

Organizadores:
Aline Gostinski
Deivid Willian dos Prazeres
Bartira Macedo de Miranda

XIII SIMPÓSIO DA AACRIMESC

SALVACIONISMO E MITOS DA NOVA ERA





Copyright© 2019 by *Aline Gostinski e Deivid Willian dos Prazeres & Bartira Macedo de Miranda*

Editor Responsável: Aline Gostinski
Capa e Diagramação: Carla Botto de Barros

CONSELHO EDITORIAL CIENTÍFICO:

EDUARDO FERRER MAC-GREGOR POISOT

Presidente da Corte Interamericana de Direitos Humanos. Investigador do Instituto de Investigações Jurídicas da UNAM - México

JUAREZ TAVARES

Catedrático de Direito Penal da Universidade do Rio de Janeiro - Brasil

LUIS LÓPEZ GUERRA

Magistrado do Tribunal Europeu de Direitos Humanos. Catedrático de Direito Constitucional da Universidade Carlos III de Madrid - Espanha

OWEN M. FISS

Catedrático Emérito de Teoria de Direito da Universidade de Yale - EUA

TOMÁS S. VIVES ANTÓN

Catedrático de Direito Penal da Universidade de Valência - Espanha

S173 Salvacionismo e mitos da nova era [livro eletrônico]
Organizadores Aline Gostinski, Deivid Willian dos Prazeres, Bartira Macedo de Miranda. – 1.ed. – São Paulo : empório do direito.com : Tirant lo Blanch, 2019.
1Mb ; ebook

ISBN: 978-85-9477-411-8

1.Direito penal. 2. Processo penal. I. Título.

CDU: 343.1

É proibida a reprodução total ou parcial, por qualquer meio ou processo, inclusive quanto às características gráficas e/ou editoriais.

A violação de direitos autorais constitui crime (Código Penal, art.184 e §§, Lei nº 10.695, de 01/07/2003), sujeitando-se à busca e apreensão e indenizações diversas (Lei nº9.610/98).

Todos os direitos desta edição reservados à Tirant Empório do Direito Editorial Ltda.



tirant
lo blanch

Todos os direitos desta edição reservados à Tirant lo Blanch.

Avenida Nove de Julho nº 3228, sala 404, ed. First Office Flat

Bairro Jardim Paulista, São Paulo - SP

CEP: 01406-000

www.tirant.com.br - editora@tirant.com.br

Impresso no Brasil / Printed in Brazil

Organizadores:
Aline Gostinski
Deivid Willian dos Prazeres
Bartira Macedo de Miranda

SALVACIONISMO E MITOS DA NOVA ERA



AUTORES

Deivid Willian dos Prazeres

Eduardo Herculano Vieira de Souza

Hugo Rogério Grokskreutz

Joel Eliseu Galli

Luísa Walter da Rosa

Luiz Eduardo Dias Cardoso

Marina Wagner Bruno Shinzato

Ricardo Ávila Abraham

Rodolfo Macedo do Prado

William Shinzato

Bartira Macedo de Miranda

Júlia Faipher M. V. da Silva Dornelas

APRESENTAÇÃO

É com satisfação que a Associação dos Advogados Criminalistas do Estado de Santa Catarina – AACRIMESC – apresenta a todos o livro “Salvacionismo e Mitos da Nova Era”, resultado do concurso de artigos do XIII Simpósio da AACRIMESC, realizado em parceria com a Editora Tirant Lo Blanch/Empório do Direito.

Fundada em 5 de agosto de 1982, na cidade de Florianópolis, a AACRIMESC é uma instituição de direito privado sem fins lucrativos que agrêmia os advogados criminalistas do estado catarinense.

A Associação teve sua utilidade pública reconhecida primeiramente no âmbito estadual, com a promulgação da Lei Estadual nº. 7.628/89. Posteriormente, sua importância foi reconhecida pelo município de Florianópolis, onde se encontra sediada, por intermédio da Lei Municipal nº. 3.383/90.

A Entidade congrega em seu quadro associativo cerca de 350 (trezentos e cinquenta) advogados criminalistas espalhados por todo o território de Santa Catarina.

Dentre suas diversas atribuições estatutárias e regimentais encontra-se o fomento e a cultura jurídica das Ciências Criminais, que se materializa anualmente com a realização de Simpósios promovidos pela Associação, nos quais são proferidas palestras por renomados juristas do Brasil.

O evento tem percebido merecido reconhecimento por aguçar o senso crítico de advogados, defensores públicos, juízes, promotores, professores, bacharéis e acadêmicos, batendo recorde de público e esgotando antecipadamente as inscrições face a qualidade dos conferencistas que compõem sua grade de programação.

Na edição deste ano, ocorrida nos dias 13 e 14 de setembro, na cidade de Florianópolis, o Simpósio contou com a participação de Aury Lopes Jr., Vera Regina Pereira de Andrade, Yuri Félix, Eleonora Nacif, Ricardo Jacobsen Gloeckner, Marcelo Semer e Alberto Zacharias Toron,

que trouxeram para o debate assuntos atuais e de grande relevância no cenário jurídico brasileiro.

Além das palestras, o evento promoveu um concurso cultural, possibilitando a apresentação dos artigos aprovados que compõem esta obra, os quais abordam os mais variados temas de Direito Penal e Processo Penal e refletem a qualidade e densidade dos estudos realizados pelos autores associados.

Espera-se que este livro contribua com as discussões e aprofundamento dos conhecimentos atinentes às Ciências Criminais.

Boa leitura a todos!

Florianópolis, 14 de setembro de 2019.

Renato Boabaid

Presidente

Deivid Willian dos Prazeres

Tesoureiro/Organizador

SUMÁRIO

PROVA DIABÓLICA NO PROCESSO PENAL: A PALAVRA DA VÍTIMA NOS DELITOS SEXUAIS.....	11
Deivid Willian dos Prazeres	
O PINTOR E O JULGADOR: UMA INTERSECÇÃO ATRAVÉS DA PSICANÁLISE QUE LIGA, MEDEIA, E DESNUDA A INVISIBILIDADE DA ATUAÇÃO PROCESSUAL PENAL	19
Eduardo Herculano Vieira de Souza	
O PRINCÍPIO DA HUMANIDADE PENAL À LUZ DOS DIREITOS DA PERSONALIDADE: O PROPÓSITO DE PROTEÇÃO DA PESSOA.....	31
Hugo Rogério Grokskreutz	
OS ORÁCULOS JUDICIAIS DA MODERNIDADE.....	43
Joel Eliseu Galli	
A FALÁCIA DA GARANTIA DA ORDEM PÚBLICA COMO ARGUMENTO PARA DECRETAÇÃO DA PRISÃO PREVENTIVA: UM ESTUDO PRÁTICO DAS DECISÕES DO TJSC ALIADO À REALIDADE DO SISTEMA CARCERÁRIO BRASILEIRO.....	55
Luísa Walter da Rosa	
O <i>IN DUBIO PRO SOCIETATE</i> PARA ALÉM DOS AUTOS: A JURISPRUDÊNCIA E AS NOTÍCIAS DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SANTA CATARINA A RESPEITO DO TRIBUNAL DO JÚRI	69
Luiz Eduardo Dias Cardoso	
A MULHER CRIMINALISTA – UM DUPLO DESAFIO NUMA SOCIEDADE MACHISTA E AUTORITÁRIA	81
Marina Wagner Bruno Shinzato	
CRIMINALIZAÇÃO DA HOMOFOBIA E DA TRANSFOBIA – O EXERCÍCIO DA NECROPOLÍTICA NA DOGMÁTICA PENAL..	91
Ricardo Ávila Abraham	

ALTERNATIVA AO MITO DO AUMENTO DE PENA DO CRIME DE CORRUPÇÃO COMO SOLUÇÃO OU PORQUE O WHISTLEBLOWING É MAIS EFICAZ NO SEU COMBATE. 101

Rodolfo Macedo do Prado

A JUSTA CAUSA PARA EXCEPCIONAR A INVIOABILIDADE DO DOMICÍLIO NOS CASOS DE FLAGRANTE DELITO SOB A ÓTICA DO STF E DO STJ. 111

William Shinzato

BEM JURÍDICO PENAL COMO FUNDAMENTO NECESSÁRIO PARA A CONSTRUÇÃO, INTERPRETAÇÃO E APLICAÇÃO DOS TIPOS PENAIIS. 121

Bartira Macedo de Miranda

Júlia Faipher M. V. da Silva Dornelas

PROVA DIABÓLICA NO PROCESSO PENAL: A PALAVRA DA VÍTIMA NOS DELITOS SEXUAIS

Deivid Willian dos Prazeres¹

1. INTRODUÇÃO

Recentemente, os noticiários de todo o mundo foram bombardeados pela notícia de uma acusação de suposto estupro ocorrido na cidade de Paris, envolvendo o atacante da seleção brasileira Neymar da Silva Santos Junior e a modelo Najila Trindade Mendes.

Segundo informado, a modelo teria viajado para se encontrar com o jogador e, na hora em que estavam prestes a se relacionar sexualmente, solicitou que ele não consumasse o ato, já que naquele momento estavam sem preservativo, tendo aí se iniciado a agressão.

Longe de entrar na discussão a respeito da veracidade ou não dos fatos imputados ao mencionado jogador, até porque a situação encontra-se em averiguação, o referido episódio serve para provocar uma importante reflexão sobre o tema: o tratamento jurídico conferido aos crimes sexuais no Brasil.

O estupro, em apertada síntese, pode ser definido como a conduta de constranger alguém à prática de ato sexual ou de outro ato libidinoso contra a sua vontade, interferindo diretamente no seu direito fundamental à liberdade.

No Brasil, de acordo com os dados do Anuário Brasileiro de Segurança Pública de 2018², apenas no ano de 2017, foram registrados mais de 66 mil casos tentados e consumados de estupro, o que representa um aumento alarmante de 10% de registros em relação ao ano imediatamente anterior.

1 Advogado Criminalista. Laureado pela Universidade do Sul de Santa Catarina-UNISUL. Pós-Graduado em Ciências Criminais pelo Complexo de Ensino Superior de Santa Catarina-CESUSC. Pós-Graduado em Direito Penal e Processual Penal pela Academia Brasileira de Direito Constitucional-ABDCONST. Diretor-Tesoureiro da Associação dos Advogados Criminalistas do Estado de Santa Catarina-AACRIMESC.

2 Fórum Brasileiro de Segurança Pública. 12º Anuário Brasileiro de Segurança Pública. Disponível em: <<http://www.forumseguranca.org.br/publicacoes/anuario-brasileiro-de-seguranca-publica-2018/>> Acesso em: 30 jun 2019.

