irmãos, que foram presos juntos, relataram uma condução arbitrária – após uma busca pessoal onde nada de ilícito foi encontrado – a uma Companhia da Polícia Militar, onde sofreram

golpes de facão e socos nas costas e na cabeça, mostrando marcas no corpo de ambos e na camisa de um deles.

Na ocasião, o órgão acusador requereu ao magistrado que oficiasse a Corregedoria da Polícia Militar para que apurasse os fatos. Curiosamente, o órgão de controle da polícia do próprio Ministério Público (o Gacep) não foi mencionado. Ainda assim, o juiz B não adotou qualquer medida, por entender que caberia ao juízo que porventura fosse distribuída a eventual ação penal correlata a caso.

Ou seja, apenas na eventualidade de serem as vítimas da violência policial processadas criminalmente, poderá ser adotada alguma medida neste caso. No final das contas, a restituição da liberdade para os conduzidos acabou por sobrepor qualquer problematização ou providencia acerca das sérias denúncias relatadas.

Neste caso, observa-se o descumprimento da finalidade da audiência de custódia, entendida como instrumento de possível reparação de violência sofrida nos momentos que circundam a prisão em flagrante e de prevenção de novos atos violentos.

Com base em documentos internacionais de prevenção à tortura e maus tratos, o CNJ traz, no item 6 do Protocolo II da Resolução que regulamenta as audiências de custódia, diversas providências a serem tomadas, em caso de indícios de violência estatal. Dentre algumas delas, destacam-se:

> V. Aplicar, de ofício, medidas protetivas para a garantia da segurança e integridade da pessoa custodiada, de seus familiares e de eventuais testemunhas, entre elas a transferência imediata da custódia, com substituição de sua responsabilidade para outro órgão ou para outros agentes; a imposição de liberdade provisória, independente da existência dos requisitos que autorizem a conversão em prisão preventiva, sempre que não for possível garantir a segurança e a integridade da pessoa custodiada; e outras medidas necessárias à garantia da segurança e integridade da pessoa custodiada. V. Determinar a realização de exame corpo de delito [...] VII. Assegurar o necessário e imediato atendimento de saúde integral da pessoa vítima de tortura e outros tratamentos cruéis, desumanos ou degradantes, visando reduzir os danos e o sofrimento físico e mental e a possibilidade de elaborar e ressignificar a experiência vivida; VIII. Enviar cópia do depoimento e demais documentos pertinentes para órgãos responsáveis pela apuração de responsabilidades, especialmente Ministério Público e Corregedoria e/ou Ouvidoria do órgão a que o agente responsável pela prática de tortura ou tratamentos cruéis, desumanos ou degradantes esteja vinculado; IX. Notificar o juiz de conhecimento do processo penal sobre os encaminhamentos

dados pela autoridade judicial e as informações advindas desse procedimento. X. Recomendar ao Ministério Público a inclusão da pessoa em programas de proteção a vítimas ou testemunha, bem como familiares ou testemunhas, quando aplicável o encaminhamento.

Algumas destas medidas possuem caráter de proteção direta e imediata à pessoa presa, o que pode significar um importante avanço. Contudo, alerta-se para que as demais providências se situem em um espaço de diálogo com as possibilidades de enfrentamento das de violência institucionalizada, com horizontes críticos atentos à operacionalidade das agências punitivas e suas características estruturais.

Fora do marco que encara a criminalização individual como solução do problema, ou fomenta a crença no direito penal como instrumento idôneo a resolver conflitos, entende-se que uma postura redutora de danos não deve focar na individualização do problema.

Por se entender de que se trata de um problema estrutural do poder punitivo estatal,[41] a prevenção à tortura, o embate com uma cultura inquisidora, policialesca e racista, tem muito mais a oferecer do que o mero redirecionamento da mira do sistema penal para sujeitos que tendem a não ser atingidos pela seletividade.

5. CONSIDERAÇÕES FINAIS: QUESTÕES PROVOCATIVAS E PROPOSITIVAS

A pesquisa empírica colheu dados que, ao serem analisados em compasso com outros estudos e relatórios sobre audiências de custódia em outros estados, pode contribuir para o debate sobre o aperfeiçoamento das audiências de custódia.

A análise dos dados do presente trabalho se propôs à reflexão sobre o problema complexo do tratamento da violência estatal pela audiência de custódia, não tendo sido o cerne da pesquisa apresentar dados que atestem ou façam um diagnóstico mais amplo ou quantitativo.

41. Algumas análises quantitativas durante a realização das audiências de custódia no Rio de Janeiro e em São Paulo oferecem dados que reforçam esta noção de violência institucionalizada. Conforme Relatórios da Defensoria Pública do Rio de Janeiro (2015; 2016), entre 13.09.2015 e 15.01.2016, de 930 pessoas assistidas pela Defensoria e questionadas sobre agressão policial, 274 delas declararam terem sido agredidas. Em São Paulo, entre 24.02.2015 e dezembro de 2015, dos 246 casos onde se questionou a ocorrência de violência estatal, 141 pessoas afirmaram terem sido vítimas, conforme relatório do Instituto de Direito de Defesa (2016).

A audiência de custódia enquanto instrumento processual que dialoga com a função de contenção do poder punitivo apresenta, inicialmente, limitações inevitáveis que não se pode ignorar: a cifra oculta das ocorrências policiais que não são registradas; as criminalizações secundárias incompletas, com a eventual não apresentação de pessoas presas à autoridade judicial; a insuficiência para "resolver" um problema estrutural do sistema penal brasileiro.

Estas questões não inviabilizam a análise dos outros elementos que se relacionam à finalidade declarada de redução de violência estatal, de modo que se pode estudar o rito das audiências em Salvador, bem como a atuação dos atores processuais, diante do problema proposto.

Dentro do prazo de 24 horas para apresentação ao juiz, que foi cumprido em todos os casos analisados, observou-se que a pessoa presa tem sido conduzida até o Instituto Médico Legal para realização de exame pericial, o que pode ser algo importante para a verificação de violência estatal em audiência, ao conferir ao juiz da audiência de custódia um instrumento útil para o registro, em tempo hábil, de alguma lesão.

Pode simbolizar uma conquista a aparente redução significativa do tempo de custódia de uma pessoa suspeita nas carceragens de delegacias, que historicamente funcionam como porão de ilegalidades para graves violações de direitos.

Contudo, observa-se que a realização automática do exame pericial foi muitas vezes vista como medida suficiente pelo magistrado, no tocante à suspeita de agressão policial. Apesar de não se entender essencial para a adoção de alguma medida institucional, a ausência do laudo, ainda que preliminar, ou de um relatório médico à audiência de custódia pode contribuir para a invisibilidade da violência estatal, se por outro meio não se buscar apurar os fatos. Existe, então, o risco de que este encaminhamento padrão para realizar exame se torne um ato meramente protocolar e inócuo.

O debate sobre a possível visibilidade conferida à violência de agentes do Estado contra a pessoa presa não traz respostas e apresenta muitas inquietações. A simples abertura de um mínimo espaço fez com que um número razoável de presos denunciasse os abusos policiais. Houve relatos mesmo sem os juízes perguntarem, enquanto em outros casos pode-se perceber que a pessoa presa se sentiu mais confortável de relatar a violência, após o juiz perguntar.

Apesar do número razoável de restituições de liberdade, o debate sobre a legalidade da prisão, sobretudo quando envolvidas com atos de tortura ainda aparenta ser muito incipiente, seja por parte da defesa, ao fazer seus requerimentos, seja por parte do Ministério Público ou da magistratura.

O contato visual entre os atores processuais e a pessoa presa não se mostrou muito eficaz, e talvez ainda não esteja atingindo as suas potencialidades. Observou-se um certo descuido com a visualização do corpo e uma insuficiente preocupação com a extensão das lesões narradas pelo conduzido. Mesmo nas poucas ocasiões em que se questionou sobre as marcas de uma agressão, não foi adotada providências simples para visualizá-las e fazer o devido registro.

Na verdade, o descumprimento acerca dos procedimentos para colheita de depoimentos, apuração de violência e registro das denúncias contra a pessoa conduzida aparenta ser sistemático. A percepção da observação empírica é de que os atores processuais atuam de forma a ignorar quase todo o procedimento adequado tanto para coleta de informações sobre violência estatal quanto para adoção de providências cabíveis.

Para além da cultura institucional brasileira ainda insuficiente na prevenção e no combate à tortura, deve ser considerado que muitas vezes, nas audiências observadas predominou uma visão pragmática, que diante da importância da decisão sobre a manutenção ou não prisão, confere uma atenção tal à função de análise da prisão que acaba por minimizar a função de análise da integridade física e psicológica do flagranteado.

Assim, mesmo quando houve pergunta sobre possível violência por algum dos autores, questionamentos básicos, como o local da agressão e suas as circunstancias, não foram realizados. Isto pode dificultar não só a adoção de medidas institucionais, mas também a reflexão sobre medidas preventivas que poderiam ser adotadas durante os momentos que antecedem, circundam ou sucedem à audiência.

A observação empírica apresentou dados preocupantes sobre a integridade física e moral da pessoa conduzida – em regra, algemada – na audiência e os riscos de continuidade ou provocação de novas agressões, após as audiências. Assim, o grau de intimidação ao qual é submetido preso parece atingir níveis não recomendados, haja vista a constante presença ostensiva, de policiais armados, sobretudo da Polícia Civil, perante os flagranteados que estão sob sua própria custódia.

O rito das audiências, em Salvador, com base nos casos analisados, parece ignorar o Protocolo II da Resolução 213/2015, não tendo sido observado em nenhuma das audiências assistidas procedimentos que permitissem a adoção de "providências cabíveis para a investigação da denúncia e preservação da segurança física e psicológica da vítima". Da mesma forma, não se observou os cuidados exigidos pelo CNJ, que visam "garantir condições adequadas para a oitiva e coleta idônea de depoimento das pessoas".

Além dos relatos de tortura e maus tratos serem acompanhados de forma ostensiva por policiais na sala de audiência, os deslocamentos da pessoa presa têm sido feitos pelos policiais responsáveis pela sua custódia, mesmo depois das audiências e nos casos em que há denúncia de violência por parte do flagranteado.

Esta continuidade de custódia da detenção policial e a quantidade de deslocamentos que é feito após a prisão são dados que não correspondem à redução de danos, devendo-se, inclusive, concentrar esforços para que não se verifique uma ampliação dos riscos à integridade física da pessoa presa. O Relatório sobre a Implementação de Audiências de Custódia no Brasil do Ministério da Justiça (2016) sinaliza semelhante preocupação, ao reconhecer, por exemplo, que quanto menos deslocamentos e menos estabelecimentos o preso passar, menores são as chances de sofrer violência ou agressão.

A ausência de adoção de medidas institucionais, mesmo quando presentes suspeitas ou relatos de violência estatal também foi um dado reiterado. Não foram observados critérios objetivos para a comunicação de outros órgãos sobre as denúncias feitas em audiência. Em nenhum dos casos observados foi adotada qualquer providência, nem mesmo se verificou a atitude de informar ao juízo da instrução sobre os relatos de violência.

A potencialidade de adoção de medidas que busquem apurar denúncias de abusos, que raramente saem da esfera oculta do sistema penal subterrâneo, pode contribuir para um avanço no enfrentamento à violência institucional. Entretanto, ainda que se considerem alguns aspectos positivos da limitada visibilidade conferida pela audiência de custódia, apresenta-se um sério risco de que isto não resulte em medidas concretas.

A pesquisa empírica se deparou ainda com uma posição não muito clara do juízo processante, o que julgará eventual ação penal contra a pessoa presa em flagrante, em relação à apuração da violência. Apesar de a Resolução do CNJ prever diversas providências a serem adotadas pelo próprio juiz da audiência de custódia, será preciso uma atuação do juízo processante distinta da que ocorria, buscando dar encaminhamento aos dados provenientes da audiência de custódia, sobretudo através da requisição ao IML dos laudos relativos aos exames periciais.

A perda de oportunidade de realizar a apuração durante a audiência de custódia, logo após os eventuais danos, pode ser irreversível, inviabilizando um registro adequado da violência estatal, mesmo que o juízo processante venha a receber um laudo comprovando as lesões sofridas pela pessoa presa. Ademais, há de se considerar que nem todo preso em flagrante vem a ser processado

criminalmente, daí a importância de cumprimento efetivo dos procedimentos previstos para as audiências de custódia. Quanto mais distante o judiciário estiver dos atos de violência, a invisibilidade das arbitrariedades de agentes do Estado contra a pessoa presa continuará sendo a regra.

6. REFERÊNCIAS

ANISTIA INTERNACIONAL. *"Você matou meu filho":* homicídios praticados pela Polícia Militar na cidade do Rio de janeiro. Rio de Janeiro: Anistia Internacional, 2015. Disponível em: [https://anistia.org.br/direitos-humanos/publicacoes/voce-matou-meu-filho/]. Acesso em: 09 mai. 2016.

ANITUA, Gabriel Ignacio. *Historias de los pensamentos criminológicos*. 1. ed. Ciudad Autónoma de Buenos Aires: Didot, 2015.

BATISTA, Nilo; ZAFFARONI, Eugênio R. *Direito Penal Brasileiro – I*. 4. ed. Rio de Janeiro: Revan: 2013.

_____. Política Criminal com derramamento de sangue. *Discursos Sediciosos*, Rio de Janeiro, v. 05/06, 1998.

_____. Pena Pública e Escravismo. *Capítulo Criminológico*. v. 34. n. 3. jul.-set. 2006. p. 279-321.

BATISTA, Vera Malaguti. *O medo na cidade no Rio de Janeiro*: dois tempos de uma história. 2. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2003a.

_____. *Difíceis ganhos fáceis*: drogas e juventude no Rio de Janeiro. 2. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2003b.

BARRETO, Ana Luisa L. de A.; MATOS, Lucas Vianna. A criminalização da desordem: uma aproximação crítica inicial em torno da guarda municipal do Rio de Janeiro. *I Congresso de Criminologia: crítica(s), minimalismo(s) e abolicionismo(s). Anais do I Congresso de Criminologia: crítica(s), minimalismo(s) e abolicionismo(s)*. João Pessoa: EDPUCRS, 2015.

BARATTA, Alessandro. *Criminologia Crítica e Crítica ao Direito Penal: Introdução à sociologia do direito penal*. Tradução: Juarez Cirino. 6. ed. Rio de Janeiro: Revan: Instituto Carioca de Criminologia, 2011.

CAMPOS, Carlos Alexandre de Azevedo. *Da Inconstitucionalidade por Omissão ao "Estado de Coisas Constitucional"*. 58 f. Tese (doutorado). Faculdade de Direito: Universidade do Estado do Rio de Janeiro (UERJ). Rio de Janeiro, 2015.

CARVALHO, Salo de. *Antimanual de Criminologia*. Rio de Janeiro: Saraiva, 2015.

CHALHOUB, Sidney. *A força da escravidão*: ilegalidade e costume no Brasil oitocentista. São Paulo: Companhia das Letras, 2012.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. *Resolução nº 213/2015*. Disponível em: [www.cnj.jus.br/busca-atos-adm?documento=3059]. Acesso em: 09 mai. 2016.

COUTINHO, Jacinto Nelson. Sistema Acusatório: cada parte no lugar constitucionalmente demarcado. *Revista de Informação Legislativa*. Brasília. v. 46. n. 183. jul.-set., 2009. p. 103-116.

DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO. *Relatório sobre o perfil dos réus atendidos nas audiências de Custódia*. Out. 2015. Disponível em: [www.defensoria.rj.def.br/uploads/arquivos/dd58e4893bff4e7bbe1d862c6f06805a.pdf].

_____. *2º Relatório sobre o perfil dos réus atendidos nas audiências de custódia*. jan. 2016. Disponível em: [www.defensoria.rj.def.br/uploads/arquivos/6163ecf96c05425791905cc295e8223e.pdf].

DUCLER, Elmir. *Por uma teoria do processo penal*. Florianópolis: Empório do Direito, 2015.

FERREIRA, Poliana da Silva. *"Contando" as mortes:* análise das maneiras de ver os homicídios de jovens negros em salvador. Palestra realizada no Encontro Estadual de Defensores Públicos da Especializada Criminal e Execução Penal. Salvador. 12. nov. 2015.

FÓRUM BRASILEIRO DE SEGURANÇA PÚBLICA. *9º Anuário Brasileiro de Segurança Pública*. 2015. Disponível em: [www.forumseguranca.org.br/produtos/anuario-brasileiro-de-seguranca-publica/9o-anuario-brasileiro-de-seguranca-publica]. Acesso em: 10 ago. 2016.

FOUCAULT, Michel. *Segurança, Território e População*. São Paulo: Martins Fontes, 2008.

FACULDADE LATINO-AMERICANA DE CIÊNCIAS SOCIAIS (FLACSO). *Mapa da Violência*: Homicídios por arma de fogo no Brasil. Brasília, 2016. Disponível em: [www.mapadaviolencia.org.br/pdf2016/Mapa2016_armas_web.pdf]. Acesso em: 06 set. 2016.

FLAUZINA, Ana Luisa Pinheiro. *Corpo negro caído no chão:* o sistema penal e o projeto genocida do Estado brasileiro. Rio de Janeiro: Contraponto, 2008.

FREITAS, Felipe da Silva. *Discursos e práticas das políticas de controle de homicídios*: uma análise do "Pacto pela Vida" do Estado da Bahia (2011-2014). 157 f. Dissertação (mestrado). Faculdade de Direito: Universidade de Brasília (UNB), 2015.

GIACOMOLLI, Nereu José. *O devido processo penal:* abordagem conforme a Constituição Federal e o Pacto de São José da Costa Rica. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2015.

GUSTIN, Miracy B. S.; DIAS, Maria Tereza F. D. *(Re) Pensando a Pesquisa Jurídica: teoria e prática*. 3. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2010.

INSTITUTO BRASILEIRO DE GEOGRAFIA E ESTATÍSTICA. *Características Étnico-raciais da população:* um estudo das categorias de classificação de cor ou raça, 2008. Disponível em: [www.ibge.gov.br/home/estatistica/populacao/caracteristicas_raciais/notas_tecnicas.pdf].

INSTITUTO DE DEFESA DO DIREITO DE DEFESA. *Monitoramento das audiências de custódia em São Paulo,* 2016. Disponível em: [www.iddd.org.br/wp-content/uploads/2016/05/Relatorio-AC-SP.pdf].

KANT DE LIMA, Robert. Entre as leis e as normas: éticas corporativas e práticas profissionais na segurança pública e na justiça criminal. *Dilemas: Revista de estudos de conflito e controle social.* v. 6, n. 4, p. 549-580, out.-nov.-dez., 2013.

LOPES JR., Aury. *Direito Processual Penal.* 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

MARCONI, Marina de Andrade; LAKATOS, Eva. *Fundamentos de Metodologia Científica.* 5. ed. São Paulo: Atlas, 2003.

MINISTÉRIO DA JUSTIÇA. *Implementação das audiências de custódia no Brasil:* análises de experiências e recomendações de aprimoramento. Brasília. 2016.

NASCIMENTO, Abdias do. *O Genocídio do negro brasileiro*: processo de um racismo mascarado. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1978.

NUCCI, Guilherme de Souza. *Os mitos da audiência de custódia.* São Paulo. 2015. Disponível em: [www.guilhermenucci.com.br/artigo/os-mitos-da-audiencia-de-custodia-2].

OSÓRIO, Rafael Guerreiro. *O sistema classificatório de "Cor ou Raça" do IBGE.* Brasília: IPEA, 2003.

PAIVA, Caio. *Audiência de Custódia e o Processo Penal Brasileiro.* Florianópolis: Empório do Direito, 2015.

_____.; LOPES JR., Aury. Audiência de custódia e a imediata apresentação do preso ao juiz: rumo à evolução civilizatória do processo penal. *Revista Liberdades,* n. 17, p. 11-23. set.-dez., 2014.

PRADO, Daniel Nicory do. Audiência de Custódia em Salvador: pesquisa empírica participante em seu primeiro mês de implementação. *Boletim do IBCCRIM.* ano 23. n. 276. Nov., 2015.

ROCHA, Alexandre Pereira. *Polícia, Violência e Cidadania:* o desafio de se construir uma polícia cidadã. Ver. Bras. de Segur. Pública. v. 7, n. 1, p. 84-100. jan.-mar., 2013.

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DA BAHIA. *Resolução nº 26/2015.* Disponível em: [www7.tj.ba.gov.br/secao/lerPublicacao.wsp?tmp.mostrarDiv=sim&tmp.id=14803&tmp.secao=4]. Acesso em: 09 mai. 2016

VALENTE, Júlia. *UPPs*: governo militarizado e a ideia de pacificação. Rio de Janeiro: Revan, 2016.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *Em busca das penas perdidas: a perda de legitimidade do sistema penal.* 5. ed. Rio de Janeiro: Revan, 1991.

ZAVERUCHA, Jorge *et al.* Relações civil-militares: o legado autoritário da Constituição Brasileira de 1988. In: TELLES, Edson; SAFATLE, Vladimir (orgs.). *O que resta da ditadura:* a exceção brasileira. São Paulo: Boitempo, 2010.

Pesquisas do Editorial

Veja também Doutrina

- A audiência de custódia frente à cultura do encarceramento, de Carlo Velho Masi – *RT* 960/77-120 (DTR\2015\13234);
- A obrigatoriedade da apresentação imediata da pessoa presa ao juiz, de Carlos Weis e Gustavo Octaviano Diniz Junqueira – *RT* 921/331-355 (DTR\2012\44821);
- Audiência de custódia – a inconstitucionalidade dos acórdãos da ADIN 5.240, da ADPF 347 MC/DF e da Resolução CNJ 213 de 15 de dezembro de 2015, de Hugo Otávio Tavares Vilela – *RT* 970/195-208 (DTR\2016\22224); e
- Dano moral e prisão em flagrante, de Raquel Elias Sanches Ribeiro – *RDCI* 52/113-148, *Doutrinas Essenciais de Dano Moral* 4/295-335 (DTR\2005\434).

A GARANTIA DE JULGAMENTO PELO JUIZ ADEQUADO NA CONVENÇÃO AMERICANA DE DIREITOS HUMANOS: ALGUNS REFLEXOS SOBRE O PROCESSO PENAL BRASILEIRO

THE GUARANTEE OF JUDGMENT BY THE APPROPRIATE JUDGE IN THE INTER-AMERICAN CONVENTION ON HUMAN RIGHTS: SOME REPERCUSSIONS ON THE BRAZILIAN CRIMINAL PROCEDURE

RICARDO DONIZETE GUINALZ

Doutorando em Direito Processual pela Faculdade de Direito do Largo de São Francisco, da Universidade de São Paulo (USP). Mestre em Direito Processual pela Universidade de São Paulo (USP). Graduado em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (PUC-SP). Professor dos cursos de pós-graduação lato sensu em Crimes Econômicos da Fundação Getúlio Vargas (FGV), em São Paulo, e em Direito Processual Penal da Universidade Católica de Santos (UNISANTOS), em Santos.
Advogado criminalista.
ricguinalz@yahoo.com.br

THADEU AUGIMERI DE GOES LIMA

Doutorando em Direito Processual pela Faculdade de Direito do Largo de São Francisco, da Universidade de São Paulo (USP). Mestre em Ciência Jurídica pela Universidade Estadual do Norte do Paraná (UENP). Especialista em Direito e Processo Penal pela Universidade Estadual de Londrina (UEL). Coordenador e professor do curso de pós-graduação lato sensu em "Ministério Público e Estado Democrático de Direito" da Fundação Escola do Ministério Público do Estado do Paraná (FEMPAR), unidade de Londrina.
Membro-fundador, vice-presidente e pesquisador do Instituto Ratio Juris – Pesquisa, Publicações e Ensino Interdisciplinares em Direito e Ciências Afins.
Promotor de Justiça de Entrância Final no Estado do Paraná.
tagl@bol.com.br

Recebido em: 21.12.2015
Aprovado em: 30.05.2016
Última versão dos autores: 28.06.2016

ÁREA DO DIREITO: Internacional; Penal; Constitucional

RESUMO: O presente artigo aborda a garantia de julgamento pelo juiz adequado, traduzida como o direito da parte a um juiz preconstituído, competente, independente e imparcial, em conformidade

ABSTRACT: This paper discusses the guarantee of judgment by the appropriate judge, translated as the party's right to a pre-constituted, competent, independent and impartial judge, in conformity

GUINALZ, Ricardo Donizete; LIMA, Thadeu Augimeri de Goes. A garantia de julgamento pelo juiz adequado na convenção americana de direitos humanos: alguns reflexos sobre o processo penal brasileiro. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. vol. 128. ano 25. p. 349-381. São Paulo: Ed. RT, fevereiro 2017.

com o art. 8.º, n. 1, da Convenção Americana de Direitos Humanos (CADH), de modo a extrair algumas de suas repercussões sobre o Direito Processual Penal brasileiro. O trabalho parte de fundamentos conceituais, dogmáticos e jurisprudenciais e utiliza preferencialmente os métodos comparativo, sistemático e tópico-problemático. Examina a configuração da garantia de julgamento pelo juiz adequado no seu aspecto de direito fundamental na Constituição Federal de 1988 e como garantia inerente ao devido processo na Convenção Americana de Direitos Humanos. Na sequência, aborda três casos emblemáticos julgados pela Corte Interamericana de Direitos Humanos – Castillo Petruzzi e Outros contra Peru, Baruch Ivcher Bronstein contra Peru e Tribunal Constitucional contra Peru – e passa à análise de algumas problemáticas questões de compatibilidade do Processo Penal nacional, relacionadas ao tema, à luz dos precedentes da Corte Interamericana, finalizando com as conclusões obtidas.

PALAVRAS-CHAVE: Processo Penal – Garantia de julgamento pelo juiz adequado – Convenção Americana de Direitos Humanos – Corte Interamericana de Direitos Humanos – Questionamentos.

with the article 8, number 1, of the American Convention on Human Rights (ACHR), in order to extract some of its repercussions on the Brazilian Criminal Procedure. The work departs from conceptual, dogmatic and jurisprudential foundations and preferably uses the comparative, the systematic and the topic-problematic methods. It examines the configuration of the guarantee of judgment by the appropriate judge in its aspect of fundamental right in the 1988's Brazilian Federal Constitution and as an inherent guarantee of due process in the American Convention on Human Rights. Further it approaches three emblematic cases judged by the Inter-American Court of Human Rights – Castillo Petruzzi and Others v. Peru, Baruch Ivcher Bronstein v. Peru and Constitutional Court v. Peru – and passes to the analysis of some problematic questions of national Criminal Procedure's compatibility related to the theme, in the light of the Inter-American Court's precedents, ending with the conclusions reached.

KEYWORDS: Criminal procedure – Guarantee of judgment by the appropriate judge – American Convention on Human Rights – Inter-American Court of Human Rights – Questions.

SUMÁRIO: 1. Considerações introdutórias. 2. A garantia de julgamento pelo juiz adequado na CF/1988 e na CADH 3. A garantia de julgamento pelo juiz adequado na jurisprudência da Corte Interamericana de Direitos Humanos. 3.1. Castillo Petruzzi e outros contra Peru. 3.2. Baruch Ivcher Bronstein contra Peru. 3.3. Tribunal Constitucional contra Peru. 4. Algumas questões do processo penal nacional à luz dos precedentes da Corte Interamericana de Direitos Humanos. 4.1. Competência da Justiça Militar para o processo e julgamento de civis. 4.2. O incidente de deslocamento de competência para a Justiça Federal (art. 109, V-A e § 5.º, da CF/1988, inseridos pela EC 45/2004). 4.3. Juízo colegiado para o julgamento de crimes praticados por organizações criminosas (Lei 12.694/2012). 4.4. Recusa de homologação de promoção de arquivamento e posterior atuação do mesmo juiz no processo penal condenatório. 4.5. Prevenção do juízo em razão da atuação na fase pré-processual, 4.6. Atuação do juiz na esfera extrapenal e na apreciação das consequências penais do mesmo fato. 5. Considerações conclusivas.

1. CONSIDERAÇÕES INTRODUTÓRIAS

É bastante tradicional no âmbito da ciência processual o estudo da jurisdição em seu tríplice aspecto de *poder*, *função* e *atividade*. Com efeito, costuma-se

GUINALZ, Ricardo Donizete; LIMA, Thadeu Augimeri de Goes. A garantia de julgamento pelo juiz adequado na convenção americana de direitos humanos: alguns reflexos sobre o processo penal brasileiro. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. vol. 128. ano 25. p. 349-381. São Paulo: Ed. RT, fevereiro 2017.

asseverar que, como poder, é a jurisdição uma manifestação do poder estatal, conceituado como capacidade de decidir imperativamente e de impor decisões; que, como função, ela expressa o encargo, atribuído aos órgãos estatais, de promover a pacificação de conflitos de interesses, mediante a realização do direito justo e através do processo; e que, como atividade, a jurisdição se traduz no complexo de atos praticados pelo juiz ao longo do processo, exercendo o poder e cumprindo a função que a lei lhe comete.[1]

Mais recentemente, todavia, em especial nos quadrantes do Direito Processual Penal, vem a doutrina colocando em relevo o *caráter de garantia ou direito fundamental* ostentado pela jurisdição, não só sob o viés *ativo*, isto é, do sujeito que invoca a prestação jurisdicional em favor de uma sua pretensão, como também e principalmente sob o viés *passivo*, quer-se dizer, do sujeito contra quem se deduz tal pretensão em juízo.

Nesse sentido, leciona Vicente Greco Filho que o processo jurisdicional é garantia ativa porque, diante de alguma ilegalidade, pode a parte dele se utilizar para buscar a pertinente reparação. Destinadas a tanto existem, por exemplo, as garantias do *habeas corpus* e do mandado de segurança, além da garantia geral da ação. Ao seu turno, o processo jurisdicional se diz uma garantia passiva porque impede a justiça pelas próprias mãos, tanto a oriunda do Estado quanto a oriunda de particulares.[2]

1. CINTRA, Antonio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. *Teoria geral do processo*. 26. ed. São Paulo: Malheiros, 2010, p. 149. Com perspectivas semelhantes, cf. também JARDIM, Afrânio Silva. *Direito processual penal*. 11. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2005, p. 1-17; e MACHADO, Antônio Alberto. *Teoria geral do processo penal*. São Paulo: Atlas, 2009, p. 136-138. Rogério Lauria Tucci, em outros termos, bem resume a ideia, ao afirmar que "a *jurisdição* consiste num *poder-dever de realização de justiça estatal*, mediante aplicação de normas disciplinadoras da conduta dos membros da comunhão social, incidentes sobre determinada relação jurídica, com a consequente finalidade de *declaração*, *satisfação* ou *assecuração de direito subjetivo material* de um de seus destinatários" (TUCCI, Rogério Lauria. *Teoria do direito processual penal*: jurisdição, ação e processo penal: [estudo sistemático]. São Paulo: Ed. RT, 2002, p. 21).

2. GRECO FILHO, Vicente. *Manual de processo penal*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 1998, p. 46. Para Aury Lopes Júnior, "o acesso à jurisdição é premissa material e lógica para a efetividade dos direitos fundamentais" (LOPES JR., Aury. *Introdução crítica ao processo penal*: [fundamentos da instrumentalidade constitucional]. 4. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006, p. 72). Ao seu turno, em linha similar, J. J. Gomes Canotilho destaca que, quando os textos constitucionais, internacionais e legislativos reconhecem, hoje, um direito de acesso aos tribunais, este direito é concebido com uma dupla dimensão: 1) um *direito de defesa* ante os tribunais e contra atos dos poderes públicos;

Aury Lopes Júnior é enfático ao imprimir à jurisdição penal a feição de um verdadeiro *direito fundamental do acusado*, cujo conteúdo se desdobra no direito de ser julgado por um juiz natural (cuja competência está previamente fixada em lei) e imparcial e no prazo razoável. Para o processualista gaúcho, é nessa dimensão que a jurisdição deve ser tratada, e não apenas como um poder-dever do Estado, o que significa descolar da estrutura de pensamento na qual aquela pode ser utilizada e definida pelo ente estatal segundo suas necessidades. Assim – conclui –, ao se desvelar a jurisdição como direito fundamental consagrado na Constituição da República, ela passa a exigir uma nova compreensão, na qual adquire a faceta de instrumento a serviço da tutela do indivíduo.[3]

Contemplada a jurisdição em tal ótica de garantia ou direito fundamental do imputado, por óbvio não lhe satisfaz os propósitos o *julgamento por qualquer juiz*, vale dizer, por um magistrado indicado *ad hoc* e/ou despido de prerrogativas e imposições mínimas que assegurem a sua independência e a sua imparcialidade para decidir de forma correta e justa. É imprescindível que a apreciação da causa se dê por um *juiz adequado*, cuja competência seja *precisamente definida* e *legalmente preestabelecida* e cuja *independência* e *imparcialidade* se mostrem *induvidosas* no contexto concreto.

A independência do juiz de todos os outros Poderes, como bem ressalta Luigi Ferrajoli, é uma aquisição do moderno Estado de Direito, conexa, tanto teórica como historicamente, à confirmação do princípio de estrita legalidade e da natureza cognitiva da jurisdição, assim como dos direitos fundamentais da pessoa. De fato – prossegue o mestre italiano –, se a legitimidade do juízo se funda na verdade processual, cuja decisão depende da determinação semântica das leis e, portanto, dos vínculos estritamente legais da jurisdição, é claro que ela exige a independência do juiz e o seu distanciamento, em garantia da imparcialidade e, por conseguinte, da igualdade dos cidadãos.[4]

---

e 2) um *direito de proteção do particular através de tribunais do Estado*, no sentido do ente estatal o proteger perante a violação dos seus direitos por terceiros (*dever* de proteção do Estado e *direito* do particular de exigir essa proteção) (CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito constitucional e teoria da constituição*. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2003, p. 496).

3. LOPES JR., Aury. *Direito processual penal*: e sua conformidade constitucional. 4. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009. v. 1, p. 421.

4. FERRAJOLI, Luigi. *Direito e razão*: teoria do garantismo penal. 2. ed. Trad. de Ana Paula Zomer Sica, Fauzi Hassan Choukr, Juarez Tavares e Luiz Flávio Gomes. São Paulo: Ed. RT, 2006, p. 538.

GUINALZ, Ricardo Donizete; LIMA, Thadeu Augimeri de Goes. A garantia de julgamento pelo juiz adequado na convenção americana de direitos humanos: alguns reflexos sobre o processo penal brasileiro. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. vol. 128. ano 25. p. 349-381. São Paulo: Ed. RT, fevereiro 2017.