Ainda em 2017, segundo o Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias³, do Departamento Penitenciário Nacional, órgão vinculado ao Ministério da Justiça e Segurança Pública, num universo de 520.251 presos, cerca de 20.906 encontravam-se privados de liberdade em decorrência de acusações ou condenações pela prática de delitos sexuais.

Fruto de uma cultura puritana historicamente construída, sobretudo por forte influência religiosa e pelo estímulo de uma indústria cultural especializada no retrato chocante do crime⁴, a sociedade atual, ainda asfixiada por preceitos morais que até pouco tempo condenavam métodos contraceptivos e práticas sexuais pouco ortodoxas, nutre especial ojeriza pelos sujeitos que praticam delitos sexuais.

De acordo com Loic Wacquant (p 361):

Bombardeado por uma retórica cruel que retrata a luta contra o crime como uma batalha moral de vida ou morte entre o bem e o mal – ao invés de uma questão organizacional de direitos, responsabilidades e a alocação racional de recursos penais e de outras naturezas para prevenir, aliviar ou suprimir o desvio danoso – o “predador sexual”, pintando invariavelmente com as cores de um vagabundo fora da sociedade, conquistou um lugar central na cultura pública da vilificação de criminosos [...].

Esta aversão social por esse segmento específico de criminosos é re-produzida, inclusive, no interior do sistema prisional, em que vige a prática generalizada do denominado “estupro carcerário”, em que acusados e condenados pela referida conduta são vítimas do próprio delito que lhes é imputado⁵, decorrente de uma noção distorcida de justiça construída a partir da lei de talião.

Embora a origem do delito ainda não seja consenso entre os estudiosos, que atribuem a sua ocorrência a uma série diversificada de gatilhos (desvio mental, instigação cultural, etc), diante da virulenta animosidade estimulada contra os acusados por esse tipo de crime, inúmeras são as propostas que tentam remediar o problema, desde a famigerada castração química até o

3 MINISTÉRIO DA JUSTIÇA E SEGURANÇA PÚBLICA. **Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias** – Junho de 2017. Disponível em: <<http://depen.gov.br/depen/depen/sisdepen/infopen/relatorios-sinteticos/infopen-jun-2017-rev-12072019-0721.pdf>>. Acesso em: 30 jun 2019.

4 WACQUANT, Loic. **Punir os pobres**: A nova gestão da miséria nos Estados Unidos [A onda punitiva]. 3. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2007. p.359

5 Nascimento, Raul Victor Rodrigues do. Guimarães, Ryanny Bezerra. **A violação dos violadores**: um estudo acerca das causas e consequências do estupro carcerário de estupradores no Brasil. Disponível em: ><https://periodicos.ufrn.br/transgressoes/article/view/6630>>. Acesso em: 30 jun 2019.

polêmico cadastro público de criminosos sexuais⁶.

Sem dúvidas, idéias para punir não faltam e há muito permeiam o imaginário de todos, que em muitos casos invocam penas cruéis e de morte, cuja defesa, por si só, representa um retrocesso civilizatório.

O que poucos sabem, contudo, é que o delito sexual, apesar de sua incontestável gravidade e repugnância, é tratado de modo bastante rudimentar em nosso país, o que gera injustiças de toda a sorte e merece atenção especial dos atores jurídicos.

2. O ÔNUS DA PROVA NO PROCESSO PENAL

Sabe-se, não é novidade, que o processo, seja ele administrativo ou judicial, é um instrumento de reconstrução aproximativa de um determinado episódio ocorrido no passado.

A prova, dentro desse contexto, é a ferramenta utilizada pelas partes com o objetivo de trazer aos autos informações que auxiliem na reconstituição dos fatos e auxiliem o juiz para que ele possa, de maneira fundamentada, expor seu convencimento ao final do processo.

Para Eugênio Pacelli de Oliveira⁷:

A prova judiciária tem um objetivo claramente definido: a reconstrução dos fatos investigados no processo, buscando a maior coincidência possível com a realidade histórica, isto é, com a verdade dos fatos, tal como efetivamente ocorridos no espaço e no tempo. A tarefa, portanto, é das mais difíceis, quando não impossível: a reconstrução da verdade.

Embora ainda se verifique, tanto na doutrina quanto na jurisprudência, o entendimento de que o ônus da prova seja da parte que alega determinada circunstância ou fato, é certo que, especificamente no processo penal, referida incumbência compete exclusivamente à acusação, eis que em favor do acusado vige a presunção constitucional de inocência.

Segundo Aury Lopes Junior:⁸

A partir do momento em que o imputado é presumidamente inocente, não lhe incumbe provar absolutamente nada. Existe uma presunção que deve ser destruída pelo acusador, sem que o réu (e muito menos o juiz) tenha

6 PRAZERES, Deivid Willian dos. **A criminalização midiática do sex offender**: A questão da Lei de Megan no Brasil. Florianópolis: Empório do Direito, 2016.

7 OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. Curso de Processo Penal. Belo Horizonte: Del Rey, 2007, p.287

8 JUNIOR, Aury Lopes. **Direito Processual Penal**. 9 ed. São Paulo. Editora Saraiva. 2012. P. 549.

qualquer dever de contribuir nessa desconstrução (direito de silêncio – *nemo tenetur se detegere*).

Por esta razão, conclui o autor que:⁹

[...] no processo penal, não há distribuição de cargas probatórias: a carga da prova está inteiramente nas mãos do acusador, não só porque a primeira afirmação é feita por ele na peça acusatória (denúncia ou queixa), mas também porque o réu está protegido pela presunção de inocência.

Ao longo do processo, por força da ampla defesa e do contraditório constitucional, é permitido as partes produzirem todas as provas necessárias que possam influenciar o espírito do julgador em direção a determinado entendimento, sendo vedadas, ao menos para acusação, apenas aquelas obtidas por meio ilícitos.

Isso porque, por expressa disposição legal prevista no artigo 155 do Código de Processo Penal, o juiz deve formar sua convicção baseado nas provas produzidas no contraditório judicial, não podendo fundamentar a decisão exclusivamente nos elementos da investigação, vez que produzidos de maneira inquisitorial devido a natureza do próprio procedimento.

Na maior parte dos casos, a reconstrução fática é realizada por meio de perícia ou pela colheita de prova oral de pessoas presentes no cenário delitivo, sendo essa última, aliás, a principal ferramenta utilizada para fundamentar as sentenças prolatadas no âmbito criminal.

Entretanto, a depender da natureza do delito apurado, esse processo de retrospecção é de difícil realização, vez que a conduta nem sempre deixa vestígios tampouco testemunhas oculares que possam narrar o fato, como ocorre nos denominados crimes sexuais.

3. A PROVA DIABÓLICA NOS DELITOS SEXUAIS

Em regra, para demonstrar a ocorrência de uma infração penal, exige-se a realização do denominado corpo de delito para comprovar a ocorrência material do fato delituoso.

Referida imposição decorre do artigo 158 do Código de Processo penal, segundo o qual “Quando a infração deixar vestígios, será indispensável o exame de corpo de delito, direto ou indireto, não podendo supri-lo a confissão do acusado”.

9 *Op cit.* p. 547-550.

Especificamente no caso dos delitos contra a dignidade sexual, a vítima é submetida a um exame médico em que se tenta comprovar, dentre outras coisas, a prática do ato libidinoso e as lesões físicas provocadas pelo agressor.

Entretanto, a depender do histórico da vítima, sobretudo no que diz respeito a sua vida sexual pregressa (se é virgem ou não, se teve relação recentemente, etc), referida prova dificilmente consegue ser produzida, por desaparecerem os vestígios, sendo realizado, nessa hipótese, o suprimento pela prova testemunhal.

De acordo com o artigo 167 do Código de Processo Penal, “Não sendo possível o exame de corpo de delito, por haverem desaparecido os vestígios, a prova testemunhal poderá suprir-lhe a falta”.

Nesse particular, a doutrina e a jurisprudência têm conferido especial importância às declarações da vítima desse tipo de delito, considerando-o, em muitos casos, um dos elementos mais importantes da fase de cognição processual, inclusive em detrimentos de outras provas técnicas, como o próprio laudo pericial.

A título de exemplo, no julgamento do Habeas Corpus 301.380/SP¹⁰, de relatoria do Ministro Ribeiro Dantas, a Quinta Turma do Superior Tribunal de Justiça entendeu ser absolutamente desnecessária a realização de exame pericial para comprovar a prática de atos libidinosos, salientando no corpo da decisão que “A jurisprudência pátria é assente no sentido de que, nos delitos de natureza sexual, por frequentemente não deixarem vestígios, a palavra da vítima tem valor probante diferenciado».

O mesmo raciocínio foi adotado no julgamento do Habeas Corpus nº. 177.980/BA¹¹, de relatoria do Ministro Jorge Mussi, em que a Quinta Turma do Superior Tribunal de Justiça afastou a necessidade da prova técnica, consignando que:

Se mostra prescindível a perícia – exame de corpo de delito – para os crimes de estupro ou atentado violento ao pudor que, por vezes, não deixam vestígios, máxime havendo nos autos provas outras que auxiliem o julgador na formação do seu convencimento.

Mais adiante, ainda no mesmo julgamento, reforçou que¹²:

10 SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. HC 301.380/SP, Rel. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, QUINTA TURMA, julgado em 14/06/2016, DJe 21/06/2016

11 SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. HC 177.980/BA, Rel. Ministro JORGE MUSSI, QUINTA TURMA, julgado em 28/06/2011, DJe 01/08/2011

12 *Loc cit.*

A palavra da vítima, em sede de crime de estupro ou atentado violento ao pudor, em regra, é elemento de convicção de alta importância, levando-se em conta que estes crimes, geralmente, não há testemunhas ou deixam vestígios

A Sexta Turma do Superior Tribunal de Justiça, ao apreciar o Agravo em Recurso Especial 1301938/RS¹³, de relatoria do Ministro Nefi Cordeiro, reforçou a relevância do relato da vítima em detrimento de outras provas técnicas, salientando que:

De acordo com a jurisprudência desta Corte, “nos crimes contra os costumes, a palavra da vítima é de suma importância para o esclarecimento dos fatos, considerando a maneira como tais delitos são cometidos, ou seja, de forma obscura e na clandestinidade

O Supremo Tribunal Federal, do mesmo modo, ao apreciar caso envolvendo o delito de atentado violento ao pudor no Habeas Corpus nº. 75.625/SP¹⁴, entendeu que “A falta do exame de corpo de delito direto e conclusivo não invalida o procedimento penal, podendo ser substituído por outras provas”.