Ensina Gustavo Badaró que a independência, ao assegurar que o magistrado não sofrerá pressões e influências, tanto externas, de integrantes do Poder Executivo ou do Poder Legislativo, quanto internas, de outros membros do próprio Poder Judiciário, especialmente daqueles que exercem as funções de governo interno deste, gera uma condição propícia para florescer a imparcialidade. Dita condição, entretanto, não obstante necessária, é insuficiente para assegurar a imparcialidade do juiz. Um juiz sem independência será sempre um juiz parcial. Outrossim, um juiz independente não será, apenas por isso, um juiz imparcial. A independência é um meio destinado a fazer com que o juiz cumpra seu dever de imparcialidade.[5]

Destarte – continua o professor das Arcadas –, resguardada a independência, outros mecanismos concretos deverão atuar para garantir que o juiz, ainda que independente, seja também imparcial, isto é, que não seja parcial. Um desses mecanismos é a garantia do juiz natural, que, em uma primeira aproximação, pode ser considerada como o direito a um juiz instituído antes do fato e competente para julgar segundo critérios legais, prévios e taxativos, fixados por lei em vigor no momento da prática do delito.[6]

Articulam-se na formatação democrática dessa *garantia de julgamento pelo juiz adequado*, portanto, os atributos de *preconstituição*, *competência*, *independência* e *imparcialidade* que necessariamente hão que ser preenchidos pelo órgão judicante a fim de poder julgar, válida e legitimamente, determinada causa.

Tais qualificativos cogentes são exatamente os que se extraem da garantia judicial insculpida no art. 8.º, n. 1, da Convenção Americana de Direitos Humanos (CADH), objeto do presente artigo no que concerne ao seu alcance e a alguns de seus reflexos, no enfoque dos precedentes da Corte Interamericana de Direitos Humanos, sobre o ordenamento e a práxis processuais penais pátrios, notadamente referentes: 1) à competência da Justiça Militar para o processo e julgamento de civis; 2) ao incidente de deslocamento de competência para a Justiça Federal, instituído pelo art. 109, V-A e § 5.º, da CF/1988, após a EC 45/2004; 3) ao juízo colegiado para o julgamento de crimes praticados por organizações criminosas, previsto na Lei 12.694/2012; 4) à recusa de homologação de promoção de arquivamento e posterior atuação do mesmo juiz no processo penal condenatório; 5) à prevenção do juízo em razão da atuação na

5. BADARÓ, Gustavo Henrique. *Juiz natural no processo penal*. São Paulo: Ed. RT, 2014, p. 35.

6. BADARÓ, Gustavo Henrique. *Juiz natural no processo penal*, cit., p. 35-36.

fase pré-processual; e 6) à atuação do juiz na esfera extrapenal e na apreciação das consequências penais do mesmo fato.

Com efeito, os tópicos acima destacados aparecem sobremodo problemáticos quando se trata de verificar a sua compatibilidade com a inteligência que a Corte tem pronunciado acerca do preceito convencional em tela, ensejando, na maioria deles, a necessidade de uma exegese adaptativa à *ratio* da garantia, tal qual discorreremos com minudência ao longo deste trabalho.

2. A GARANTIA DE JULGAMENTO PELO JUIZ ADEQUADO NA CF/1988 E NA CADH

A Constituição da República de 1988 encampa o *elemento* mais proeminente e habitualmente reconhecido dessa prerrogativa abrangente que neste trabalho chamamos de *garantia de julgamento pelo juiz adequado*, qual seja, a *garantia do juiz natural*. Com efeito, é cediço na doutrina brasileira que os incs. XXXVII e LIII do art. 5.º da Lei Maior registram a exigência de apreciação da causa pelo juiz natural sob dúplice perspectiva: no aspecto negativo, proibindo a criação de tribunais de exceção (inc. XXXVII), e no aspecto positivo, assegurando o direito ao juiz competente (inc. LIII).[7]

Como bem destaca Gustavo Badaró, a distinção fundamental entre a vedação dos tribunais de exceção, de um lado, e o direito ao juiz competente predeterminado por lei, de outro, é que a primeira diz respeito à constituição do órgão em relação à organização judiciária, enquanto o segundo concerne à distribuição de competência entre os órgãos previamente instituídos, isto é, pertencentes à estrutura judiciária segundo as disposições constitucionais. Vale dizer, a análise do juiz competente pressupõe ser este um órgão constitucionalmente previsto como integrante do Poder Judiciário, ou seja, não se tratar de um tribunal de exceção ou extraordinário. Neste, o problema é logicamente prévio, por não haver investidura válida. No caso da violação da

7. Cf. BADARÓ, Gustavo Henrique. *Processo penal*. 3. ed. São Paulo: Ed. RT, 2015, p. 43-44; FERNANDES, Antonio Scarance. *Processo penal constitucional*. 4. ed. São Paulo: Ed. RT, 2005, p. 133-134; MACHADO, Antônio Alberto. *Teoria geral do processo penal*, cit., p. 162; e SOUZA NETTO, José Laurindo de. *Processo penal*: sistemas e princípios. Curitiba: Juruá, 2003, p. 78-81. Sobre os aspectos históricos da emergência e do desenvolvimento da garantia do juiz natural, consultem-se, por todos, BADARÓ, Gustavo Henrique. *Juiz natural no processo penal*, cit., p. 44-64; FERRAJOLI, Luigi. *Direito e razão*: teoria do garantismo penal, cit., p. 538-546; e CORDERO, Franco. *Procedura penale*. 8. ed. Milano: Giuffrè, 2006, p. 109-114.

regra do juiz competente, ao seu turno, tem-se um órgão judicante que não é extraordinário, pois previamente inserido no Poder Judiciário, conquanto não seja competente para aquele feito. Em uma generalização extrema – finaliza –, o inc. XXXVII do art. 5.º diz respeito à *investidura*, ao passo que o inc. LIII do mesmo artigo tem por objeto a *competência*, que pressupõe a primeira.[8]

Saliente-se, neste ensejo, que a proibição de tribunais de exceção não significa impedimento à instituição de Justiças ou varas especializadas, porquanto não há, nestas hipóteses, criação de órgãos para julgar, de maneira excepcional, certas pessoas ou temas, mas simples atribuição de competência para o julgamento de matérias específicas a órgãos já inseridos na organização judiciária fixada na Constituição.[9]

Nereu José Giacomolli adverte que, em solo pátrio, consagrou-se a utilização da expressão *juiz natural*, embora não se trate propriamente do *juiz*, mas de *juízo* ou *Tribunal*, e nem de *ordem da natureza*, mas de *delimitação artificial* da competência nas *dimensões temporal* (época dos fatos) e *espacial* (território). De fato, não é a *pessoa do juiz* que é determinada pela lei, mas o *juízo competente*, cuja composição poderá inclusive variar desde o fato criminoso. Por isso, discorre que as expressões *juízo "ordinário"* ou *"predeterminado legalmente"* são as mais adequadas ao conteúdo desse princípio-garantia.[10]

Jorge de Figueiredo Dias esclarece que a afirmação do princípio do juiz natural (ou do *juiz legal*) procura sancionar o direito fundamental dos cidadãos a que uma causa seja julgada por órgão judiciário previsto como competente por lei anterior, e não *ad hoc* criado ou tido como competente, imposição esta vinculada à necessária garantia dos direitos da pessoa e conexa à ordenação da administração da justiça, à exigência de julgamentos independentes e imparciais e à confiança da comunidade naquela administração. O jurista português assinala ao princípio tríplice significado: a) o cânone põe em evidência, em primeiro lugar, o plano da *fonte*: somente *a lei* pode instituir o juízo e lhe fixar a competência; b) em segundo lugar, busca explicitar um ponto de referência *temporal*, mediante o qual afirma um princípio de *irretroatividade*: a fixação do juízo e da sua competência tem de ser feita por uma lei vigente já ao tempo em que foi praticado o ilícito penal que será objeto do processo; e c) em terceiro lugar,

8. Cf. BADARÓ, Gustavo Henrique. *Processo penal*, cit., p. 44.

9. FERNANDES, Antonio Scarance. *Processo penal constitucional*, cit., p. 133.

10. GIACOMOLLI, Nereu José. *O devido processo penal*: abordagem conforme a Constituição Federal e o Pacto de São José da Costa Rica: *cases* da Corte Interamericana, do Tribunal Europeu e do STF. São Paulo: Atlas, 2014, p. 258.

GUINALZ, Ricardo Donizete; LIMA, Thadeu Augimeri de Goes. A garantia de julgamento pelo juiz adequado na convenção americana de direitos humanos: alguns reflexos sobre o processo penal brasileiro. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. vol. 128. ano 25. p. 349-381. São Paulo: Ed. RT, fevereiro 2017.

pretende o princípio vincular uma ordem taxativa de *competência*, que exclua qualquer alternativa para decidir arbitrária ou mesmo discricionariamente.[11]

Juiz natural, então, é aquele cuja competência vem predeterminada pela lei, com base em critérios objetivos, antes de ser cometida a infração penal. A organização competencial do Poder Judiciário é preconstituída aos fatos jurígenos capazes de ensejar o exercício da jurisdição. O direito e a garantia do acusado de ser julgado pelo "seu juiz natural" reclamam ainda, a par da predeterminação do juízo, regras gerais de competência preestabelecidas, incluídas aqui as relativas à distribuição equitativa dos processos no plano horizontal da escala funcional.[12] Desse modo, para o conhecimento e julgamento das causas criminais deverá viger a máxima *tempus criminis regit iudicem*, havendo violação à garantia do juiz natural quando as modificações de competência forem decorrentes de normativa posterior ao fato delituoso.[13]

A garantia do juiz natural tem por escopo ou finalidade assegurar a imparcialidade do julgador, ou, sob outro ângulo, o direito de todo e qualquer réu de ser julgado por um juiz imparcial. Destarte, a garantia do juiz natural é teleologicamente voltada a resguardar a imparcialidade do julgador.[14]

A Constituição não assegura expressamente o direito a um juiz imparcial. Entretanto, é inquestionável que a imparcialidade é *conditio sine qua non* de qualquer juiz, tratando-se, pois, de uma *garantia constitucional implícita*. A palavra *juiz* não se compreende sem o atributo de imparcialidade, sendo cabível asseverar que um juiz parcial é uma *contradictio in terminis*. Aliás, a ideia de jurisdição está indissociavelmente ligada à de um juiz imparcial, na medida em que, se o processo é um método heterocompositivo de resolução de conflitos, resulta fundamental que o terceiro, *in casu* o juiz, seja imparcial, isto é, não parte.[15]

---

11. DIAS, Jorge de Figueiredo. *Direito processual penal*. Coimbra: Coimbra, 1981. v. 1, p. 322-323. De modo semelhante, v. FERRAJOLI, Luigi. *Direito e razão*: teoria do garantismo penal, cit., p. 543.
12. LOPES JR., Aury. *Direito processual penal*: e sua conformidade constitucional, cit., p. 421.
13. SOUZA NETTO, José Laurindo de. *Processo penal*: sistemas e princípios, cit., p. 81.
14. BADARÓ, Gustavo Henrique. *Juiz natural no processo penal*, cit., p. 36. Acerca do juiz natural, Antônio Alberto Machado ressalta que, "por se tratar de uma garantia do acusado, a eventual ofensa a esse princípio num processo que resultou numa sentença absolutória, após o trânsito em julgado desta última, a decisão se consolida como definitiva" (MACHADO, Antônio Alberto. *Teoria geral do processo penal*, cit., p. 162).
15. BADARÓ, Gustavo Henrique. *Processo penal*, cit., p. 40.

GUINALZ, Ricardo Donizete; LIMA, Thadeu Augimeri de Goes. A garantia de julgamento pelo juiz adequado na convenção americana de direitos humanos: alguns reflexos sobre o processo penal brasileiro. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. vol. 128. ano 25. p. 349-381. São Paulo: Ed. RT, fevereiro 2017.

Mesmo que assim não se compreenda, é certo que o art. 8.º, n. 1, da Convenção Americana de Direitos Humanos – promulgada no âmbito interno pelo Decreto Federal 678/1992, e por consequência incorporada ao direito positivo brasileiro com *eficácia supralegal*, na esteira do atual posicionamento do Supremo Tribunal Federal[16] – consigna de forma até mais ampla a *garantia de julgamento pelo juiz adequado*, ao preconizar que toda pessoa tem "o direito de 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 na determinação de seus direitos e obrigações de caráter civil, trabalhista, fiscal ou de qualquer outra natureza" (grifos nossos). Note-se que, para além do elemento juiz natural – equivalente à garantia expressamente insculpida na CF/1988 e formado, no citado preceito, pela conjugação das exigências de *juiz ou Tribunal competente* e *estabelecido anteriormente por lei* –, o texto convencional impõe com clareza que os órgãos judicantes sejam dotados de *independência* e *imparcialidade*.[17]

16. A partir do julgamento, pelo Tribunal Pleno, do RE 349.703-1/RS, rel. originário Min. Carlos Ayres Britto, rel. para o acórdão Min. Gilmar Ferreira Mendes, j. 03.12.2008, p. no *DJe* 104, de 05.06.2009.

17. Cumpre observar que, *sob o aspecto redacional*, o art. 8.º, n. 1, da CADH apresenta maior amplitude que os dispositivos congêneres do Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos (Art. 14, n. 1: "Todas as pessoas são iguais perante os tribunais e as cortes de justiça. Toda pessoa terá o direito de ser ouvida publicamente e com devidas garantias por um *tribunal competente, independente e imparcial, estabelecido por lei*, na apuração de qualquer acusação de caráter penal formulada contra ela ou na determinação de seus direitos e obrigações de caráter civil. [...]" – grifos nossos) e da Convenção Europeia para a Proteção dos Direitos do Homem e das Liberdades Fundamentais (art. 6.º, n. 1: "Qualquer pessoa tem direito a que a sua causa seja examinada, equitativa e publicamente, num prazo razoável por um *tribunal independente e imparcial, estabelecido pela lei*, o qual decidirá, quer sobre a determinação dos seus direitos e obrigações de caráter civil, quer sobre o fundamento de qualquer acusação em matéria penal dirigida contra ela. [...]" – grifos nossos). Para comentários ao art. 8.º, n. 1, da CADH, ilustrados com decisões da Corte Interamericana de Direitos Humanos sobre a garantia em apreço, cf. CARBONELL, José Carlos Remotti. *La corte interamericana de derechos humanos*: estructura, funcionamiento y jurisprudencia. Barcelona: LAEL; Instituto Europeo de Derecho, 2003, p. 327-332; HITTERS, Juan Carlos. *Derecho internacional de los derechos humanos*. Buenos Aires: Ediar, 1993. t. 2, p. 143-151; e GIACOMOLLI, Nereu José. *O devido processo penal*: abordagem conforme a Constituição Federal e o Pacto de São José da Costa Rica, cit., p. 231-267. Para comentários ao art. 6.º, n. 1, da Convenção Europeia, ilustrados com decisões do Tribunal Europeu de Direitos Humanos sobre a garantia em tela, cf. BARRETO, Ireneu

Com efeito, às garantias constitucionais do processo devem ser somados os direitos e garantias assegurados nos tratados e convenções internacionais que preveem regras de proteção ao ser humano. Mais importante do que separar e definir isoladamente o conteúdo e o campo de operatividade de cada uma das garantias e direitos fundamentais, avulta impostergável a tomada de consciência de que devem funcionar de maneira integrada e coordenada, com vistas ao propósito comum de conferir legitimidade ao exercício do poder, no caso pelos órgãos do Poder Judiciário e mediante o instrumento processual legalmente previsto.[18]

Prosseguindo no exame da garantia trazida no art. 8.º, n. 1, da CADH, e de acordo com Alberto M. Binder, faz-se necessário distinguir a independência da instituição judicial da independência pessoal do juiz, pois o verdadeiro conceito de independência judicial está ligado a este segundo ponto de vista. É o juiz, pessoal e individualmente, quem não está subordinado a nenhuma instância de poder, seja do Poder Executivo, seja do Poder Legislativo, seja, tampouco – e isto merece ser sublinhado –, dentro do Poder Judiciário. A independência dos juízes não é uma prerrogativa profissional, referindo, na verdade, que os cidadãos, sujeitos passivos da aplicação da justiça, tenham a garantia de que a pessoa que vai aplicar algo de tão graves consequências, como o poder do Estado, atue com total desenvoltura e sem estar submetida a pressões. É uma garantia prevista em favor dos jurisdicionados, muito antes que em favor dos juízes.[19]

Dita independência, contudo, não significa liberdade plena e arbitrária, pois sob a perspectiva *formal/processual* a decisão judicial está limitada pela pro-

---

Cabral. *A convenção europeia dos direitos do homem*: anotada. 3. ed. Coimbra: Coimbra, 2005, p. 150-161; CHIAVARIO, Mario. Art. 6 – Diritto ad un processo equo. In: BARTOLE, Sergio; CONFORTI, Benedetto; RAIMONDI, Guido (Org.). *Commentario alla convenzione europea per la tutela dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali*. Padova: CEDAM, 2001, p. 170-189; e PONCET, Dominique. *La protection de l'accusé par la Convention Européenne des Droits de l'Homme*: étude de droit comparé. Genève: George et Cie, 1977, p. 40-43. GUSTAVO BADARÓ bem percebeu que na doutrina e na jurisprudência brasileiras são poucas as referências ao Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos, diferentemente do que ocorre com a CADH, que tem sido objeto de intensos debates e divergências, inclusive nos julgados do Supremo Tribunal Federal (BADARÓ, Gustavo Henrique. *Juiz natural no processo penal*, cit., p. 88, nota 210).

18. BADARÓ, Gustavo Henrique. *Juiz natural no processo penal*, cit., p. 24.

19. BINDER, Alberto M.. *Introdução ao direito procesual penal*. Trad. de Fernando Zani, com revisão e apresentação de Fauzi Hassan Choukr. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003, p. 109; 112.

va produzida no processo, com plena observância das garantias fundamentais (entre elas a vedação das provas obtidas por meios ilícitos), e há que ser devidamente fundamentada (motivação enquanto fator legitimante do poder).[20] Já sob a perspectiva *conteudística/substancial*, a independência judicial possui dois limites intransponíveis: o Direito, previsto no ordenamento jurídico e que o juiz deve se limitar a interpretar/aplicar em cada caso real que lhe é apresentado; e os próprios fatos, tal como foram reconstituídos durante o processo. Essas são as duas barreiras que não podem ser ultrapassadas em seus limites mais sólidos. A independência judicial garante, precisamente, que a reconstrução dos fatos e a interpretação/aplicação jurídica sejam realizadas livremente, de acordo com uma exegese razoável, tecnicamente adequada e coerente com o sistema normativo.[21]

Outrossim, visto o processo como contraposição dialética entre acusação e defesa, é aí que se insere a imparcialidade do juiz. Sem ela, não há efetivo contraditório, não há segura contradição entre as partes. A essa garantia se conectam, no plano constitucional, as próprias garantias da magistratura, como a da vitaliciedade. Deve o juiz sentir-se seguro para atuar de modo justo e imparcial, equidistante das partes.[22]

Luigi Ferrajoli erige a imparcialidade ao *status* de característica inerente à formatação acusatória do processo. A separação do juiz da acusação supõe a configuração do processo como uma relação triangular entre três sujeitos, dos quais duas *partes* em causa e um terceiro *super partes*: o acusador, o defensor e o juiz. Essa estrutura triádica forma a primeira característica do processo acusatório e é indispensável para que seja garantida a equidistância do juiz em relação aos dois interesses contrapostos – a tutela dos bens jurídicos lesionados ou ameaçados pelos delitos, representada pela acusação, e a tutela contra as punições arbitrárias, representada pela defesa –, que então correspondem aos dois escopos, perfeitamente compatíveis em abstrato, mas sempre conflitantes em concreto, que justificam o Direito Penal.[23]

---

20. LOPES JR., Aury. *Introdução crítica ao processo penal*, cit., p. 77.
21. BINDER, Alberto M.. *Introdução ao direito procesual penal*, cit., p. 113.
22. FERNANDES, Antonio Scarance. *Processo penal constitucional*, cit., p. 130.
23. FERRAJOLI, Luigi. *Direito e razão*: teoria do garantismo penal, cit., p. 535. ELIO FAZZALARI esclarece que a posição de "*estraneidade*" (*terzietà*) do juiz em relação à situação substancial deduzida no processo, isto é, a sua posição de *terceiro*, é uma das características da jurisdição. Já a *imparcialidade* do juiz – como consequência da sua "*terceiridade*" – subsiste, em verdade, relativamente ao acertamento dos pressupostos fáticos e jurídicos relevantes para o julgamento da causa, uma vez que, estabelecidos

O mestre italiano acentua que o distanciamento do juiz relativamente aos objetivos perseguidos pelas partes deve ser tanto *pessoal* como *institucional*. É necessário, em primeiro lugar, que o juiz não tenha qualquer interesse *privado* ou *pessoal* na solução da causa. Para garantir essa indiferença ou desinteresse pessoal em relação aos interesses em conflito, é imprescindível a possibilidade de *recusa* do juiz por qualquer das partes interessadas. E essa recusa, se pela acusação pública deve ser vinculada aos motivos previstos em lei, pelo imputado deve ser, ao contrário, o mais livre possível. O juiz, se não deve gozar do consenso da maioria, há, no entanto, que desfrutar da confiança dos sujeitos individuais e concretos por ele julgados, de modo que essas pessoas não só *não tenham*, mas inclusive *não receiem ter*, um juiz *inimigo* ou *parcial*.[24]

Gustavo Badaró enfatiza que, para se assegurar a imparcialidade, não basta simplesmente declará-la, ou conferir ao juiz, positivamente, garantias que lhe assegurem independência. É necessário também, negativamente, excluir do caso o juiz que se encontre em situações que possam gerar dúvida ou suspeita de parcialidade. Justamente por isso, não concorda o autor com a posição prevalecente na doutrina nacional, no sentido de que as hipóteses de impedimento e suspeição caracterizam um rol fechado, não admitindo analogia ou interpretação ampliativa.[25] Voltaremos à temática mais adiante (*infra*, 4.4, 4.5 e 4.6).

3. A GARANTIA DE JULGAMENTO PELO JUIZ ADEQUADO NA JURISPRUDÊNCIA DA CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS

O estudo da jurisprudência da Corte Interamericana de Direitos Humanos se mostra tarefa sobremaneira profícua, visto que as sentenças de mérito por ela prolatadas, além da natural *autoridade de coisa julgada* que adquirem entre as partes em litígio, também desenvolvem uma peculiar *autoridade de coisa interpretada*, reveladora da *exegese oficial e vinculante* da Corte acerca do conteúdo e do alcance dos direitos e das garantias insculpidos na Convenção Americana de Direitos Humanos, a qual se impõe *ex nunc* a todos os Estados

aqueles, o provimento emanado necessariamente será *parcial*, diga-se, voltar-se-á *a favor de quem tem razão* (FAZZALARI, Elio. *Instituições de direito processual*. Trad. de Elaine Nassif. Campinas: Bookseller, 2006, p. 560).

24. FERRAJOLI, Luigi. *Direito e razão*: teoria do garantismo penal, cit., p. 535-536.

25. BADARÓ, Gustavo Henrique. *Juiz natural no processo penal*, cit., p. 34 e nota 38.

signatários, sob pena de caracterização da responsabilidade internacional por violação de direitos humanos.[26]

De fato, é a partir de decisões definitivas da Corte a respeito de casos concretos que melhor se iluminam e especificam os dispositivos protetivos da CADH, formulados que são em linguagem propositalmente genérica, de modo a poderem incidir sobre os ordenamentos jurídicos de todos os países-membros do sistema interamericano de tutela e promoção dos direitos humanos.

Feita essa observação, passemos à análise de três casos bastante significativos em que a Corte abordou, com profundidade e em seus variados aspectos, a garantia de julgamento pelo juiz adequado.

3.1 Castillo Petruzzi e outros contra Peru[27]

O caso Castillo Petruzzi e Outros contra Peru se tornou enormemente conhecido entre os estudiosos do Direito Internacional dos Direitos Humanos e do Direito Processual Penal, uma vez que registrou a infringência de expressivo número de disposições da CADH, notadamente instituidoras de prerrogativas de natureza processual.

Com efeito, em sua sentença de mérito proferida em 30 de maio de 1999 (Fundo, Reparações e Custas), a Corte Interamericana de Direitos Humanos declarou a violação, por parte do Estado Peruano – à época encabeçado pelo (ex-)Presidente Alberto Fujimori, que permaneceu no poder por mais de uma década, entre os anos de 1990 e 2000, e instaurou no país um governo verdadeiramente ditatorial –, das obrigações protetivas insculpidas nos arts. 1.º, n. 1 (obrigação de respeitar os direitos), e 2.º (dever de adotar disposições de direito interno) e dos direitos e garantias previstos nos arts. 5.º (direito à integridade pessoal), 7.º, n. 5 (direito da pessoa presa de ser apresentada sem demora a um juiz) e n. 6 (direito de questionar judicialmente a legalidade da prisão), 8.º, n. 1 (garantia de julgamento pelo juiz adequado), n. 2 (presunção de inocência e garantias mínimas de defesa), alíneas *b* (comunicação prévia e pormenorizada da acusação), *c* (concessão do tempo e dos meios necessários à preparação da defesa), *d* (direito de assistência do

26. Nesse sentido, v. RAMOS, André de Carvalho. *Processo internacional de direitos humanos*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 241.

27. CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. Caso Castillo Petruzzi y otros Vs. Peru. Sentencia de 30 de mayo de 1999 (Fondo, Reparaciones y Costas). Disponível em: [www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_52_esp.pdf]. Acesso em: 20 nov. 2015.

acusado por defensor de sua escolha e de entrevista reservada com este), *f* (direito à produção probatória) e *h* (direito ao recurso), 9.º (princípio da legalidade), 9.º, n. 5 (direito à publicidade do e no processo), e 25 (direito à proteção judicial).

Dado o corte metodológico estabelecido para o presente trabalho, qual seja, o exame da garantia de julgamento pelo juiz adequado, é sobre os aspectos da infração ao art. 8.º, n. 1, da CADH reconhecidos pela Corte que focaremos nas próximas linhas, não sem antes apresentar uma breve síntese do caso em epígrafe.

Os senhores Jaime Francisco Sebastián Castillo Petruzzi, Lautaro Enrique Mellado Saavedra, María Concepción Pincheira Sáez e Alejandro Luís Astorga Valdez, todos cidadãos chilenos, foram detidos no território peruano entre os dias 14 e 15 de outubro de 1993, em uma operação levada a cabo pela Dirección Nacional Contra El Terrorismo (DINCOTE), órgão então dotado de atribuições investigatórias de casos de terrorismo, sob a imputação de possuírem vínculos com a organização subversiva *Tupac Amaru*.

Na sequência, as citadas pessoas, apesar de serem civis, foram processadas perante a Justiça Militar do Peru, acusadas da prática do crime de *traição à pátria* – uma forma agravada de terrorismo –, nos moldes dos Decretos-leis 25.659 (que tipificava o delito e atribuía a competência para apreciá-lo ao Foro Privativo Militar) e 25.708 (que disciplinava a aplicação de rito sumaríssimo ao processo e julgamento), e, pouco tempo depois, restaram definitivamente condenadas à pena de prisão perpétua. Vale ressaltar que o trâmite processual nas instâncias da Justiça Castrense Peruana, além de prejudicialmente célere, ocorreu diante de juízes "sem rosto", isto é, cujas identidades remanesciam secretas para os réus, com fulcro no art. 15, 1, do Dec.-lei 25.475.

O caso foi primeiramente levado ao conhecimento da Comissão Interamericana de Direitos Humanos em 28 de janeiro de 1994, mediante petição de Verónica Reyna, chefe do departamento jurídico da organização não governamental chilena denominada *Fundación de Ayuda Social de las Iglesias Cristianas* (FASIC). Após detalhada apuração e infrutíferas tentativas de solucionar a questão consensualmente, a Comissão ajuizou demanda de responsabilização internacional em face do Peru, perante a Corte Interamericana de Direitos Humanos, em 22 de julho de 1997.

Ao prolatar a sua sentença de mérito, quase dois anos depois, a Corte – tal qual exaramos anteriormente –, declarou a violação, pelo Estado Peruano, de obrigações protetivas e de direitos e garantias individuais elencados na CADH e julgou procedentes os pedidos formulados pela Comissão referentes à corre-

ção desses ilícitos e à reparação de danos sofridos pelas vítimas e/ou suas famílias, determinando: a) que fosse anulado *ab initio* o processo dos acusados que se desenvolveu junto à Justiça Militar, com a submissão deles a novo processo e julgamento perante a Justiça Comum, observando as garantias mínimas do devido processo legal; b) que o Estado adotasse as medidas apropriadas para modificar o direito positivo interno, dele extirpando os textos normativos que atentavam contra os direitos e as garantias reconhecidamente violados; e c) o pagamento da quantia de US$ 10.000,00 (dez mil dólares), ou seu equivalente em moeda nacional peruana, *pro rata* entre as famílias das vítimas, como ressarcimento dos gastos por elas efetuados para acompanhar os trâmites na Comissão Interamericana e na Corte Interamericana.

Acerca da infração ao art. 8.°, n. 1, da CADH, abordada nos §§ 128 a 134 do aludido *decisum*, merece ser realçado que a Corte entendeu que o traslado de competências da Justiça Comum para a Justiça Militar, e o consequente processamento de civis acusados do crime de traição à pátria pelo Foro Castrense, supõe excluir o juiz natural para o conhecimento dessas causas. Com efeito, a jurisdição militar não é a naturalmente aplicável a civis que carecem de funções militares e que por isso não podem incorrer em condutas contrárias a deveres funcionais de tal caráter. Quando a Justiça Militar assume competência sobre um assunto de que deve conhecer a Justiça Comum, vê-se afetado o direito ao juiz natural e, *a fortiori*, o devido processo, o qual, por sua vez, encontra-se intimamente ligado ao próprio direito de acesso à justiça.

Para a Corte, constitui um princípio básico relativo à independência judicial que toda pessoa tem direito de ser julgada por órgãos judiciários ordinários, com respaldo em procedimentos legalmente definidos, e que o Estado não deve criar juízos que não apliquem normas processuais devidamente estabelecidas para substituir a competência que usualmente corresponda aos juízos ordinários.

Na situação concreta a respeito da qual se pronunciou, a Corte enfatizou que as próprias Forças Armadas, imersas no combate contra os grupos insurgentes, eram as encarregadas do julgamento das pessoas vinculadas a ditos grupos. Este extremo minava consideravelmente a imparcialidade que deveria ter o julgador. De outro lado, apontou que, em conformidade com a Lei Orgânica da Justiça Militar, a nomeação dos membros do Conselho Supremo de Justiça Militar, máximo órgão dentro da Justiça Castrense, era realizada pelo Ministro do setor pertinente. Os membros do Conselho Supremo, ao seu turno, eram responsáveis pelas futuras ascensões funcionais, pelos incentivos profissionais e pelas designações de seus inferiores. Esta constatação punha em dúvida a independência e a imparcialidade dos juízes militares.

Por derradeiro, a Corte assentou que a circunstância de que os juízes incumbidos dos processos por crimes de traição à pátria eram "sem rosto" determinava a inviabilidade, para o acusado, de conhecer a identidade do julgador e, por conseguinte, averiguar a sua isenção pessoal e eventuais causas de suspeição ou impedimento, o que se agravava pela impossibilidade legal de recusa de tais magistrados.

3.2 Baruch Ivcher Bronstein contra Peru[28]

O Sr. Baruch Ivcher Bronstein, nascido em Israel e cidadão peruano por naturalização, era acionista majoritário, diretor e presidente do conselho de administração da emissora televisiva *Frecuéncia Latina*, que ocupava o canal 2 da televisão peruana e ostentava em seu segmento jornalístico uma linha editorial bastante crítica e discordante do governo do ex-Presidente Fujimori, tendo inclusive iniciado uma série de reportagens tratando de relações espúrias entre agentes públicos do alto escalão do Poder Executivo nacional e o narcotráfico. Vale frisar que, tempos depois, essa série de reportagens viu suas conclusões serem confirmadas nos processos criminais concernentes ao chamado "escândalo Montesinos", em razão de envolver o nome de importante figura do governo federal do Peru.

Com o início da veiculação das matérias jornalísticas, o Sr. Bronstein foi procurado por diversas autoridades governamentais, incluindo o então Primeiro-Ministro, que tentaram dissuadi-lo, por variadas formas – até mesmo com proposta de suborno –, de continuar divulgando aquelas notícias.

Diante da reiterada recusa às investidas das mencionadas autoridades, o Sr. Bronstein passou a sofrer ameaças e constrangimentos, dentre os quais o sobrevoo da sede da emissora televisiva por helicópteros militares fortemente armados, a perseguição por parte do Fisco contra a sua sociedade empresarial e os seus familiares e a propositura de ações judiciais em face dele próprio, de sua companhia e de sua mulher e filha, culminando com intensa campanha difamatória.

Apesar das pressões externas, a emissora não alterou sua linha investigativa, o que motivou o Poder Executivo a, em 23 de maio de 1997, expedir decreto regulamentando a lei de concessão de nacionalidade, no qual estabeleceu a possibilidade de cancelamento dela aos cidadãos naturalizados.

---

28. CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. Caso Ivcher Bronstein Vs. Peru. Sentencia de 6 de febrero de 2001 (Reparaciones y Costas). Disponível em: [www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/Seriec_74_esp.pdf]. Acesso em: 20 nov. 2015.

Em 11 de julho de 1997, editou-se a resolução de cancelamento da nacionalidade do sujeito passivo, sem que ele sequer houvesse sido instado a se defender. Como consequência da perda da nacionalidade, não lhe seria mais permitido permanecer como controlador da emissora de televisão, uma vez que tal condição era vedada a estrangeiros.

Esgotadas sem êxito as tentativas do Sr. Bronstein de anular judicialmente, no plano interno, a decisão administrativa que cancelou sua naturalização, o caso foi levado à Comissão Interamericana de Direitos Humanos, primeiramente pelo congressista peruano Javier Díez Canseco, em 9 de junho de 1997. A demanda da Comissão perante a Corte Interamericana foi ajuizada em 31 de março de 1999, apontando a violação, pelo Peru, dos arts. 8.º (garantias judiciais), 13 (liberdade de pensamento e de expressão), 20 (direito à nacionalidade), 21 (direito à propriedade privada) e 25 (proteção judicial), todos eles em relação ao art. 1.º, n. 1 (obrigação de respeitar os direitos), da CADH. Em 6 de fevereiro de 2001, a Corte julgou procedente a demanda de responsabilidade internacional, acolhendo todos os pontos suscitados e determinando medidas corretivas e reparatórias ao Estado.

De novo observando o corte metodológico estabelecido para o presente trabalho, é sobre os aspectos da infração ao art. 8.º, n. 1, da CADH, reconhecidos pela Corte Interamericana nos §§ 113 a 116 da sentença de mérito (Reparações e Custas), que focaremos nas próximas linhas.

A Corte verificou que, poucas semanas antes de ser editado o ato administrativo que tornou sem efeito jurídico o título de nacionalidade do Sr. Bronstein, a Comissão Executiva do Poder Judiciário alterara a composição da Sala Constitucional e Social da Corte Suprema de Justiça. Outrossim, em 23 de junho de 1997, a mencionada Comissão aprovou regra outorgando a essa Sala a faculdade de criar, de modo "transitório", Salas Superiores e Juízos Especializados em Direito Público, bem como a faculdade de "designar e/ou ratificar" seus integrantes, o que efetivamente ocorreu dias depois, com a criação do Primeiro Juízo Corporativo Transitório Especializado em Direito Público e a designação, para nele atuar, do juiz Percy Escobar, que fora escrivão de juízo e juiz penal e que conheceu vários dos recursos apresentados pelo Sr. Bronstein em defesa de seus direitos como acionista da companhia.

A Corte considerou que o Estado Peruano, ao criar Salas e Juízos Transitórios Especializados em Direito Público e designar os magistrados que integrariam os mesmos, não garantiu à vítima o direito a ser ouvida por juízes ou tribunais estabelecidos "anteriormente por lei", consagrado no art. 8.º, n. 1, da CADH, bem como que os aludidos julgadores não alcançaram os padrões de competência, imparcialidade e independência requeridos pelo dispositivo convencional em tela.

3.3 Tribunal Constitucional contra Peru[29]

Em mais um rumoroso caso, também ocorrido durante a "era Fujimori", juízes do Tribunal Constitucional do Peru restaram afastados de suas funções jurisdicionais em virtude de polêmico processo de *impeachment* de magistrados. O Poder Legislativo, ao qual era constitucionalmente atribuída a incumbência de levar a cabo processos desse jaez, concluiu pela existência de irregularidades no trâmite e no julgamento de ação declaratória de inconstitucionalidade referente a uma lei que interessava de perto ao Chefe do Poder Executivo. Vale salientar que o Tribunal Constitucional, por maioria de votos, ao apreciar a demanda, proposta pelo Colégio de Advogados do Peru, decidira pela inaplicabilidade da Lei 26.657, que permitiria a terceira candidatura sucessiva de Alberto Fujimori à Presidência da República.

Logo após a notícia do resultado do julgamento pela Corte Constitucional, os magistrados que votaram em desfavor do texto legislativo combatido passaram a ser alvos de intensas pressões por parte de parlamentares descontentes. De outro lado, os juízes que proferiram os votos vencidos, favoráveis à lei, afirmavam que a sessão de julgamento se desenvolvera de forma ilegal, pois inobservado o quórum correto para a decisão, propondo assim nova votação sobre o tema.

A questão foi então submetida à nova apreciação pelo Tribunal Constitucional, que manteve o resultado anterior. Na sequência, o Congresso Peruano instalou comissão investigativa para apurar os supostos desvios imputados aos magistrados cujos entendimentos desagradaram o então Presidente do Peru. Tal comissão veio a se pronunciar pela cassação dos juízes Manuel Aguirre Roca, Guillermo Rey Terry e Delia Revoredo Marsano, que haviam votado pela inconstitucionalidade da Lei 26.657, ensejando que o Poder Legislativo nacional, por votação majoritária, encampasse a proposta e editasse as resoluções de destituição de números 002-97-CR, 003-97-CR e 004-97-CR, datadas de 28 de maio de 1997.

Exaurida na esfera interna a discussão do processo de impedimento dos magistrados do Tribunal Constitucional, a denúncia do caso foi levada à Comissão Interamericana de Direitos Humanos por um grupo composto por vinte e sete congressistas peruanos e recebida pela Secretaria em 2 de junho de

29. CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. Caso del Tribunal Constitucional Vs. Peru. Sentencia de 31 de enero de 2001 (Fondo, Reparaciones y Costas). Disponível em: [www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/Seriec_71_esp.pdf]. Acesso em: 20 nov. 2015.

1997. A demanda da Comissão perante a Corte Interamericana foi ajuizada em 2 de julho de 1999, apontando a violação, pelo Peru, dos arts. 8.º, n. 1 e n. 2, alíneas *b*, *c*, *d* e *f* (garantias judiciais), 23, n. 1, alínea *c* (direitos políticos), e 25, n. 1 (proteção judicial), todos eles em relação aos arts. 1.º, n. 1 (obrigação de respeitar os direitos), e 2.º (dever de adotar disposições de direito interno) da CADH. Em 31 de janeiro de 2001, a Corte julgou procedente a demanda de responsabilidade internacional, acolhendo em parte os fundamentos suscitados, especificamente quanto à infringência aos arts. 8.º e 25, e determinando medidas corretivas e reparatórias ao Estado.

Mais uma vez observando o corte metodológico estabelecido para o presente trabalho, é sobre os aspectos da infração ao art. 8.º, n. 1, da CADH, reconhecidos pela Corte Interamericana nos §§ 66 a 85 da sentença de mérito (Fundo, Reparações e Custas), que focaremos nas próximas linhas.

Uma importante ponderação inicial da Corte consistiu na declaração da aplicabilidade das garantias previstas no art. 8.º da CADH não só aos processos conduzidos pelo Poder Judiciário, mas a toda e qualquer instância de natureza processual – o que inclui os processos conduzidos pelos Poderes Executivo e Legislativo no exercício atípico de função jurisdicional –, de modo que as pessoas possam se defender adequadamente ante qualquer tipo de ato emanado do Estado capaz de afetar seus direitos.

Enfatizou a Corte que o respeito aos direitos humanos constitui um limite à atividade estatal, que vale para todo órgão ou funcionário que, em razão de sua autoridade, encontre-se em situação de poder quanto às demais pessoas. É assim ilícita toda forma de exercício do poder público que viole os direitos reconhecidos pela Convenção. E isto é ainda mais importante quando o Estado exerce seu poder sancionatório, pois este não apenas pressupõe a atuação das autoridades com total apego à ordem jurídica, como implica a concessão das garantias mínimas do devido processo a todas as pessoas que estejam sujeitas à sua jurisdição, sob as exigências estabelecidas na CADH.

Acrescentou a Corte que, em conformidade com a separação dos poderes públicos preconizada no Estado de Direito, conquanto a função jurisdicional seja atribuída com feição típica ao Poder Judiciário, outros órgãos ou autoridades públicas podem exercê-la de forma atípica. Destarte, quando a Convenção se refere ao direito de ser ouvido por um "juiz ou tribunal competente" para a "determinação de seus direitos", esta expressão engloba qualquer autoridade pública, seja administrativa, legislativa ou judicial, que através de suas decisões determine direitos e obrigações das pessoas. Por essa razão, a Corte considera que qualquer órgão do Estado que exerça funções de caráter materialmente

jurisdicional tem a obrigação de adotar resoluções que respeitem as garantias do devido processo legal, nos termos do art. 8.º da CADH.

Outrossim, de acordo com o entendimento da Corte, um dos objetivos principais que apresenta a separação de funções é a garantia da independência dos juízes e, para tal efeito, os diferentes sistemas políticos idealizaram procedimentos estritos, tanto para a sua nomeação como para a sua destituição. Quanto ao exercício das atribuições do Congresso para levar a cabo um julgamento político, de que deriva a responsabilidade de um funcionário público, a Corte estimou necessário recordar que toda pessoa sujeita a julgamento de qualquer natureza por um órgão do Estado deverá contar com a garantia de que dito órgão seja competente, independente e imparcial e atue nos termos do procedimento legalmente previsto para o conhecimento e a resolução do caso que se lhe submete.

A Corte verificou que, naquela situação concreta, ficara provado que o julgamento dos magistrados pelo Poder Legislativo havia carecido da necessária imparcialidade do órgão julgador, visto que muitos dos parlamentares que dele participaram tinham de alguma maneira formado e externado as suas convicções previamente, fora do ambiente dialético e discursivo do processo, eis por que vulnerado o art. 8.º, n. 1, da CADH.

Abordados os três emblemáticos casos acima e exposta a *ratio decidendi* de cada um deles no tocante à violação da garantia de julgamento pelo juiz adequado, passemos ao exame de algumas questões pungentes do Processo Penal brasileiro à luz dos precedentes da Corte Interamericana de Direitos Humanos, rumo ao final do presente artigo.

4. Algumas questões do processo penal nacional à luz dos precedentes da Corte Interamericana de Direitos Humanos

No escopo de analisar os possíveis reflexos sobre o ordenamento processual penal pátrio do art. 8.º, n. 1, da CADH, interpretado no enfoque dos precedentes da Corte Interamericana de Direitos Humanos, selecionamos algumas questões a respeito das quais a abertura aos influxos do *controle de convencionalidade* se mostraria inequivocamente salutar, notadamente referentes: 1) à competência da Justiça Militar para o processo e julgamento de civis; 2) ao incidente de deslocamento de competência para a Justiça Federal, instituído pelo art. 109, V-A e § 5.º, da CF/1988, após a EC 45/2004; 3) ao juízo colegiado para o julgamento de crimes praticados por organizações criminosas, previsto na Lei 12.694/2012; 4) à recusa de homologação de promoção de arquivamento e posterior atuação do mesmo juiz no processo penal condenatório; 5) à preven-

ção do juízo em razão da atuação na fase pré-processual; e 6) à atuação do juiz na esfera extrapenal e na apreciação das consequências penais do mesmo fato.[30]

4.1 Competência da Justiça Militar para o processo e julgamento de civis

Ante o direito positivo brasileiro, apenas a Justiça Militar da União tem competência para processar e julgar civis acusados da prática de crimes militares, por força do art. 124 da CF/1988, combinado com os arts. 9.º e 10 do Código Penal Militar (Dec.-lei 1.001/1969), que definem os delitos militares em tempo de paz e em tempo de guerra, e com o art. 82, § 1.º, do Código de Processo Penal Militar (Dec.-lei 1.002/1969), que disciplina a extensão do foro militar a não militares da ativa.

Quanto à Justiça Militar dos Estados, naqueles em que instituída, nos moldes do § 3.º do art. 125 da Lei Maior, sua competência se restringe ao processo e julgamento de militares, tal qual expressamente determina o § 4.º deste dispositivo. Assim, havendo concurso de pessoas entre militar e civil em crime de competência da Justiça Militar Estadual, o processo deverá necessariamente ser cindido, na forma do art. 79, I, do Código de Processo Penal, remetendo-se os autos relativos ao imputado civil à apreciação da Justiça Comum.

Percebe-se, das hipóteses legalmente estabelecidas (arts. 9.º, I e III, e 10 do CPM e art. 82, § 1.º, do CPPM), que a competência da Justiça Militar da União para processar e julgar civis deve guardar a nota da *excepcionalidade*. Todavia, ainda que excepcional, é certo que a própria previsão de submissão de civis ao foro militar se mostra uma *vexata quaestio*, tal como vimos por ocasião da análise do caso Castillo Petruzzi e Outros contra Peru, julgado pela Corte Interamericana de Direitos Humanos (*supra*, 3.1). Com efeito, bem frisou a Corte que a jurisdição militar não é a naturalmente aplicável a civis que carecem de funções militares, e que por isso não podem incorrer em condutas contrárias a deveres funcionais de tal caráter, bem como que, quando a Justiça Militar assume competência sobre um assunto de que deve conhecer a Justiça Comum, vê-se afetado o direito ao juiz natural e, *a fortiori*, o devido processo, o qual, por sua vez, encontra-se intimamente ligado ao próprio direito de acesso à justiça.

Para a Corte, como verificamos, constitui um princípio básico relativo à independência judicial que toda pessoa tem direito de ser julgada por órgãos

30. Sobre o tema do controle de convencionalidade das leis, cf. MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. *O controle jurisdicional da convencionalidade das leis*. 2. ed. São Paulo: Ed. RT, 2011.

judiciários ordinários, com respaldo em procedimentos legalmente definidos, e que o Estado não deve criar juízos que não apliquem normas processuais devidamente estabelecidas para substituir a competência que usualmente corresponda aos juízos ordinários.

Outrossim, se até mesmo os militares podem em tese ser alijados de suas garantias nos processos conduzidos pela Justiça Castrense, o que esperar quando trate de civis alheios aos valores, costumes e ritos da vida militar? De fato, não há nenhuma lógica teórica ou prática em se manter sob a competência da Justiça Militar a decisão de questões envolvendo civis, desprovidos que são de funções militares passíveis de tutela por aquele ramo judiciário.

Pelas razões alinhavadas, urge repensar os arts. 9.º e 10 do CPM e o art. 82, § 1.º, do CPPM, de modo a sujeitá-los a um necessário controle de convencionalidade que, se não vier a extirpar peremptoriamente a anômala competência da Justiça Castrense para processar e julgar civis, ao menos tenderá a cerceá-la cada vez mais.

Tal tendência de cerceamento já pode ser concretamente sentida em recente decisão monocrática prolatada em sede de *habeas corpus* pelo Ministro Gilmar Mendes, do Supremo Tribunal Federal, na qual Sua Excelência reconheceu incompetente a Justiça Militar para processar e julgar civil denunciado pelo crime de utilização de documento falso destinado à renovação de autorização para colecionador de armas.[31] Cabe ressaltar que a concessão de autorização para colecionar armas consiste em função administrativa comum delegada ao Exército, e não em função precipuamente militar, daí a inadequação da Justiça Castrense para apreciar o caso.

4.2 O incidente de deslocamento de competência para a Justiça Federal (art. 109, V-A e § 5.º, da CF/1988, inseridos pela EC 45/2004)

O incidente de deslocamento de competência para a Justiça Federal foi introduzido no art. 109 da Constituição da República pela Emenda Constitucional 45/2004, que lhe acrescentou o inc. V-A e o § 5.º. De acordo com o § 5.º, nas hipóteses de grave violação de direitos humanos, o Procurador-Geral da República, com a finalidade de assegurar o cumprimento de obrigações decorrentes de tratados internacionais de direitos humanos dos quais o Brasil seja

31. STF, HC 130.210/SP, rel. Min. Gilmar Mendes, j. 10.09.2015, p. no *DJe*-182, de 15.09.2015. Nesta decisão são citados os HCs 104.619 e 106.171, da mesma Corte e com similar orientação.

parte, poderá suscitar, perante o Superior Tribunal de Justiça, em qualquer fase do inquérito ou processo, incidente de deslocamento de competência para a Justiça Federal. Ao seu turno, o inc. V-A atribui aos juízes federais de primeiro grau a competência para julgar as causas relativas a direitos humanos a que se refere o § 5.º, ou seja, uma vez que tenha havido o deslocamento da Justiça local para a Justiça Federal, após decisão do STJ proferida no incidente.

A inserção do incidente de deslocamento de competência no ordenamento jurídico pátrio se deveu à assunção, pela República Federativa do Brasil, do compromisso de solucionar o problema da falta de efetiva proteção aos direitos humanos em algumas unidades da Federação. Com efeito, após serem levados à Corte Interamericana de Direitos Humanos vários casos de violações ocorridos no território nacional, aos quais não se tinha prestado a adequada apuração, o Estado Brasileiro se viu compelido a alterar o Texto Constitucional, de modo a instituir mecanismo processual voltado a permitir a transferência à Justiça Federal de competência *ratione materiae* originariamente outorgada à Justiça local (Estadual ou do Distrito Federal), quando presentes circunstâncias excepcionais que denotem a incapacidade das autoridades locais responsáveis – da Polícia Civil, do Ministério Público e/ou do Poder Judiciário – para a instauração e a condução de investigações ou processos relativos a crimes que tenham acarretado graves violações a direitos humanos.

Vale salientar que prestigiada doutrina teceu agudas críticas ao instituto, na forma como foi disciplinado, diante da utilização de critérios vagos e imprecisos pelo enunciado normativo que o contempla e também porque este deixa à discricionariedade de apenas um sujeito a propositura do incidente. Aventou-se ainda a sua inconstitucionalidade, por desrespeito à garantia do juiz natural.[32]

No entanto, e com a devida vênia, não concordamos com o citado posicionamento.

Em primeiro lugar, parece-nos que o incidente de deslocamento de competência, fruto do poder constituinte derivado reformador, guarda coerência, compatibilidade e pertinência imediata com o art. 4.º, II, da CF/1988, que arrola a prevalência dos direitos humanos como um dos princípios regentes da atuação da República Federativa do Brasil nas relações internacionais. Frise-se que, tal qual afirmamos linhas acima, o Estado Brasileiro assumiu o compromisso de solucionar o problema da falta de efetiva proteção aos direitos huma-

32. Neste sentido, por todos, v. BADARÓ, Gustavo Henrique. *Juiz natural no processo penal*, cit., p. 303.

nos em algumas unidades da Federação, sendo o mecanismo ora tratado um importante e eficaz instrumento destinado a tanto.

Em segundo lugar, dadas a inegável excepcionalidade empírica de seus pressupostos – de que é prova o reduzido número de incidentes suscitados (somente cinco), em mais de uma década de vigência do instituto – e a sua contida abrangência – restrita que está às graves violações de direitos humanos –, não nos aparenta possível asseverar que o novel § 5.º do art. 109 da Carta Magna tenha a aptidão de, ainda que *tendencialmente*, abolir a garantia do juiz natural, razão por que a EC 45/2004 não incidiu na vedação insculpida no art. 60, § 4.º, IV, que lhe atrairia a pecha de inconstitucional.

Em terceiro lugar, o acolhimento do incidente não determina o encaminhamento da causa a um órgão jurisdicional instituído *ad hoc*, mas sim a um juízo federal *preconstituído* e *competente* e, portanto, *natural*, na forma do art. 109, V-A, da Lei Maior. Não soaria descabido sustentar que, a partir da modificação operada pela EC 45/2004, a competência para processar e julgar os feitos que versem sobre graves violações de direitos humanos passou a ser, de maneira juridicamente inédita, *concorrente* e *condicional* entre o juízo (originário) local e o juízo (superveniente) federal, vale dizer, enquanto a competência do primeiro está sujeita a uma *condição resolutiva*, a do último se submete a uma *condição suspensiva*, ambas representadas pelo conjunto de circunstâncias extraordinárias previsto no § 5.º do art. 109, que, uma vez reconhecido pelo STJ, dá azo ao deslocamento. Assim visualizada a questão, tem-se que os dois juízos detêm *ex ante* a competência para apreciar os fatos, quedando a fixação definitiva dela subordinada à implementação da condição, a qual, repita-se, para o juízo local tem natureza resolutiva e para o juízo federal tem natureza suspensiva.

Em quarto lugar, e agora no plano do sistema interamericano de proteção aos direitos humanos, calha ser lembrado que o art. 8.º, n. 1, da CADH consigna a garantia de julgamento pelo juiz adequado na tríplice dimensão do juiz natural (competente e estabelecido anteriormente por lei), independente e imparcial. O incidente de deslocamento de competência, destarte, vocaciona-se a resguardar a independência e a imparcialidade exigidas pelo preceito convencional e reforçadas sobretudo pelos precedentes da Corte Interamericana – vide os comentários aos casos Baruch Ivcher Bronstein contra Peru e Tribunal Constitucional contra Peru (*supra*, 3.2 e 3.3) –, em face da incapacidade concreta ou de ingerências externas que porventura acometam o órgão judicante e, via de consequência, comprometam aqueles atributos cogentes.

Por fim, e apesar dos contornos semânticos pouco precisos do § 5.º do art. 109 da CF/1988, que em um primeiro momento causou certo temor de

abuso no manejo do incidente, a prática tem demonstrado que ele vem sendo utilizado com a correta parcimônia pelo seu legitimado ativo exclusivo, o Procurador-Geral da República, e apreciado com elogiável cautela pelo seu juízo competente, o Superior Tribunal de Justiça. Com efeito, dos cinco incidentes instaurados até hoje, apenas três foram acolhidos pelo STJ.[33]

4.3 Juízo colegiado para o julgamento de crimes praticados por organizações criminosas (Lei 12.694/2012)

A Lei 12.694/2012 trouxe em seu art. 1.º a previsão da formação de juízo colegiado, composto por juízes atuantes em primeiro grau de jurisdição, para a prática de qualquer ato processual em processos ou procedimentos que tenham por objeto crimes praticados por organizações criminosas, notadamente para a decretação de prisão ou de medidas assecuratórias (inc. I), para a concessão de liberdade provisória ou a revogação de prisão (inc. II), para a prolação de sentença (inc. III), para a concessão de progressão ou a determinação de regressão de regime de cumprimento de pena (inc. IV), para a concessão de livramento condicional (inc. V), para a transferência de preso a estabelecimento prisional de segurança máxima (inc. VI) e para a inclusão de preso no regime disciplinar diferenciado (inc. VII).

A instauração do colegiado se dá a critério do juiz da causa (art. 1.º, *caput*), o qual, mediante decisão fundamentada, indicará os motivos e as circunstâncias que acarretam risco à sua integridade física e, por conseguinte, ensejam a providência, devendo disso dar conhecimento ao órgão correcional (art. 1.º, § 1.º). O juízo plural será formado pelo juiz suscitante da medida e por outros dois magistrados, escolhidos por sorteio eletrônico dentre aqueles com competência criminal em exercício no primeiro grau (art. 1.º, § 2.º), e sua competência se limita à prática do ato para o qual foi convocado (art. 1.º, § 3.º). Também merece registro que as decisões do colegiado deverão ser fundamentadas e firmadas, sem exceção, por todos os seus integrantes, bem como serão publicadas sem referência a eventual voto divergente de qualquer membro (art. 1.º, § 6.º).

Não obstante a louvável preocupação do legislador em instituir um efetivo mecanismo processual de proteção em favor dos magistrados incumbidos de processar e julgar delitos cometidos na usualmente perigosa ambiência da criminalidade organizada, o preceito legal em tela não escapou de críticas.

33. V. STJ, IDC 2/DF, 3ª Seção, Rel. Min. Laurita Vaz, j. 27.10.2010, p. no *DJe* de 22.11.2010; STJ, IDC 5/PE, 3ª Seção, Rel. Min. Rogério Schietti Cruz, j. 13.08.2014, p. no *DJe* de 01.09.2014; e STJ, IDC 3/GO, 3ª Seção, rel. Min. Jorge Mussi, j. em 10.12.2014, p. no *DJe* de 02.02.2015.

Como salienta Nereu José Giacomolli, integra a garantia do juiz predeterminado pela lei a constituição dos órgãos jurisdicionais unipessoais e colegiados, na primeira e nas demais instâncias, cujo provimento há de obedecer aos critérios legais ordinariamente predefinidos – promoção por antiguidade ou merecimento, remoções, ordem de vacância dos cargos, por exemplo. A incorporação da garantia do juiz natural ao ordenamento jurídico não permite a retirada *manu militari* do julgador do processo ou a designação casuística de outro para processar e julgar determinada causa penal de competência de magistrado diverso, previamente determinado pela lei. E isso tanto por lei quanto por ato administrativo. Nessa perspectiva – conclui o jurista –, não tem aderência constitucional a formação de colegiado pelo juiz, *sponte sua* e *ad hoc*, para proferir decisões jurisdicionais, conforme previsto no art. 1.º da Lei 12.694/2012, mesmo com regulamentação pelos tribunais (§ 7.º).[34]

De nossa parte, entendemos que a instituição do órgão colegiado de primeiro grau não afronta a garantia de julgamento pelo juiz adequado, especialmente quanto ao seu elemento consistente na garantia do juiz natural.

Com efeito, considerando que a medida deve se basear em dados concretos autorizadores do reconhecimento de fundado receio de perigo ao julgador singular, que este não é excluído da apreciação do caso e que há um critério prévio, objetivo e impessoal para a seleção dos demais magistrados que comporão o juízo plural, qual seja, o sorteio, afastam-se de modo satisfatório as possibilidades de indevida manipulação da competência, cuja vedação caracteriza a precípua *ratio* da garantia do juiz natural.

Ademais, e no limite, a formação do órgão colegiado se presta a resguardar as próprias independência e imparcialidade do juiz diante do real temor de riscos à sua segurança pessoal, estando destarte em consonância com o art. 8.º, n. 1, da CADH e com a interpretação que dele faz a Corte Interamericana de Direitos Humanos, tal qual visto anteriormente (*supra*, 3.1, 3.2 e 3.3).

Em suma, o mecanismo processual em apreço se insere no propósito convencional de assegurar a garantia de julgamento pelo juiz adequado.

4.4 Recusa de homologação de promoção de arquivamento e posterior atuação do mesmo juiz no processo penal condenatório

É cediço que, na sistemática processual penal vigente há mais de sete décadas, e conforme o art. 28 do Código de Processo Penal, o juiz criminal

34. GIACOMOLLI, Nereu José. *O devido processo penal*: abordagem conforme a Constituição Federal e o Pacto de São José da Costa Rica, cit., p. 258.

desempenha a *atípica* ou *anômala* função de fiscal da obrigatoriedade do exercício da ação penal de iniciativa pública pelo Ministério Público, função essa de cunho nitidamente administrativo-persecutório. Preconiza aquele dispositivo que, se o membro do *Parquet*, ao invés de oferecer denúncia, promover o arquivamento do inquérito policial ou de quaisquer peças de informação, o juiz, no caso de *considerar improcedentes as razões invocadas*, determinará a remessa do inquérito ou das peças informativas ao Procurador-Geral, e este ofertará a peça acusatória, designará outro agente ministerial para fazê-lo ou insistirá no arquivamento, ao qual só então estará o magistrado obrigado a atender.

Ocorre que, se o Chefe do Ministério Público entender haver fundamento para a deflagração do processo penal condenatório, desta forma oferecendo diretamente a denúncia ou designando membro da instituição para funcionar como seu *longa manus*, o mesmo juiz que se recusara a homologar a promoção de arquivamento prosseguirá atuando na persecução criminal, desta vez exercendo *função jurisdicional típica*. Vale dizer, à míngua de explícita regra impeditiva que determine o seu afastamento do caso, caberá a tal magistrado o processo e o julgamento da infração penal e do réu sobre os quais já exarou convicção prévia, ainda que perfunctória, no sentido da existência de base empírica para a acusação.

De fato, o julgador, ao motivar sua discordância da promoção de arquivamento, externa juízo técnico de valor jurídico-penal *antes da colheita da prova*, restando inequivocamente vinculado à posição tomada, com quebra da sua necessária imparcialidade.[35]

Adverte Gustavo Badaró que o Tribunal Europeu de Direitos Humanos firmou posicionamento no sentido de que o juiz em relação ao qual se possa temer legitimamente a falta de imparcialidade perde a confiança que os Tribunais de uma sociedade democrática hão que inspirar em seus jurisdicionados – começando, no Processo Penal, pela confiança dos próprios acusados. Segundo a *teoria da aparência geral de imparcialidade*, para que a função jurisdicional seja legitimamente exercida, não basta que o magistrado seja subjetivamente imparcial, é necessário também que a sociedade acredite que o julgamento se deu perante um juiz imparcial. Um julgamento que toda a sociedade acredite ter sido realizado por juiz parcial será tão pernicioso e ilegítimo quanto um julgamento realizado perante juiz intimamente comprometido com uma das

35. Cf. SOUZA NETTO, José Laurindo de. *Processo penal*: sistemas e princípios, cit., p. 57.

partes. Consequentemente, tão importante quanto o juiz *ser imparcial* é o juiz *parecer ser imparcial*.[36]

Também a Corte Interamericana de Direitos Humanos – como vimos nos seus julgados analisados neste trabalho (*supra*, 3.1, 3.2 e 3.3) –, interpretando com grande amplitude o mandamento do art. 8.°, n. 1, da CADH, busca assegurar que o juiz esteja totalmente isento de pré-concepções e predisposições capazes de repercutirem negativamente sobre a sua imparcialidade.

Assim, uma exegese *convencionalmente adequada* da função anômala cometida ao julgador pelo art. 28 do CPP implica reconhecer que ele, uma vez que se recuse a homologar a promoção de arquivamento ministerial, deverá ficar *absolutamente impedido* de exercer a função jurisdicional no eventual processo penal de conhecimento condenatório que vier a ser instaurado, porquanto se verá irremediavelmente comprometida a sua imparcialidade.

Tal impedimento, outrossim, a par de decorrer da garantia insculpida no art. 8.°, n. 1, da CADH, na inteligência que lhe dá a Corte Interamericana, também pode ser extraído da interpretação extensiva do art. 252, III, do CPP, de maneira que a expressão "outra instância" – na qual o juiz tenha se pronunciado "de fato ou de direito, sobre a questão" –, para além de *outro grau de jurisdição*, seja compreendida com o sentido mais abrangente de *outra fase da persecução criminal*, ou até de *outro âmbito (não penal) de apreciação*.

A ideia acima, como veremos na sequência, presta-se a solucionar problemas de similar natureza envolvendo o conhecimento prévio, pelo magistrado, da matéria submetida ao seu julgamento na seara penal.

4.5 *Prevenção do juízo em razão da atuação na fase pré-processual*

Ao contrário do que sucede em vários ordenamentos jurídicos, não há, na atual sistemática processual penal brasileira, a imposição de necessária separação entre o juiz que de qualquer modo seja instado a se pronunciar na fase investigatória da persecução criminal – por exemplo, decretando medidas cautelares pessoais ou reais ou autorizando meios intrusivos de obtenção de prova – e o juiz incumbido de conduzir o processo penal condenatório. Ao revés, a atuação jurisdicional pré-processual é inclusive considerada causa de *prevenção* do juízo para o subsequente exercício da função judicante no processo cognitivo, por força do art. 83 do CPP.

O ponto problemático, principalmente no contexto recente do país, está no fato de que grande número de decisões judiciais a respeito de buscas domicilia-

36. BADARÓ, Gustavo Henrique. *Processo penal*, cit., p. 43.

res, prisões e constrições patrimoniais precedem o oferecimento de denúncia. Em muitos casos, as petições referentes a pedidos de prisões cautelares, sejam elas temporárias ou, mais ainda, preventivas, constituem verdadeiros libelos acusatórios. Desse modo, o julgador que funcionará no processo penal acaba tendo uma aprofundada ciência, antecedente ao exercício da ação penal, de muitos dos fatos e elementos relacionados à imputação que deverá ao depois decidir no mérito. Sem contraditório e sem a dialética processual, o magistrado já vem a possuir conhecimento da causa penal, não pleno, mas suficiente para potencialmente comprometer a sua imparcialidade.

Como vimos antes, a Corte Interamericana de Direitos Humanos preconiza o desconhecimento prévio do caso penal como pressuposto da imparcialidade do juiz.

Na mesma linha se orienta o Projeto de Novo Código de Processo Penal (PLS 156/2009), em trâmite no Congresso Nacional, o qual, a fim de evitar a contaminação do juiz do processo de conhecimento com uma visão pré-concebida dos fatos que haverá de apreciar, pretende instituir a figura do *juiz de garantias*, cuja competência se estenderá por toda a fase investigatória e se encerrará com o oferecimento da denúncia ou o arquivamento dos autos da investigação, nos moldes dos arts. 14 e 15 do texto. Ademais, o art. 16 do diploma perspectivado salutarmente estatui o impedimento, para atuar no processo condenatório, do julgador que, na etapa de investigação, houver praticado qualquer ato incluído no rol do art. 14.

Enquanto não sobrevém a desejada reforma processual penal, contudo, o problema ora apontado também pode ser resolvido mediante a interpretação extensiva do art. 252, III, do CPP, pautada no art. 8.º, n. 1, da CADH e na inteligência que lhe dá a Corte Interamericana, de maneira que a expressão "outra instância" – na qual o juiz tenha se pronunciado "de fato ou de direito, sobre a questão" –, para além de *outro grau de jurisdição*, seja compreendida aqui com o sentido mais abrangente de *outra fase da persecução criminal*.

4.6 *Atuação do juiz na esfera extrapenal e na apreciação das consequências penais do mesmo fato*

Por derradeiro, não é raro acontecer que o juiz criminal, antes de julgar a imputação penal, tenha aprofundada ciência dos fatos relativos a ela em outra esfera, extrapenal.

Suponha-se que um juiz, titular em comarca pequena, cumule competências cível e criminal e, no exercício da primeira, haja julgado demanda de responsabilização por ato de improbidade administrativa proposta pelo *Parquet*

em face de agente público. Pouco depois, e já no exercício da competência criminal, deve apreciar as repercussões penais da mesma conduta, não mais caracterizada como ato ímprobo, mas sim como delito funcional.

Ou ainda, suponha-se que um juiz seja designado pelo respectivo Tribunal para presidir processo administrativo disciplinar instaurado em face de servidor a quem se imputa a prática de falta grave e, em seguida, no exercício da competência criminal, precise julgar as consequências penais do mesmo comportamento, não mais caracterizado como ilícito administrativo-funcional, mas sim como infração penal.

Em ambos os exemplos, é nítida a contaminação da convicção do magistrado pelos elementos probatórios cuja produção acompanhou de perto e que valorou com detença ao proferir sua decisão, seja no processo civil, seja no processo administrativo, retirando-se-lhe a ignorância e a isenção originárias e por isso comprometendo a sua imparcialidade. De fato, o subsequente processo criminal dificilmente não seria um "jogo de cartas marcadas", com séria tendência à reprodução do resultado precedente, embora sob "nova roupagem" jurídico-penal.

Mais uma vez, o problema ora apontado também pode ser resolvido mediante a interpretação extensiva do art. 252, III, do CPP, pautada no art. 8.º, n. 1, da CADH e na inteligência que lhe dá a Corte Interamericana de Direitos Humanos, de maneira que a expressão "outra instância" – na qual o juiz tenha se pronunciado "de fato ou de direito, sobre a questão" –, para além de *outro grau de jurisdição*, seja compreendida aqui com o sentido mais abrangente de *outro âmbito (não penal) de apreciação*.

5. CONSIDERAÇÕES CONCLUSIVAS

Para além de poder, função e atividade, a jurisdição, em especial no âmbito penal, pode e deve ser vista como um direito fundamental, uma garantia inerente ao modelo do Estado de Direito.

Outrossim, mostra-se até intuitivo que esse direito à jurisdição penal não se realiza substancialmente e não se satisfaz com o julgamento por qualquer juiz.

Impõe-se o julgamento pelo juiz adequado, que, conforme o art. 8.º, n. 1, da Convenção Americana de Direitos Humanos, é aquele que reúne os atributos da preconstituição, da competência, da independência e da imparcialidade.

A jurisprudência da Corte Interamericana de Direitos Humanos é firme no sentido de resguardar, de modo bastante amplo, ditos predicados da judicatura, como ressai cristalino dos casos emblemáticos trazidos à colação neste artigo.

GUINALZ, Ricardo Donizete; LIMA, Thadeu Augimeri de Goes. A garantia de julgamento pelo juiz adequado na convenção americana de direitos humanos: alguns reflexos sobre o processo penal brasileiro. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. vol. 128. ano 25. p. 349-381. São Paulo: Ed. RT, fevereiro 2017.