Por ocorrer normalmente dentro de quatro paredes e sem a presença de testemunhas oculares, a maioria dos casos de delitos sexuais é resolvido no confronto da palavra da vítima com a do acusado.

Num sistema balizado por diretrizes democráticas, em que a presunção de inocência deve ser sempre a regra, isso certamente não seria um problema, pois, na dúvida, a situação se resolveria em favor do indivíduo que é acusado, decretando-se sua absolvição.

Ocorre que no Brasil, infelizmente, há uma verdadeira inversão de valores nesse tipo de crime, impondo-se ao acusado a prova diabólica, ou seja aquela impossível ou extremamente difícil de ser produzida, de que não praticou o fato.

Significa dizer que, caso alguém seja acusado por uma parceira ou parceiro de praticar uma agressão sexual, cabe ao suposto agressor, e não à suposta vítima, o ônus de comprovar que não praticou o ato sem o consentimento, aplicando-se esse raciocínio, do mesmo modo, nos casos decorrentes de relações previamente existentes entre os envolvidos.

13 SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. AgRg no AREsp 1258176/MS, Rel. Ministro RIBEIRO DANTAS, QUINTA TURMA, julgado em 07/06/2018, DJe 15/06/2018

14 SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. HC 75.625/SP, Rel. Ministro MAURÍCIO CORRÊA, Segunda Turma, publicado no DJU de 13/03/1998

Dentro desse contexto, é importante lembrar que há diversos julgados, inclusive dos Tribunais Superiores, nos quais se entende que “a ausência de laudo pericial não afasta a caracterização de estupro, porquanto a palavra da vítima tem validade probante, em particular nessa forma clandestina de delito, por meio do qual não se verificam, com facilidade, testemunhas ou vestígios”¹⁵.

Isso infelizmente cria terreno fértil e sórdido para que denúncias inverídicas sejam realizadas por vingança ou outros motivos pessoais, a exemplo das acusações sabidamente falsas promovidas com o intuito de facilitar os processos de separação pelo deferimento de medidas protetivas e, em alguns casos mais graves, até mesmo utilizando-se de menores vítimas de alienação parental, impondo ainda mais prudência ao se tratar referida questão.

4. CONCLUSÃO

A ocorrência de crime sexual causa comoção popular e, não raramente, provoca reações descontroladas e violentas por parte da sociedade, o que exige um tratamento racional e cauteloso por parte dos atores jurídicos que trabalham com este delicado tipo de delito.

Isso porque uma imputação dessa natureza, ainda que ao final seja comprovadamente inverídica, produz efeitos muitas vezes irreversíveis nas pessoas que são acusadas.

É o caso do episódio ocorrido em 1994 na cidade de São Paulo, em que o casal Icushiro e Maria Aparecida Shimada tiveram a vida destruída pela falsa denúncia de que teriam abusado de crianças no inesquecível episódio da Escola Base¹⁶.

Não é demais lembrar que, em tempos de intolerância, o sistema criminal muitas vezes sequer chega a tempo de esclarecer os conflitos da sociedade, que acaba, infelizmente, fazendo justiça com as próprias mãos.

Exemplo disso é o caso do estudante Camilo, o qual foi torturado e assassinado no Morro da Mariquinha, na cidade de Florianópolis, após ser alvo de uma falsa acusação de abuso sexual de uma criança, tudo motivado

15 CONJUR. STJ reúne decisões sobre uso de depoimento de vítimas de estupro como prova. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2016-jan-26/stj-reune-decisoes-valor-depoimentos-vitimas-estupro>>. Acesso em: 30 jun 2019.

16 RIBEIRO, Alex. **Caso Escola Base**: Os abusos da imprensa. 2. ed. São Paulo: Ática, 2003.

por uma disputa de vaga de garagem¹⁷.

Que o recente episódio envolvendo o jogador Neymar sirva de reflexão para todos, especialmente para os agentes públicos que lidam diariamente com delitos sexuais, a fim de que, observadas as diretrizes basilares que fundamentam o Estado Democrático e de Direito brasileiro, diminua-se drasticamente o risco de injustiças irremediáveis decorrentes desse tipo de acusação.

O PINTOR E O JULGADOR: UMA INTERSECÇÃO ATRAVÉS DA PSICANÁLISE QUE LIGA, MEDEIA, E DESNUDA A INVISIBILIDADE DA ATUAÇÃO PROCESSUAL PENAL

Eduardo Herculano Vieira de Souza¹

1. INTRODUÇÃO

Olhem, vejam, percebam, não está adjacente, tampouco subjacente, porém, certamente, está acima de nós. Está defronte aos nossos olhos, é silenciosa(o), ainda assim faz grande estardalhaço.

É discursivamente hábil e sedutor no contexto, porém não opera sem direção. Não raras vezes funcionaliza o Direito em nome de um bem maior, – sempre em nome de um deus ou coletivo abstrato.

Subjetivo ao extremo, por vezes revestido de pedantismo, entremetidos pode ser descortinado, trazido à tona via intersecção, interlocução e transdisciplinaridade. Ela não é uma ciência, habita dentro do ser, basta sobriedade, seriedade e compromisso democrático, tal como o pintor que opera além das aparências.

Os intróitos metafóricos do presente artigo nascem de uma paixão fustigante, influenciada por autores como Jacinto Nelson de Miranda Coutinho, Lenio Luiz Streck, Alexandre Morais da Rosa, Geraldo Prado, Paola Bianchi Wojciechowski, Rubens Casara, dentre tantos outros ainda não lidos, que levam o Direito a sério e compreendem a importância da intersecção e transdisciplinaridade a fim de possibilitar uma leitura mais rica do Direito em tempos de crise, ou como aponta Rubens Casara, de pós-democracia.

O sintoma acima delineado, geralmente funcionalizado por alguns atores jurídicos que usam capas, travestidos de “super homens” a bem de

17 NDMAIS. **Mulher acusada de ser mentora de crime de tortura e morte de estudante é presa em Florianópolis**. Disponível em: <<https://ndmais.com.br/noticias/mulher-acusada-de-ser-mentora-de-crime-de-tortura-e-morte-de-estudante-e-presa-em-florianopolis/>>. Acesso em: 30 jun 2019.

1 Advogado Criminalista. Graduado pela Universidade do Vale de Itajaí – UNIVALI. Pós Graduado em Direito Penal e Processo Penal pela Associação Brasileira de Direito Constitucional – ABDCONST. Membro da Associação dos Advogados Criminalistas do Estado – AACRIMESC. Conselheiro Estadual da Associação Brasileira dos Advogados Criminalista – ABRACRIM

resguardar supostos bens jurídicos que a Carta Federal procurou não dignificar, maquiando a subversão do desejo em sua essência, acabam tornando-se verdadeiros vilões aos olhos daqueles que optaram pela transformação de um modelo democrático.

E que de senda articulada, operam violência sob a égide do poder estatal, – em tempos, a malsinada Mutação Constitucional,² tal como um rio em sua corrente que flexibiliza seu curso ao se deparar com um obstáculo, – leia-se a Lei.

Esse gozo fustigante de poder, sobretudo na tomada de decisões penais, onde tudo vira linguagem, desempenhando ou maquiando a constru o discursiva de um sentido, relativizando-se o que foi positivado como intransponível, não virá por uma via direta, aberta, perceptível aos sentidos.

Nas palavras de Merleau-Ponty (1984, p. 203, apud MARTINS, 2010, p. 479):

A experiência pict ria   a prova, por excelência, de que a visibilidade, tal como a preposi o supra, comporta a invisibilidade, não com outra visibilidade possível, nem mesmo como um objeto não visto, mas como outra dimensão. Em uma palavra, negatividade como verticalidade e profundidade do visível: meio que as coisas possuem de permanecer nítidas para, embora não com aquilo que olho atualmente, fazerem-se coisas.³

Prosseguem os brilhantes autores:

O maior enigma do pintor   exatamente esse invisível, que medeia e liga as coisas.   nesse âmbito que o pintor intenciona flagrar a própria estrutura da visão. Através da profundidade, as coisas coexistem cada vez mais intimamente, deslizam umas nas outras e se integram.⁴

Perfaz-se, também, esse desconhecido no âmbito jurídico, irreconhecível, no qual se está imerso, – que passara diante dos olhos de todos e fora silenciado, mediante conformismo por ausência de um saber crítico e coragem para apontar. Conduzindo, pois, grande parte da comunidade jurídica   égide de uma retórica barata da modernidade, neoliberalismo judicante, prevalecendo   pressa em detrimento da técnica, falsas sensa es de legalidade, como o mote daqueles que objetivam empreender constru es discursivas inescrupulosas, afastadas ou não dos limites da Lei, fazendo com

2 <https://politica.estadao.com.br/blogs/fausto-macedo/o-stf-na-encruzilhada/>

3 MARTINS, Paula Mousinho. Entre visível e invisível, para além do entendimento: o tema da natureza no último Merleau-Ponty. Rev. Filos., Aurora, Curitiba, v. 22, n. 31, p. 469-482, jul./dez. 2010, p. 479.

4 Ibidem, p.479.

que cheguemos   conclusão – tardia – de que estamos dentro dela, e não nela, isto  , na crise de referência da Lei.

Onde aqueles que defendem o Estado de Direito, a conforma o de um processo penal com a Constitui o Federal, o seguimento escrupuloso das regras processuais, tornaram-se inimigos dos próprios cidadãos, estes seduzidos pela da supremacia do interesse público, resguardo dos cidadãos de bem, transformando a democracia, conforme aponta Miranda de Coutinho, numa sociedade de risco⁵.

Parafraseando Darcy Ribeiro ao tratar da crise da Educa o, que também empresta entendimento vogando no silencioso daqueles que não conseguem identificar para além das aparências o seguinte fato: “A crise da educa o não   uma crise, e sim um projeto de poder”.⁶

No particular entendimento, tal como a crise de referência da Lei que fundamenta para além do Direito, descarregando aos imputados (não raras vezes inconsciente), as mazelas de um processo impuro, inquisitório, inconstitucional, com vieses de governabilidade estrutural, funcionalizada pela barbárie punitiva, insolitamente não vista.

Dessa maneira, o Direito  , sim, literatura, – não apenas jurídica. Motivo pelo qual se torna salutar o estudo, conscientiza o e conforma o como um modo de pensar organizado que atravessa as disciplinas e procede a uma unidade, aqui, do direito com a psicanálise, onde a linguagem inconsciente e sua forma criativa mascaram e trazem   tona, simultaneamente, caminhos *contra legem*, todavia, nunca sem dire o.