Ademais, dos seis tópicos suscitados referentes ao ordenamento e à práxis processuais penais brasileiros, apenas dois se nos apresentam como compatíveis com o preceito convencional e com a inteligência que lhe dá a Corte Interamericana, ensejando a impostergável necessidade de sujeição dos demais a uma exegese adaptativa à *ratio* da garantia, no típico exercício do controle de convencionalidade, ainda que de forma difusa.

A marcha em direção à consolidação do devido processo no Brasil é tortuosa e muitas vezes lenta, porém há que ser constante e determinada.

O escopo destas singelas linhas foi contribuir com mais uns poucos e pequenos passos, submetendo à indagação algumas certezas dogmáticas inercialmente repetidas, a fim de despertar novos questionamentos que quiçá se desenvolverão em práticas mais afeitas à promoção dos direitos humanos de caráter processual.

6. BIBLIOGRAFIA

BADARÓ, Gustavo Henrique. *Juiz natural no processo penal*. São Paulo: Ed. RT, 2014.

_____. *Processo penal*. 3. ed. São Paulo: Ed. RT, 2015.

BARRETO, Ireneu Cabral. *A convenção europeia dos direitos do homem*: anotada. 3. ed. Coimbra: Coimbra, 2005.

BINDER, Alberto M. *Introdução ao direito procesual penal*. Trad. de Fernando Zani, com revisão e apresentação de Fauzi Hassan Choukr. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003.

CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito constitucional e teoria da constituição*. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2003.

CARBONELL, José Carlos Remotti. *La corte interamericana de derechos humanos*: estructura, funcionamiento y jurisprudencia. Barcelona: LAEL; Instituto Europeo de Derecho, 2003.

CHIAVARIO, Mario. Art. 6 – Diritto ad un processo equo. In: BARTOLE, Sergio; CONFORTI, Benedetto; RAIMONDI, Guido (Org.). *Commentario alla convenzione europea per la tutela dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali*. Padova: CEDAM, 2001.

CINTRA, Antonio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. *Teoria geral do processo*. 26. ed. São Paulo: Malheiros, 2010.

CORDERO, Franco. *Procedura penale*. 8. ed. Milano: Giuffrè, 2006.

DIAS, Jorge de Figueiredo. *Direito processual penal*. Coimbra: Coimbra, 1981. v. 1.

FAZZALARI, Elio. *Instituições de direito processual*. Trad. de Elaine Nassif. Campinas: Bookseller, 2006.

FERNANDES, Antonio Scarance. *Processo penal constitucional*. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

FERRAJOLI, Luigi. *Direito e razão*: teoria do garantismo penal. 2. ed. Trad. de Ana Paula Zomer Sica, Fauzi Hassan Choukr, Juarez Tavares e Luiz Flávio Gomes. São Paulo: Ed. RT, 2006.

GIACOMOLLI, Nereu José. *O devido processo penal*: abordagem conforme a Constituição Federal e o Pacto de São José da Costa Rica: *cases* da Corte Interamericana, do Tribunal Europeu e do STF. São Paulo: Atlas, 2014.

GRECO FILHO, Vicente. *Manual de processo penal*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 1998.

HITTERS, Juan Carlos. *Derecho internacional de los derechos humanos*. Buenos Aires: Ediar, 1993. t. 2.

JARDIM, Afrânio Silva. *Direito processual penal*. 11. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2005.

LOPES JR., Aury. *Introdução crítica ao processo penal*: (fundamentos da instrumentalidade constitucional). 4. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

_____. *Direito processual penal*: e sua conformidade constitucional. 4. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009. v. 1.

MACHADO, Antônio Alberto. *Teoria geral do processo penal*. São Paulo: Atlas, 2009.

MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. *O controle jurisdicional da convencionalidade das leis*. 2. ed. São Paulo: Ed. RT, 2011.

PONCET, Dominique. *La protection de l'accusé par la Convention Européenne des Droits de l'Homme*: étude de droit comparé. Genève: George et Cie, 1977.

RAMOS, André de Carvalho. *Processo internacional de direitos humanos*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2002.

SOUZA NETTO, José Laurindo de. *Processo penal*: sistemas e princípios. Curitiba: Juruá, 2003.

TUCCI, Rogério Lauria. *Teoria do direito processual penal*: jurisdição, ação e processo penal: (estudo sistemático). São Paulo: Ed. RT, 2002.

GUINALZ, Ricardo Donizete; LIMA, Thadeu Augimeri de Goes. A garantia de julgamento pelo juiz adequado na convenção americana de direitos humanos: alguns reflexos sobre o processo penal brasileiro. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. vol. 128. ano 25. p. 349-381. São Paulo: Ed. RT, fevereiro 2017.

PESQUISAS DO EDITORIAL

Veja também Doutrina

- A garantia do juiz natural: predeterminação legal do órgão competente e da pessoa do julgador, de Gustavo Badaró – *RBCCrim* 112/165-188 (DTR\2015\1979);
- As obrigações internacionais de proteção dos direitos humanos por meio do sistema de justiça criminal e seu impacto no direito penal brasileiro: o caso Gomes Lund vs. Brasil, de Sergio Gardenghi Suiama – *RBCCrim* 108/299-345 (DTR\2014\9537);
- Perspectivas da pena no direito internacional dos direitos humanos: uma análise do caso da corte interamericana de direitos humanos Mendoza e outros vs. Argentina, de Raquel da Cruz Lima – *RBCCrim* 109/351-365 (DTR\2014\15128); e
- Tratamento coletivo adequado das demandas individuais repetitivas pelo juízo de primeiro grau, de Flávia de Almeida Montingelli Zanferdini e Alexandre Gir Gomes – *RePro* 234/181-207 (DTR\2014\8859).

GUINALZ, Ricardo Donizete; LIMA, Thadeu Augimeri de Goes. A garantia de julgamento pelo juiz adequado na convenção americana de direitos humanos: alguns reflexos sobre o processo penal brasileiro. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. vol. 128. ano 25. p. 349-381. São Paulo: Ed. RT, fevereiro 2017.

Representações sociais produzidas por deputados federais sobre a redução da maioridade penal

Social representations made by congressmen about reducing the minimum age of criminal responsibility

Ricardo Gonçalves Vaz de Oliveira

Mestrando pelo Programa de Pós-Graduação em Psicologia da Faculdade de Filosofia, Ciências e Letras de Ribeirão Preto/USP. Especialista em Docência no Ensino Superior pelo Centro Universitário Barão de Mauá. Bacharel em Direito pelo Instituto Matonense Municipal de Ensino Superior – IMMES. Membro da Polícia Civil do Estado de São Paulo.
ricardo.gvdeoliveira@usp.br

Gustavo D'Andrea

Doutor em Ciências pelo Programa de Pós-Graduação da Escola de Enfermagem de Ribeirão Preto/USP. Mestre pelo Programa de Pós-Graduação em Psicologia da Faculdade de Filosofia, Ciências e Letras de Ribeirão Preto/USP. Bacharel em Direito pela Universidade de Ribeirão Preto-Unaerp. Advogado.
dandrea@usp.br

Maria Sâmara de Jesus Azevedo

Bacharel em Comunicação Social com Habilitação em Jornalismo pelo Centro Universitário Barão de Mauá. Pesquisadora do Observatório de Violência e Práticas Exemplares, da FFCLR/ USP. Jornalista.
samyy.azevedo@gmail.com

Carla Aparecida Arena Ventura

Livre Docente pela Escola de Enfermagem de Ribeirão Preto/USP. Pós-Doutorado pela University of Toronto. Doutorado em Administração pela Universidade de São Paulo. Mestrado em Direito pela Universidade Estadual Paulista Júlio de Mesquita Filho – UNESP. Bacharel em Direto pela Universidade Estadual Paulista Júlio de Mesquita Filho – UNESP. Bacharel em Relações Internacionais pela Universidade de Brasília – UnB. Professor Associado do Departamento de Enfermagem Psiquiátrica e Ciências Humanas da Escola de Enfermagem de Ribeirão Preto da Universidade de São Paulo.
caaventu@gmail.com

Sérgio Kodato

Pós-Doutorado pela Universitat Autònoma de Barcelona. Doutorado em Psicologia Escolar e do Desenvolvimento Humano pela Universidade de São Paulo. Mestrado em Psicologia Escolar e do Desenvolvimento Humano pela Universidade de São Paulo. Bacharel em Psicologia. Professor Doutor do Departamento de Psicologia da Faculdade de Filosofia, Ciência e Letras de Ribeirão Preto da Universidade de São Paulo – USP.
skodato@hotmail.com

Oliveira, Ricardo Gonçalves Vaz de; D'Andrea, Gustavo; Azevedo, Maria Sâmara de Jesus; Ventura, Carla Aparecida Arena; Kodato, Sérgio. Representações sociais produzidas por deputados federais sobre a redução da maioridade penal. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. vol. 128. ano 25. p. 385-407. São Paulo: Ed. RT, fevereiro 2017.

Recebido em: 11.04.2016
Aprovado em: 21.06.2016
Última versão autores: 13.07.2016

ÁREA DO DIREITO: Penal

RESUMO: A violência, em termos gerais, sempre foi um tema bastante polêmico, tomando a atenção de legisladores, juristas brasileiros e, especialmente, da população. Neste embate, tramitam atualmente no Congresso Nacional diversas propostas cuja finalidade é reduzir a criminalidade, dentre elas, em especial, tem-se a PEC (Proposta de Emenda à Constituição) 171/1993, que ganhou grande divulgação na imprensa uma vez que pretende reduzir a atual maioridade criminal de 18 para 16 anos. O presente estudo qualitativo apresentou como objetivo compreender e analisar discursos proferidos por deputados em sessões da Câmara dos Deputados que discutiram a tramitação da referida PEC. Os dados foram analisados com base no referencial da Teoria das Representações Sociais proposta por Serge Moscovici. Foram selecionados 109 discursos proferidos por 14 deputados. As unidades de significado que formam as representações sociais dos parlamentares foram classificadas em seis categorias: violência e delinquência juvenil; opinião popular; sistema prisional; Estatuto da Criança e do Adolescente; políticas públicas e (in) constitucionalidade da proposta de emenda constitucional. O estudo realizado aponta que a forma como os deputados representam o fenômeno da violência juvenil, bem como as decisões tomadas por eles para a resolução do problema, são significantemente influenciadas pelo conhecimento oriundo do senso comum.

PALAVRAS-CHAVE: Representações sociais - Deputados federais - Maioridade penal - Proposta de Emenda à Constituição - Violência e delinquência juvenil.

ABSTRACT: Violence, in general, has been always a polemic subject, grabbing attention of legislators, Brazilian jurists and especially the population. In that debate, it's been processed at the Brazilian National Congress a series of bills with the aim of trying to reduce criminality. Among them is a purpose of constitutional amendment (nº 171/1993) that intends to reduce the minimum age of criminal responsibility (from 18 to 16 years old). That purpose has gained wide exposure in the press. This qualitative study aims to analyze congressmen speeches on that subject. Data has been analyzed basing on Social Representations Theory purposed by Serge Moscovici. It has been selected 109 speeches delivered by 14 congressmen. We divided meaning unities that build the social representations in six categories: juvenile violence and delinquency; popular opinion; prison system; Child and Adolescent Statute; public policies; and (un)constitutionality of the amendment purpose. The results point that the way in which congressmen see the juvenile violence phenomenon, and also the way in which the decisions are taken to solve the problem, are significantly influenced by the knowledge derived from the common sense.

KEYWORDS: Social representations - Congressman - Criminal majority - Proposed Amendment to the Constitution - Violence and delinquency youth.

SUMÁRIO: 1. Introdução. 2. Referencial teórico-metodológico. 3.. Procedimento. 4. Resultados. 4.1. Violência e delinquência juvenil. 4.2. Opinião popular. 4.3. Sistema penitenciário.

OLIVEIRA, Ricardo Gonçalves Vaz de; D'ANDREA, Gustavo; AZEVEDO, Maria Sâmara de Jesus; VENTURA, Carla Aparecida Arena; KODATO, Sérgio. Representações sociais produzidas por deputados federais sobre a redução da maioridade penal. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. vol. 128. ano 25. p. 385-407. São Paulo: Ed. RT, fevereiro 2017.

4.4. Estatuto da Criança e do Adolescente. 4.5. Políticas públicas. 4.6. (In)constitucionalidade da proposta de Emenda Constitucional. 5. Origem e processo de formação das representações sociais dos parlamentares. 6. As representações sociais – quanto ao seu conteúdo. 7. Considerações finais. 8. Referências.

1. Introdução

O presente estudo busca compreender e analisar as representações sociais produzidas por deputados federais no contexto das discussões envolvendo a PEC 171/1993, por meio de análise sistematizada de discursos públicos proferidos por tais parlamentares. Necessário se faz, antes, contextualizar a temática, explorando a literatura científica sobre o assunto.

Minayo (1994) elucida que, desde tempos imemoriais, existe uma preocupação por parte do ser humano em entender a essência do fenômeno da violência, bem como de sua natureza, suas origens e meios apropriados, a fim de atenuá-la, preveni-la e eliminá-la da convivência social. Um dos exemplos é a grande preocupação social em relação ao envolvimento cada vez maior de crianças e adolescentes no "mundo do crime".

Uma das possíveis soluções frequentemente apontadas pelo senso comum é a redução da maioridade penal, ou seja, a redução da idade mínima em que uma pessoa pode ser processada e julgada na Justiça Criminal e não mais no sistema processual direcionado a crianças e adolescentes. A fixação da maioridade penal em 18 anos está prevista no art. 228 da Constituição Federal (CF), que afirma: "art. 228. São penalmente inimputáveis os menores de dezoito anos, sujeitos às normas da legislação especial". Diante dessa situação, diferentemente do que ocorre com os jovens maiores de 18 anos que são processados e punidos pela Justiça Criminal, crianças e adolescentes, quando praticam alguma conduta prevista em lei como sendo crime, são julgados pela Justiça da Infância e da Juventude, regulamentada pelo Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA), ocasião em que podem ser submetidos à aplicação de alguma medida de proteção ou socioeducativa.

Segundo Fonseca (2007), as medidas socioeducativas buscam "restabelecer e fortalecer os vínculos familiares e os vínculos comunitários por meio de uma assistência digna e promotora de direitos [...] com vistas a resgatar a cidadania do adolescente com a proteção do Estado e de natureza tutelar".

No Congresso Nacional, existem diversos projetos que procuram alterar a situação jurídica dos adolescentes autores de atos infracionais. Um dos que ganhou maior destaque devido à exposição junto à mídia foi a Proposta de Emenda Constitucional (PEC) 171/1993, que tramita na Câmara dos Deputa-

Oliveira, Ricardo Gonçalves Vaz de; D'Andrea, Gustavo; Azevedo, Maria Sâmara de Jesus; Ventura, Carla Aparecida Arena; Kodato, Sérgio. Representações sociais produzidas por deputados federais sobre a redução da maioridade penal. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. vol. 128. ano 25. p. 385-407. São Paulo: Ed. RT, fevereiro 2017.

dos e pretende modificar o texto da Constituição Federal, a fim de alterar de 18 para 16 anos a idade mínima para que o indivíduo possa ser responsabilizado criminalmente pela prática de um delito.

No contexto do jogo político, as representações sociais também são compartilhadas. O discurso proferido pelo parlamentar se caracteriza como meio de possível interferência na realidade criada pelo senso comum, algumas vezes até mesmo no sentido de tentar criar, intencionalmente, um imaginário sobre determinado objeto. De acordo com Moscovici (2003, p. 71):

> A materialização de uma abstração é uma das características mais misteriosas do pensamento e da fala. Autoridades políticas e intelectuais, de toda espécie, a exploram com a finalidade de subjugar as massas. Em outras palavras, tal autoridade está fundamentada na arte de transformar uma representação na realidade da representação; transformar a palavra que substitui a coisa, na coisa que substitui a palavra.

Para Campos (2009), as percepções dos parlamentares, bem como da sociedade de forma geral, sobre a redução da maioridade penal e a escolha de políticas públicas a serem defendidas com a finalidade de solucionar o problema da violência juvenil são consideravelmente influenciadas pelos meios de comunicação, por meio da repercussão pública de crimes. Nesse cenário, Cunha, Ropelato e Alves (2006) argumentam que a imprensa divulga a proposta de redução da maioridade penal como uma ação eficaz e, com isso, cria-se o imaginário de que as medidas socioeducativas previstas no ECA e aplicadas pela justiça infanto-juvenil são muito brandas e incapazes de conter a violência praticada por adolescentes, imaginário esse que contribui para a existência de um sentimento de impunidade entre a população.

Bakker (2013), ao analisar os discursos orais proferidos por deputados federais durante a sessão legislativa de 2013, constatou que as representações sociais que os congressistas brasileiros possuíam variavam de acordo com o posicionamento ideológico de política pública adotado pelo parlamentar. Assim, aqueles favoráveis à redução da maioridade penal acabavam por realizar discursos que reforçam a exclusão social do adolescente infrator, construindo a imagem de um inimigo a ser combatido; já aqueles contrários à medida, buscavam desassociar o crime de seu autor, identificando-o como um indivíduo com consciência e sentimentos, representando-o como um ator social pertencente ao universo do qual o deputado faz parte.

Corte Real e Conceição (2013) estudaram as representações sociais dos membros do Congresso Nacional por meio da análise de textos de documentos diversos, tais como pareceres e PECs que tratavam de assuntos análogos

OLIVEIRA, Ricardo Gonçalves Vaz de; D'ANDREA, Gustavo; AZEVEDO, Maria Sâmara de Jesus; VENTURA, Carla Aparecida Arena; KODATO, Sérgio. Representações sociais produzidas por deputados federais sobre a redução da maioridade penal. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. vol. 128. ano 25. p. 385-407. São Paulo: Ed. RT, fevereiro 2017.

ao objeto específico da PEC 171/1993. Tais autoras perceberam que, mesmo demonstrando conhecimento jurídico sobre a questão discutida, os discursos de parlamentares a favor da redução da maioridade penal se assemelhavam aos argumentos utilizados em legislações antigas e já superadas, como o Código de Menores. O estudo apontou ainda que, de certa forma, tais discursos acabavam por entrar em conflito com princípios de proteção integral ao adolescente, defendidos pelo ECA e pelas normas de promoção de Direitos Humanos.

No tocante a questões envolvendo Direitos Humanos, o sistema da Organização das Nações Unidas (ONU) no Brasil declarou, por meio de nota, estar acompanhando a tramitação da PEC 171/1993 junto ao Congresso Nacional, ocasião em que se manifestou contrário à proposta de alteração constitucional, justificando que o país deveria procurar medidas alternativas à redução da maioridade penal, pois, em sua visão, tal proposta "agrava contextos de vulnerabilidade, reforça o racismo e a discriminação racial e social, e fere acordos de direitos humanos e compromissos internacionais historicamente assumidos pelo Estado brasileiro" (ONU, 2015).

A sugestão materializada pela PEC 171/1993 é polêmica e divide a opinião da sociedade brasileira, gerando discussões dentre os mais diferentes grupos sociais. Em relação aos representantes do povo junto ao parlamento não é diferente, pois em seus discursos, proferidos em sessões públicas, é possível observar a presença de símbolos e sentidos que constituem as representações sociais que possuem sobre o assunto, visto que, como citado por Jodelet (2001), as representações sociais podem ser observáveis em muitas ocasiões, já que "circulam nos discursos, são carregadas pelas palavras, veiculadas nas mensagens e imagens mediáticas, cristalizadas nas condutas e agenciamentos materiais ou espaciais".

Nesse cenário, necessário se faz ampliarmos a compreensão sobre o tema, olhando mais de perto o posicionamento parlamentar sobre a PEC 171/1993. Para agregar nossa contribuição aos estudos citados, realizamos o presente estudo no sentido de analisar o conteúdo dos discursos de deputados federais, proferidos em sessões oficiais realizadas durante o ano de 2015, com a finalidade de compreender as representações que esses parlamentares possuem sobre a PEC 171/1993. Descreve-se, a seguir, o método para a coleta e análise dos dados, de modo a demonstrar o passo a passo de obtenção dos resultados do presente estudo.

2. REFERENCIAL TEÓRICO-METODOLÓGICO

O presente estudo se fundamenta na teoria das representações sociais proposta por Serge Moscovici, Jodelet e colaboradores. Para Moscovici (2003),

as representações sociais são estruturas psicológicas construídas a partir de símbolos compartilhados e enriquecidos por experiências empíricas anteriormente vivenciadas pelos indivíduos, cujos conteúdos são produto de um longo processo que determina sua organização. Durante esse processo, novas informações e símbolos são transmitidos e recebidos com a prática cotidiana de comunicação derivada de estruturas informais. A função das representações sociais, então, seria a de agregar o novo à estrutura de conhecimentos já existente, com a finalidade de recriar objetos, ideias e seres desconhecidos, tornando-os mais próximos, familiares, compreensíveis e atuais.

As representações sociais constituem fenômenos sempre ativos e que agem na vida em sociedade. São compostas por elementos informativos, cognitivos, ideológicos, normativos, crenças, valores, atitudes, opiniões e imagens, dentre outros, os quais são organizados em uma espécie de saber sobre o estado da realidade (JODELET, 2001). Em síntese, é possível afirmar que as representações sociais constituem um conjunto de sentimentos e pensamentos que são expressos e que podem ser observados pelo pesquisador tanto no discurso como no comportamento dos indivíduos de determinado grupo, atribuindo-se características e significados a objetos, os quais se alteram conforme a compreensão social do grupo sobre o mundo (WAGNER et al., 1999).

Para a análise dos dados, foi utilizada a técnica de análise de conteúdo por categorias (BARDIN, 2011). Na análise temática, as categorias são construídas conforme os temas emergem do texto. Para se classificar as informações em categorias é necessário identificar o que elas têm em comum, permitindo assim seu agrupamento.

3. PROCEDIMENTO

Foram coletados no site da Câmara dos Deputados documentos oficiais contendo transcrições de notas taquigráficas de sessões públicas que visavam discutir a PEC 171/1993. As transcrições se encontram disponíveis para acesso na página da Câmara Legislativa.[1]

A atividade de taquigrafia da Câmara, a cargo do Departamento de Taquigrafia, Revisão e Redação, é regulamentada pelo Regimento Interno da Câmara dos Deputados (BRASIL, 1989). Tais transcrições têm como um de seus valores a fidedignidade, ou seja, todo o conteúdo da transcrição é fiel ao que foi dito. Deve-se esclarecer ainda que, de acordo com o Regimento Interno da Câ-

1. [www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_deputados?idProposicao=14493]. Acesso em: 16 ago. 2015.

mara dos Deputados (art. 98, § 2.º), o parlamentar tem a prerrogativa de retirar a transcrição de seu discurso realizado em plenário a fim de revisá-lo. Quando isso ocorre, há a explícita indicação de que o discurso foi revisado pelo orador.

O acesso ao site foi realizado no dia 16 de agosto de 2015, tendo como critérios de inclusão os discursos que atendessem os seguintes itens: a) ter sido proferido por um dos 14 parlamentares com mais discursos no período estudado; b) ter sido realizado em sessão pública no ano de 2015, ou seja, proferido por deputados da legislatura de 2015 a 2018; e c) o discurso não ter sido revisto pelo orador.

A amostra inicial havia sido definida em 15 parlamentares (25% daqueles que proferiram, pelo menos, dois discursos). No entanto, esse número foi reduzido para 14, porque, a partir do décimo quinto, vários parlamentares proferiram quatro discursos, enquanto os 14 primeiros proferiram cinco ou mais discursos. Utilizamos, por conveniência, como corte, o número de cinco discursos, de modo a viabilizar a pesquisa dentro de uma quantidade manejável de discursos para análise.

Os discursos coletados foram examinados por meio da técnica de análise temática de conteúdo de Bardin (2011), com o auxílio do *software* de análise qualitativa Atlas T.I 7.

As diferentes fases da análise temática de conteúdo organizaram-se em torno de três polos cronológicos: a pré-análise, que tem por objetivo a organização para torná-lo operacional, sistematizando as ideias iniciais; a exploração do material, com a definição das categorias; o tratamento dos resultados, que consistiu na inferência e a interpretação reflexiva e crítica dos dados.

4. RESULTADOS

Como amostra, foram coletados 109 discursos proferidos por 14 deputados federais pertencentes a diferentes partidos políticos, em sessões que ocorreram entre os dias 24 de março a 3 de julho de 2015. Verificou-se a formação de dois grupos com posicionamentos divergentes sobre o assunto: aqueles que são fortemente a favor da alteração do texto constitucional, grupo formado por sete parlamentares de partidos políticos de direita (cinco indivíduos) e de esquerda (dois indivíduos), que juntos proferiram 52 discursos; e aqueles que são totalmente contrários, grupo constituído por sete deputados vinculados a partidos políticos de esquerda e que realizaram um total de 57 discursos.[2]

2. A identidade ideológica partidária aqui referida tem base na classificação proposta por Speck, Braga e Costa (2015), em que o PCB, PCO, PC do B, PDT, PPS, PSB, PSOL,

As unidades de significados formadoras das representações sociais analisadas nos discursos dos parlamentares foram classificadas em seis categorias: violência e delinquência juvenil; opinião popular; sistema prisional; Estatuto da Criança e do Adolescente; políticas públicas; inconstitucionalidade da PEC. Essas categorias embasam os argumentos a favor e contra a PEC.

4.1 Violência e delinquência juvenil

Na perspectiva dos parlamentares que apoiam a mudança constitucional, os adolescentes autores de atos infracionais são apontados como tendo parte da responsabilidade pela situação de violência que o país vive, pois, na visão dos deputados, tais jovens têm consciência de sua condição de inimputáveis e estariam se aproveitando desta situação para praticar crimes, com a certeza de que não serão punidos, já que a legislação atual, para eles permissiva e geradora de injustiça e impunidade, estaria incentivando cada vez mais a delinquência juvenil, o que pode ser comprovado pelo discurso de um parlamentar a favor da redução:

> É porque esses jovens estão com o senso de impunidade. E quando estão com o senso de impunidade, eles vão praticar vários delitos, e as pessoas contra as quais eles praticam esse delito muitas vezes vão se defender e acabam matando esses jovens [...] é o princípio para que jovens de 16 e 17 anos saibam que não estão impunes, que a lei os atinge, e não será como eles falam hoje: "Não tem lei que me puna".

A representação do adolescente "bandido, criminoso, responsável pela violência do país" aparenta estar fortemente ancorada em notícias jornalísticas que relatam infrações praticadas por jovens, com o emprego de hostilidade e selvageria. Citações de fatos isolados de delinquência juvenil que ganharam notoriedade foram frequentemente identificadas nos discursos dos deputados a favor da redução do limite de idade da inimputabilidade penal, como no exemplo abaixo, extraído do discurso de um parlamentar a favor da redução:

> Até ficaria emocionado com o discurso da Deputada [...], se não tivesse conhecimento de que um menor arrastou barbaramente o menino [...],

---

PT e PV são considerados partidos de esquerda; PMDB e PSDB são considerados partidos de centro; DEM, PEN, PHS, PMN, PP, PPL, PR, PRB, PRP, PRTB, PSC, PSD, PSDC, PSL, PTB, PTC, PTN, PROS e SD são classificados como partidos de ideologia de direita.

> assim como de que outros menores mataram impiedosamente crianças [...] também ficaria sensibilizado, se não soubesse que um menor no Maranhão entrou num ônibus cheio, onde estavam uma mãe e uma criança de cinco anos, e o incendiou [...] se não soubesse que um menor, por causa de um celular, matou outro jovem em São Paulo.

Tal representação pode ser compreendida frente à considerável quantidade de reportagens junto aos meios de comunicação vinculando os adolescentes em conflito com a lei à condição de eternos infratores de grande periculosidade e, portanto, irrecuperáveis, além da ênfase dada à existência de uma suposta situação de impunidade, argumentos esses que contribuem para a criação, junto ao imaginário popular, de uma ideia de necessidade de endurecimento da lei contra esses jovens (CAL & SANTOS, 2015).

Em sentido contrário, embora não desmintam a existência de um quadro de grave situação no que se refere à violência no Brasil, o grupo opositor à redução da maioridade penal argumenta que apenas uma parcela ínfima dos crimes são praticados por adolescentes. Nesse sentido, alguns deputados chegam a informar — sem citarem fontes de dados — que a participação dos adolescentes em infrações criminais corresponde a menos de 1% do total de crimes praticados, fator que os levam a concluir que uma eventual aprovação da alteração constitucional não geraria resultados significantes para a redução dos índices de criminalidade, como demonstra a fala do parlamentar:

> Reduzir a maioridade penal tendo como foco reduzir a marginalidade, com a violência no Brasil, é uma falácia. Menos de 1% dos crimes cometidos no Brasil envolvem adolescentes. Ou seja, na teoria das trocas simbólicas, isso significa esconder o verdadeiro problema dentro das trocas da verdadeira violência ocorrida, hoje, neste mundo consumista e insensato.

4.2 Opinião popular

Para os deputados a favor da redução da maioridade penal, a voz do povo deveria ser ouvida e atendida. Dessa forma, com a aprovação da PEC 171/1993, a população ficaria satisfeita, já que, segundo esse grupo de deputados, o povo sabe que esse é o melhor caminho para se diminuir a criminalidade no país. Além de se mostrarem preocupados com a vontade do povo em relação a esse assunto, tais parlamentares informam que são constantemente cobrados, especialmente pelas redes sociais de Internet, para que se posicionem a favor da redução da maioridade penal. Para o grupo, já que o povo quer a redução da maioridade penal, os deputados que votarem contra esta proposta estariam se opondo à população, deixando, dessa forma, de honrar seu trabalho no plenário, como se vislumbra na seguinte fala:

> Recebi telefonemas, meu Facebook está bombando, recebi elogios de 93% das pessoas. Isso mostra que estou no caminho certo. [...] Ajude-nos a dar pelo menos uma satisfação neste primeiro semestre ao povo brasileiro.

Os parlamentares contrários à aprovação da PEC concordam acerca do fato de que a população deseja que haja uma redução da maioridade penal, mas alegam que isso não deveria ser um fator a ser levado em consideração, pois, para esse grupo, o povo não está suficientemente informado e instruído sobre a discussão do tema. Um parlamentar contrário à redução afirma:

> [...] não é porque a sociedade está clamando – porque está desinformada neste momento pelo sensacionalismo daqueles que ganham dinheiro à custa disso – que devemos tomar uma medida sem fazer uma reflexão aprofundada [...].

Levantamento realizado pelo Datafolha (2015) em abril de 2015 – período em que o andamento da PEC 171/1993 foi bastante explorado pela mídia – revelou que 87% da população é favorável à redução da maioridade criminal de 18 para 16 anos de idade, sendo que a idade mínima para que os adolescentes pudessem ser presos, segundo a média das 2.834 pessoas entrevistadas, ficou em 15,2 anos. Dos entrevistados favoráveis à redução da maioridade, 74% acreditam que ela deveria ser aplicada para qualquer crime; já para 26%, a redução somente deveria ser considerada nos casos em que foram cometidos crimes graves, tais como homicídio e estupro.

Conforme mencionado por Pino (2007), o fenômeno da violência é complexo e exige uma análise que envolva a observação de questões sociais, econômicas e de gestão de políticas públicas. Todavia, uma reflexão racional muitas vezes é prejudicada pelo efeito psicológico e emocional produzido no imaginário das pessoas. Teixeira e Porto (1997) descrevem que o imaginário do medo da violência age sobre a sociedade e permite, cada vez mais, que o Estado avance com medidas autoritárias, de viés punitivo, as quais são legitimadas por alguns setores da sociedade, como a classe média. No entanto, as medidas adotadas nessa situação, muitas vezes, contribuem apenas com o aumento da sensação de segurança ao invés de trazer mudanças efetivas no combate à criminalidade.

4.3 Sistema penitenciário

Deputados contrários à redução entendem que a prisão de adolescentes infratores não contribuirá de forma significativa para o combate à violência, mas, ao contrário, o aprisionamento impediria a ressocialização do jovem que cometesse delito, além da possibilidade de torná-lo ainda mais violento. Nessa

perspectiva, enfatizam a ineficiência do sistema penitenciário, demonstrada pelo alto índice de reincidência na prática de delitos e pelo fato de a prisão ser, na visão de tal grupo, uma "escola do crime", que não consegue reinserir o preso adulto na vida em sociedade, e, tampouco, conseguirá ressocializar o adolescente. Para esses deputados, existe um posicionamento desumano em relação ao preso. A influência da mídia no imaginário popular também foi constatada, pois muitos parlamentares demonstram que formaram seu posicionamento por meio de informações veiculadas que relatavam rebeliões, superlotação dos cárceres e a violação de direitos humanos. Nas palavras de um parlamentar contrário à redução: "[...] reduzir a maioridade penal e encaminhar adolescentes de 16 anos para os presídios é o mesmo que aumentar a violência, porque isso constrói uma sociedade de desumanização [...]".

O Brasil possui uma legislação que visa à dignidade do preso. Desde a primeira Constituição Federal, de 1824, mais especificamente em seu art. 179, XXI, já havia a seguinte previsão: "As Cadêas serão seguras, limpas, o bem arejadas, havendo diversas casas para separação dos Réos, conforme suas circumstancias, e natureza dos seus crimes". Assis (2007, p. 75) explica que o nosso estatuto executivo-penal é considerado um dos mais avançados e democráticos que existe: "ele deve ter como base o princípio da humanidade, sendo que qualquer modalidade de punição desnecessária, cruel ou degradante será de natureza desumana e contrária ao princípio da legalidade". Contudo, deputados que rejeitam a PEC acreditam que, na realidade, o que ocorre no sistema prisional é totalmente diferente do que está previsto no ordenamento jurídico, levando à violação desses direitos e garantias legais.

Julião (2007) declara que em decorrência da péssima administração do sistema penitenciário, da falta de programas de assistência médica, psicológica, social, educacional e jurídica, bem como das constantes rebeliões e ataques contra funcionários, houve um considerável aumento do sentimento de insegurança da população.

No ano de 2013, 23.066 adolescentes sofreram medidas socioeducativas restritivas de liberdade em decorrência da prática de atos infracionais (SINASE, 2015). Deve-se ainda levar em consideração o fato de que, devido às exigências previstas no ECA, parte significativa dos jovens que praticam atos infracionais é submetida à medidas socioeducativas ou de proteção diversas da restrição de liberdade, motivo pelo qual não tiveram sua liberdade restrita, como é o caso da aplicação da medida de internação em estabelecimento educacional. Paralelo a isso, a população carcerária do Brasil é a 3.ª maior do mundo, com 715.655 presos, incluindo as prisões domiciliares (CNJ, 2014), o que torna uma eventual redução da maioridade penal algo extremamente preocupante

do ponto de vista de políticas públicas carcerárias, pois presume-se que esse índice se eleve ainda mais.

4.4 Estatuto da Criança e do Adolescente

O ECA também esteve no imaginário dos parlamentares, tanto daqueles que são contra a PEC, quanto dos que são a favor. Os que buscam a redução da maioridade penal não acreditam na eficácia e na contribuição de tal Estatuto para a recuperação de adolescentes autores de atos infracionais. Acreditam, inclusive, que essa legislação seria responsável pela situação de violência que vitima a população brasileira, o que pode ser demonstrado por trecho extraído do discurso de um parlamentar a favor da redução: "[...] o ECA é uma lei que não deu certo. O ECA é uma lei que vem matando os jovens, o ECA é uma lei que, ao invés de corrigir, passa a mão na cabeça e diz: 'continua matando, continua roubando' [...]".

Aqueles que são contrários à redução da maioridade penal reconhecem a importância do Estatuto da Criança e do Adolescente na proteção da infância, todavia, concordam que a referida legislação possui problemas que necessitam ser sanados e sugerem que o Congresso deveria alterar o ECA com a finalidade de agravar a punição de adolescentes ao invés de se aprovar uma mudança constitucional. A seguir, um excerto da fala de um parlamentar contrário à redução:

> Nós deveríamos estar votando aquilo que me parece que é o entendimento de uma ampla maioria da opinião pública e deste Plenário, que é o agravamento da internação, por exemplo, para os crimes que atentam contra a vida – homicídio, latrocínio, estupro, lesão corporal seguida de morte [...].

O ECA (BRASIL, 1990) dispõe sobre a proteção integral à criança e ao adolescente por meio da defesa dos direitos humanos nas mais diferentes áreas, incluindo-se a educação, saúde, cultura, entre outras, ou seja, a Justiça Infantojuvenil é apenas um dos institutos regulados pelo ECA. No entanto, o que se verifica é que os parlamentares favoráveis à redução da maioridade penal apontam somente esse último item a fim de justificar que a não aplicação de punições rígidas aos autores de atos infracionais, por meio de uma Justiça Criminal, seria fato motivador de impunidade e proliferador da violência no País, pelo qual o ECA seria um dos grandes responsáveis.

Espindola e Santos (2004) explicam que as mudanças propostas pelo ECA, em relação à regulamentação anterior, serão implementadas gradativamente a partir do momento em que o senso comum se apropriar de seus ideais. Con-

OLIVEIRA, Ricardo Gonçalves Vaz de; D'ANDREA, Gustavo; AZEVEDO, Maria Sâmara de Jesus; VENTURA, Carla Aparecida Arena; KODATO, Sérgio. Representações sociais produzidas por deputados federais sobre a redução da maioridade penal. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. vol. 128. ano 25. p. 385-407. São Paulo: Ed. RT, fevereiro 2017.

tudo, tal implementação ainda encontra resistência devido às representações negativas a respeito do ECA existentes em grupos da sociedade e no interior das próprias instituições destinadas à aplicação de medidas socioeducativas.

4.5 Políticas públicas

Os parlamentares contrários à redução da maioridade penal acreditam que um dos fatores motivadores da criminalidade do país é a falta de investimento em políticas públicas eficazes, especialmente no tocante à educação. Para esses parlamentares, em vez de buscar a redução da maioridade penal, o Congresso Nacional deveria votar projetos que atinjam diretamente a população jovem, pois essa seria a solução adequada para acabar com o problema da violência juvenil. No discurso de um parlamentar contrário à redução: "Dizem que essa questão da criminalidade ocorreu por falta de educação, por falta de cultura. Concordo! Se tivéssemos uma educação efetiva, isso poderia não estar acontecendo."

Por sua vez, deputados que buscam a redução da maioridade penal concordam que não há políticas públicas adequadas destinadas ao atendimento de crianças e adolescentes. Todavia, acreditam que, mesmo diante de uma situação caótica, a solução para se diminuir a criminalidade juvenil ainda continua sendo a redução da maioridade penal:

> Por que a delinquência acontece? Porque a educação falhou. E aí não adianta nós fazermos o discurso de educação quando ela falhou. Aí é preciso o discurso da repressão, infelizmente, para coibir que aqueles adolescentes que matam continuem matando.

Um dos desejos presentes no imaginário da sociedade moderna é o de se ter uma comunidade sem crimes, na qual adolescentes se encontrem adaptados às regras do comportamento considerado normal. Para isso, procura-se a implantação de políticas públicas de controle social que se baseiam em duas tendências: a de um modelo repressivo; e outra, formulada por organismos internacionais, que busca a incorporação de princípios e recomendações destinadas à proteção da criança e do adolescente, o que inclui, por exemplo, investimentos em recursos humanos especializados, a realização de pesquisas de avaliação de programas em políticas públicas e a implantação de justiças especializadas em infância e juventude, com especial atenção aos instrumentos de mediação e de cumprimento de medidas socioeducativas (ADORNO, BORDINI, & LIMA, 1999).

Nesse sentido, Koury (2011) afirma que uma das dificuldades que existe ao se discutir a cultura de violência é a de ignorar os grandes problemas sociais

decorrentes da má gestão de políticas públicas em educação, saúde e geração de empregos, o que, por sua vez, pode ampliar a vulnerabilidade social entre os jovens, contribuindo ainda mais para a prática de comportamentos desviantes.

4.6 (In)constitucionalidade da proposta de Emenda Constitucional

Verificou-se junto aos discursos coletados do grupo de parlamentares que se opõem à aprovação da PEC 171/1993, a existência da concepção de que ela seria inconstitucional. Para esse grupo, qualquer proposta legislativa que tenha como objetivo a redução da maioridade penal não poderia ser aprovada, com a justificativa de que a maioridade penal foi estabelecida na Constituição Federal como sendo uma cláusula pétrea, ou seja, um direito fundamental que não pode ser suprimido sequer por uma futura alteração no texto constitucional. Em sentido contrário, deputados que apoiam a referida PEC enxergam a proposta como sendo constitucional.

Foi verificado que nos discursos proferidos por ambos os grupos há a menção a autoridades acadêmicas e jurídicas que se manifestaram publicamente sobre a existência de uma possível inconstitucionalidade dessa PEC. O que se percebeu nesta categoria foi a tendência de os deputados enxergarem a inconstitucionalidade ou não da PEC 171/1993 de acordo com o posicionamento que possuem sobre a redução da maioridade penal. Assim, o grupo que apoia a redução da maioridade penal acredita que não há nenhum vício de ordem jurídica no que está sendo discutido; já o grupo oposicionista entende que o assunto não poderia ser votado em decorrência da existência de cláusula pétrea constitucional quando se fala em maioridade penal.

5. ORIGEM E PROCESSO DE FORMAÇÃO DAS REPRESENTAÇÕES SOCIAIS DOS PARLAMENTARES

Apesar de se tratar do mesmo objeto representado (redução da maioridade penal), os dados resultaram em conjuntos de representações sociais divergentes, em discursos proferidos no mesmo ambiente social e por indivíduos, que em um primeiro momento pertencem a um mesmo grupo, ou seja, parlamentares do Congresso Nacional.

Para Sá (1993), a existência de divergências a respeito da consistência da informação sobre problema ou questão relevante, bem como a atitude ou orientação global que as pessoas adotam — neste caso, favorável ou desfavorável — podem ser identificadas em grupos e segmentos diferentes. A explicação de existência no campo psicossocial de dois grupos distintos de parlamentares se relaciona, inicialmente, à sua vinculação partidária.

OLIVEIRA, Ricardo Gonçalves Vaz de; D'ANDREA, Gustavo; AZEVEDO, Maria Sâmara de Jesus; VENTURA, Carla Aparecida Arena; KODATO, Sérgio. Representações sociais produzidas por deputados federais sobre a redução da maioridade penal. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. vol. 128. ano 25. p. 385-407. São Paulo: Ed. RT, fevereiro 2017.

Dessa forma, as representações sociais são convencionadas coletivamente com a finalidade de permitir e tornar familiar um fenômeno distante, cujo compartilhamento de ideias e símbolos é necessário para que haja a comunicação entre indivíduos, sendo esses construídos e adaptados por meio das interações sociais. O fato de um subgrupo (opositores à redução da maioridade penal) possuir dentre seus membros apenas deputados oriundos de partidos de esquerda pode apontar a existência de práticas sociais e atividades desenvolvidas que permitam a seus integrantes atribuírem o mesmo valor simbólico ao objeto representado. Permite, também, que haja uma mesma significação durante a comunicação e que exista uma identidade comum entre seus indivíduos, reforçando a ideia de existir verdadeiramente uma representação social agindo sobre seus integrantes, não se tratando meramente de um universo de opiniões ou perspectivas semelhantes que são compartilhadas.

Nessa perspectiva, há também o subgrupo formado por deputados à favor a redução da maioridade penal, com representações sociais próprias que são compartilhadas entre seus membros e que, contudo, não envolvem todos os indivíduos que formam tal subgrupo. O que constatamos aqui é que, apesar de o grupo ser formado, em sua maioria, por parlamentares oriundos de partidos políticos de direita, há entre os parlamentares favoráveis à redução da maioridade dois deputados que são vinculados a partidos políticos classificados como de esquerda.

Para tentar compreender essa discrepância, foi realizada uma análise mais detalhada sobre os indivíduos que se destoaram dos demais, tratando-se de um ativista dos direitos de vítimas de violência, o qual teve em sua família significante perda atribuída à violência; e um policial militar militante dos direitos dos policiais. Sendo assim, tais indivíduos demonstram pertencimento a mais de um grupo, além do partido político dos quais são filiados — policiais militares e vítimas de violência — o que indica que as representações sociais constatadas em seus discursos têm origem em outros contextos culturais.

Como síntese da discussão sobre a origem e processo de formação das representações sociais de parlamentares, podemos compreender que os deputados federais, no exercício de suas funções, abordam os mais diversos problemas sociais, que se referem a fenômenos complexos, para os quais buscam diferentes formas de explicação. Dentre estas, muitos parlamentares desenvolvem suas próprias teorias que, na verdade, constituem suas representações sociais sobre os temas abordados. Durante o processo de produção de tais representações, as imagens e símbolos decorrentes do problema abordado se misturam com imagens e símbolos compartilhados pelos membros dos partidos políticos, o que justificaria a existência de dois conjuntos de representações sociais sobre

o mesmo objeto, construídas de acordo com o posicionamento ideológico adotado pelo partido de filiação do deputado (de esquerda ou de direita).

6. AS REPRESENTAÇÕES SOCIAIS – QUANTO AO SEU CONTEÚDO

A categoria *violência e delinquência juvenil* suscita alguns questionamentos: seriam os adolescentes brasileiros beneficiários da chamada "impunidade"? Existe algum padrão numérico mínimo de índice de criminalidade juvenil para que a delinquência dos adolescentes passe a ser uma preocupação de caráter penal? Seria o sentido da pena, no Brasil, direcionado principalmente ao tema da redução da criminalidade, ou seja, ao estímulo à desistência do comportamento delituoso?

Nesta categoria, os discursos podem parecer antagônicos, mas, no fundo, baseiam-se na mesma representação social: a de que o adolescente não sofre nenhuma consequência por seus atos e a de que a pena é a política criminal por excelência. De um ponto de vista jurídico-político, essas representações não condizem com a realidade, porquanto, legalmente, há consequências sérias sobre os adolescentes autores de ato infracional, às vezes mais graves do que as consequências enfrentadas por pessoas maiores de 18 anos em casos análogos.

A categoria *opinião popular* remete a alguns questionamentos: qual é a vontade popular no tema da maioridade penal? Teria a sociedade, em geral, noção sobre como se parece, na prática, o caminho institucional percorrido por um adolescente condenado por ato infracional grave, no Brasil atual?

O imaginário descrito nesta categoria direciona-se por uma opinião positiva em relação à necessidade de agravamento das consequências jurídicas a serem suportadas por adolescentes autores de atos infracionais. O problema é que não se pode identificar, nos discursos, qual seria a noção da população sobre a situação atual desses adolescentes, para que se possa entender o que essas pessoas consideram como sendo "agravamento". Se a população repetir o imaginário dos parlamentares, segundo o qual os adolescentes vivem em situação de impunidade, provavelmente se encontram cegos quanto à real vivência institucional desses adolescentes, que muitas vezes transitam por instituições de características prisionais e suportam verdadeiras punições, embora, na forma, a legislação já tenha condenado essas situações.

Nesse sentido, percebe-se que os sujeitos, ao invés de construírem um conhecimento embasado em dados sobre o problema, já que dispõem de informações suficientes para tanto, optam por reproduzirem o senso comum da opinião pública. O que não se pode medir, em um primeiro momento, é o quanto o interesse eleitoral poderia influenciar na construção dessas representações,

OLIVEIRA, Ricardo Gonçalves Vaz de; D'ANDREA, Gustavo; AZEVEDO, Maria Sâmara de Jesus; VENTURA, Carla Aparecida Arena; KODATO, Sérgio. Representações sociais produzidas por deputados federais sobre a redução da maioridade penal. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. vol. 128. ano 25. p. 385-407. São Paulo: Ed. RT, fevereiro 2017.

já que no cotidiano dos parlamentares, caminhar pelo posicionamento majoritário do pensamento popular dos eleitores seria a alternativa menos arriscada e mais cômoda dentro do jogo político.

Quanto ao *sistema penitenciário*, enquanto categoria de análise, surgem algumas indagações: se o sistema penitenciário não tem nenhuma eficácia dentro do que o Direito Penal propõe, ou se o sistema penitenciário somente serve no sentido de aumentar a violência e a desumanização, por que, então, continua existindo esse sistema? Por outro lado, se o sistema penitenciário fosse, de fato, humanizado, como o nosso ordenamento jurídico procura propor, então a maioridade penal poderia ser reduzida?

É algo paradoxal. Os discursos procuram "proteger" os adolescentes das péssimas condições do sistema carcerário. Mas, para isso, necessariamente os discursos admitem que o sistema carcerário brasileiro, na prática, é desumano e ineficaz. Além disso, esse tipo de discurso se direcionaria a uma consideração de que o sistema de internação de adolescentes, no Brasil, tem as condições de humanização garantidas. Nosso referencial, no entanto, indica que não é essa a realidade, uma vez que no Direito da Criança e do Adolescente, no Brasil, ainda persiste uma mentalidade mais voltada ao castigo (MONTE et al., 2011). O que observamos, na realidade, é que o argumento das condições do sistema prisional brasileiro não é relacionado à essência do tema da maioridade penal, cuja discussão se liga à possibilidade de responsabilização criminal de adolescentes. Tal argumento fala de execução penal e política pública criminal e vê o contexto de forma limitada, com suposição de que os adolescentes seriam encarcerados junto a adultos.

O grande problema do argumento da situação carcerária é que ainda não se encontrou nenhum tipo de alternativa a este sistema e, ao mesmo tempo, não se tem empreendido esforços estatais sérios para que o sistema penitenciário se torne, realmente, humanizado.

A quarta categoria aborda o ECA. Como saber se tal estatuto "deu certo"? Embora o ECA tenha trazido novos e importantes elementos de humanização e proteção da infância e da juventude, não se pode afirmar que o seu conteúdo vem sendo aplicado da forma devida. Não se pode atribuir determinado efeito social a uma lei, que é um texto frio e inerte. Os efeitos sociais das leis ocorrem a partir da forma como a lei é aplicada. Somente a pesquisa pode verificar, na realidade, em que medida determinada lei foi ou não foi eficaz, e assim propor mudanças para uma evolução tanto do direito quanto das políticas públicas e da sociedade. Sem essa consciência, a produção legislativa continuará sendo reduzida a "achismos" parlamentares e a discursos tendenciosos e preocupados apenas com a aprovação do eleitorado.

Oliveira, Ricardo Gonçalves Vaz de; D'Andrea, Gustavo; Azevedo, Maria Sâmara de Jesus; Ventura, Carla Aparecida Arena; Kodato, Sérgio. Representações sociais produzidas por deputados federais sobre a redução da maioridade penal. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. vol. 128. ano 25. p. 385-407. São Paulo: Ed. RT, fevereiro 2017.

O tema *políticas públicas*, como sendo a quinta categoria, gera algumas perguntas: quais são as políticas públicas direcionadas a adolescentes? Por que se diz que elas não são eficazes? Como essa eficácia foi medida? Que estudos foram feitos para que se pudesse entender quais mudanças seriam necessárias? Na sociedade atual, o que seria considerado como comportamento "normal"?

Mais uma vez, voltamos ao questionamento sobre como saber se uma lei ou uma política pública "deu certo". No tocante ao tema das políticas públicas há uma agravante: enquanto conhecemos o conteúdo das leis, quando essas são mencionadas, a referência a "políticas públicas" é muito mais vaga, de conteúdo impreciso. Que políticas são essas?

Além disso, o tema das políticas públicas coloca em pauta a questão dos objetivos dessas políticas. Será que "uma comunidade sem crimes" é um objetivo válido, quando se fala da população adolescente? Isso não seria reduzir a fase desenvolvimental que o adolescente vive a uma mera questão legal de conduta?

Como sexta e última categoria, temos a *inconstitucionalidade da PEC* em questão: a idade de 18 anos como limite para a maioridade penal é uma cláusula pétrea?

Se parte dos parlamentares entende que estamos diante de um caso de cláusula pétrea, e outra parte entende que não é este o caso, o argumento da inconstitucionalidade da PEC parece se anular, uma vez que não existe disposição expressa, em nosso ordenamento jurídico, que impeça a redução da maioridade penal, ficando a questão para o campo da interpretação jurídica.

Considerando tudo o que colocamos como discussão e as perguntas que nos ocorrem em cada categoria de representação social, fazemos uma crítica no sentido de se pensar: *o aspecto de oficialidade dos discursos parlamentares sobre tema tão importante e multidisciplinar poderia restar desprovido de respostas a questões fundamentais como as sugeridas aqui?*

Uma das questões que mais se fizeram presentes durante o procedimento de compilação e análise dos resultados foi algo parecido com: "de onde esses parlamentares tiraram as informações que embasam suas conclusões?" Prestando atenção nos discursos e nas suas categorias, sem maiores questionamentos, seria fácil para os cidadãos terem um posicionamento ou outro em relação ao tema da redução da maioridade penal no Brasil. Seria um olhar "leigo", sem maiores aprofundamentos, baseando as opiniões pura e simplesmente nas forças das afirmações, e não necessariamente nas suas respectivas confirmações factuais ou regulamentares.

Não se pode dizer que o processo decisório de cada parlamentar em relação ao voto favorável ou desfavorável a uma PEC se resuma no conteúdo dos seus

OLIVEIRA, Ricardo Gonçalves Vaz de; D'ANDREA, Gustavo; AZEVEDO, Maria Sâmara de Jesus; VENTURA, Carla Aparecida Arena; KODATO, Sérgio. Representações sociais produzidas por deputados federais sobre a redução da maioridade penal. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. vol. 128. ano 25. p. 385-407. São Paulo: Ed. RT, fevereiro 2017.

discursos. No entanto, verificar que tais discursos – que são o principal meio de "prestação de contas" sobre o modo de pensar dos parlamentares perante a sociedade – são desprovidos de qualquer profundidade ou fundamentação clara, revela que o cidadão acaba por ter acesso ao universo de representações sociais presentes no imaginário daqueles discursos, mas não aos verdadeiros mecanismos de elaboração e aprovação de propostas legislativas.

Um possível indício de que os parlamentares, nos discursos analisados, estão tentando realizar um diálogo muito mais voltado ao entretenimento do que à informação e à solução de problemas, é o fato de que a PEC em análise possui mais de 20 anos de tramitação.

Há um problema adicional no fato de parlamentares exporem suas opiniões baseadas num imaginário de fundamentação difícil de ser identificada. Trata-se do próprio fato de que esses discursos são proferidos por parlamentares, o que pode gerar uma *sensação de oficialidade*, uma crença de que, mesmo sem fundamentos expressos, seria impossível que um parlamentar dissesse qualquer coisa sem uma razão bem estabelecida por trás do seu discurso.

Os fundamentos aparentes dos discursos transitam entre dois mundos: o mundo das regras e o mundo dos fatos. Não se podem precisar os motivos que levam os parlamentares a optar por justificar suas falas em normas ou situações fáticas. Além das representações sociais que construíram e que influenciam suas atitudes, aparentemente, não parece haver nenhum outro critério, a não ser o de escolher explicações que ajudem a acumular pontos positivos para o seu posicionamento final contra ou a favor da redução da maioridade penal.

Um parlamentar pode dizer que o ECA protege os adolescentes e, por isso, a maioridade penal não pode ser reduzida. Mas, por que, de fato, os adolescentes autores de atos infracionais continuam sendo sujeitos a verdadeiras punições em ambientes que têm características carcerárias?

Pode-se dizer que as prisões "adultas" são desumanas, e que o adolescente não merece ingressar nesse ambiente. Mas, se constatado que as prisões são desumanas, isso não seria algo a ser debatido e modificado? Ou seriam os adultos desprotegidos em relação às normas que protegem a dignidade humana? Ou, ainda: se as prisões fossem "boas", então seria adequado reduzir a maioridade penal?

Esses são exemplos que mostram a falta de uma única lógica que opere as representações sociais presentes nos discursos dos parlamentares, que raramente consideram as definições *a contrario sensu*. É irônico observar que há iniciativas que se preocupam em colocar o menor de 18 anos, caso possa ser condenado como um "adulto", em estabelecimento reservado somente à sua

faixa etária. Mesmo assim, continuam falando sobre a prisão como "escola do crime", como se isso fosse um fenômeno natural, talvez mesmo da vida selvagem e, portanto, totalmente alheio à responsabilidade estatal.

Cabe, no entanto, darmos a devida atenção às limitações desta pesquisa. Focalizar a análise em discursos públicos de parlamentares, embora seja um grande passo de esclarecimento e reflexão sobre a fragilidade do processo legislativo brasileiro, não pode ser generalizado para explicar integralmente o pensamento dos oradores. Por outro lado, nossa experiência em pesquisa na área de violência e delinquência juvenil, no campo do Direito, bem como no da Psicologia e no da Enfermagem Psiquiátrica, revela-nos o quão preciso é qualquer porção de dados nessa área, visto que ainda escassamente estudada e de difícil acesso a pesquisadores. Outra limitação é a de que não se pode precisar o grau de lealdade entre os discursos e os futuros votos formais de aprovação ou reprovação da PEC que estamos discutindo, nem tampouco do provável resultado, visto que não são todos os parlamentares que proferem discursos em todos os temas que tramitam no Congresso Nacional.

Os discursos, em geral, são conceitualmente vazios, porquanto lancem mão de clichês sociopolíticos, sem explorar seus significado nem oferecer-lhes embasamento fático ou teleológico. Não parece haver preocupação com o real efeito da norma na vida real, talvez porque a execução e a aplicação das leis a casos concretos caibam a outros poderes da República. Resulta daí mais uma limitação, que é a da deturpação do conceito de tripartição dos poderes — quando deveriam ser harmônicos entre si, acabam se alienando uns dos outros.

O aspecto geral das representações sociais aqui analisadas é o de *antagonismo* entre ideias, algo que já se poderia esperar em vista do caráter dialético do pluralismo político aplicado. Em temas tão sensíveis como o dos direitos da criança e do adolescente, nossa análise reforça a ideia de que naquele palco parlamentar contracenam ideologias, e os oradores representam-nas no calor do embate. Não se olvide, todavia, que entre eles vigora um contrato informal, um compromisso de sempre deixar espaço para a contraposição, mantendo vivo (e vazio) o debate por décadas.

7. CONSIDERAÇÕES FINAIS

O que se pode observar por meio da análise dos discursos dos deputados federais é o desejo de combate à violência. No entanto, a fim de encontrar soluções para os problemas, os parlamentares acabam recorrendo ao senso comum e às experiências de seus membros em detrimento de toda complexidade que exige a análise da delinquência juvenil, através de respostas e propostas que deveriam ser produzidas por meios técnicos e científicos.

OLIVEIRA, Ricardo Gonçalves Vaz de; D'ANDREA, Gustavo; AZEVEDO, Maria Sâmara de Jesus; VENTURA, Carla Aparecida Arena; KODATO, Sérgio. Representações sociais produzidas por deputados federais sobre a redução da maioridade penal. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. vol. 128. ano 25. p. 385-407. São Paulo: Ed. RT, fevereiro 2017.

Não se pode saber, a partir dos resultados, se as crenças que circulam entre os deputados são as mesmas presentes em outros grupos sociais, sendo que, para se obter tal resposta, seria necessário realizar novas pesquisas. Contudo, em um primeiro momento, pela contextualização teórica realizada em cada categoria, acreditamos que os autores dos discursos, na condição de representantes do povo, possam apenas estar refletindo o imaginário compartilhado pela sociedade, que traz consigo a queixa, o protesto, a identificação e todo o simbolismo e expectativa de uma diminuição (ou não) da criminalidade por meio da redução da maioridade penal.

Diante do cenário apresentado, em que mudanças legislativas de grande relevância — que têm o condão de afetar toda uma sociedade — estão sendo baseadas no senso comum, verifica-se a importância de estudos que tentem compreender o imaginário desses atores sociais, ao mesmo tempo em que criam outras dúvidas e incertezas, como, por exemplo, se seria possível a existência de um debate político pautado em um número maior de informações oriundas do universo reificado. O que deve ser alterado para que isso ocorra? Será que, com isso, teríamos alterações significantes para o nosso contexto social ou jurídico?

Devemos estar conscientes de que o ser humano não é um objeto de testes sociopolíticos baseados em tentativa e erro, a partir de embates entre parlamentares com ideologias antagônicas. Por mais que se tenham argumentos a favor ou contra a redução da maioridade penal, não sabemos com precisão quais seriam os efeitos de uma medida como essa. Sem esse conhecimento, cientificamente embasado, não se pode aceitar que a vida dos jovens seja colocada em risco, sob pena de submetermos seus direitos ao domínio do senso comum.

8. Referências

ADORNO, S; BORDINI, E. B.T; LIMA, R. S. O adolescente e as mudanças na criminalidade urbana. *São Paulo em perspectiva*, v. 13, n. 4, p. 62-74, 1999.

ASSIS, R. D. A realidade atual do sistema penitenciário brasileiro. *Revista CEJ*, p. 74-78, 2008.

BARDIN, L. *Análise de conteúdo*. Lisboa: Edições 70, 2011.

BAKKER, D. *Redução da maioridade penal: a representação dos atores sociais*. Seção de Análise de Discursos do Departamento de Taquigrafia, Revisão e Redação da Câmara dos Deputados. 2013. Disponível em [www2.camara.leg.br/deputados/discursos-e-notas-taquigraficas/analise-de-discursos/reducao-da-maioridade-penal]. Acesso em 30 jan. 2016.

BRASIL. *Resolução 17, de 1989*. Aprova o Regimento Interno da Câmara dos Deputados, 1989.

CAL, D. G. R.; SANTOS, B. A. M. Adolescentes infratores na cena pública: como os media alimentam o debate sobre a redução da maioridade penal. *Contemporânea Revista de Comunicação e Cultura*, v. 13, n. 1, p. 140-158, 2015.

CAMPOS, M. S. Mídia e Política: a construção da agenda nas propostas de redução da maioridade penal na Câmara dos Deputados. *Opinião Pública*, v. 15, n. 2, p. 478-509, 2009.

CORTE REAL, F. G. V.; CONCEIÇÃO, M. I. G. Representações sociais de parlamentares brasileiros sobre a redução da maioridade penal. *Psicol. ciênc. prof*, v. 33, n. 3, p. 656-671, 2013.

CUNHA, P. I., ROPELATO, R.; ALVES, M. P. A redução da maioridade penal: questões teóricas e empíricas. *Psicologia Ciência e Profissão*, v. 26, n. 4, p. 646-659, 2006.

CNJ. *Novo Diagnóstico de Pessoas Presas no Brasil*. 2014. Disponível em: [www.cnj.jus.br/images/imprensa/diagnostico_de_pessoas_presas_correcao.pdf]. Acesso em: 20 dez. 2015.

DATAFOLHA. *Maioridade Penal*. São Paulo. 2015. Disponível em: [http://media.folha.uol.com.br/datafolha/2015/04/24/maioridade-penal.pdf]. Acesso em: 01 jan. 2016.

ESPÍNDULA, D. H. P.; SANTOS, M. F. S. Representações sobre a adolescência a partir da ótica dos educadores sociais de adolescentes em conflito com a lei. *Psicologia em estudo*, v. 9, n. 3, p. 357-367, 2004.

FONSECA, D. M. O discurso de proteção e as políticas sociais para infância e juventude. *Revista Jurídica da Presidência*, v. 9, n. 85, p. 73-82, 2007.

JODELET, D. Representações sociais: um domínio em expansão. In: _____. *As representações sociais*. Rio de Janeiro: EdUERJ, 2001.

JULIÃO, E. F. As políticas de educação para o sistema penitenciário: Análise de uma experiência brasileira. In: E. M. C. Onofre (Org.), *Educação escolar entre as grades*. São Carlos: EdUFSCar, 2007.

KOURY, M. G. P. Medos urbanos e mídia: o imaginário sobre juventude e violência no Brasil atual. *Sociedade e Estado*, v. 26, n. 3, p. 471-486, 2011.

MINAYO, M. C. S. A violência social sob a perspectiva da saúde pública. *Cadernos de saúde pública*, v. 10, n. 1, p. 7-18, 1994.

MONTE, F. F. D. C. et al. Adolescentes autores de atos infracionais: psicologia moral e legislação. *Psicologia & Sociedade*, Florianópolis, v. 23, n. 1, p. 125-134, 2011.

MOSCOVICI, S. Representações sociais: investigações em psicologia social. Petrópolis, RJ: Vozes, 2003.

ONU. *Nota do sistema ONU no Brasil sobre a proposta de redução da maioridade penal*. 2015. Disponível em: [https://nacoesunidas.org/wp-content/uploads/2015/05/nota_onu_reducao_maioridade_penal.pdf]. Acesso em: 01 jan. 2016.

PINO, A. Violência, educação e sociedade: um olhar sobre o Brasil contemporâneo. *Educação & sociedade*, v. 28, n. 100, p. 763-785, 2007.

SÁ, C. P. Representações sociais: o conceito e o estado atual da teoria. In: SPINK, M. J. P. (Ed.). *O conhecimento no cotidiano*. 1. ed. São Paulo: Brasiliense, 1993. p. 19-45.

SINASE. *Levantamento Anual Sinase 2013*. Disponível em: [www.sdh.gov.br/noticias/pdf/levantamento-2013]. Acesso em: 04 dez. 2015.

SPECK, B. W.; SOUSA, S.; COSTA, V. Estudo exploratório sobre filiação e identificação partidária no Brasil. *Revista de Sociologia e Política*, v. 23, n. 56, p. 125-148, 2015.

TEIXEIRA, M.; PORTO, M. Violência, insegurança e imaginário do medo. *Cadernos Cedes*, v. 19, n. 47, p. 51-66. 1998.

WAGNER, W. et al. Theory and method of social representations. *Asian Journal of Social Psychology*, v. 2, n. 1, p. 95-125, 1999.

PESQUISAS DO EDITORIAL

Veja também Doutrina

- A redução da maioridade penal e a relação da ressocialização prisional com os direitos humanos fundamentais, de Antonio Baptista Gonçalves - *RT* 912/305-324, *Doutrinas Essenciais Processo Penal* 6/207-225 (DTR\2011\4320);
- O problema constitucional da redução da maioridade penal, de Josué Mastrodi e Jônatas Henriques Barreira - *RBCCrim* 125/103-138 (DTR\2016\24341);
- Redução da maioridade penal e suas implicações dogmático-constitucionais, de Tiago Felipe Coletti Malosso - *RT* 866/460-474 (DTR\2007\722);
- Redução da maioridade penal: entre o direito e a opinião pública, de Roberto Barbato Júnior - *RT* 822/429-443 (DTR\2004\730); e
- Reduzir a maioridade penal não é solução, de Munir Cury - *RDIJ* 2/15-29 (DTR\2013\12542).

Democracia e processo de criminalização da corrupção no Brasil

Democracy and process of corruption criminalization in Brazil

Patrick Cacicedo
Doutorando e mestre em Direito Penal e Criminologia pela USP.
Defensor Público do Estado de São Paulo.
patrickcacicedo@gmail.com

Recebido em: 25.04.2016
Aprovado em: 07.07.2016
Última versão autor: 15.08.2016

Área do Direito: Penal

Resumo: O presente estudo objetiva analisar a relação entre o processo de criminalização da corrupção e a democracia no Brasil. A partir da descrição do processo de criminalização de Eugenio Raúl Zaffaroni é possível efetuar uma análise concreta da relação que se estabelece entre a corrupção, o sistema penal e as consequências daí advindas, especialmente a chamada criminalização da política e a deslegitimação do Estado como instância apta à transformação social. A interligação entre corrupção e democracia, ainda controversa doutrinariamente, é analisada a partir da experiência histórica brasileira para ressaltar a necessária radicalização democrática como forma de enfrentamento do problema em detrimento das instâncias penais.

Palavras-chave: Corrupção – Criminalização – Direito Penal – Estado – Democracia.

Abstract: This paper attempts to analyze the relationship between the process of corruption criminalization and democracy in Brazil. From the description of Eugenio Raúl Zaffaroni's criminalization process, it's possible to make a concrete analysis of the relationship established between corruption, the criminal justice system and the consequences arising therefrom, especially the so called criminalization of politics and the loss of legitimacy of the State as an instance of social transformation. The link between corruption and democracy, yet controversial doctrinally, is analyzed from the Brazilian historical experience to highlight the necessary democratic radicalization as a way of tackling the problem at the expense of criminal proceedings.

Keywords: Corruption – Criminalization – Criminal Law – State – Democracy.

Sumário: 1. Introdução. 2. O processo de criminalização. 3. Aspectos da criminalização da corrupção no Brasil. 4. Consequências políticas do processo de criminalização da corrupção no Brasil. 5. Corrupção e democracia. 6. Considerações finais. 7. Referências bibliográficas.

Cacicedo, Patrick. Democracia e processo de criminalização da corrupção no Brasil. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. vol. 128. ano 25. p. 409-430. São Paulo: Ed. RT, fevereiro 2017.

1. INTRODUÇÃO

A corrupção é um dos temas mais discutidos atualmente no Brasil e, por sua complexidade, permite análises a partir de diversos campos de estudo, especialmente nas ciências sociais. Desde o processo histórico de formação do Estado brasileiro e sua difundida confusão entre o público e o privado até os recentes estudos de caráter econômico do fenômeno da corrupção, o fato é que o tema está sempre presente na agenda política brasileira.

No campo do direito, a corrupção também comporta apreciação e tratamento pelos seus mais diversos ramos, todavia, é certamente no direito penal que o debate se intensifica e assume particular importância.

Por se tratar de problema que tem ocupado grande parte da agenda política e midiática, além da reprovação social que recebe, uma vez mais aumenta o clamor de diversos setores da sociedade pela intervenção penal para o "combate" à corrupção. O recurso ao direito penal para a tentativa de solução de conflitos de toda ordem não é novidade, porém, é de se reconhecer que referido clamor aumenta na mesma proporção que o instrumento demandado se mostra cada vez mais falho em seus objetivos.