A aproxima o entre os dois campos   apontada por Miranda Coutinho:

Afinal, a tendência sempre foi – e talvez sempre será – misturarem os discursos e, assim, forçarem-se unidades de água e azeite, ou sejam, algo da ordem da impossibilidade. Eis por que   preciso ter cautela, parcim nia, cuidado. Como discursos, não se excluem, mas também não se unificam. Afinal enquanto o Direito trata do eu, do consciente, a Psicanálise trata do sujeito inconsciente. Assim, não raro tratam do mesmo vivente, mas voltados para coisas distintas. Isso muda tudo, ou quase tudo.⁷

5 COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. Direito e psicanálise: Interloqu es a partir da literatura. 1. ed. Florianópolis: Empório do Direito, 2016, p. 15

6 A crise da educa o no Brasil não   uma crise;   projeto. Carta Capital, 2017. Disponível em <<https://www.cartacapital.com.br/sociedade/a-crise-da-educacao-no-brasil-nao-e-uma-crise-e-projeto/>> Acesso em: 12 de agosto de 2019.

7 COUTINHO, op. cit., p.11.

Logo, tendo em vista que ser, não significa permanecer na identidade,⁸ tal como um magistrado que deve(ria) ser signatário e atuar vinculado a Lei posta (sem nos vendarmos, claro, para um positivismo que figura apenas como moldura)⁹, caminha-se de mãos dadas com a crítica, visando descortinar essa ontologia do julgador, quase sempre imperceptível aos sentidos na tomada de decisões penais.

Afinal, como¹⁰ lembra Batista, um saber crítico é fundamentalmente um esforço para fazer aparecer o invisível.

O presente artigo, portanto, não é de psicanálise, mas seguramente de alguém que, influenciado pelos autores citados alhures, aprendeu a importância dela para construir um saber e um discurso comprometido com a diferença e, a partir dela, com a democracia.¹¹

2. A CRISE DE REFERÊNCIA

Dos fatores que se aproximam no que toca à comunhão de esforços entre os juristas que vêm a tempo denunciando a malsinada crise de referência, está a dissimulação do sistema acusatório adotado pela Carta Magna, não efetivado na realidade, acarretando inúmeras ilegalidades, desde o início da persecução até a concreta sanção penal, bem como a leitura de que o Direito cedeu espaço para a moralidade das decisões judiciais. Juízes confundiram seu verdadeiro papel nesta democracia achincalhada,- de prestadores de serviço do poder estatal à incongruência de titular do poder, ou o próprio poder.

Beberam da fonte do desejo, não se contentando ao técnico e natural ostracismo dos Códigos, cotidianos forenses. Optaram, verdadeiramente, pelos aplausos, predileções políticas abertas e reverência ante os julgamentos contramajoritários.

Nas palavras de Lenio Luiz Streck, o Direito não deve(ria) ser o que juízes dizem que é. Insiste o autor, implicitamente, afirmando os princípios que regem o Estado de Direito, em contraposição às concepções pessoais dos magistrados:

8 MARTINS, op. cit., p. 475.

9 COUTINHO, op. cit., p.88.

10 Batista, Nilo. Introdução crítica ao direito penal brasileiro. Rio de Janeiro: Revan, 3. ed., 1996, p. 9.

11 COUTINHO, op. cit., p.12.

Quando se pensa desse modo, fragiliza-se a democracia, fragilizam-se direitos e garantias fundamentais, de modo a abrir espaço para convicções morais. Os direitos passam a depender da opinião pessoal dos juízes, inclusive da moral. E quando essa concepção moral se contrapõe à lei e à Constituição, os juízes – em tempos, acometidos de “Morolização”, com perdão do neologismo, – optam por sua moral pessoal. O pior disso é que parcela enorme da comunidade jurídica virou torcedora.¹²

Nessa senda, vem à tona as considerações de Jacinto Coutinho sobre o neoliberalismo e suas consequências ao discurso jurídico:

O que aparentemente não se identifica com o Direito, hoje faz todo o sentido. Desta vez, o marco, para o Direito, sobretudo a fim de denunciar e justificar esse período de crise – de pós-democracia –, parece indiscutível e diz respeito, sobremaneira, ao modo como o neoliberalismo introduz, por uma tentativa de giro epistêmico, a ideia de ação eficiente como fundamento epistemológico, o que evidentemente produziu uma sociedade de risco.¹³

Consequentemente, esse discurso perigoso de maior eficiência, que vai enfatizar o retorno à ordem e harmonia, em tempos de confronto político-partidário, – sacrificando-se uma figura a título de ode pela pátria, seduzindo um gozo punitivo que trabalhará inevitavelmente de forma invisível relativizando direitos e garantias fundamentais do cidadão, mas os atingirá via bumerangue certo no vilipêndio dos mesmos direitos e garantias que agora se pleiteia, é a fantasia neoliberal invisível que hoje nos cerca e atinge a tomada de decisões penais.

A arte pictórica, portanto, confronta-se, intersecta-se com as habilidades invisíveis do julgador, maquiando o (in)consciente que é forte figura de linguagem, com vieses de mentalidade inquisitória impregnada pelo ranço histórico daqueles que optaram por não se livrar dos períodos de autoritarismo, almejando qualquer sentimento que não seja a conformação de um processo penal aos termos da Constituição Federal. Sem embargo, são aspectos desafiadores dessa ontologia da aparência *na ius direce*, que mascaram esse desconhecido, abordado ao término do presente artigo, desafiando o vivente, ao descortino para além das aparências.

Assim, o discurso de enfrentamento dos problemas decorrentes dessa aparente aparência de respeito à Lei e Constituição, que transborda numa

12 NATUSH, Igor; TATSCH, Juliano. Juízes não são donos da lei, Jornal do Comércio, 2016. Disponível em <https://www.jornaldocomercio.com/_conteudo/2016/10/cadernos/jornal_da_lei/525881-juizes-nao-sao-donos-da-lei.html> Acesso em: 12 de agosto de 2019.

13 COUTINHO, op. cit., p.15.

sociedade de risco, coloca-se, portanto, na contramão do que se tem vivido, ou seja, um discurso descompassado, alheio àquilo que, de fato, está a passar.¹⁴

A desconformidade é patética, mas é proporcional ao descompasso, cujo pior dos efeitos é a perda de referência. Hodiernamente, enfrenta-se um discurso muito próximo daquele onde, no Direito, cada um diz o que quiser; e sem qualquer barreira ou punição, mesmo causando a pior dentre as piores desgraças aos outros.¹⁵

Em suma, assim se faz porque se pensa desse modo, se raciocina dessa maneira, como faria qualquer pessoa normal, se isso pudesse expressar.¹⁶

Imprescindível, pois, atentar à íntima relação psicológica com a atividade própria do Poder Judiciário:

Tudo depende, portanto, da estrutura psíquica e se há de torcer para que os juízes sejam pessoas bem resolvidas (“intencionadas”), psicicamente sãs. Manipular as premissas, portanto, faz parte dos meandros do raciocínio nos neuróticos, mas as exigências do cargo de juiz cobram de cada um deles um controle (comprometimento) mais apurado daquilo (lei) que poderia ser um desvio de rota na atribuição dos sentidos que se deva dar às leis e aos fatos.¹⁷

O fenômeno fica ainda mais evidente a partir dos conhecimentos da psicanálise, porque, consoante sustenta Miranda Coutinho:

[...] a atividade pulsional (como expressão do inconsciente) é fustigante e, em geral, incontrolável, razão pela qual produz gozo (como diria Lacan), não raro como sofrimento.¹⁸

Por fim, não se pode pensar na atuação do Poder Judiciário brasileiro desassociada da tradição (autoritária e inquisitória), na qual grande parte dos atores jurídicos está inserida.¹⁹

A carga histórica, teórica e ideológica entre o processo de formação da sociedade brasileira (e do próprio Judiciário), bem como as práticas observadas atualmente no cotidiano forense, evidenciam, indubitavelmente, que foi

14 Ibidem, p.16

15 CHAMON FILHO, Lúcio Antônio. Teoria geral do direito moderno – por uma reconstrução crítica-discursiva na alta modernidade. Rio de Janeiro: Lumen Juris, p. xviii-xix.

16 COUTINHO, Jacinto Nelson Miranda de. Mentalidade Inquisitória e processo penal no Brasil: estudos sobre a reforma do CPP no Brasil: volume 4 / organizadores: Jacinto Nelson de Miranda Coutinho; Leonardo Costa de Paula; Marco Aurélio Nunes da Silveira. Curitiba: Observatório da Mentalidade Inquisitória, 2018. p. 118

17 Ibidem, p. 118.

18 Ibidem, p. 118.

19 CASARA, Rubens. O processo Penal do Espetáculo. 2. ed. rev. Atual. e ampl. Florianópolis: Empório do Direito, 2018. P.82.

inquisitório, está sendo inquisitório e continuará o processo penal brasileiro a ser inquisitório²⁰ “a fixar suas bases e seus sentidos ideológicos”.

3. DO INVISÍVEL AO APARENTE

A interlocução e interseção que se opera no presente artigo é fruto da obra tardia de Merleau-Ponty, do qual se empresta entendimento, asseverando o autor que através de uma metafísica avessa, misturas e mediações, a física e a psicologia podem definir suas áreas de atuação, tendo retirado escrupulosamente da subjetividade humana todas as propriedades das coisas, – a filosofia do entendimento acabou por instaurar, no lugar do nada, a confusa e laboriosa história do “psyche”: isto é, a mente, espírito.²¹

A intenção do autor era, em meados de 1950, ao se debruçar sobre ontologia do ser natural como propedêutica para uma autêntica ontologia, radicalizar a crítica, ainda insuficiente, elaborada em torno da fenomenologia da percepção.