Ao direito penal é conferido um papel de primazia na prevenção de fatos definidos como crimes, independentemente das características de cada fato que se almeja prevenir e do funcionamento do sistema penal com relação àquela conduta. A crença na intervenção penal é frequente e indiscriminadamente tida como necessária, positiva e eficaz para todo tipo de conflito social.

A necessidade e legitimidade da intervenção penal tem sido admitida apriorísticamente para todo tipo de conduta que se quer evitar, a partir de um juízo de valor positivo sobre os fins da pena e da consideração positivista do direito como mero *dever-ser*. Todavia, a legitimidade da intervenção penal não pode ser aferida sem a consideração de sua manifestação na realidade, de sua concretude, do *ser* do direito penal.

Um fator fundamental para a análise dos efeitos da intervenção penal é o processo de criminalização das condutas especificamente consideradas, pois o direito penal não incide de forma idêntica com relação a todo tipo de fato punível, muito menos com relação às pessoas por ele selecionadas. O processo de criminalização da corrupção, portanto, deve ser fruto de detida análise para o norteamento de uma política efetiva sobre o tema.

Nesse contexto, assume especial importância o exame de alguns aspectos da criminalização da corrupção no Brasil, em especial no que se refere a condutas perpetradas no âmbito da Administração Pública. Uma das consequên-

CACICEDO, Patrick. Democracia e processo de criminalização da corrupção no Brasil. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. vol. 128. ano 25. p. 409-430. São Paulo: Ed. RT, fevereiro 2017.

cias mais significativas do processo de criminalização da corrupção no Brasil é a sua influência no campo político, especialmente a relação engendrada com democracia.

As manifestações do direito penal nas relações sociais concretas são geralmente direcionadas ao seu papel de controle social e às consequências nefastas da pena de prisão, notadamente nos estudos sobre o processo de criminalização das condutas que compõem as estatísticas de maior incidência punitiva, como os crimes patrimoniais e relacionadas a entorpecentes.

Todavia, a incidência do controle penal igualmente exerce influência em outros campos das relações humanas. O presente trabalho pretende analisar o processo de criminalização da corrupção, suas consequências no campo político e apontar algumas diretrizes iniciais no debate sobre sua relação com a democracia.

2. O PROCESSO DE CRIMINALIZAÇÃO

Segundo[1] a lição de Eugenio Raúl Zaffaroni, Nilo Batista, Alejandro Alagia e Alejandro Slokar, "todas as sociedades contemporâneas que institucionalizam ou formalizam o poder (estado) selecionam um reduzido número de pessoas que submetem à sua coação com o fim de impor-lhes uma pena".[2] O que se entende por criminalização é justamente essa seleção penalizante levada a cabo pelo Estado, que seleciona um reduzido número de pessoas dentre aqueles que se processa em etapas distintas e com características próprias.

A primeira etapa da criminalização ou *criminalização primária* é aquela desempenhada na esfera legislativa na eleição das condutas que serão classificadas como criminosas e passíveis de aplicação de uma pena. Nesta fase, existe uma seleção das condutas penalmente puníveis a partir de diversas considerações político-criminais, mas que constituem, ainda, um caráter programático, pois dependem do funcionamento de outras agências penais para sua concretização.

Por sua vez, a *criminalização secundária* é a realização do programa formalmente previsto em ações punitivas sobre pessoas concretamente consideradas.[3]

1. Adotamos no presente trabalho a descrição do processo de criminalização de ZAFFARONI, Eugenio Raúl; BATISTA, Nilo; ALAGIA, Alejandro; SLOKAR, Alejandro. *Direito penal brasileiro I*. Rio de Janeiro: Revan, 2003.
2. ZAFFARONI; BATISTA; ALAGIA; SLOKAR. Op. cit., p. 43.
3. ZAFFARONI; BATISTA; ALAGIA; SLOKAR. Op. cit., p. 43.

É o momento em que aquele programa definido pelo legislador se realiza, de modo a efetuar concretamente a persecução penal sobre determinado indivíduo que teria praticado alguma conduta primariamente criminalizada.

A divisão de etapas do processo de criminalização se refletiu historicamente em uma análise apartada do fenômeno no âmbito das ciências criminais: a criminalização primária como objeto de profundo estudo pela dogmática penal e a criminalização secundária como elemento de análise da criminologia. Todavia, essa raiz positivista no estudo da criminalização e do direito penal deve ser de pronto abandonada em prol de uma análise crítica do fenômeno jurídico-penal, em que este passe a ser analisado não só no plano normativo, mas também em sua manifestação concreta na realidade e com a consideração de suas consequências.[4]

Assim, a necessária vinculação das normas aos fatos e às relações jurídicas concretas demandam um exame conjunto do processo de criminalização, desde a elaboração do programa primário de definição de crimes e penas até a ação punitiva concretamente exercida sobre pessoas e suas consequências sociais.

A primeira premissa do processo de criminalização é a incapacidade estrutural de realização prática de todo o programa de criminalização primária, ou seja, há em todo sistema penal uma grande diferença entre aqueles fatos puníveis praticados na sociedade e os efetivamente criminalizados pelas agências do sistema penal. A seletividade é, em verdade, uma característica estrutural do direito penal, muito embora o grau de seletividade possa variar de acordo com as características de cada sociedade e por circunstâncias conjunturais específicas e variáveis, sendo efetivamente mais elevada em sociedade notadamente estratificadas[5] como a brasileira.

As limitações operativas das agências do sistema penal (notadamente as corporações policiais) fazem com que a regra da criminalização secundária seja a seleção de pessoas que pratiquem fatos grosseiros de fácil detecção – a obra tosca da criminalidade – e que por sua incapacidade de acesso ao poder político, econômico ou midiático causem menos problemas às referidas agências.[6]

---

4. Esse pressuposto crítico na análise do direito é muito bem exposto por Alaôr Caffé Alves quando aponta que "a norma jurídica não pode ter uma essência completamente diferente dos fatos (condutas) e das relações sociais em que está inserida, visto que, se assim ocorresse, não haveria modo racional de vincular as normas (dever-ser) aos fatos e às relações jurídicas". ALVES, Alaôr Caffé. *Dialética e direito*: linguagem, sentido e realidade. Barueri: Manole, 2010. p. 8.
5. ZAFFARONI; BATISTA; ALAGIA; SLOKAR. Op. cit., p. 45 e 50.
6. ZAFFARONI; BATISTA; ALAGIA; SLOKAR. Op. cit., p. 46.

Esta seleção de pessoas criminalizadas é a responsável pela formação estereótipo do criminoso,[7] uma vez que a divulgação acrítica desses fatos como se não fossem fruto de uma seleção dentre tantos outros fatos criminosos cometidos gera a "*imagem pública do delinquente* com componentes de classe social, étnicos, etários, de gênero e estéticos".[8]

Assim, a *obra tosca da criminalidade* e a *imagem pública do delinquente* passam a configurar os principais fatores da criminalização secundária ou de vulnerabilidade perante o poder punitivo, principalmente em sociedades com profundas diferenças sociais, étnicas e estéticas como a brasileira. A orientação seletiva das agências penais no momento da criminalização secundária baseia-se, portanto, na vulnerabilidade concreta que as pessoas apresentam diante do caráter operacional limitado das mesmas agências.

Nesse contexto, os autores citados classificam a criminalização secundária em três formas: *criminalização conforme o estereótipo*, *criminalização por comportamento grotesco ou trágico* e *criminalização devida à falta de cobertura*. A primeira forma de criminalização, que constitui a regra em virtude da maior vulnerabilidade, é aquela que se efetua sobre pessoas que se enquadram no estereótipo criminal e praticam a obra tosca da criminalidade. Já com menor frequência, a criminalização por comportamento trágico se dá sobre pessoas que, a despeito de não se enquadrarem no estereótipo, praticam atos de tamanha brutalidade que se tornam vulneráveis à criminalização. Por fim, e de modo mais raro, a criminalização por falta de cobertura ocorre quando uma pessoa que, em princípio, é invulnerável ao poder punitivo perde uma disputa de poder e, com isso, sofre uma ruptura na vulnerabilidade ante o poder punitivo.[9]

Como se observa da sucinta exposição do processo de criminalização, o direito penal não atua de forma linear e uniforme com relação a todo tipo de conduta que se propõe a prevenir. Pelo contrário, a depender das características do fato e das pessoas que se pretende criminalizar, o sistema penal atuará de maneira consideravelmente variada, o que impõe uma necessária análise crítica quanto à sua legitimidade. Diante de tais considerações, importa analisar alguns aspectos da criminalização da corrupção propriamente dita de acordo com as considerações acima expostas sobre o funcionamento do sistema penal.

7. Sobre o estigma, cf. GOFFMAN, Erving. *Estigma*: notas sobre a manipulação da identidade deteriorada. 4. ed. Rio de Janeiro: LTC, 2008.
8. ZAFFARONI; BATISTA; ALAGIA; SLOKAR. Op. cit., p. 46.
9. ZAFFARONI; BATISTA; ALAGIA; SLOKAR. Op. cit., p. 49.

3. ASPECTOS DA CRIMINALIZAÇÃO DA CORRUPÇÃO NO BRASIL

A criminalização primária das práticas relacionadas à corrupção em sentido amplo possui seu núcleo fundamental no Código Penal com a tipificação da concussão, da corrupção passiva, do tráfico de influência e da corrupção ativa. Como decorrência da adesão do Brasil à Convenção sobre o Combate da Corrupção de Funcionários Públicos Estrangeiros em Transações Comerciais Internacionais da OCDE, foram também tipificadas no Código Penal as condutas de corrupção ativa e tráfico de influência em transação comercial internacional. Além disso, a legislação extravagante dispõe de diversas condutas relacionadas à corrupção em variados diplomas legislativos.[10]

O primeiro fator fundamental na análise do tratamento penal da corrupção no Brasil é a enorme disparidade entre os atos de corrupção praticados e os efetivamente criminalizados pelas agências do sistema penal, o que configura um considerável nível da *cifra oculta* e seletividade. Segundo dados do Ministério da Justiça, em junho de 2014 apenas 0,05% das pessoas que cumprem pena privativa de liberdade no Brasil foram condenadas por crimes de corrupção.[11]

Todavia, a principal questão no que se refere à criminalização da corrupção no Brasil é a estrutural ausência de vulnerabilidade da prática dessas condutas ao poder punitivo. No caso da corrupção, existe uma inversão das principais características da vulnerabilidade do sujeito às agências do sistema penal, uma vez que, em regra, a imagem pública do criminoso não se adequa à imagem do agente que pratica atos de corrupção, ou seja, em geral o agente que pratica a corrupção não possui o estereótipo do criminoso no Brasil.

Além disso, em regra, os atos de corrupção também não configuram fatos grosseiros de fácil detecção, pelo contrário, são delitos cometidos de forma

10. Corrupção na esfera eleitoral, art. 299 da Lei 4.737/1965; corrupção praticada por prefeitos e vereadores, art. 1.º, I e II do Dec.-lei 201/1967; corrupção na esfera militar, arts. 308 ao 310 do Código Penal Militar; corrupção praticada por funcionário público no âmbito do sistema financeiro nacional, art. 23 da Lei 7.492/1986; corrupção na esfera tributária, art. 3.º, II, da Lei 8.137/1990; corrupção no âmbito de licitação, arts. 89 ao 91 da Lei 8.666/1993; corrupção do setor privado, art. 195, IX e X, da Lei 9.279/1996; corrupção no âmbito da Administração ambiental, arts. 66 ao 68 da Lei 9.605/1998. Cf. BECHARA, Ana Elisa Liberatore S. La evolución político-criminal brasileña en el control de la corrupción pública. In. *Revista General de Derecho Penal*. v. 17. p. 8.

11. Dados oficiais do Sistema Integrado de Informação Penitenciária do Ministério da Justiça. Disponível em: [www.mj.gov.br]. Acesso em: 14 abr. 2016. Importante considerer, no entanto, a possibilidade de aplicação de substitutivos penais ao encarceramento para as condutas de corrupção, a depender da circuntância concreta.

mais elaborada e oculta, além de exigir um adestramento[12] mais sofisticado do autor, que também possui, muitas vezes, algum acesso ao poder político e econômico. Com isso, verifica-se que não costuma ser o caso da corrupção a criminalização conforme o estereótipo, terreno fértil de ação do poder punitivo no Brasil.

Assim, a criminalização concreta da corrupção exige um maior "esforço" do agente para que possa figurar em uma situação de vulnerabilidade frente ao poder punitivo.[13] A ausência do estereótipo demandará um comportamento grotesco ou trágico do agente que o coloque em situação de vulnerabilidade e permita a criminalização na segunda forma acima descrita. Para além da ausência de estereótipo, outros fatores ligados a dificuldades de apuração de atos de corrupção devem ser destacados: em geral tais atos são cometidos em segredo e não há uma vítima determinada.[14]

A prática de atos de corrupção não se enquadra no contexto de condutas grosseiras ou trágicas de fácil detecção, uma vez que são cometidos em segredo, o que dificulta a descoberta pelas agências policiais, limitadas e burocraticamente condicionadas no Brasil. Além disso, a carência de uma vítima determinada nesse tipo de fato punível também contribui para a dificuldade estrutural de descoberta desse tipo de ato pelas autoridades policiais. Dessa forma, ante a invulnerabilidade a que estão submetidas as pessoas na prática de atos de corrupção, é necessário que referida prática se efetue de maneira grosseira ou trágica, de modo a tornar o agente vulnerável à criminalização concreta.

Por fim, a outra forma de criminalização da corrupção é aquela que se desenvolve em decorrência da falta de cobertura na prática do ato. Pelas características acima expostas, é comum que apenas após uma ruptura de relações de poder político, econômico ou social ocorra de fato a intervenção penal. Tais rupturas se concretizam em denúncias por parte de adversários políticos, de entes privados prejudicados em relações com o Estado e até mesmo de parentes.[15]

12. Sobre o conceito de adestramento diferencial, cf. ZAFFARONI; BATISTA; ALAGIA; SLOKAR. Op. cit., p. 48.

13. Cf. SUTHERLAND, Edwin H. *El delito de cuello blanco*. Trad. Laura Belloqui. Buenos Aires: B de F, 2009.

14. Cf. SHECAIRA, Sérgio Salomão. Corrupção: uma análise criminilógica. In. GRECO, Luís; MARTINS, Antonio. (org.). *Direito Penal como crítica da pena*. Estudos em homenagem a Juarez Tavares por seu 70.º aniversário, em 02 de setembro de 2012. São Paulo: Marcial Pons, 2012, p. 613-614.

15. BECHARA... cit., p. 8.

Ocorre que tanto a criminalização por comportamento grotesco quanto a criminalização devido à falta de cobertura correspondem à ínfima parte do contexto geral de criminalização no Brasil e possuem o arriscado papel de construção de uma crença social na capacidade do sistema penal de atuar de forma efetiva contra tal tipo de condutas penalmente puníveis. A exceção alimenta a confiança na capacidade do direito penal de proporcionar o controle da corrupção no Brasil, quando o processo real de funcionamento do sistema penal demonstra o fracasso estrutural de tal propósito.

Além disso, muitas vezes, as características próprias da conduta de corrupção leva parte dos penalistas a sugerir a necessidade de adoção de uma forma diferenciada de atuação do direito penal para garantir-lhe efetividade, geralmente com flexibilização de garantias penais e processuais.[16] Todavia, o que deixa de ser observado nessa proposta de expansão do direito penal para os casos de corrupção é o próprio caráter estrutural de funcionamento do sistema penal, de modo que a redução das garantias não traz consigo o resultado esperado, mas constitui, por outro lado, um perigoso artifício contra a liberdade dos cidadãos. O fracasso da aposta no direito penal termina por indicar uma atuação ainda mais dura do mesmo instrumento, que, por sua vez, já se mostrou extremamente limitado em seus objetivos.

Por outro lado, cumpre observar que o próprio sistema penal em sentido amplo pode constituir um fator de fomento da corrupção, como nos casos de criminalizações primárias de condutas destituídas de bem jurídico-penal[17] ou mesmo de condutas socialmente aceitas. Assim, condutas que não possuem grave reprovação social, muitas vezes, fazem com que a cobrança social para a criminalização secundária não exista ou seja insignificante, constituindo terreno fértil para a prática da corrupção policial.

Tais condutas, apesar de socialmente aceitas ou não reprovadas de forma grave, podem possibilitar a intervenção policial para sua coibição, ante o caráter criminoso, ainda que ilegítimo, das mesmas. É o caso, por exemplo, das casas de prostituição, do jogo do bicho e, em muitos casos, até da posse de

16. Sobre o debate da expansão do direito penal no caso da corrupção, cf. SILVEIRA, Renato de Mello Jorge. A ideia penal sobre a corrupção no Brasil: da seletividade pretérita à expansão de horizontes atual. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. v. 89, 2011. p. 417 e ss.

17. Sobre a relação entre bem jurídico-penal e a legitimidade da intervenção penal, cf. BECHARA, Ana Elisa Liberatore S. *Da teoria do bem jurídico como critério de legitimidade do direito penal, mimeo*. Tese de Livre Docência. Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. São Paulo, 2010.

drogas para uso pessoal. São condutas que, a depender das circunstâncias, não trazem uma reprovação social a ponto de fomentar uma intervenção penal e que, por isso mesmo, podem subsistir (e de fato subsistem) mediante a corrupção policial.[18]

Assim, verifica-se que o direito penal não só constitui um meio de controle da corrupção bastante frágil e limitado como pode até mesmo fomentar sua prática através das consequências concretas da criminalização ilegítima de determinadas condutas.

4. Consequências políticas do processo de criminalização da corrupção no Brasil

Como observamos, a criminalização de condutas de corrupção no Brasil ocorre de forma bastante excepcional e conta com uma cifra oculta significativa. A atuação do sistema penal em forma de exceção, selecionando condutas de pessoas que gozavam de uma estrutural invulnerabilidade à criminalização, faz com que a persecução penal aos casos de corrupção seja divulgada frequentemente sob a forma de escândalo (ou espetáculo), principalmente quando o ato envolve de alguma forma pessoas com acesso ao poder político e econômico.

A forma de atuação do sistema penal nesta temática tem como consequência a formação de uma imagem pública do corrupto vinculada a agentes públicos e políticos, passando a estigmatização desses para o próprio espaço público e para a política. Os efeitos dessa intervenção penal de exceção ultrapassam a esfera meramente penal e atingem diretamente o campo da política.

A forma de tratamento da corrupção no Brasil por diversos setores, desde as agências penais até a imprensa, foi incapaz de permitir uma análise crítica sobre o fenômeno, que saia da aparência e da mera consideração da corrupção como um fenômeno moral. O debate sobre a corrupção tem gerado cada vez mais uma ingênua (ou interessada) consideração das instituições públicas e seus agentes como ineficientes, corruptos e, muitas vezes, até desnecessários.

Para além dos funcionários públicos e das instituições públicas, o alvo da crítica passa a ser o Estado, como se toda a ideia de corrupção estivesse imanente às relações estatais. Cria-se, assim, um suposto conflito entre o Estado e a sociedade civil ou o mercado, em que a esfera estatal é tida como o terreno

18. Sobre corrupção policial, cf. BEATO, Claudio. Corrupção policial. In: AVRITZER, Leonardo; BIGNOTTO, Newton; GUIMARÃES, Juarez; STARLING, Heloísa Maria Murgel (org.). *Corrupção*: ensaios e críticas. Belo Horizonte: UFMG, 2012.

do privilégio e dos interesses espúrios e o mercado é caracterizado como uma instância técnica e racional, como que para separar onde está o mal e onde está a virtude.

O mercado é tido não só como o *locus* da virtude, mas também como a principal vítima da ação estatal. Em sua crítica à tese do patrimonialismo,[19] aqui igualmente aplicável, Jessé Souza indaga de forma provocativa:

> Ora, se todos somos "cordiais", por que apenas quando estamos no Estado desenvolvemos as consequências patológicas dessa nossa "herança maldita"? Por que o mercado, por exemplo, não é percebido do mesmo modo? E por que, ao contrário, o mercado é inclusive visto como a principal vítima da ação parasitária estatal?[20]

A separação feita entre Estado e mercado desconsidera a interdependência e ambivalência existente entre as duas esferas e esconde os reais conflitos existentes na sociedade. Ao caracterizar o Estado como instância essencialmente incompetente e corrupta, tem-se a clara finalidade de transferir para ele toda a responsabilidade pelas mazelas sociais, de modo a neutralizar a desigualdade e injustiça da sociedade brasileira.

A falsa associação entre Estado e corrupção oculta as características de nossa sociedade que contribuem diretamente para o fenômeno analisado, de maneira que retira a influência de uma sociedade baseada na busca do lucro, no individualismo, na concorrência e nas vantagens pessoais na construção da corrupção, como se o Estado estivesse imune a tais fatores em suas relações, como se os agentes estatais derivassem de outro tipo de sociedade. Especialmente sobre a relação entre corrupção e sociedade baseada na lucratividade, o cientista político Wanderley Guilherme dos Santos aponta:

> A corrupção atravessa séculos, culturas e sistemas políticos, por certo, mas nem por isso deixa de ter um aparente denominador comum em todas as manifestações. Faz-se necessária a qualificação de "aparente" porque a história pode surpreender e fazer surgir um exemplo contradizendo o re-

19. Sobre o patrimonialismo, cf. HOLANDA, Sérgio Buarque de. *Raízes do Brasil*. São Paulo: Companhia das Letras, 2012; FAORO, Raymundo. *Os donos do poder*. São Paulo: Globo, 2012; LEAL, Vitor Nunes. *Coronelismo, enxada e voto*. São Paulo: Companhia das Letras, 2012.

20. SOUZA, Jessé. Weber. In: AVRITZER, Leonardo; BIGNOTTO, Newton; GUIMARÃES, Juarez; STARLING, Heloísa Maria Murgel (org.). *Corrupção*: ensaios e críticas. Belo Horizonte: UFMG, 2012. p. 70.

> gistro aqui realizado. Mas, com tal grão de cautela, é razoável anotar que hábitos de corrupção existem em todas as sociedades hospitaleiras ao fenômeno do lucro. Onde quer que a estratificação social dependa, pelo menos em parte, da acumulação de riqueza material, aí se descobrirá a incidência de transações ilícitas entre o público e o privado.[21]

A oposição maniqueísta entre Estado e mercado descrita, ao mesmo tempo que tem o condão de conferir legitimidade a uma sociedade capitalista desigual e manter as relações de poder e dominação vigentes, também conduz à deslegitimação do Estado como instância capaz de intervir na sociedade de modo a reduzir as desigualdades sociais e de se transformar em força capaz de limitar interesses de concentração de riquezas vindos dos setores mais afluentes da sociedade.[22]

Outra consequência importante da análise reducionista da criminalização da corrupção no Brasil é a associação entre política e corrupção, ou *criminalização da política*. Assim como a associação entre corrupção e Estado, a relação com a política tem características parecidas, mas consequências um pouco distintas. A criminalização por falta de cobertura acima descrita incide especialmente sob agentes políticos e, também por seu caráter de exceção, leva à indevida associação entre corrupção e política.

A despeito das influências diretas da corrupção política na vida do cidadão, o discurso daí decorrente passa a depositar todas as mazelas sociais na relação entre política e corrupção. Trata-se de um discurso que parece crítico, mas esconde os efeitos concretos na construção democrática. Os efeitos de uma compreensão ingênua da criminalização da corrupção gera o que Jessé Souza chama de "teatralização da política como espetáculo bufo",[23] em que o conflito de interesses e ideias passa a ser entendido através da divisão entre "honestos" e "corruptos". A política passa a ser representada de forma simplista e subjetivada, olvidando-se as reais bases de poder na sociedade.

Essa redução do político ao que ele não é[24] tem a consequência direta em um fator fundamental para a compreensão do fenômeno da corrupção, que é o

21. SANTOS, Wanderley Guilherme dos. Democracia. In: AVRITZER, Leonardo; BIGNOTTO, Newton; GUIMARÃES, Juarez; STARLING, Heloísa Maria Murgel (org.). *Corrupção*: ensaios e críticas. Belo Horizonte: UFMG, 2012. p. 109.
22. SAFATLE, Vladimir. *A esquerda que não teme dizer seu nome*. São Paulo: Três Estrelas, 2012. p. 23.
23. SOUZA. Op. cit., p. 74.
24. STARLING, Heloísa Maria Murgel. Ditadura Militar. In: AVRITZER, Leonardo; BIGNOTTO, Newton; GUIMARÃES, Juarez; STARLING, Heloísa Maria Murgel (org.). *Corrupção*: ensaios e críticas. Belo Horizonte: UFMG, 2012, p. 214.

afastamento da população na participação política. A associação entre corrupção e política por meio de um discurso tido como crítico, em verdade cria aquilo que Vladimir Safatle denomina de "sociedade que tem medo da política".[25]

Assim, as consequências políticas da criminalização da corrupção no Brasil passam pela sua associação direta com o Estado e a política de forma acrítica, de modo a gerar efeitos antidemocráticos que dificultam o próprio debate com relação ao problema da corrupção. Os objetivos declarados da criminalização da corrupção e suas consequências políticas concretas acabam por constituir uma contradição prejudicial à construção de alternativas de enfrentamento do problema. Alternativas que passam necessariamente pela compreensão da relação existente entre corrupção e democracia.

5. CORRUPÇÃO E DEMOCRACIA

A formação histórica do Brasil sempre esteve permeada pela confusão entre o público e o privado, sendo a corrupção elemento presente e constante. O recorrente fenômeno da corrupção se mostrou resistente às diversas mudanças institucionais na história brasileira, persistindo em períodos de exceção, de ditadura civil-militar e no atual momento de luta pela democratização.[26]

Em sua história recente, o Brasil atravessou mais de duas décadas de ditadura civil-militar, período caracterizado não só pelo esvaziamento dos direitos políticos, mas pela verdadeira perseguição e tortura de presos políticos, além da morte e desaparecimento de pessoas por ação do Estado. As liberdades de imprensa e expressão eram abreviadas pela censura e a liberdade de reunião reprimida, constituindo terreno fértil para a proliferação da corrupção.

A insustentável permanência de um estado de exceção fez-se possível pela luta de diversos setores da sociedade pela democracia. A abertura política seguiu o caminho da elaboração de uma nova Constituição, que foi promulgada em 1988. Todavia, o período que sucedeu a promulgação da Constituição da República foi marcado pela divulgação de sucessivos casos de corrupção, o que suscitou o debate sobre a relação entre corrupção e regimes de governo.

Nesse sentido, estudos sobre o tema afirmam que a corrupção seria mais suscetível de se difundir em sociedades democráticas em virtude das maiores

25. SAFATLE. Op. cit., p. 46.

26. Sobre a corrupção em diversos momentos históricos do Brasil, cf. AVRITZER, Leonardo; BIGNOTTO, Newton; GUIMARÃES, Juarez; STARLING, Heloísa Maria Murgel (org.). *Corrupção*: ensaios e críticas. Belo Horizonte: UFMG, 2012.

oportunidades de interface entre os agente políticos, os indivíduos e os agentes econômicos.[27] Por outro lado, aponta-se que, na verdade, em regimes democráticos o que ganha força não é propriamente a corrupção, mas sua visibilidade e consequente divulgação.

Às vésperas do golpe civil-militar de 1964, os dois propósitos principais que serviram de fomento ao movimento de derrubada do Governo João Goulart eram o combate à corrupção e ao comunismo.[28] Sob o argumento de que a democracia era incapaz de lidar com o problema da corrupção, os militares iniciaram sua tarefa de acabar com o mau uso do dinheiro público. As promessas iniciais de dar ampla divulgação às provas de corrupção do regime anterior não foram realizadas, ante a provável admissão de envolvimento de militares nos episódios investigados que teria de ser divulgada.

O fracasso no objetivo declarado de combate à corrupção verificou-se durante todo o regime de exceção militar. Conforme aponta Heloísa Maria Murgel Starling, um motivo fundamental para tanto foi a visão estritamente moral que os militares tinham da corrupção, que compreendia que "o vício era sempre público, a virtude sempre privada e nada chega à política."[29] Em certo momento, diante do iminente fracasso da estratégia militar ante à corrupção, adotou-se o subterfúgio de valorização e exposição do comportamento público de decência pessoal das principais lideranças do regime. Assim, com a liberdade de imprensa proscrita e a censura cada vez mais intensa, o governo militar tentava passar uma imagem pública de probidade a partir de condutas públicas de seus dirigentes e sua respectiva divulgação.

Com um governo ditatorial sem qualquer controle ou fiscalização que não fosse a do próprio regime militar, com as liberdades públicas banidas e o Brasil em um regime de exceção, evidentemente que os autores de condutas de corrupção encontravam-se ainda mais protegidos da intervenção do poder punitivo do Estado. Não bastasse a invulnerabilidade à criminalização da corrupção ainda mais acentuada pelo próprio caráter de exceção do governo militar, em 1969 o governo editou o Decreto-Lei 898, conhecido como Lei de Segurança Nacional, que consistiu no símbolo autoritário do estado policial que se afirmava. Tal diploma legislativo tipificou a seguinte conduta em seu artigo 16:

27. SANTOS, Boaventura de Souza; MARQUES, Maria Manuel Leitão, PEDROSO, João. Os Tribunais nas Sociedades Contemporâneas. *Revista Brasileira de Ciências Sociais*. n. 30, 1996.

28. STARLING. Op. cit., p. 213.

29. STARLING. Op. cit., p. 214.

> Art. 16. Divulgar, por qualquer meio de comunicação social, notícia falsa, tendenciosa ou fato verdadeiro truncado ou deturpado, de modo a indispor ou tentar indispor o povo com as autoridades constituídas.
>
> Pena: detenção, de 6 meses a 2 anos.
>
> § 1.º Se a divulgação provocar perturbação da ordem pública ou expuser a perigo o bom nome, a autoridade, o crédito ou o prestígio do Brasil.
>
> Pena: detenção, de 2 a 5 anos
>
> § 2.º Se a responsabilidade pela divulgação couber a diretor ou responsável pelo jornal, periódico, estação de rádio ou de televisão será, também, importa a multa de 50 a 100 vezes o valor do salário mínimo vigente na localidade, à época do fato, elevada ao dobro, na hipótese do parágrafo anterior.
>
> § 3.º As penas serão aplicada em dobro, em caso de reincidência.

Garantia-se, assim, uma proteção ainda mais elevada e abusiva aos agentes públicos contra a divulgação de suas condutas ilícitas,[30] notadamente a corrupção. Mas, ainda assim, dribles na censura trouxeram ao conhecimento público uma série de casos de corrupção do governo militar.[31] O evidente fracasso do governo militar na cínica tarefa de combate à corrupção é bem descrito por Heloísa Maria Murgel Starling:

> A corrupção não poupou o regime militar brasileiro basicamente porque estava representada na própria natureza desse regime – vale dizer, estava inscrita em sua estrutura de poder e no princípio de funcionamento de seu governo. (...) Se o sentido político da corrupção está associado diretamente à incapacidade institucional de permitir a participação dos indivíduos na vida pública, numa ditadura onde governar é reprimir, não há jeito de evitar que a corrupção se inscreva como desagregação do espaço público e consequente degradação da ideia de interesse público.[32]

Assim, a corrupção era imanente ao regime militar, como a qualquer regime de governo tirânico e arbitrário. Mas, no caso da ditadura militar brasileira, assim como nas de caráter semelhante na América Latina, a corrupção chegou a atingir o seu grau máximo de associação ao regime de exceção ao servir de mecanismo de legitimação da tortura. Corrupção e tortura passaram a constituir mecanismos inseparáveis de política estatal de exceção, como

30. BECHARA, Ana Elisa Liberatore S. La evolución politico-criminal brasileña en el control de la corrupción pública. *Revista General de Derecho Penal*. v. 17. p. 5.

31. Cf. STARLING. Op. cit., p. 215.

32. STARLING. Op. cit., p. 218.

analisa de forma brilhante uma vez mais a professora Heloísa Maria Murgel Starling:

> Da mesma forma, quando a tortura precisou transbordar para outras áreas da atividade pública de modo a obter cumplicidade e ver reconhecida a legitimidade de seus resultados, a corrupção garantiu-lhe passagem. Para a tortura funcionar é preciso que na máquina judiciária existam aqueles que reconheçam como legais e verossímeis processos absurdos, confissões renegadas, laudos periciais mentirosos; também é preciso encontrar, nos hospitais, gente disposta a fraudar autópsias, autos de corpo de delito e a receber presos marcados pela violência física; é preciso, ainda, descobrir, na luz do dia, empresários dispostos a fornecerem dotações extraorçamentárias para que a máquina de repressão política funcione com maior precisão e eficácia.[33]

Evidentemente que não é exclusividade da ditadura militar brasileira a manutenção da corrupção em um regime de concentração do poder político. O fato é que o caminho a ser percorrido é justamente o contrário, de democratização da sociedade e do espaço público.

Desde a Idade Clássica a democracia foi empregada no sentido de forma de governo na qual o poder político é exercido pelo povo.[34] A oposição às formas de governo da monarquia e, especialmente, da autocracia, persiste no debate da teoria política até os dias atuais, cujo interesse central reside nas formas de limitação do poder. Nesse sentido, a democracia é tida como a forma de governo mais apropriada à limitação do poder, discutindo-se, na verdade, o seu conteúdo e características com vistas a esse objetivo.

As características da democracia que devem ser levadas em conta para o debate sobre a corrupção não passam pelo modelo liberal de Joseph Schumpeter,[35] cuja noção central é de democracia como mecanismo de escolha de governos, restando ao cidadão o exercício do voto para a escolha das pessoas que irão decidir os problemas da sociedade. Trata-se de um modelo que, por conferir ao sujeito um caráter de consumidor no mercado, resta marcado por apenas possibilitar um equilíbrio pluralista e elitista nas instâncias de poder, com sensível estímulo à apatia política dos cidadãos.[36]

33. STARLING. Op. cit., p. 220.

34. BOBBIO. Norberto. *Estado, governo, sociedade*: para uma teoria geral da política. Trad. Marco Aurélio Nogueira. 14. ed. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1987. p. 135.

35. SCHUMPETER, Joseph. *Capitalismo, socialismo e democracia*. Rio de Janeiro: Fundo de Cultura, 1961.

36. CHAUÍ, Marilena. A questão democrática. In: CHAUÍ, Marilena. *Cultura e democracia*: o discurso competente e outras falas. 13. ed. São Paulo: Cortez, 2011, p. 146.

Há muito que o conceito de democracia não se restringe a aspectos formais, uma vez que "a linguagem política moderna conhece também o significado de democracia como regime caracterizado pelos fins ou valores em direção aos quais um determinado grupo político tende e opera",[37] ou seja, para além da democracia como forma de governo, seu significado passa a ser valorado a partir do conteúdo dessa forma, denominada de democracia substancial.

Nessa esteira, o exercício da democracia passa a pressupor a ideia de democratização da própria sociedade, conforme expõe de maneira notável Norberto Bobbio:

> Uma vez conquistado o direito à participação política, o cidadão das democracias mais avançadas percebeu que a esfera política está por sua vez incluída numa esfera muito mais ampla, a esfera da sociedade em seu conjunto, e que não existe decisão política que não esteja condicionada ou inclusive determinada por aquilo que acontece na sociedade civil. Portanto, uma coisa é a democratização da direção política, o que ocorreu com a instituição dos parlamentos, outra coisa é a democratização da sociedade.[38]

Assim, a ideia de um poder político exercido não só pelo povo, como para o povo, necessita de condições sociais para sua realização. A desigualdade socioeconômica e as relações de dominação na sociedade capitalista se manifestam como barreiras para o real exercício da democracia considerada em seu sentido substancial.

A crítica da "óbvia fragilidade democrática no capitalismo"[39] é seguida, em Marilena Chauí, pelo apontamento de condições sociais para a efetivação da democracia. No campo econômico, referidas condições significam a efetiva "transformação das relações de classe pela transformação do sistema de produção e do sistema de propriedade, com o fim da exploração da força de trabalho, da separação entre trabalho braçal e trabalho intelectual (...), trata-se de igualdade socioeconômica."[40]

Contudo, para a autora, a condição social mais premente da democracia é a questão da informação, pois "um indivíduo participa da vida social em proporção ao volume e à qualidade das informações que possui".[41] O acesso

37. BOBBIO. Op. cit., p. 157.
38. BOBBIO. Op. cit., p. 156.
39. CHAUÍ. Op. cit., p. 148-149.
40. CHAUÍ. Op. cit., p. 149.
41. CHAUÍ. Op. cit., p. 153.

à informação e a transparência apresentam-se como elementos estruturais de uma democracia real. Com efeito, em sociedades não democráticas, lembra a filósofa, uma fórmula rege o processo da informação: "não é qualquer um que pode dizer qualquer coisa a qualquer outro em qualquer lugar sob qualquer circunstância."[42]

As relações entre democracia e enfrentamento da corrupção são evidentes, uma vez que a elevação dos níveis de participação decisória dos cidadãos, de igualdade material e de informação e transparência dificultam logicamente a manifestação da corrupção. Portanto, a crítica no sentido de que a corrupção seria mais suscetível de se difundir em sociedades democráticas em virtude da maior interação entre os agentes políticos, os indivíduos e os agentes econômicos,[43] somente faria sentido em um contexto de defesa da concepção liberal e conservadora de democracia.

A radicalização democrática por meio da busca da construção das bases sociais para uma democracia verdadeiramente plena configura, portanto, um meio sociopolítico logicamente eficaz de enfrentamento da corrupção. Com efeito, opõem-se frontalmente as características estruturais do fenômeno da corrupção e os elementos centrais de uma concepção radical de democracia. Participação popular efetiva, ampla informação e transparência são ideias que se contrapõem à oculta e privada prática de atos de corrupção, da mesma forma que um poder exercido pelo povo e para o povo se opõe a vantagens pessoais indevidas de cunho individualista baseadas na ideia de lucro.

No Brasil, após mais de duas décadas do fim do regime civil-militar e da promulgação de uma Constituição que prevê em seu artigo inicial o país como um Estado Democrático de Direito, temos cada vez mais presente e aparente em nosso cotidiano a corrupção como um problema a prejudicar diretamente a própria democracia brasileira.

Nossa democracia ainda é caracterizada por níveis extraordinários de desigualdade social, pela violação e impedimento da promoção dos mais básicos direitos humanos, por uma democracia representativa insuficiente e aliada a um sistema eleitoral frágil e financiado de forma privada, além de uma Administração Pública fechada e burocratizada. Por outro lado, temos ainda uma sociedade baseada na busca do lucro, no individualismo, na concorrência e

42. CHAUÍ. Op. cit., p. 153.

43. SANTOS, Boaventura de Souza; MARQUES, Maria Manuel Leitão, PEDROSO, João. Os Tribunais nas Sociedades Contemporâneas. *Revista Brasileira de Ciências Sociais*. n. 30, 1996.

na acumulação de riquezas e vantagens pessoais. As características de nosso regime político e sociedade realmente não constituem o melhor parâmetro de enfrentamento da corrupção, bem como de vários outros problemas de semelhante gravidade.

Dessa forma, o enfrentamento da corrupção que supere os aspectos meramente superficiais e aparentes da questão deve passar necessariamente por um processo de radicalização democrática da sociedade e suas instituições, a partir da modificação de parâmetros de participação no processo decisório e partilha do poder. A noção de democracia em seu aspecto formal ou até a ideia de uma democracia representativa como a nossa, não se coaduna com um sentido real de democracia, que perpassa por um aprofundamento da transferência do poder para instâncias de decisão popular.[44]

A ideia de democracia que se faz capaz de lidar de forma mais adequada com a questão da corrupção é aquela que supera a democracia formal pela "pulverização de mecanismos de poder de participação popular".[45] Apenas uma democracia real pode atingir as raízes do problema, na medida em que apodera o povo do espaço público com instâncias de participação direta e decisão no seu próprio destino. Assim, possibilita-se, por exemplo, a desburocratização das instituições públicas, além da retirada do caráter oculto do espaço público, conferindo transparência e legitimidade das referidas instituições pela real soberania popular.

Além disso, o processo de democratização possibilita aprimorar uma questão que permeia todo o debate sobre a corrupção, qual seja, a ideia de interesse público. A ideia aqui proposta de democracia real e soberania popular permite a compreensão do conceito de interesse público escorado "em um fundamento de vontade das maiorias em seu exercício institucionalmente livre e plural de opinião, discussão, deliberação e regulação."[46]

Ante o exposto, o enfrentamento das raízes da conduta de corrupção no Brasil não pode ser encarada sem a consideração de uma real democratização da sociedade, que deve ser fundada sob os paradigmas da solidariedade e justiça social, e das instituições públicas, legitimadas a partir de uma ideia de soberania e participação popular.

---

44. SAFATLE. Op. cit., p. 51.

45. SAFATLE. Op. cit., p. 51.

46. GUIMARÃES, Juarez. Socialismo. In: AVRITZER, Leonardo; BIGNOTTO, Newton; GUIMARÃES, Juarez; STARLING, Heloísa Maria Murgel (org.). *Corrupção*: ensaios e críticas. Belo Horizonte: UFMG, 2012. p. 98.

6. Considerações finais

O tema da corrupção, a despeito de ser fruto de amplos debates em diversos campos de conhecimento nas ciências sociais, ainda está longe de encontrar respostas conclusivas às grandes questões que o envolvem. No presente trabalho pretendeu-se cotejar alguns aspectos do tratamento penal da corrupção a partir da análise concreta de seu processo de criminalização.

A despeito do crescente apelo para intervenção penal com o objetivo de prevenir a prática da corrupção, observamos que a atuação do direito penal na seara da corrupção, por circunstâncias estruturais do processo de criminalização e do funcionamento do sistema penal, dá-se de forma bastante excepcional, uma vez que depende, em regra, da prática de um ato grotesco ou da falta de cobertura na prática do referido ato. Assim, existe uma grande disparidade entre os atos de corrupção praticados e os efetivamente criminalizados pelas agências do sistema penal, gerando um elevado nível da cifra oculta.

Para além do caráter excepcional e falho da intervenção penal com relação a condutas de corrupção, as consequências políticas dessa intervenção ultrapassam o plano meramente penal para atingir o Estado e a política. A forma de atuação do direito penal e sua respectiva divulgação sob a forma de escândalos faz com que a imagem pública do corrupto se vincule a agentes públicos e políticos, de maneira que a estigmatização desses agentes passe para o próprio espaço público e para a política.

A associação entre corrupção e Estado conduz à deslegitimação desta instância como instrumento de possível transformação da sociedade para redução das desigualdades sociais e limitação dos interesses de concentração de riquezas vindos dos setores mais afluentes da sociedade. Por sua vez, a vinculação da corrupção à política acarreta o afastamento da população na participação política.

A forma acrítica de atrelamento da corrupção ao Estado e à política gera efeitos absolutamente contraditórios e antidemocráticos que dificultam o próprio debate com relação ao problema da corrupção. Os efeitos políticos da criminalização da corrupção são diretamente contrapostos objetivos de enfrentamento do problema, uma vez que acabam por afastar os sujeitos da participação política e na esfera pública.

A corrupção perpassou todos os momentos da história brasileira, desde os períodos de exceção até o processo de redemocratização em que o problema passou a ter grande destaque e visibilidade. Se a falta de democracia é tida como fator fundamental ao desenvolvimento da corrupção, é também certo que a simples previsão formal de um Estado Democrático de Direito ou uma

democracia frágil também não se mostram adequados ao enfretamento do fenômeno.

Em vez de problema, a radicalização democrática é um mecanismo necessário para atingir o enfrentamento da corrupção, cujas raízes se encontram na lógica capitalista e no caráter oculto e burocratizado do funcionamento das instituições públicas. Assim, uma proposta de democracia real e soberania popular pode permitir a abertura de caminho para o tratamento eficaz da corrupção.

7. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

AGAMBEN, Giorgio. *Estado de exceção*. São Paulo: Boitempo, 2003.

ALVES, Alaôr Caffé. *Dialética e direito*: linguagem, sentido e realidade. Barueri: Manole, 2010.

AVRITZER, Leonardo; BIGNOTTO, Newton; GUIMARÃES, Juarez; STARLING, Heloísa Maria Murgel (org.). *Corrupção*: ensaios e críticas. Belo Horizonte: UFMG, 2012.

BATISTA, Nilo. Mídia e sistema penal no capitalismo tardio. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. n. 42. São Paulo: Ed. RT, 2003.

BEATO, Claudio. Corrupção policial. In: AVRITZER, Leonardo; BIGNOTTO, Newton; GUIMARÃES, Juarez; STARLING, Heloísa Maria Murgel (org.). *Corrupção*: ensaios e críticas. Belo Horizonte: UFMG, 2012.

BECHARA, Ana Elisa Liberatore S. Da teoria do bem jurídico como critério de legitimidade do direito penal, *mimeo*. Tese de Livre Docência. Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. São Paulo, 2010.

_____. La evolución politico-criminal brasileña en el control de la corrupción pública. *Revista General de Derecho Penal*. v. 17, 2012.

BOBBIO. Norberto. *Estado, governo, sociedade*: para uma teoria geral da política. Trad. Marco Aurélio Nogueira. 14. ed. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1987.

CHAUÍ, Marilena. A questão democrática. In: CHAUÍ, Marilena. *Cultura e democracia: o discurso competente e outras falas*. 13. ed. São Paulo: Cortez, 2011.

COUTINHO, Carlos Nelson. A democracia como valor universal. In: SILVEIRA, Ênio et al. Encontros com a Civilização Brasileira, v. 9. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 1979.

FAORO, Raymundo. *Os donos do poder*. São Paulo: Globo, 2012.

GARCÍA, Germán Silva. La problemática de la corrupción dentro de una perspectiva socio-jurídica. *Derecho Penal y Criminologia*. v. 21, 2000.

GOFFMAN, Erving. *Estigma*: notas sobre a manipulação da identidade deteriorada. 4. ed. Rio de Janeiro: LTC, 2008.

GUIMARÃES, Juarez. Socialismo. In: AVRITZER, Leonardo; BIGNOTTO, Newton; GUIMARÃES, Juarez; STARLING, Heloísa Maria Murgel (org.). *Corrupção*: ensaios e críticas. Belo Horizonte: UFMG, 2012.

HOLANDA, Sérgio Buarque de. *Raízes do Brasil*. São Paulo: Companhia das Letras, 2001.

LEAL, Vitor Nunes. *Coronelismo, enxada e voto*. São Paulo: Companhia das Letras, 2012.

SAFATLE, Vladimir. *A esquerda que não teme dizer seu nome*. São Paulo: Três Estrelas, 2012.

SANTOS, Boaventura de Souza; MARQUES, Maria Manuel Leitão, PEDROSO, João. Os Tribunais nas Sociedades Contemporâneas. *Revista Brasileira de Ciências Sociais*. n. 30, 1996.

SCHUMPETER, Joseph. *Capitalismo, socialismo e democracia*. Rio de Janeiro: Fundo de Cultura, 1961.

SHECAIRA, Sérgio Salomão. Corrupção: uma análise criminilógica. In. GRECO, Luís; MARTINS, Antonio. (org.). *Direito Penal como crítica da pena*. Estudos em homenagem a Juarez Tavares por seu 70.º aniversário, em 02 de setembro de 2012. São Paulo: Marcial Pons, 2012.

SILVEIRA, Renato de Mello Jorge. A ideia penal sobre a corrupção no Brasil: da seletividade pretérita à expansão de horizontes atual. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. v. 89, 2011.

SOUZA, Jessé. Weber. In: AVRITZER, Leonardo; BIGNOTTO, Newton; GUIMARÃES, Juarez; STARLING, Heloísa Maria Murgel (org.). *Corrupção*: ensaios e críticas. Belo Horizonte: UFMG, 2012.

STARLING, Heloísa Maria Murgel. Ditadura Militar. In: AVRITZER, Leonardo; BIGNOTTO, Newton; GUIMARÃES, Juarez; STARLING, Heloísa Maria Murgel (org.). *Corrupção*: ensaios e críticas. Belo Horizonte: UFMG, 2012.

SUTHERLAND, Edwin H. El delito de cuello blanco. Trad. Laura Belloqui. Buenos Aires: B de F, 2009.

VELÁSQUEZ, Fernando Velásquez. Corrupción y politica criminal. In. GRECO, Luís; MARTINS, Antonio. (org.). *Direito Penal como crítica da pena*. Estudos em homenagem a Juarez Tavares por seu 70.º aniversário, em 02 de setembro de 2012. São Paulo: Marcial Pons, 2012.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl; BATISTA, Nilo; ALAGIA, Alejandro; SLOKAR, Alejandro. *Direito penal brasileiro I*. Rio de Janeiro: Revan, 2003.

PESQUISAS DO EDITORIAL

Veja também Doutrina

- A conexão no processo penal, segundo o princípio do juiz natural, e sua aplicação nos processos da operação lava jato, de Gustavo Badaró – *RBCCrim* 122/171-204 (DTR\2016\22991);
- As dez medidas anticorrupção e a estigmatização do advogado e do direito de defesa, de Alberto Zacharias Toron – *RBA* 3/255-267 (DTR\2016\24821);
- Combate à corrupção e ordem constitucional: desafios e perspectivas para o fortalecimento do estado democrático de direito, de Flávia Piovesan e Victoriana Leonora Corte Gonzaga – *RT* 967/21-38 (DTR\2016\4639); e
- Crime e/ou improbidade? Notas sobre a performance do sistema de justiça em casos de corrupção, de Maira Rocha Machado – *RBCCrim* 112/189-211 (DTR\2015\1981).

Flexibilização de direitos e garantias no sistema penal brasileiro: responsabilidade coletiva da classe jurídica nacional pelo seu incremento

The flexibility of rights and guarantees in Brazilian penal system: collective responsibility of the national juridical class for its increasing

Adel El Tasse

Doutorando em Direito (UBA). Mestre em Direito Penal (UEM). Desempenha a atividade do Magistério na cadeira de Direito Penal em cursos de graduação e pós-graduação em diferentes instituições de ensino superior. Professor na Escola da Magistratura do Estado do Paraná. Professor do Curso LFG e no Complexo de Ensino Renato Saraiva (CERS). Autor de 17 livros e dezenas artigos publicados em diversos livros, revistas e periódicos. Advogado em Curitiba. Procurador Federal.
adel@eltasse.com.br

Recebido em: 31.05.2016
Aprovado em: 28.07.2016
Última versão do autor: 13.10.2016

Área do Direito: Penal

Resumo: O texto propõe reflexão sobre os movimentos de flexibilização dos Direitos e Garantias em matéria penal, desde uma abordagem sobre o modelo adotado para desenvolver a teoria do delito, contrapondo as posturas da corrente finalista e da corrente funcionalista, a partir de suas bases metodológicas.

Palavras-chave: Teoria do crime – Direitos e garantias – Finalismo – Funcionalismo – Métodos.

Abstract: The text proposes a reflection on the flexibility of rights and guarantees, from an approach on the model adopted to develop the concept of crime, contrasting the functionalist theory and the theory finalist from methodological bases.

Keywords: Crime's concept – Rights and guarantees – Finalist theory – Functionalist theory – Methods.

Sumário: 1. Introdução: marco teórico ou referencial. 2. A armadilha contra o finalismo. 3. O que realmente é o finalismo e porque é importante. 4. O modelo penal a que o Brasil foi conduzido desde as contradições de seus pensadores. 5. Considerações finais: enfim, a encruzilhada atual. 6. Referências.

Tasse, Adel El. Flexibilização de direitos e garantias no sistema penal brasileiro: responsabilidade coletiva da classe jurídica nacional pelo seu incremento. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. vol. 128. ano 25. p. 431-451. São Paulo: Ed. RT, fevereiro 2017.

1. INTRODUÇÃO: MARCO TEÓRICO OU REFERENCIAL

O texto é desenvolvido desde a atual realidade nacional, em que se observa persistente debate no meio jurídico sobre a existência de um movimento reducionista de direitos e garantias, a pretexto da concessão de maior efetividade ao sistema jurídico-penal, efetividade esta considerada dentro da perspectiva do maior incremento de medidas punitivas.

A constatação de que nos últimos anos acelerou-se a preocupação em dotar os Estados de maior capacidade de intervenção nas liberdades individuais, fundamentada na afirmação de necessidade no equacionamento da questão da criminalidade, suscita a inevitável reflexão sobre as bases estruturais do sistema e sobre os mecanismos que têm permitido o estabelecimento da maior presença punitiva do Estado, permitindo refletir também em lógica perspectiva em torno das possíveis consequências das opções que vem sendo realizadas.

A partir dessa questão, a primeira interrogante a ser tratada é se existe alguma alteração sistemática em curso no Brasil, ou seja, se o modelo de Direito Penal praticado tem de alguma maneira passado por alterações estruturais, para, em etapa posterior, caso afirmada a percepção de alteração, avaliar quais os impactos possíveis, debatendo se é possível estabelecer alguma prospecção, desde os processos históricos havidos ao longo da história do pensamento jurídico-penal.

Nesse sentido, o presente texto não desagua em análise asséptica, mas afirmativa de dificuldades, bem como propõe discussão em torno dos fenômenos que a geraram e assim reflete sobre lineamentos para possíveis equacionamentos para eles.

Para tanto o raciocínio é desenvolvido desde a contraposição aos pensamentos originais de Hanz Welzel,[1] Claus Roxin[2] e Günther Jackobs,[3] tendo em conta investigação direta na obra de cada um deles, desde a perspectiva dos fundamentos teóricos que embasam a corrente científica por cada um adotada, embora também sejam tomadas bases referenciais de fundamentação do posicionamento do autor em discípulos de cada um dos pensadores em destaque, como, por exemplo, Cerezo Mir,[4] como maior nome do finalismo atual na

1. *Derecho Penal*: parte general. Buenos Aires: Depalma, 1956.
2. *Derecho Penal*: Parte General. t. I. 2 ed. Madrid: Civitas, 1999 & *La Teoría del Delito en la discusión actual*. Lima: Grijley, 2007.
3. *Derecho Penal*: parte general. Fundamentos y teoria de la imputación. 2. ed. Madrid: Marcial Poins, 1997.
4. *Obras Completas*. Lima: Ara, 2006.

Espanha e Zaffaroni[5] e Regis Prado[6] na América Latina, entre outros autores consultados e referidos no curso do texto.

2. A ARMADILHA CONTRA O FINALISMO

Não é incomum que a reflexão sobre as categorias penais da chamada teoria geral do delito seja orientada por mero objetivo de concessão de operacionalidade à estrutura global imaginada, havendo, sob o ponto de vista da base filosófica que dará suporte ao sistema, pouca, quando nenhuma, reflexão sobre a significação da estruturação escolhida.[7]

Sabidamente é da essência histórica do pensamento penal brasileiro, na matéria específica da teoria geral do delito, deixar os debates filosóficos em torno da estrutura do sistema de lado e manifestar exclusivamente preocupação com as categorias que podem ser inseridas nessa temática, como auxiliares na resolução dos processos criminais existentes.

Com isso, é possível afirmar que opções por teorias diversas no Brasil raras vezes tomam em conta as implicações metodológicas que serão produzidas de cada escolha, não sendo incomum que a opção seja sempre pela teoria mais recente, independente da base filosófica que a embasa, havendo aparente tentativa, com isso, de afirmar posição vanguardista.[8]

5. *Manual de Derecho Penal*: parte general. Buenos Aires: Ediar, 2005, entre outros textos.
6. *Tratado de Direito Penal Brasileiro*. v. 1 e 2. São Paulo: Ed. RT, 2013, entre outros textos.
7. A propósito da estruturação conceitual de delito, note-se que "para que o julgador verifique se está diante de um delito, deve responder a várias perguntas. Vale observar que 'a teoria do delito (que responde o que o delito em geral) põe em ordem estas perguntas dentro de um sistema, em que cada resposta é um conceito teórico que inevitavelmente cumpre uma função política (aporta a contenção do poder punitivo) como parte da função geral de redução e contenção de todo sistema. A teoria do delito está destinada a operar como um sistema inteligente de filtros para conter racionalmente as pulsões do poder punitivo.'" (ZAFFARONI, Eugenio Raul. *Estuctura Basica del Derecho Penal*. Buenos Aires: Ediar, 2009, p. 57. Livre tradução.)
8. Com relação à teorização penal e a formação da lei penal, convém lembrar: "em nosso País essa democracia de verniz repressivo está cada vez mais presente no quotidiano do cidadão. Uma série de leis e outros tantos projetos em tramitação parlamentar desnudam esse novo tipo de Estado, nele se preserva a sua origem na vontade popular. Mas esta forjada sob influência dos órgãos de comunicação, e chega-se a definir os que controlam, de formadores da opinião pública."(LUISI, Luiz. *Os princípios constitucionais penais*. 2. ed. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2003, p. 327).

Nesse sentido, a realidade atual, passível de críticas sem dúvida, mas que claramente tem nas escolas de direito e nas pessoas que nelas se graduam a preocupação essencial da aprovação em algum concurso público, conduz à atualização acrítica permanente, com conhecimento sempre do último pensamento, independente de sua significação estrutural, seja a tônica, em especial quando se tem em conta que o Brasil adota o método tecno-burocrático para o ingresso nos cargos públicos.[9]

Não é incomum, no Brasil, que o prestígio do docente ou do profissional do direito esteja associado à sua "modernidade" de pensamento e posse do maior número de informações sobre os mais recentes "lançamentos teóricos", independente de qualquer coerência em relação à estrutura integral do pensamento ou mesmo da real possibilidade de compatibilização das diferentes categorias.

Por exemplo, poucos lugares do mundo tentariam realizar uma conciliação entre os critérios de imputação do resultado da teoria funcionalista com os da teoria finalista, como faz o anteprojeto de Código Penal brasileiro, atualmente em trâmite no Congresso Nacional. Esse intento, a bem da verdade, é de aparente impossibilidade, vez que diante de critérios antagônicos, pois ao passo que um avalia a éssência do fenômeno causal, o outro apregoa o desenvolvimento de sistema baseado na imputação normativa.

A esse respeito, no anteprojeto de Código Penal, em trâmite no Congresso Nacional, a proposta do parágrafo único do art. 14 é contraditória com a do art. 15.

Ocorre que no art. 14, o anteprojeto traz de forma genérica a afirmação do incremento do risco, em clara tentativa de aproximar-se da teoria da imputação objetiva, com matriz no Direito Germânico pós-unificação e rechaçada pelas Cortes Alemãs e pela doutrina penal daquele País, com destaque especial às críticas demolidoras que lhe foram formuladas por HIRSCH, pela facilidade dela decorrente de gerar confusão entre delito doloso e delito culposo.[10]

---

9. "A característica essencial do modelo tecnoburocrático, que é aquele adotado pelo Judiciário brasileiro, reside na sua rigorosa seleção realizada para o ingresso nos quadros da Magistratura. O concurso público é a principal nota de tal modelo estrutural" (El TASSE, Adel. *A "crise" no Poder Judiciário*. Curitiba: Juruá, 2001, p. 62-63).

10. HIRSCH assim conclui sua análise da teoria da imputação objetiva: "A teoria da imputação objetiva coloca em manifesto, em consequência, em que medida um método puramente normativo conduz a que os fenômenos que são objeto de sua análise não sejam colocados em destaque que deste modo as diferenças materiais não sejam claramente destacadas. As questões relativas à parte subjetiva do fato não pertencem ao tipo objetivo. Aquilo que é objetivo e aquilo que é subjetivo não se encontram a

Por outro lado, na sequência, o anteprojeto do Código Penal, no art. 15, segue basicamente a redação do art. 13, do Código Penal em vigor, com a previsão da teoria da equivalência de condições, estruturada em bases distintas e somente aplicável, de forma minimamente confiável, em um sistema guiado pela corrente finalista, em que a separação entre dolo e culpa é bastante clara.

O exemplo acima é apenas um entre tantos, da, em regra, ausência de preocupação nacional com a logicidade do sistema e com a percepção do seu embasamento filosófico, mas que centra na contínua incorporação do mais recente, dentro da premissa retórica de que por ser mais novo é melhor.

A partir disso, acabou por se construir verdadeira armadilha contra o pensamento finalista no Direito Penal nacional, pois passou a se ignorar os seus efetivos elementos de fundamentação e estruturação e o debate foi limitado a categorias isoladas, por exemplo, se ação seria final ou não, se o crime culposo estaria ou não bem embasado etc.[11]

Destarte, foi se produzindo total esquecimento do momento de estruturação da teoria finalista, das razões pelas quais ela se desenvolveu e o debate foi mantido em torno de aspectos pontuais dos elementos do conceito de delito, gerando, ao longo dos anos, a sensação de que haveria uma superação de seu pensamento, notadamente pela contínua proclamação de novas posições, em especial para atender situações políticas particulares ocorridas nos últimos tempos, como a política antiterrorista norte-americana.

O finalismo acabou assim por cair em uma armadilha, pois no momento em que os pensadores admitiram que as suas bases e fundamentos fossem ignorados em prol do debate pontual das categorias proclamadas na teoria do delito, cederam espaço para que novas categorias fossem, de forma não refletida, incorporadas ao sistema, o que foi amplamente defendido por grande parte dos juristas brasileiros que viram nisso um sinal de vanguardismo.

O resultado final dessa equação é que o sistema brasileiro migrou de forma imperceptível do finalismo para o funcionalismo e os elementos de contenção

disposição da dogmática, dito em outras palavras, a teoria da imputação objetiva não se mantém em pé." (HIRSCH, Hans Joachim. *Derecho Penal:* obras completas. t. I. Buenos Aires: Rubinzal – Culzoni Editores, p. 22-23. Livre tadução).

11. Nunca deve ser esquecido que "a diretriz finalista, ancorada em sólidas bases científicas, não se caracteriza somente como 'uma doutrina da ação, nem tampouco da sistemática dos caracteres do delito. É algo mais: um reflexo na dogmática jurídico-penal de uma atitude epistemológica.'" (PRADO, Luiz Regis. *Curso de Direito Penal Brasileiro.* v. 1. Parte Geral. 8. ed. São Paulo: Ed. RT, 2008, p. 95).

do poder punitivo por aquele modelo defendido, deixaram de ter qualquer significação na sociedade brasileira, habilitando, ainda que sem nenhuma proclamação expressa, a estrutura punitiva de embasamento neokantista.[12]

3. O QUE REALMENTE É O FINALISMO E PORQUE É IMPORTANTE

Diferente do comumente afirmado, o finalismo não se limita a ser uma teoria que, no Direito Penal, propõe uma estruturação do conceito analítico do delito que tem a finalidade como elemento essencial da conduta, porque, em verdade, esse aspecto é mera consequência da estrutura filosófica de pensamento que o embasa e essa sim é relevante, pois desenvolvida com a clara intenção de preservar o regime democrático e as pessoas contra os abusos do Estado.

Não se pensa na estruturação do finalismo, porque há um vício de imaginar que o regime anterior a ele, por ter sido autoritário, era assistemático ou sem embasamento em estruturas jurídicas, o que é absolutamente equivocado.

Vale lembrar que o finalismo tem o seu maior florescimento no momento posterior à derrocada dos Estados nazifascistas, justamente por ter se apresentado como hábil a conter práticas autoritárias havidas em matéria punitiva, estabelecendo rigoroso mecanismo de preservação democrática e do ser humano.

Ocorre que os modelos autoritários europeus do século passado somente foram possíveis porque os mecanismos gerais de interpretação do Direito Penal o permitiam e não porque existia uma ausência de sistema jurídico ou de embasamento filosófico.

Destarte, valendo da estrutura de pensamento própria do positivismo jurídico, vários autores, como, por exemplo, Carl Schmitt e Edmund Mezger, conseguiram formular um sistema de pensamento muito bem estruturado e

12. Destarte, "a concepção finalista mostra-se com o propósito de cumprir a tarefa não realizada pelo neokantismo de superar o positivismo. Assim, por exemplo, o conceito neokantiano de realidade é o mesmo do positivismo: o objeto da ciência jurídica é apenas o Direito positivo... O movimento neokantista não só se apropria do conceito positivista de Direito, ' como exaspera ainda mais, eliminando resquícios terminológicos de uma época pré-positivista, e complementando a realidade positivista com componentes de outra esfera, da esfera da irrealidade, do mero ideal ou do mero critério, de tal sorte que o Direito da prática jurídica e da ciência jurídica fica totalmente abandonado ao estrito conceito de Direito do positivismo.'" (PRADO, Luiz Regis, *op. cit.*, p. 95).

formalmente bem desenvolvido, absolutamente apto a produzir as ações interventivas dos Estados nazifascistas, chegando mesmo a permitir justiçar as ações de extermínio do regime nazista.

A constatação desse fenômeno conduziu, em matéria penal, a um posterior afastamento das bases neokantistas, que justamente haviam sido o sustentáculo para o desenvolvimento do modelo jurídico positivista, então vigorante na Europa e permissivo com o agigantamento do poder do Estado e com as suas ações punitivas extremas, em detrimento das liberdades individuais, sob o fundamento de que tudo estava embasado na lei.

Sempre é bom recordar que, por exemplo, os campos de concentração e extermínio alemães da Segunda Guerra Mundial, inclusive Auschwitz, nada mais eram que estabelecimentos prisionais regulares e previstos em lei, aos quais eram encaminhadas pessoas que de alguma forma houvessem transgredido as leis do Estado nazista. Bem pensado, sob o ponto de vista do discurso defensor do legalismo punitivista penal, um dos momentos de seu maior destaque é o do desenvolvimento dos campos de concentração pelo regime nazista.[13]

13. Para entender a formação dos campos de concentração e dos de extermínio, na Segunda Guerra Mundial, "é preciso distinguir os campos de extermínio, organizados pelos nazistas durante os anos finais da Segunda Guerra, dos campos de concentração. Os primeiros surgiram para viabilizar a 'solução final' – o extermínio dos judeus aprisionados até então pela ditadura de Hitler. Já os segundos foram criados no final do século XIX e não são uma invenção alemã. O surgimento do arame farpado permitiu cercar e isolar enormes porções de terra a um custo muito baixo. Essas áreas serviam inicialmente para encarcerar opositores políticos, inimigos estrangeiros, minorias étnicas ou grupos religiosos específicos. O recurso era usado geralmente em situações de guerra, e os prisioneiros eram confinados sem julgamento prévio. O sistema foi aplicado pela primeira vez pelos espanhóis durante a Guerra de Independência de Cuba (1895-1898) para impedir que grupos de civis apoiassem rebelião. No entanto, a primeira utilização do termo 'campo de concentração' é atribuída aos britânicos, que construíram mais de 100 deles durante a Guerra dos Bôeres (1899-1902). Nesses espaços de confinamento eram internadas as famílias de colonos holandeses e franceses que tiveram suas propriedades destruídas durante os combates na África do Sul. Ao todo, mais de 120 mil pessoas foram detidas, especialmente idosos, mulheres e crianças. As condições de vida nos campos ingleses eram péssimas devido à insalubridade dos abrigos e ao constante racionamento de água e de alimentos. Doenças como a febre tifoide e a disenteria, aliadas à falta de higiene e de material médico, mataram cerca de 30 mil pessoas, mais de 70% delas crianças (...) Stalin desenvolveu técnicas de confinamento do tipo em seu país ao longo da década de 1930, mesma época em que foram abertos os primeiros campos de concentração nazistas, começando por Dachau, em 1933. Hitler racionalizou esse tipo de internação e criou, finalmente, o campo de extermínio. Era inaugurada uma etapa de industrialização da

Isso explica, em parte, porque não havia sensível oposição social ao regime então existente, pois a presença de embasamento filosófico, de estruturação técnico-jurídica, somada ao atendimento do desejo coletivo de maior punição aos infratores da lei, fazia com que o discurso crítico fosse muito limitado e até mesmo em contrariedade ao sentimento da maior parte da população.

Justamente no momento seguinte ao término da experiência nazifascista, quando se constata o intenso grau de destruição por ela provocada, é que os intelectuais da época incorporam as propostas do pensamento finalista, partindo para a formulação de marcos teóricos, jurisprudenciais, Códigos Penais e legislações, todos proclamativos da adoção do rigoroso controle dogmático proposto pela teoria finalista.

Com o objetivo de salvaguardar a sociedade em seus momentos de irracionalismo ou de infelicidade histórica decorrente da estruturação do poder comandado por pessoas de índole autoritária, ocorre, em matéria penal, um rompimento em relação às estruturas de direito positivo, de matriz neokantista.

Em outras palavras, a constatação de que os regimes que se encerravam somente conseguiram produzir os massacres havidos porque existia um sistema jurídico a embasá-los, fez com que as bases de sustentação desse sistema fossem vistas, no que refere ao Direito Penal, como perigosas para a sociedade, pois haviam sido habilitadoras do incremento excepcional do poder punitivo, a ponto de justificarem extermínios em massa.[14]

Verdadeiras conquistas humanitárias surgiram dessa alteração estrutural, pois o ingresso do finalismo, como base fundamental, fez com que o seu método fizesse parte da essência do Direito Penal, e, com isso, passou a efetivamente existir um mecanismo de contenção do poder punitivo, independente da vontade da pessoa que provisoriamente exercesse o poder político ou mesmo da opinião pública dominante nos momentos de pânico coletivo.

O finalismo altera a metodologia neokantista estruturante da verdade a partir do que a lei proclama ser ela, para estabelecer que a verdade decorre da rea-

---

morte, cujo resultado seria a 'solução final.'" TOSSERI, Oliver. *Revista História Viva*. Disponível em: [www2.uol.com.br/historiaviva/artigos/os_nazistas_criaram_os_campos_de_concentracao__falso_.html]. Acesso em: 27 abr. 2016.