Eis o tema – o visível e o invisível que se intersecta com a tomada de decisão judicial e o salvacionismo da nova era, – e também a razão da ruptura pelo autor em referência à fenomenologia da percepção: “O ser é túrgido, inchado, sobressalente de não ser e possível. Não é aquilo que é. Em outras palavras, ser, não significa (tal como um julgador) permanecer na identidade”.²²

A inter-relação entre a pintura, vista como expressão da ontologia, em confronto à atividade jurisdicional, utilizando-se dos ensinamentos de Merleau-Ponty, é exposta por Paula Martins Mousinho:

Imaginária e real, essência e existência, de fato, a pintura confunde as categorias do entendimento ao instanciar um tipo de ser que não é da ordem do em si, mas tampouco pode reduzir-se ao nada. Por isso Merleau-Ponty equipara a pintura a uma autêntica ontologia, na qual aprofundou a crítica às filosofias da subjetividade – sujeito perceptivo da fenomenologia da percepção.²³

Extrai-se, para tanto, que atividade de identificação de “nuances” já era tarefa desempenhada no século passado, a despeito dos avanços mais recentes sobre neurociência:

20 CASARA, Rubens. O processo Penal do Espetáculo. 2. ed. rev. Atual. e ampl. Florianópolis: Empório do Direito, 2018. p. 84.

21 MERLEAU-PONTY, Maurice. Notes de cours 1959-1961. Paris: Gallimard, 1996, p. 362.

22 MARTINS, op. cit., p. 475.

23 Ibidem, p. 475.

Sendo que o jurista da metade do século passado, não dispunha, ainda, das descobertas da neurociência, dos esquemas de percepção, embora já apontasse para as limitações da racionalidade plena. Surgiam discursos sobre as dificuldades de compreensão e, principalmente, sobre as dificuldades de compreensão sobre o cérebro.²⁴

Em geral, até então, pouco se discute (ia) essa questão, malgrado o avanço. Quase sempre revestidos de elevada soberba em relação a outras áreas do saber, postura que explica a resistência quanto ao emprego da filosofia, psicologia, psicanálise e outras ciências afins, satisfazendo-se com a aparência de domínio consciente da realidade, situação que transforma presa fácil às armadilhas da cognição.²⁵

Talvez a latente negativa, mormente quanto à aceitação da Psicanálise ao Direito, a um primeiro momento, como citado alhures, se deva à arrogância do jurista enquanto ser Onisciente – pautado no sentido da razão – da realidade concreta; ou num segundo momento – tendo em vista o período de pós-democracia – segurar o sentido.

No plano jurídico atual, mormente tendo em foco os julgamentos que se notabilizaram pelo país, sobretudo envolvendo casos de corrupção da classe política, clarividencia-se o tom da crise jurídica em que se vive hoje, denunciando, em larga escala, sobretudo através de habilidades discursivas, o afastamento quanto à fundamentação no Direito instanciando um ser ou legalidade que não é.

Infere-se o diagnóstico mais alarmante: a voz das ruas sendo invocada como argumento de Direito e garantia fundamental nos julgamentos da Suprema Corte brasileira. E, lamentavelmente, essa pseudo sensação de legalidade – mutação constitucional operada pelo guardião da Constituição – fora um influxo contaminante perante os mais diversos tribunais do país.

Ao não se justificar as decisões com base no Direito, fonte de todo o ordenamento jurídico, exsurge, inarredavelmente, problemas fundantes, inclusive em desfavor do próprio sistema argumentativo:

[...] é que se cria um problema não só de legitimidade, mas também de argumentação. Os argumentos que então passariam a ser válidos ganham uma colocação para além do império do Direito, vindo, em definitivo, a romper com o caráter normativo do próprio Direito. Furta-se a decidir a partir das

24 WOJCIECHOWSKI, Paola Bianchi; ROSA, Alexandre Morais da. *Vieses da Justiça: como as Heurísticas e Vieses operam nas Decisões Penais e a atuação Contrainstituitiva*. Florianópolis: EModara, 2018, p. 15.

25 *Ibidem*, p. 15.

normas, em princípio aplicáveis, para se decidir sob convicções morais e pragmáticas, que desconsideram o Direito como um sistema idealmente corrente de princípios, capaz de se re-interpretar em face dos mais variados e novos casos surgidos.²⁶

Dando expressão à linguagem, – esse dizer o direito, isto é, o translúcido que deixa passar a luz e integra a prestação jurisdicional penal, mas que não permite que se perceba o que verdadeiramente fundamenta o gozo fustigante, a subversão do desejo, cobra do vivente, antes de tudo, coragem, e também uma literatura transdisciplinar que possibilite dominar as possibilidades de truques, fraudes processuais, *dopping*, tornando o jogador mais habilitado à bem de descortinar as táticas, intenções processuais e materiais para além do Direito, quase sempre imperceptíveis aos sentidos do jogador.²⁷

Veja que grande parte dessa multiplicidade de fenômenos que circunscrevem a tomada de decisões penais e processuais, estão lá, escondidas, profundas, mascaradas, desempenhando seu papel pelos mais variados motivos, – (in) conscientes ou não.

Não raras vezes operado através de heurísticas e vieses, que traduzem, em resumo, operações, atalhos cognitivos empregados em decisões não racionais através de regras simplificadoras, sendo definidas como opções que desconsideram provas conflitantes (viés confirmatório), com o objetivo de tornar a escolha mais fácil e rápida, determinando um desfecho particularmente condenatório nos processos criminais.²⁸

Portanto, sabe-se que as palavras dizem, mas, somadas umas às outras, não dizem qualquer coisa. É sabido, outrossim, que a palavra constitui, porém as escolhas devem obedecer à determinada ordem, sob pena de desvirtuamento de todo o sistema acusatório:

Que a palavra constitui, duvida-se pouco, hoje. Há, porém, um limite; e há de haver. Afinal, forjada na cultura, ela não pode, na Lei (jurídica, entenda-se bem), ser e não ser ao mesmo tempo, ao contrário do que se passa no inconsciente, onde isso é plenamente possível. [...] ainda que se possa entender o contrário – ninguém pode dizer qualquer coisa sobre qualquer coisa, sob pena de se apontar para uma catástrofe do sistema, sob a bandeira de um caos hermenêutico.²⁹

26 COUTINHO, 2016, p.19.

27 ROSA, Alexandre Morais da. *Teoria dos jogos e Processo Penal*. 1. ed. Florianópolis: Empório do Direito, 2017. p.104.

28 WOJCIECHOWSKI; ROSA, op. cit., p. 18.

29 COUTINHO, 2016, p.38.

Destarte, cada vez mais nitidamente, verifica-se a incompatibilidade cognitiva entre o sujeito e o objeto, de modo a jogar tudo para linguagem e sua força criativa.

As consequências dessa mudança de paradigma são expostas e, com efeito, devem ser reiteradas a todo momento:

A passagem da filosofia da consciência para a filosofia da linguagem re-inventa o lugar da palavra, mas não pode esconder, como infelizmente insistem alguns, a subversão que o desejo impõe: o inconsciente tem um lugar cativo na construção discursiva de um sentido (dentre os possíveis; e impossíveis), mormente porque opera por metáforas e metonímias. Só não pode ser esquecido, ou propositadamente fazer de conta que lá não está a desempenhar seu papel.³⁰

Que aspecto secreto é, pois, esse que se emprega (processualmente) e se procura? Essa dimensão pictórica e judicial segundo qual se quer ir “mais longe”? Esse fundamental da pintura e da tomada de decisão penal, e talvez de toda a nossa cultura?³¹

4. CONCLUSÃO

Há um abismo de falsidade entre a construção de um projeto democrático e aquilo que se tem vivido no foro,³² sob um obscuro aspecto. E é isso que se intenciona apontar.

Porque, em que pese à estrutura do Direito, sempre foi muito sério aquilo que eram as regras. Quer dizer, aquilo tomado como projeto deve ser levado a sério. Entrementes, as pessoas sabiam que desde o lugar que ocupavam podiam manipular discursivamente tudo,³³ confundir, ou mascarar as categorias do entendimento instanciando um tipo de ser, ou legalidade que não é – tal como a arte pictórica que aqui se intersecta.

Da crise de referência da lei, o sentido quem damos somos nós, ao construir a norma que possa ocupar o espaço possível dentro do que se apresenta como texto, ou melhor, damos um dentre os sentidos possíveis ao que se apresenta como texto.³⁴

30 CHAMON FILHO, op. cit., p. xviii-xix.

31 MERLEAU-PONTY, Maurice. O olho e o espírito (M. Chauí, Trad) Em *Ospensadores*. São Paulo: Abril Cultural, 1984, p. 277.

32 COUTINHO, 2016, p.28.

33 Ibidem, p.23.

34 COUTINHO, 2016, p.23.

Em que pese o esforço para se identificar texto – a norma dá a possibilidade de criação dentro das condições que o texto oferece. Este é o *Plot Point*,³⁵ que segundo Streck, é definido como “a possibilidade de se dizer qualquer coisa sobre qualquer coisa”.³⁶

E aqui, leitores, exsurge-se a resposta desse contorno invisível do qual Streck trata como qualquer coisa, – desse profundo e invisível que o presente artigo procura evidenciar, qual seja: a indiferença. E a indiferença carrega consigo, nada mais nada menos do que o afastamento acerca de qualquer respeito, de comprometimento com as regras da Constituição, especialmente no que tange aos fundamentos da República Federativa do Brasil, leia-se construção de uma sociedade livre, justa e solidária.

Se eu julgo sem me importar, empregando, portanto, indiferença, julgo com base nas minhas convicções e juízos morais. E se sabe, desde muito, que a atividade de um magistrado é vinculada ao que se está escrito, posto.

Como corolário, insta trazer à baila os ensinamentos do Professor Jacinto Coutinho:

É preciso, nesses momentos, muito cuidado, porque a gente acaba por construir algo sem perceber que se tem responsabilidade sobre o conteúdo. sem a devida responsabilidade sobre seu conteúdo. A construção só se dá por força de um referencial e dele não se pode mais abrir mão. Esse referencial não pode, de fato, ceder. Se o referencial da sociedade ceder – e o Poder judiciário, nesse aspecto, é um referencial – o máximo que vamos conseguiré esse lugar absurdo, onde o que menos conta é aquilo que se põe como regra do jogo.³⁷

Ao revés do sustentado por grande parte da doutrina clássica, a qual em sua maioria desconsidera o poder e o papel do inconsciente, o fato é que ele tem uma posição distinta na construção discursiva dos sentidos, devendo ser considerado conjuntamente à suposta razão:

O homem e sua cultura – mais uns que os outros, naturalmente – por certo saber usar da liberdade que desfruta, domando a “(des)razão” do desejo e da pré-compreensão; o problema é que o não faz sempre; e nem se sabe se o quer fazer; ou se tem força para tanto. Sabe-se, não obstante, que o problema está lá, marcado pela disputa entre o princípio do prazer e o princípio da

35 ROSA, Alexandre Morais da. Como inverter a linearidade acusatória: o *plot point* na interação narrativa. Consultor Jurídico, 2017. <<https://www.conjur.com.br/2017-mar-17/limite-penal-inverter-linearidade-acusatoria-plot-point-interacao-narrativa>>.

36 STRECK, Lenio Luiz. Hermenêutica jurídica e(m) crise: uma exploração hermenêutica da construção do Direito. 5.ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004, p.310 e SS.

37 COUTINHO, 2016, p.28.

realidade, sem que se possa *ex ante*, apontar o vencedor.³⁸

O desafio é transformador, sobretudo a fim de identificar essa “indiferença” que salta aos olhos encarando o sujeito com mero objeto de verificação, – que é silenciosa, obscura. A indiferença se mostra como resultado daquela fala de referência que os psicanalistas têm denunciado. A comunidade jurídica precisa aprender com os psicanalistas que isso não é mero discurso (muito menos para nós) e que tem produzido, entre outras coisas, um efeito desastroso e de grandes proporções. Há, contudo, uma distinção.

Os psicanalistas tratam da chance para que as pessoas possam se equilibrar. Os julgadores, não! Empreendem um discurso sedutor de combate, instanciando as categorias e posições de um magistrado, quando na verdade juiz não combate crime, mas sim julga de forma imparcial. Mata-se gente porque a força da caneta é muito grande; produz um buraco no qual metem a cabeça para ser cortada.³⁹

Como brilhantemente assevera Jobim do Amaral:

[...] Em tempos sombrios de naturalização da violência, sobretudo dos dispositivos de punição, em que o embrutecimento do pensamento toma protagonismo, orientado pelos auspícios neoliberais, é preciso urgência radical de alguma inteligência disposta a enfrentar a burrice do fanatismo mobilizado pelos fascismos como modo de vida atrofiado pelo terror se impõe.⁴⁰

Portanto, é preciso coragem para denunciar o crime de não se cumprir a Constituição. E também mais literatura (não só jurídica) para proceder a um enfrentamento acerca desse caos jurídico, bem como tentativa de fixação ideológico (autoritária) que violenta a Constituição da República Federativa do Brasil.

38 CHAMON FILHO, op. cit., p. xviii-xix.

39 COUTINHO, 2016, p.30

40 O'MALLEY, Pat. Criminologia e Governabilidade; organizadores: Ricardo JacobsenGloeckner, Augusto Jobim do Amaral. Florianópolis: Empório do Direito, 2017, p. VII.

O PRINCÍPIO DA HUMANIDADE PENAL À LUZ DOS DIREITOS DA PERSONALIDADE: O PROPÓSITO DE PROTEÇÃO DA PESSOA

Hugo Rogério Grokskreutz¹

1. INTRODUÇÃO

Sem a pretensão de esgotar a presente temática, que é merecedora dos mais extensos e aprofundados estudos, o presente trabalho tem como objetivo analisar o princípio da humanidade das penas à luz dos Direitos da personalidade.

Para tanto, a pesquisa partirá da premissa e do reconhecimento de que os Direitos da personalidade são fruto da dignidade da pessoa humana, e visam proteger os aspectos privados do ser humano no sentido de salvaguardar a sua integridade física, moral e psicológica.

Do mesmo modo, o estudo reconhece que os Direitos da personalidade podem ser enxergados como um conjunto de bens jurídicos próprios, inatos e inerentes ao ser humano, dentre os quais, se encontra a imagem, a honra, a privacidade, a intimidade, a vida, a saúde, enfim, todo um conjunto que permitirá o respeito à integridade da pessoa pelo simples fato de ser humano.

Como tal o ser humano é único, individual e específico devendo ser tratado como um sujeito de Direitos em qualquer âmbito jurídico e em qualquer situação, até porque, a sua personalidade é o lado privado da citada dignidade que é o mais puro e cristalino interesse público que existe e se irradia como um núcleo jurídico.

A aludida dignidade é efetivada pela aplicabilidade dos Direitos humanos e fundamentais, que correspondem aos mesmos valores considerados como personalíssimos, pois estes estão insertos no rol daqueles.

Os Direitos da personalidade não são taxativos, em verdade, são um valor geral de tutela e proteção do indivíduo, logo, cabe ao operador do

1 Advogado. Pós-Graduado em Ciências Penais e Pós-Graduado em Direito Constitucional, ambas pela Universidade Anhanguera Uniderp.

Direito aplicá-lo ao caso concreto independentemente de previsão normativa no âmbito das legislações infraconstitucionais, uma vez que, seu respaldo jurídico se encontra no princípio basilar e fundamental da dignidade da pessoa humana, previsto não só na Carta Magna, mas, em concomitância, nos mais valorosos instrumentos internacionais de Direitos humanos.

E considerando que a dignidade humana agasalha todos os ângulos dos Direitos da personalidade é que surgiu a seguinte indagação: o princípio da humanidade do Direito penal e do Direito de execução penal possui o mesmo desiderato que os Direitos da personalidade no sentido de proteção da pessoa, afastando, assim, o mito de que as penas visam somente castigar o indivíduo?

Na caminhada para responder a presente pergunta a pesquisa analisará os principais aspectos do aludido princípio da humanidade das penas, partindo desde os fragmentos de sua origem até a demonstração do seu conteúdo na ótica doutrinária e jurisprudencial.

O presente estudo se constitui em uma pesquisa dedutiva, partindo de uma previsão ampla e vindo para o plano específico dos ramos do Direito supramencionados, e teórico, porquanto, terá como arrimo obras doutrinárias, artigos científicos, e analisará a jurisprudência nacional, mediante apontamento de uma decisão de cada Tribunal de Justiça estadual, Tribunais Regionais Federais, até se concluir com um aresto do Superior Tribunal de Justiça e do Supremo Tribunal Federal para descrever a forma com que o princípio da humanidade é aplicado.

2. DESENVOLVIMENTO

O surgimento do princípio da humanidade é atrelado a evolução do constitucionalismo que ocorreu ao longo do desenvolvimento da civilização e deu origem aos Direitos fundamentais, deste modo, é lógico que o constitucionalismo possui uma história de construção e significado, “pois já os hebreus, em seu Estado Teocrático, criaram limites ao poder político, por meio da ‘lei do Senhor’”, as “cidades-estados gregas, configuraram o primeiro caso real de democracia constitucional”,² após centenas de anos, os movimentos do constitucionalismo da Inglaterra, Estados Unidos da América e França se destacaram.

Nesta toada, na Inglaterra vários documentos demonstram como o constitucionalismo evoluiu, como é o caso da Magna Carta de 1.215, da

2 FERRARI, Regina Maria Macedo. **Direito Constitucional**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 54.

Petição de Direitos de 1.628, da Lei do Habeas Corpus de 1.679, e da Declaração de Direitos de 1.689.³ Do movimento americano oriundo da revolução das Treze Colônias houve a publicação da Declaração de Direitos do Bom Povo da Virgínia em 1.776 e a Constituição de 1.787,⁴ enquanto que do movimento Francês notadamente da Revolução Francesa resultou a Declaração de Direitos do Homem e do Cidadão de 1.789,⁵ em sinopse:

Toda a história do constitucionalismo se resume na luta entre absolutismo e liberdade, no reconhecimento dos direitos fundamentais do homem, no respeito a dignidade da pessoa humana, ao princípio democrático, na supremacia do direito sobre a força e sobre a violência, quanto governo das coletividades.⁶

Além da singela síntese supracitada, a evolução dos Direitos humanos na órbita internacional analogamente narra como a importância do ser humano frente aos Estados passou a ser visualizada, principalmente após as grandes guerras, e dentre as figuras escritas de reconhecimento da dignidade humana se destacam a Carta da ONU de 1945 que resultou na criação da Organização das Nações Unidas, a Declaração Universal de Direitos Humanos de 1948 (Resolução 217-A-III da Assembleia Geral da ONU) que foi complementada pela Proclamação de Teerã de 1968 e pela Convenção de Viena de 1993, ambas Conferências da ONU sobre Direitos Humanos, Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos de 1966, bem como, por diversos outros tratados que vedam a tortura e protegem as pessoas presas (não serão citados individualmente por conta da extensão e objetivo deste trabalho) todos resguardando expressamente a integridade física, moral e psicológica da pessoa humana, ante a sua dignidade inata precursora do princípio da humanidade.

Em outras palavras, a dignidade é tratada “pela prevalência que lhe concedem os ordenamentos constitucionais que vem sendo estudados, de verdadeiro princípio fundamental da ordem jurídica”,⁷ logo, os direitos fundamentais e humanos, em todas as suas gerações são as vértebras desta espinha dorsal que é a dignidade da pessoa humana.

Em suma, o que se pretende sustentar de modo mais enfático é que a dignidade da pessoa humana, na condição de valor (e princípio normativo) fundamental que atrai o conteúdo de todos os direitos fundamentais, exige e

3 FACHIN, Zulmar. **Curso de Direito Constitucional**. 3ª edição. São Paulo: Método, 2008, pp. 37-38.

4 Op. Cit. pp. 38-40.

5 Idem, pp. 40-41.

6 FERRARI, idem, p. 54.

7 PIOVESAN, Flávia. **Temas de Direitos Humanos**. 2ª edição. São Paulo: Max Limonad, 2003, p. 390.

pressupõe o reconhecimento e proteção dos direitos fundamentais de todas as dimensões (ou gerações, se assim preferirmos). Assim, sem que se reconheçam à pessoa humana os direitos fundamentais que lhe são inerentes, em verdade estar-se-á lhe negando a própria dignidade.⁸

No que tange ao Estado brasileiro, Constituição Federal fixou a dignidade humana como princípio fundante, expandindo seu efeito sobre tudo, todos e para cada um dos ramos do Direito (art. 1º, incisos III), inclusive sobre o Direito penal, que por ser detentor de normas e princípios próprios se constituiu em um ramo autônomo do Direito subordinado ao princípio da humanidade e possui objetivos específicos.

Ao contrário do que alguns imaginam, o Direito Penal encontra na Constituição não apenas o comando para proteger bens jurídicos, também não se trata de um ramo do Direito que visa apenas punir e prevenir geral e especificamente condutas criminosas, versa-se a respeito de um ramo do Direito que se estrutura nos Direitos fundamentais previstos na Constituição para que o elemento humano do Estado não seja objeto de um *jus puniendi* totalitário e abusivo.⁹

Em outros termos, “a incidência das normas penais no Estado de Direito Democrático se subordinam a limites não ultrapassáveis. Esses limites defluem dos princípios gerais delineados em nossa Constituição”¹⁰ que será a bússola para que o Estado possa obstar a prática criminosa e “evitar excessos do poder punitivo quando da resposta estatal a tais fatos”,¹¹ logo, o poder punitivo deve atuar com a observância de *primum nihil nocere*, para que, primeiramente, não seja nocivo e em um segundo momento não venha a se tornar aquilo que pretende coibir.