14. Com efeito, o "positivismo perigosista do século XIX, levado às últimas consequências no século XX, e a sistemática jurídica alheia ao mundo real, foram as determinantes para o fim previsível dos últimos capítulos com que se encerra a atrocidade na administração do Reich e no cogumelo atômico de Hiroshima." (ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *Apuntes sobre el pensamiento penal en el tiempo*. Buenos Aires: Hammurabi, 2007, p. 166. Livre tradução.)

lidade e a lei não têm a capacidade de alterá-la, ainda que represente a vontade da maioria da população ou do chefe político do Estado, pois a realidade como dado essencial não se submete ao comando ficcional da lei, devendo, portanto, esta se ajustar àquela.

Foi a partir dessa construção filosófica que se chegou, por exemplo, à finalidade da conduta, pois se a realidade demonstra que todo agir tem uma finalidade, não poderia o Direito Penal, ao explicar as hipóteses de conduta habilitadoras da punição, ignorar a finalidade que, como dito, é da essência do próprio agir.[15]

Também, a partir dessa estrutura, o sistema jurídico penal se distanciou, em seus métodos, dos demais ramos do direito e assumiu o efetivo papel de limitador do poder punitivo, somente o habilitando quando transpassados os filtros dogmáticos decorrentes da análise da realidade humana e da realidade das relações, o que impede, por exemplo, estabelecer como crime ser negro ou árabe ou judeu, pois é da essência de todos os seres humanos (realidade), independente de sua origem, serem rigorosamente iguais.

A imensa maioria do pensamento penal europeu e latino-americano passou a ser influenciada pela estrutura finalista, havendo avanço ímpar nos regimes democráticos no fortalecimento do respeito ao ser humano e na garantia de sua liberdade, como elemento essencial de seu ser, contra o desejo de intervenções excessivas pelo Estado.

Ocorre que o choque cultural gerado pela derrocada do regime socialista do Leste, no final dos anos 1980 e início dos anos 1990, fez alguns líderes da Europa ocidental pensarem que necessitariam de um sistema punitivo mais rigoroso, para sancionar fluxos migratórios que imaginavam pudessem produzir ações agressivas a bens importantes da cultura capitalista e ignorados no modelo socialista.

Com isso, vários estudos passaram a ser desenvolvidos em contraposição ao método finalista e estruturados no pensamento neokantista, na medida em que sabidamente era este o que melhor permitiria estruturar categorias jurídicas com entrelaçamento absolutamente lógico e possibilitadoras de maior habilitação punitiva em favor do Estado.

15. Welzel assim ensina: "a ação humana é o exercício de atividade finalística. A ação é, portanto, um acontecer 'finalista' e não somente causal. A 'finalidade' ou atividade finalista da ação se embasa em que o homem, a partir de seu conhecimento causal, pode prever, em determinada escala, as consequências possíveis de uma atividade com o olhar para o futuro, propor-se objetivos de diferentes índoles e dirigir sua atividade segundo um plano tendente à obtenção destes objetivos." (WELZEL, Hanz. *Derecho Penal:* parte general. Buenos Aires: Depalma, 1956, p. 39. Livre tradução.)

O neokantismo ressurge na teorização dos penalistas europeus, em especial alemães, em decorrência de temores gerados pelo forte impulso migratório havido com a derrocada do Muro de Berlin[16] e, em consequência, com a preocupação centrada na contenção dessas migrações internas, em especial da população da antiga Alemanha Oriental, ou seja, de pessoas alheias ao estado de bem estar e com aparente tendência à prática de ações marginais, para obter rápido equilíbrio financeiro em relação à sociedade da antiga Alemanha Ocidental.[17]

Esse temor, porém, mostrou-se infundado, pois se problemas existiram, não foi da magnitude que se imaginava e, em verdade, a sociedade alemã experimentou uma rápida integração e ganhou velocidade sensível o já antigo e em desenvolvimento projeto de criar uma Europa unificada.[18]

Enfim, as ideias de necessidade de retorno neokantista para filosoficamente habilitar, em matéria penal, o modelo jurídico positivista e, com isso, retirar as barreiras dogmáticas surgidas do finalismo, a partir do desejo de habilitar punições sobre os fluxos migratórios, por medo que gerassem grave crise social, rapidamente pareceram absolutamente estranhas na Europa, que passou a ter um nível de desenvolvimento espetacular com a União Europeia, inclusive com total e absoluta livre circulação de pessoas.[19]

---

16. A questão é detalhadamente analisada em: LIMA, Newton de Oliveira. *Neokantismo, valores e razão discursiva: aproximação da metodologia jurídica com a axiologia política kantiana.* Recife: Ágora Filosófica. Editora Universidade Católica de Pernambuco, Ano 16, n. 1, jan.-jul., 2016-1

17. A queda do muro que dividia o território da Alemanha em Oriental e Ocidental, ou seja, a reunificação alemã, ocorreu em 03 de outubro de 1990, com o Tratado de Unificação. (Sobre o movimento histórico de reunificação da Alemanha veja: GRASS, Günter. *Meu Século.* Record: São Paulo, 2000, p. 332).

18. A propósito da integração na Europa, interessante observar que "a união europeia que hoje admiramos assombrados foi construída a partir de um compromisso voluntário, sobre a base do diálogo, do respeito à lei, do convencimento das vantagens do esforço conjunto e de um bem cuidadoso equilíbrio de poderes entre os Estados membros. Tudo com vistas ao bem estar dos povos europeus e, fundamentalmente, a preservação da paz." (LECUBE, Alejandro F.L. *Manual de Derecho Comunitario.* Buenos Aires: Ábaco de Rodolfo Desalma, 1996, p. 32. Livre tradução.)

19. A Diretiva 2004/38/CE, de 29 de abril de 2004, promulgada pelo Parlamento e Conselho Europeus, dispõe que: "(1) A livre circulação de trabalhadores é uma liberdade fundamental dos cidadãos da União e um dos pilares do mercado interno da União, consagrada no artigo 45° do Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia (TFUE). A sua concretização é objeto da legislação da União que

Ao mesmo tempo, os Estados Unidos se viram tomados pelo crescimento do discurso autoritário, a partir do pânico antiterrorista surgido no governo republicano, daquela que pode ser chamada de "era Bush."

Com isso, toda a teorização que já havia sido desenvolvida nas escolas alemãs, calcada no resgate dos métodos neokantistas, em especial as habilitadoras de maior poder punitivo, apresentou-se como absolutamente funcional ao regime de poder centralizado e com tendência à ilimitação que se desejava desenvolver em território estadunidense. [20]

---

visa garantir o pleno exercício dos direitos conferidos aos cidadãos da União e aos membros das suas famílias. A expressão 'membros das suas famílias' deverá ser entendida como tendo o mesmo significado que a expressão definida no artigo 2°, ponto 2, da Diretiva 2004/38/CE do Parlamento Europeu e do Conselho (3), que se aplica também aos familiares dos trabalhadores fronteiriços. (2) A livre circulação dos trabalhadores é também um elemento fundamental para o desenvolvimento de um verdadeiro mercado de trabalho da União, permitindo a mobilidade dos trabalhadores para áreas onde exista escassez de mão de obra ou mais oportunidades de emprego, contribuindo para que mais pessoas encontrem empregos mais bem adaptados às suas capacidades e eliminando os estrangulamentos no mercado de trabalho. (3) A livre circulação de trabalhadores confere a todos os cidadãos da União, independentemente do respectivo lugar de residência, o direito de se deslocarem livremente para outro Estado-Membro a fim de aí trabalharem e/ou residirem para efeitos de trabalho. Protege-os contra a discriminação em razão da nacionalidade no que diz respeito ao acesso ao emprego, às condições de emprego e de trabalho, em especial no que se refere à remuneração, ao despedimento e a outras vantagens fiscais e sociais, garantindo-lhes igualdade de tratamento ao abrigo do direito, das práticas ou de convenções coletivas nacionais, em relação aos nacionais desse Estado-Membro. Esses direitos deverão ser exercidos sem discriminação por todos os cidadãos da União que exercem o seu direito à livre circulação, incluindo os trabalhadores permanentes, sazonais e fronteiriços. É preciso distinguir a livre circulação de trabalhadores da liberdade de prestação de serviços, a qual inclui o direito das empresas de prestarem serviços noutro Estado-Membro podendo, para o efeito, destacar temporariamente os seus próprios trabalhadores para outro Estado-Membro para que estes realizem as atividades necessárias à prestação dos serviços nesse Estado-Membro."

20. Destarte, "o pânico terrorista é muito funcional aos interesses de poder nos Estados Unidos, pois permite o agigantamento do Estado, intervindo em todos os aspectos das liberdades fundamentais, prendendo sem acusações, estabelecendo escutas telefônicas em larga escala, controlando correspondências, ou seja, monitorando não terroristas, mas toda sociedade, para saber quem são os inimigos do status quo e que não estão adequadamente controlados pela interiorização do discurso justificador do momento e, por isso, visualizam as injustiças e mentiras do sistema real existente." (EL TASSE, Adel. *O que é a impunidade*. Curitiba: Juruá, 2009, p. 26-27.)

Imediatamente a estrutura jurídica positivista de matriz neokantista pareceu excepcionalmente útil, mesmo em um país com forte apego ao modelo consuetudinário, e passou a ser realizada rediscussão das funções do Estado e do Direito Penal, concluindo que a sua função fundamental seria a de ofertar segurança aos cidadãos inseridos culturalmente na sociedade, para preservar o próprio sistema existente, autorizando as reações punitivas mais brutais e descontroladas em nome desse objetivo.

Foi admitida a prisão de Guantánamo, foi admitida a prisão por suspeita, foi admitida a prisão por prazo indeterminado sem possibilidade da utilização de mecanismos processuais para revogá-la, foram admitidas hipóteses de desnecessidade da presença de advogado e até mesmo foi garantida validade à tortura. [21]

Em poucas palavras, uma série de instrumentos normativos foi editada estabelecendo quem seria suspeito, quais métodos de tortura seriam admissíveis, enfim, da mesma forma que nos regimes nazifascistas, a lei positivada passou a ser um escudo de proteção absoluto para toda e qualquer prática autoritária, eis que ela foi assumida como a geradora da verdade.[22]

Para melhor entender, por exemplo, pouco passou a importar se o detido era um imigrante em condição regular nos Estados Unidos, com emprego e família, sem qualquer acusação formal da prática de qualquer ato terrorista, pois se ele satisfizesse as exigências legais descritivas do suspeito de terrorismo, ele era terrorista, cabendo às autoridades investigativas simplesmente demonstrar o acerto da lei e não a realidade dos fatos.

Para realizar essa demonstração, até mesmo métodos como a tortura seriam válidos, desde que utilizados na forma definida em lei, pois ela estabelecia quais as formas de tortura confiáveis e as não confiáveis, mais uma vez pouco importando se na realidade qualquer tortura pode gerar confissão, mesmo dotada de absoluta falsidade, a partir do não suportar a dor produzida, pois se a lei diz que há torturas confiáveis, a realidade decorre da lei e, portanto, há torturas confiáveis.

Os Estados Unidos passaram, assim, a garantir o implemento do poder punitivo a partir de uma guinada para o sistema positivo funcionalista de matriz

21. Veja DENBEAUX, Mark & HAFETZ, Jonathan. *The Guantánamo Lawyers*. Nova Iorque: New York University Press, 2009, 471 p.

22. Não passa despercebido que vários dos métodos próprios do autoritarismo norte-americano da "era Bush" são replicados no documento, ora projeto de lei de iniciativa popular, apresentado por parte do Ministério Público Federal brasileiro, sob a nomenclatura, 10 medidas contra a corrupção.

neokantista, o que, aliado à rica teorização deste método havida tempos antes na Alemanha, fez parecer a parte dos juristas brasileiros que para ser vanguardista haveria de ser também funcionalista e combater o finalismo, como sempre havendo pouca preocupação com os fundamentos teóricos do sistema e com as reais implicações da opção por um ou outro modelo.

Rapidamente, ser finalista passou a ser interpretado como sinônimo de ultrapassado e obsoleto, enquanto para estar adaptado às "últimas tendências da moda penal" somente quem tivesse aderido ao funcionalismo e que, mesmo sem saber muito bem o que significa, o defendesse e defendesse a postura filosófica neokantista.

Chama a atenção, por outro lado, que na Europa, onde a teorização neokantista contemporânea foi mais intensa, mesmo com o significativo e reconhecido avanço havido nos últimos anos na pauta dos direitos humanos, não se visualizou qualquer segurança em abandonar os limites dogmáticos impostos ao poder punitivo pela teoria finalista, ao contrário, no *Corpus Iures Europeu* é proposta a reafirmação de vários deles, como princípios supranacionais obrigatórios em todo continente.[23]

Com efeito, o finalismo é imprescindível em países como o Brasil e como os demais da América Latina, em que o mesmo grau de desenvolvimento na pauta de direitos humanos infelizmente ainda não existe e segue sendo comum o agigantamento do poder por agentes do Estado, que agem em nome dele, objetivando punições.[24]

23. Sobre o *Corpus Iures Europeu*, veja: DELMAS-MARTY, Mireille. *Vers un Parquet européen*. Justice, juillet 1997, p. 3 et s.; Id., *Le Corpus Iuris: Méthode et perspectives pour l'élaboration d'un ensemble de règles pénalescommunes aux* États *de l'Union européenne afin de lutter contre la fraude au budget communautaire*, L'Astrée, sept. 1997, p. 1 et s.

24. Vale referir à observação de que "toda a América está sofrendo as consequências de uma agressão aos Direitos Humanos (que chamamos de injusto jus humanista), que afeta o nosso direito ao desenvolvimento, que se encontra consagrado no art. 22 (e disposições concordantes) da Declaração Universal dos Direitos Humanos. Este injusto jus humanista tem sido reconhecido pela Organização dos Estados Americanos (OEA), através da jurisprudência internacional da Comissão dos Direitos Humanos, que declara ter sido violado o direito ao desenvolvimento em El Salvador e no Haiti. A existência deste injusto jus humanista não é, pois, uma afirmação ética, mas uma afirmação jurídica, reconhecida pela jurisprudência internacional. Este injusto jus humanista de violação de nosso direito ao desenvolvimento não pode ser obstaculizado, uma vez que se resguarda de seus efeitos, que se traduzem num aumento das contradições e da violência social interna que, vista em perspectiva, nos levaria a genocídios internos e à destruição do sistema produtivo, submetendo-as a um de-

A esse propósito, é inegável a importância histórica e estratégica da proposta metodológica finalista como mecanismo de proteção dos cidadãos, quando a matéria do exercício do poder punitivo é refletida de forma realística, em especial quando são considerados países em que os mecanismos de proteção aos direitos humanos são mais voláteis, justamente como é o caso do espaço latino-americano.

A percepção mais recente de um movimento judicial de redução das garantias e de fortalecimento de medidas punitivas antecipadas, baseadas em suspeita, responsabilização objetiva, com processo desenvolvido com aceitação de limitações ao exercício da defesa, produção de provas ilícitas e utilização de estratagemas eticamente discutíveis para obter confissões e condenações, sob os aplausos da população, produziu certo torpor e descontentamento na comunidade acadêmica, porém com pouca preocupação em detectar as causas primárias deste fenômeno que, em grande parte, deitam suas raízes na assistemática construção recente do sistema jurídico penal, realizada por parte da própria comunidade acadêmica, com admissão de interpolação de métodos incompatíveis com a proposta finalista.[25]

Em resumo, a não compreensão do que realmente é o finalismo, não uma teoria que apregoa a existência de finalidade na conduta, mas uma proposta metodológica baseada em verificação ontológica da realidade, para dela extrair limites dogmáticos ao exercício do poder punitivo, fragilizou a importância dele no Brasil, produzindo migração assistemática para o método neokantista,

---

senvolvimento ainda pior, como decorrência de uma violência incontrolável. Se a intervenção do sistema penal é, efetivamente, violenta, e sua intervenção pouco apresenta de racional e resulta ainda mais violenta, o sistema penal nada mais faria que acrescentar violência àquela que perigosamente, já produz o injusto jus humanista a que concomitantemente somos submetidos. Por conseguinte, o sistema penal estaria mais acentuando os efeitos gravíssimos que a agressão produz mediante o injusto jus humanista, o que resulta um suicídio." (ZAFFARONI, Eugenio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. *Manual de Direito Penal Brasileiro*. Parte Geral. 4. ed. São Paulo: Ed. RT, 2002, p. 80-81).

25. No pensamento de Maier, "o poder penal do Estado, aplicado racionalmente, resguarda certos valores essenciais para a vida de uma comunidade e foi a criação do Estado de Direito que estabeleceu as garantias contra sua utilização arbitrária. As garantias, segundo a doutrina constitucionalista, são as asseguradas para impedir que seja atingido o rol de direitos que são atributos essenciais dos membros da comunidade." (HENDLER, Edmundo. La razonabilidad de las leyes penales: la figura del arrepentido. *Teorías Actuales en el Derecho Penal*. Buenos Aires: Ad-Hoc, 1998, p. 393-394. Livre tradução).

revisitado por parte da teoria na alemã nas últimas décadas, construindo no atual sistema jurídico-penal brasileiro um modelo incapaz de deter o avanço do poder punitivo sobre os direitos e garantias fundamentais.

4. O MODELO PENAL A QUE O BRASIL FOI CONDUZIDO DESDE AS CONTRADIÇÕES DE SEUS PENSADORES

A pulsão social por aumento do poder punitivo é fenômeno contínuo, pois a inexorável presença de conflitos na sociedade, produtora de violência, evidente que em escalas diversas, conforme a maior ou menor conflitividade encontrada, gera sentimento de necessidade de respostas, o que em geral é guiado pela irracionalidade, repercutindo na permanente afirmação do desejo de adoção de medidas de intervenção crescente nas liberdades.[26]

Isso é particularmente sensível em países como o Brasil, em que os métodos resolutivos dos conflitos são ineficientes, com sistemas de direito civil e processo civil incapazes de ofertar qualquer solução satisfatória, nos quais as respostas são tardias e, em regra, protetivas de grupos sociais, corporações ou detentores do grande capital.

Então, há, de um lado, a incapacidade sistêmica resolutiva dos conflitos, decorrente não do Direito Penal, a quem não incumbe esta tarefa, mas do modelo civil e processual civil, e, de outro, uma sociedade que por sua histórica desigualdade, desenvolve-se de forma extremamente conflitiva.

Esses fatores fazem com que haja facilitada interiorização da irracionalidade que propaga a necessidade de punições extremas e antecipadas, como forma de ofertar satisfação simbólica pela imensa camada da sociedade que se sente permanentemente injustiçada e, assim, experimenta momentânea satisfação ao ver alguém ser punido, evidente, desde que não integrante de seu grupo de convívio.

A questão é que a metodologia adotada pelo Direito Penal, a partir da experiência de similar irracionalidade havida na Europa no século passado e dos massacres que foi capaz de produzir, deve proteger a sociedade contra a sua própria irracionalidade, bloqueando a afirmação de poder ser adotada determinada solução por contar com apoio popular, ainda que representando afronta aos Direitos Humanos e produtora de um modelo punitivo autoritário.

26. Luiz Regis Prado já observou que "a complexidade e a conflituosidade intensa são características marcantes da sociedade moderna." (PRADO, Luiz Regis. *Ciência Penal: Coletânea de Estudos em homenagem a Alcides Munhoz Netto*. Curitiba: JM, 1999, p. 283).

Nesse cenário não pode ser desconsiderado ser o método neokantista absolutamente incapaz para se prestar à tarefa de conter o poder punitivo, justamente por ignorar os dados da realidade e propor um modelo pelo qual a proclamação legislativa torna suficiente o conceito, de sorte que se a proclamação for de que a prova pode ser, por exemplo, obtida mediante tortura, ela poderá assim ser constituída e, inclusive, poderão ser positivados os métodos de tortura válidos e a sua aplicação, como a propósito foi recentemente realizado nos Estados Unidos, na "era Bush".

Quando parte da doutrina penal brasileira passou a defender a retomada do neokantismo, proposta pelas correntes funcionalistas, lamentavelmente sem maiores reflexões sobre as consequências sistêmicas desta opção, não foram apontados maiores problemas, porém os próprios doutrinadores são agora tomados de assombro pelo crescente movimento de redução de garantias que habilitaram, a partir do emprego de método permissivo com a amplificação do modelo punitivo e da possibilidade de mitigação das liberdades.[27]

A lógica é muito simples, não se pode simplesmente dizer que se adota uma ou outra opção das posições teóricas funcionalistas e no restante desejar manter o sistema penal protetivo das garantias, desenvolvido com base no modelo finalista, consolidado após a Segunda Guerra Mundial.

Isso é assim porque a questão não é se a conduta tem finalidade ou não ou se deve ou não se considerar o incremento de risco para a imputação causal, enfim, não se trata da escolha por um ou outro elemento a compor a estrutura jurídica do delito, pois a construção da grande "colcha de retalhos metodológica", que parte dos teóricos penais brasileiros desejaram, é impossível, na medida em que quando uma única consequência do método teórico neokantista é admitida, admite-se a flexibilização do sistema ontológico finalista e com isso

27. Bastante emblemática é a análise de como ocorrem os processos evolutivos no Brasil: "É curioso notar-se que os movimentos aparentemente reformadores, no Brasil, partiram quase sempre de cima para baixo: foram de inspiração intelectual, se assim se pode dizer, tanto quanto sentimental. Nossa independência, as conquistas liberais que fizemos durante o decurso de nossa evolução política vieram quase de surpresa; a grande massa do povo recebeu-as com displicência, ou hostilidade. Não emanavam de uma predisposição espiritual e emotiva particular, de uma concepção de vida bem definida e específica, que tivesse chegado à maturidade plena. Os campeões das novas ideias esqueceram-se, com frequência, de que as formas de vida nem sempre são expressões do arbítrio pessoal, não se 'fazem' ou ' desfazem' por decreto." (HOLANDA, Sérgio Buarque de. *Raízes do Brasil*. 26. ed. São Paulo: Companhia das Letras, 1995, p. 160-161).

está permitindo que gradualmente ele vá sendo flexibilizado até o seu integral abandono, pois não há como racionalmente sustentar ser ele válido para algumas coisas e não para outras.

Em definitivo, clamar contra a limitação de direitos e garantias, contra a instrumentalização do processo penal e contra o crescimento do poder punitivo e seguir combatendo a metodologia proposta pela corrente finalista e defendendo a adoção do método positivista do neokantismo, próprio do funcionalismo, bem pensado representa quadro psiquiátrico de transtorno dissociativo de personalidade em seu nível extremo, na medida em que se defende um método que quando aplicado em sua inteireza, em matéria penal, habilitou e justificou alguns dos maiores massacres que a humanidade conhece e, ao mesmo tempo, a pessoa se afirma como protetora dos direitos e garantias e preocupada com a crescente onda punitivista na sociedade.[28]

5. CONSIDERAÇÕES FINAIS: ENFIM, A ENCRUZILHADA ATUAL

A partir das reflexões acima, o que fica bastante evidente é que a sociedade brasileira se encontra diante de uma encruzilhada, em um momento particular de definição dos rumos que o sistema jurídico penal deverá seguir.[29]

28. É interessante a observação de Norberto Bobbio sobre a permanente contraposição, no plano político, do modelo que amplia o poder estatal com o garantidor das liberdades: "o alfa e o ômega da teoria política é o problema do poder: como o poder é adquirido, como é conservado e perdido, como é exercido, como é defendido e como é possível defender-se contra ele. Mas o mesmo problema pode ser considerado de dois pontos de vista diferentes, ou mesmo opostos: ex parte principis ou ex parte populi. Maquiavel ou Rosseau, para indicar dos símbolos. A teoria da razão de Estado ou a teoria dos direitos naturais e o constitucionalismo. A teoria do Estado potência de Ranke a Meinecke e ao primeiro Weber, ou a teoria da soberania popular. A teoria do inevitável domínio de uma restrita classe política, minoria organizada, ou a teoria da ditadura do proletariado de Marx a Lenin. O primeiro ponto de vista é o de quem se posiciona como conselheiro do príncipe, presume ou finge ser o porta-voz dos interesses nacionais, fala em nome do Estado presente; o segundo ponto de vista é o de quem se erige em defensor do povo, ou da massa, seja ela concebida como uma nação oprimida ou como uma classe explorada, de quem fala em nome do anti-Estado ou do Estado que será. Toda história do pensamento político pode ser distinguida conforme se tenha posto acento, como os primeiros no dever de obediência, ou como os segundos no direito à resistência." (BOBBIO, Norberto. *A era dos direitos*. Rio de Janeiro: Campus, 1992, p. 143).

29. Jamais deve ser esquecido que "o direito penal existe para cumprir finalidades, para que algo se realize, não para simples celebração de valores eternos ou glorificação de

Uma das trilhas é a da reafirmação do papel fundamental do Direito Penal, desde as concepções dos precursores do iluminismo penal, como SPEE e BECCARIA, qual seja, o de limitador do poder punitivo e fortalecedor dos direitos e garantias, o que é incompatível com qualquer instrumentalização do processo ou atendimento linear, pelo Judiciário, ao "clamor popular".

De outro lado, há o caminho do estabelecimento do Direito Penal como aliado do próprio poder punitivo, concepção utilizada em vários regimes de poder desde a inquisição medieval, passando pelo nazifascismo e pelo recente autoritarismo norte-americano da "era Bush", modelo que se compatibiliza com a instrumentalização do processo, com a redução de garantias e com a atuação populista do Poder Judiciário, em atendimento linear ao clamor popular.[30]

A baliza que define, porém, qual das trilhas seguir é a opção metodológica entre a ontologia finalista, baseada na realidade como elemento de limitação da lei ou o positivismo neokantista do funcionalismo, baseado na construção da realidade a partir da lei e, lembre-se, não há como compatibilizar estes sistemas, pois opostos em sua essência.

É inegável que pode uma sociedade optar por um ou outro caminho e, evidente, cabe a ela suportar as consequências desta escolha, menos punições, com necessidade de equacionar de forma satisfatória os conflitos sociais em outros campos que não o do Direito Penal, em uma; sofrimentos em abundância na outra, com geração de sensação de maior punitividade e, portanto, maior atendimento à opinião pública.[31]

---

paradigmas morais. Resulta claro que conhecer essas finalidades é importante para conhecer o direito penal." (BATISTA, Nilo. *Introdução Crítica ao Direito Penal Brasileiro*. 11. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2007, p. 20.)

30. Registre-se que "um processo de ordem autoritária, que historicamente existiu em variados momentos, desde logo ligado aos Estados absolutistas da Europa, antes da Revolução Francesa." (BELEZA, Tereza Pizarro. *Apontamentos de Direito Processual Penal*. Lisboa: AAFDL, 1992, p. 68).

31. Na sociedade há um choque contínuo em relação ao sistema jurídico-penal, pois é da sua essência o enfrentamento entre o desejo criminalizador e a manutenção da liberdade humana: "ora a transformação resulta do aparecimento ou do desaparecimento de uma relação fundamental, e o movimento que se desenvolve então expressa a entrada de um dado comportamento no campo da Política Criminal, ou sua saída: criminalizar/descriminalizar, tomando-se estes termos em sentido amplo. Deste modo aumenta ou diminui o espaço submetido à pressão do corpo social e, correlativamente, o espaço de liberdade. Ora a transformação reflete a simples modificação de uma relação numa outra, sem mudar o efetivo das categorias formais que compõe

O inaceitável, contudo, é que a comunidade científica, guiada pelo simples desejo de ser vanguardista, conduza a sociedade por uma trilha que nem ela própria haja refletido sobre onde termina, como se mais que literatura, o genial "Ensaio sobre a Cegueira", de Saramago, fosse em verdade um escrito herdado de uma espécie de Nostradamus, antevendo o futuro da sociedade e sua sinopse, *"um motorista, parado no sinal, subitamente se descobre cego. É o primeiro caso de uma "treva branca" que logo se espalha incontrolavelmente pelo país"*, descrevesse o Brasil em sua cega relação com o sistema jurídico-penal.

Vale lembrar também, que do próprio "Ensaio sobre a Cegueira", se extrai o alerta: *"Se podes olhar, vê. Se podes ver, repara"*. Falando em Brasil, falando de sistema jurídico-penal: vê e repara para o caminho que a teorização que se defende conduz e talvez a conclusão seja de que o melhor é não ser sempre falsamente vanguardista e, nesta matéria, ficar na segurança que as barreiras dogmáticas extraídas da realidade fornecem, afinal o caminho que já tantas vezes conduziu invariavelmente para massacres e para o afastamento do modelo democrático não oferta qualquer garantia que desta vez terminará em redenção e paz.[32]

6. REFERÊNCIAS

AGAMBEN, Giorgio. *Homo Sacer.* Madrid: Pre-textos, s.s.

BATISTA, Nilo. *Introdução Crítica ao Direito Penal Brasileiro.* 11. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2007.

o modelo. Correspondendo à modificação de uma resposta do Estado numa resposta 'societal', ou inverso, este segundo movimento 'societizar/estatizar'. Determina no espaço controlado pelo corpo social, a intensidade da pressão exercida, se é verdade que a pressão aumenta com o aparecimento e, em seguida, com o reforço da autoridade do Estado." (DELMAS-MARTY, Mireille *apud* CARVALHO, Salo. *Crime e Sociedade.* Curitiba: Juruá, 2001, p. 327-328).

32. As observações de Agamben são importantes para lembrar que a aparente perspectiva da boa-fé ou da boa intenção em uma construção teórica não é suficiente para simplesmente recepcioná-la, se presumível que pode conduzir a resultados trágicos: "Não há motivos para duvidar de que as razões humanitárias que empurraram Hitler e Moler a elaborar imediatamente depois da tomada de poder um programa de eutanásia foram de boa-fé, como de boa-fé atuavam certamente, desde seu ponto de vista, Biding e Hoche ao propor o conceito de 'vida indigna de ser vivida'" (AGAMBEN, Giorgio. *Homo Sacer.* Pre-textos, 177. Livre tradução.) "(...) contrariamente a um difundido preconceito, o nazismo não se limitou simplesmente a utilizar e a distorcer para seus próprios fins políticos os conceitos políticos que lhe eram necessários; a relação entre a ideologia nacional socialista e o desenvolvimento das ciências sociais e biológicas do momento, em particular o da genética, é mais íntimo e complexo e a cada vez mais inquietante." (AGAMBEN, Giorgio. *Homo Sacer,* Madrid: Pre-textos, s.d., p. 184. Livre tradução).

BELEZA, Tereza Pizarro. *Apontamentos de Direito Processual Penal.* Lisboa: AAFDL, 1992.

BOBBIO, Norberto. *A era dos direitos.* Rio de Janeiro: Campus, 1992.

DELMAS-MARTY, Mireille *apud* CARVALHO, Salo. *Crime e Sociedade.* Curitiba: Juruá, 2001.

_____. *Vers un Parquet européen.* Justice, juillet 1997, p. 3 et s.

_____. *Le Corpus Iuris:* Méthode et perspectives pour l'élaboration d'un ensemble de règles pénalescommunes aux États de l'Union européenne afin de lutter contre la fraude au budget communautaire. L'Astrée, sept. 1997.

DENBEAUX, Mark & HAFETZ, Jonathan. *The Guantánamo Lawyers.* Nova Iorque: New York University Press, 2009.

El TASSE, Adel. *A "crise" no Poder Judiciário.* Curitiba: Juruá, 2001.

_____. *O que é a impunidade.* Curutiba: Juruá, 2009.

GRASS, Günter. *Meu Século.* Record: São Paulo, 2000.

HENDLER, Edmundo. *La razonabilidad de las leyes penales: la figura del arrepentido.* Teorías Actuales en el Derecho Penal. Buenos Aires: Ad-Hoc, 1998.

HIRSCH, Hans Joachim. *Derecho Penal:* obras completas. t. I. Buenos Aires: Rubinzal – Culzoni Editores.

HOLANDA, Sérgio Buarque de. *Raízes do Brasil.* 26. ed. São Paulo: Companhia das Letras, 1995.

JAKOBS, Günther. *Derecho Penal*: parte general. Fundamentos y teoria de la imputación. 2. ed. Madrid: Marcial Poins, 1997.

LECUBE, Alejandro F.L. *Manual de Derecho Comunitario.* Buenos Aires: Ábaco de Rodolfo Desalma, 1996.

LUISI, Luiz. *Os princípios constitucionais penais.* 2. ed. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2003.

MIR, Cerezo. *Obras Completas.* Lima: Ara, 2006.

PRADO, Luiz Regis. *Ciência Penal: Coletânea de Estudos em homenagem a Alcides Munhoz Netto.* Curitiba: JM, 1999.

_____. *Curso de Direito Penal Brasileiro.* v. 1. Parte Geral. 8. ed. São Paulo: Ed. RT, 2008.

_____. *Tratado de Direito Penal Brasileiro.* v. 1 e 2. São Paulo: Ed. RT, 2013

ROXIN, Claus. *Derecho Penal:* Parte General. t. I. 2 ed. Madrid: Civitas, 1999.

_____. *La Teoría del Delito en la discusión actual.* Lima: Grijley, 2007.

TOSSERI, Oliver. *Revista História Viva.* Disponível em: [www2.uol.com.br/historiaviva/artigos/os_nazistas_criaram_os_campos_de_concentracao__falso_.html]. Acesso em: 27 abr. 2016.

WELZEL, Hanz. *Derecho Penal*: parte general. Buenos Aires: Depalma, 1956.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *Apuntes sobre el pensamiento penal en el tiempo.* Buenos Aires: Hammurabi, 2007.

_____. *Estuctura Basica del Derecho Penal*. Buenos Aires: Ediar, 2009.

_____. *Manual de Derecho Penal*: parte general. Buenos Aires: Ediar, 2005.

_____.; PIERANGELI, José Henrique. *Manual de Direito Penal Brasileiro*. Parte Geral. 4. ed. São Paulo: Ed. RT, 2002.

PESQUISAS DO EDITORIAL

Veja também Doutrina

- O agente infiltrado no combate à criminalidade organizada, de Yuri Felix – *RT* 923/407-427 (DTR\2012\450676);
- O finalismo como método sintético real-normativo para a construção da teoria do delito, de Luís Gracia Martín – *Ciências Penais* 2/5-28 (DTR\2005\12);
- O finalismo, hoje, de José Cerezo Mir – *RBCCrim* 12/39-49, *Doutrinas Essenciais de Direito Penal* 2/949-962 (DTR\1995\393); e
- Sobre a teoria da ação finalista e sua significação no direito penal, de Enrique Bacigalupo – *RBCCrim* 52/135-157, *Doutrinas Essenciais de Direito Penal* 2/929-948 (DTR\2005\878).