Por via de consequência, a dignidade humana concomitantemente irá refletir em outro ramo autônomo que atua posteriormente ao Direito penal, se trata do denominado Direito de execução penal, que igualmente se baseia no princípio da humanidade e possui normas próprias que irão incidir na etapa processual de cumprimento da sentença penal condenatória que

8 SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais na Constituição Federal de 1988**. 2ª edição. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002, p. 89-90.

9 GROKSKREUTZ, Hugo Rogério. O argumento do interesse privado do acusado na persecução penal como sofismo violador do Direito fundamental de resistência defensiva. In: GOSTINSKI, Aline; PRAZERES, Deivid Willian dos. MINAGÉ, Thiago. **Tempo de Resistência**. Florianópolis: Empório do Direito, 2017, p. 145.

10 BOSCHI, José antonio Paganella. O devido processo legal: escudo de proteção do acusado e a práxis pretoriana. In: SCHMIDT, Andrei Zenkner. **Novos rumos do direito penal**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006, p. 314.

11 GUIMARÃES, Cláudio Alberto Gabriel. A dogmática jurídico-penal em questão: possibilidades e limites no século XXI. In: FÖPPEL, Gamil. **Novos desafios do direito penal no terceiro milênio**. Rio de Janeiro, Lumen Juris, 2008, p. 352.

transitou em julgado.

A Lei ordinária federal tombada sob o nº 7.210 de 11 de julho de 1984 se configura como um microsistema normatizador da execução penal no ordenamento jurídico brasileiro, e é denominada de Lei de Execução Penal (LEP). Tal legislação dispõe em seu artigo 1º que a finalidade do processo executivo “tem por objetivo efetivar as disposições de sentença ou decisão criminal e proporcionar condições para a harmônica integração social do condenado e do internado”.

“A Lei de Execução Penal brasileira assegura direitos e possui, de maneira geral, um sentido humanista”,¹² haja vista que o “fato de encontrar-se submetido ao cumprimento momentâneo de pena criminal não retira do executado seu status constitucional de pessoa de direito, impregnada de dignidade, e disso resulta o dever de respeito que a lei impõe a todas as autoridades”,¹³ pois, “é direito fundamental do homem o de não ser humilhado quando detido, ainda que definitivamente condenado”.¹⁴

A busca de contenção dos danos produzidos pelo exercício desmesurado do poder punitivo encontra principal fonte ética e argumentativa no princípio da humanidade, um dos fundamentos do Estado Republicano e Democrático de Direito. O princípio da humanidade é pano de fundo de todos os demais princípios penais e se afirma como obstáculo maior do recorrente anseio de redução dos presos à categoria de não pessoas, na linha das teses defensivas do direito penal do inimigo.¹⁵

A pena como acontecimento previsto legalmente não possui poder para afastar valores que são próprios dos seres humanos e consagrados como base do Estado brasileiro, “portanto, liga-se o princípio da humanidade a um dos fundamentos da República Federativa do Brasil: a dignidade da pessoa humana”.¹⁶

O princípio da humanidade das sanções (penas e medidas de segurança) está expressamente consagrado pela Constituição em várias normas. Ao proclamar a dignidade da pessoa humana como um dos fundamentos da República Federativa do Brasil (art. 1º, III), a lei maior não poderia admitir a existência das penas de morte, de caráter perpétuo, de trabalhos forçados, de banimento e quaisquer outras de natureza cruel (art. 5º, LXVII). Ao reverso, assegura

12 ROLIM, Marcos. Prisão e ideologia: limites e possibilidades para a reforma prisional no Brasil. in: CARVALHO, Salo. **Crítica à execução penal**. 2ª edição. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007, p. 99.

13 MARCÃO, Renato. **Lei de execução penal anotada**. 5ª edição. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 116.

14 DELMANTO, Celso. *Et ali*. **Código Penal Comentado**. 7ª edição. Rio de Janeiro: Renovar, 2007, p. 148.

15 ROIG, Rodrigo Duque Estrada. **Execução penal: teoria crítica**. 2ª edição. São Paulo: Saraiva, 2016, p. 31.

16 MOURA, Grégoire Moreira de. **Do princípio da co-culpabilidade no direito penal**. Belo Horizonte: D'Plácido, 2015, p. 53.

aos presos o respeito à integridade física e moral.¹⁷

“Historicamente, a noção de humanitas, como princípio jurídico, já se fazia presente no Século XVII, no ideário do Direito natural racional, particularmente na obra de Samuel Pufendorf (*De jure naturae et gentium*)”.¹⁸ “Não é sem razão que a consagração do princípio da humanidade no Direito Penal moderno deve-se ao grande movimento de ideia que dominou os séculos XVII e XVIII, conhecido como Iluminismo”.¹⁹

Tudo isso resulta ratificado particularmente pela origem comum de ambos os ordenamentos: A ciência do direito penal e o constitucionalismo moderno são praticamente contemporâneos: ambos nasceram ao abrigo das ideias políticas da Ilustração, no empenho de assinalar os limites do poder (inclusive e sobretudo o punitivo) do Estado. E isso não foi uma causalidade, pois ao direito penal incumbe regular o instrumento mais temível desse poder, seu último recurso, que é a pena.²⁰

Este princípio, “nasceu da reivindicação de humanização das rigorosas penas previstas no direito do Antigo Regime. Foi o ponto central do programa de ‘Ilustração’ concretizado especialmente por Beccaria no século XVIII e que não deixou de inspirar a evolução doutrinária posterior, nem boa parte das reformas penais que se produziram até o momento”.²¹

O objetivo da pena, portanto, não é outro que evitar que o criminoso cause mais danos à sociedade e impedir a outros de cometer o mesmo delito. Assim, as penas e o modo de infligi-las devem ser escolhidas de maneira a causar a mais forte e duradoura impressão na mente de outros, com o mínimo tormento ao corpo do criminoso.²²

“Decorre deste princípio, a inconstitucionalidade de sanções que se fixem no indivíduo de forma perene ou irreversível (morte, amputações, castração, esterilização etc.), ou que, ainda que não com tais características, possam se constituir em uma nódoa indelével, um estigma”.²³ “É a dignidade do indivíduo, como primeiro limite material a ser respeitado por um Estado

17 DOTTI, René Ariel. **Curso de direito penal**. 5ª edição. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, p. 134.

18 PRADO, Luiz Regis; CARVALHO, Érika Mendes de; CARVALHO, Gisele Mendes de. **Curso de direito penal brasileiro: parte geral e parte especial**. 14ª edição. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p. 122.

19 Op. Cit. p. 123.

20 GOMES, Luiz Flávio. **Teoria constitucionalista do delito e imputação objetiva: o novo conceito de tipicidade objetiva na pós-modernidade**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 118.

21 MIR PUIG, Santiago. **Direito penal: fundamentos e teoria do delito**. Tradução de Cláudia Viana Garcia e José Carlos Nobre Porciúncula Neto. 1ª edição. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p. 98.

22 BECCARIA, Cesare. **Dos delitos e das penas**. Tradução de Neury Carvalho Lima. São Paulo: Hunter Books, 2012, p. 37.

23 BIANCHINI, Alice. **Pressupostos materiais mínimos da tutela penal**. 1ª edição. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 116.

democrático, que fixa limites máximos à rigidez das penas e aguça a sensibilidade de todos com relação aos danos por ela causados”,²⁴ “[a]presenta-se como uma diretriz garantidora de ordem material e restritiva da lei penal, verdadeira salvaguarda da dignidade pessoal, relacionando-se de forma estreita com os princípios da culpabilidade e da igualdade”.²⁵

Do princípio em comento decorre a nítida compreensão de que o indivíduo que foi preso ainda continua sendo detentor de personalidade e dignidade, e não um objeto do *jus perseguendi* ou do posterior *jus puniendi*, “impõe a necessidade de se tratar o acusado como verdadeiro ser humano, ao contrário do que se dava antigamente, em que o condenado era mero objeto, e não sujeito de direitos”.²⁶ “O réu deve ser tratado como pessoa humana [...]. Além disso, na execução da pena devem-se empreender todos os esforços para garantir a dignidade ao condenado, proporcionando condições à sua recuperação social”²⁷ este limite “serviu para ao menos conter a insuportável desumanidade da prisão”.²⁸

Desta feita, vemos que o princípio da humanidade norteia a garantia de proteção dos direitos humanos e/ ou fundamentais como forma de promover a dignidade da pessoa humana, dando azo à velha parêmia de que o Direito, inclusive o penal, foi feito para o homem, e não o homem foi feito para o Direito.²⁹

Vislumbra-se que o princípio da humanidade das penas que encontra sustentáculo na dignidade da pessoa humana é o epicentro tanto do Direito penal, quanto do direito de execução penal, e delimita a forma com que o Estado poderá restringir temporariamente a liberdade e certos Direitos das pessoas que foram condenadas por conta do cometimento de um delito específico, evitando assim o arbítrio e o abuso de poder que tanto ocorreram ao longo da história.

E mais, o grande fundamento do princípio da humanidade reside no especial desiderato de proteger a integridade física, moral e psicológica da pessoa que se encontra reclusa, motivo pelo qual, todo e qualquer instituto e *modus operandi* do Estado relacionados às penas deverão ser no sentido de proteger o indivíduo durante a sua segregação

24 MIR PUIG, idem, p. 99.

25 PRADO; CARVALHO; CARVALHO, idem, p. 123.

26 MOURA, idem, p. 53.

27 JOPPERT, Alexandre Couto. **Fundamentos de direito penal: parte geral**. 3ª edição. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011, p. 45.

28 PAVARINI, Massimo; GIAMBERARDINO, André. **Teoria da pena e execução penal: uma introdução crítica**. 1ª edição. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011, p. 210.

29 MOURA, idem, pp. 53-54.

Neste diapasão o princípio pode ser enxergado nas mais variadas facetas, conforme pode ser visualizado na jurisprudencial das cortes estaduais brasileiras que entre outros pontos o tem aplicado no sentido de obrigar o Poder Executivo a fornecer estabelecimentos prisionais adequados sob a ótica sanitária e ambiental^{30 31 32 33 34} para presos condenados e provisórios,³⁵ inclusive com a observância do Direito à alimentação.³⁶

O princípio também tem sido aplicado para o reconhecimento de tutela da saúde e da vida do preso permitindo o indulto,^{37 38} tratamento médico,³⁹ por meio da prisão domiciliar da pessoa,^{40 41} ou da estrutura de atendimento no próprio sistema prisional e sistema único de saúde extramuros.⁴²

Além dos pontos acima, o princípio igualmente tem dado suporte para a concessão de progressão de regime, até mesmo em casos dos intitulados crimes hediondos,⁴³ da inexistência de vagas no regime adequado,⁴⁴

- 30 ESTADO DO MATO GROSSO DO SUL. TJMS. Apelação n. 0002126-92.2010.8.12.0024, Aparecida do Taboado, 4ª Câmara Cível, Relator (a): Des. Alexandre Bastos, j: 10/04/2019, p: 12/04/2019.
- 31 ESTADO DE RONDÔNIA. TJRO. APELAÇÃO 0002689-82.2015.822.0008, Rel. Des. Hiram Souza Marques, Tribunal de Justiça do Estado de Rondônia: 2ª Câmara Especial, julgado em 18/12/2018.
- 32 ESTADO DO RIO GRANDE DO NORTE. TJRN. Apelação Cível E Remessa Necessária Nº 2015.017324-4. Relator: Desembargador Amílcar Maia. Órgão Julgador: 3ª Câmara Cível. Julgamento: 06/09/2016.
- 33 ESTADO DE ALAGOAS. TJAL. Número do Processo: 0701126-30.2011.8.02.0001; Relator (a): Desa. Elisabeth Carvalho Nascimento; Comarca: Foro de Maceió; Órgão julgador: 2ª Câmara Cível; Data do julgamento: 14/03/2019; Data de registro: 18/03/2019.
- 34 ESTADO DO RIO DE JANEIRO. Ap. 0404949-77.2012.8.19.0001. Des(a). PETERSON BARROSO SIMÃO. TERCEIRA CÂMARA CÍVEL. Julgamento: 20/09/2017.
- 35 ESTADO DE SÃO PAULO. TJSP; Apelação Cível 0002394-21.2014.8.26.0153; Relator (a): Ferraz de Arruda; Órgão Julgador: 13ª Câmara de Direito Público; Foro de Cravinhos - 1ª Vara; Data do Julgamento: 06/06/2018; Data de Registro: 07/06/2018.
- 36 ESTADO DO AMAZONAS. TJAM. 0005960-56.2017.8.04.0000. Remessa Necessária Relator (a): Ari Jorge Moutinho da Costa; Comarca: Manaus/AM; Órgão julgador: Segunda Câmara Cível; Data do julgamento: 28/01/2019; Data de registro: 31/01/2019.
- 37 ESTADO DO PARÁ. TJPA. 2016.01381219-49, 158.185, Rel. VANIA LUCIA CARVALHO DA SILVEIRA, Órgão Julgador 1ª TURMA DE DIREITO PENAL, Julgado em 2016-04-12, Publicado em 2016-04-18.
- 38 DISTRITO FEDERAL. TJDFt. Acórdão n.277141, 20070020056203HBC, Relator: GEORGE LOPES LEITE 1ª Turma Criminal, Data de Julgamento: 14/06/2007, Publicado no DJU SEÇÃO 3: 01/08/2007. Pág.: 91.
- 39 ESTADO DO ESPÍRITO SANTO. TJES, Classe: Agravo de Execução Penal, 100190007342, Relator : ELISABETH LORDES, Órgão julgador: PRIMEIRA CÂMARA CRIMINAL, Data de Julgamento: 17/04/2019, Data da Publicação no Diário: 30/04/2019)
- 40 ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL. TJRS. Agravo Nº 70056618853, Terceira Câmara Criminal, Relator: Jayme Weingartner Neto, Julgado em 13/03/2014.
- 41 ESTADO DO AMAPÁ. TJAP. AGRAVO EM EXECUCAO, Processo Nº 0023204-85.2018.8.03.0001, Relator Desembargador AGOSTINO SILVÉRIO, CÂMARA ÚNICA, julgado em 25 de setembro de 2018.
- 42 ESTADO DE SANTA CATARINA. TJSC, Agravo de Execução Penal n. 0007565-77.2017.8.24.0033, de Itajaí, rel. Des. Luiz Neri Oliveira de Souza, Quinta Câmara Criminal, j. 05-10-2017.
- 43 ESTADO DO PARANÁ. TJPR – 5ª C. Criminal – RA – 378298-9 – Guarapuava – Rel.: Marcus Vinicius de Lacerda Costa – Unânime – J. 23.11.2006.
- 44 ESTADO DO ACRE. TJAC. Relator (a): Roberto Barros; Comarca: Rio Branco; Número do Processo: 0019953-02.2007.8.01.0001; Órgão julgador: Tribunal Pleno Jurisdicional; Data do julgamento: 09/12/2015; Data de registro: 19/01/2016.

^{45 46} na proibição de fixação de regime mais grave que o devido,^{47 48 49} na concessão de liberdade quando o estabelecimento prisional não detém condições adequadas⁵⁰ ou são até mesmo inexistentes.⁵¹

E mais, o princípio da humanidade impõe a obrigação de que as penas sejam proporcionais aos delitos praticados pelo agente,⁵² permite a transferência do preso para outro local para proteção de sua integridade⁵³ ou para ficar mais próximo de sua família,⁵⁴ assim como, para evitar o excesso de prazo na prisão⁵⁵ e para reconhecer a jornada de trabalho para concessão de remição penal.⁵⁶

Na ótica dos Tribunais Regionais Federais o princípio da humanidade analogamente foi aplicado para garantir a progressividade dos regimes prisionais,⁵⁷ para permitir liberdade plena durante a persecução penal,⁵⁸ autorizar tratamento ambulatorial pela condição do agente⁵⁹, tal como, para afastar a reincidência conforme o lapso temporal devido evitando assim uma pena

- 45 ESTADO DO CEARÁ. TJCE. Relator (a): MARIO PARENTE TEÓFILO NETO; Comarca: Fortaleza; Órgão julgador: 3ª Vara de Execução Penal; Data do julgamento: 16/04/2019; Data de registro: 16/04/2019.
- 46 ESTADO DA BAHIA. TJBA. Classe: Habeas Corpus. Número do Processo: 0009675-84.2014.8.05.0000. Relator(a): NAGILA MARIA SALES BRITO. Publicado em: 03/09/2014.
- 47 ESTADO DO MARANHÃO. TJMA. ApCrim 0218212011, Rel. Desembargador (a) Jose de Ribamar Froz Sobrinho, Terceira Câmara Criminal, julgado em 14/05/2012, DJe 25/07/2012.
- 48 ESTADO DA PARAÍBA. TJPB – ACÓRDÃO/DECISÃO do Processo Nº 20115516120148150000, Câmara Especializada Criminal, Relator MARCOS COELHO DE SALLES, j. em 28-10-2014.
- 49 ESTADO DO SERGIPE. TJSE. Agravo de Execução Penal nº 201500326001 nº único0007961-97.2015.8.25.0000 – CÂMARA CRIMINAL, Tribunal de Justiça de Sergipe – Relator (a): Vaga de Desembargador (Desa. Marilza Maynard) – Julgado em 30/11/2015.
- 50 ESTADO DE RONDÔNIA. TJRO. AGRAVO DE EXECUÇÃO PENAL Nº50099775020138270000. Comarca De Araguaína. Relator: Juiz Helvécio de Brito Maia Neto.
- 51 Estado de Goiás. TJGO, AGRAVO EM EXECUCAO PENAL 369388-42.2010.8.09.0097, Rel. DRA. ELIZABETH MARIA DA SILVA, 1A CAMARA CRIMINAL, julgado em 22/03/2011, DJe 798 de 12/04/2011.
- 52 ESTADO DO MATO GROSSO. TJMT. N.U 0000502-43.2016.8.11.0018, Ap 81482/2018, DES. GILBERTO GIRALDELLI, TERCEIRA CÂMARA CRIMINAL, Julgado em 30/01/2019, Publicado no DJE 07/02/2019.
- 53 ESTADO DE RORAIMA. TJRR – HC 9000136-61.2019.8.23.0000, Rel. Des. LEONARDO CUPELLO, Câmara Criminal, julg.: 13/03/2019, public.: 14/03/2019.
- 54 ESTADO DO PIAUÍ. TJPI. Habeas Corpus Nº 2017.0001.013205-6. Relator: Des. Pedro de Alcântara Macêdo. 1ª Câmara Especializada Criminal | Data de Julgamento: 31/01/2018.
- 55 ESTADO DE PERNAMBUCO. TJPE. Habeas Corpus 519612-90005515-41.2018.8.17.0000, Rel. Fausto de Castro Campos, 1ª Câmara Criminal, julgado em 12/03/2019, DJe 23/04/2019.
- 56 ESTADO DE MINAS GERAIS. TJMG - Bem. Infring. e de Nulidade 1.0079.06.302750-6/004, Relator(a): Des.(a) Beatriz Pinheiro Caires , 2ª CÂMARA CRIMINAL, julgamento em 05/11/2015, publicação da súmula em 16/11/2015.
- 57 BRASIL. TRF1. HC 0027059-22.2005.4.01.0000, DESEMBARGADOR FEDERAL TOURINHO NETO, TRF1 – TERCEIRA TURMA, DJ 23/09/2005 PAG 09.
- 58 BRASIL. TRF2. Habeas Corpus Criminal: 0100934-41.2018.4.02.0000 (2018.00.00.100934-1). Relator Desembargadora Federal SIMONE SCHREIBER. Órgão julgador: 2ª TURMA ESPECIALIZADA. Data de decisão 05/03/2019.
- 59 BRASIL. TRF 3ª Região, DÉCIMA PRIMEIRA TURMA, Ap. – APELAÇÃO CRIMINAL – 75039 – 0002864-21.2012.4.03.6127, Rel. JUIZ CONVOCADO FERREIRA DA ROCHA, julgado em 07/08/2018, e-DJF3 Judicial 1 DATA:13/08/2018.

perpétua e o *bis in idem*,⁶⁰ e aplicação de indulto.⁶¹

O Superior Tribunal de Justiça semelhantemente já enfrentou diversos temas relacionados ao princípio da humanidade e seus reflexos na aplicação da pena de prisão, e em um *case* um tanto quanto peculiar invocou o conteúdo deste princípio para corretamente evitar que a pessoa que estava presa fosse retirada de um estabelecimento prisional privado mais humanizado e fosse encaminhado para a prisão pública, assim foi ementada tal decisão e parcialmente transcrita a seguir:

[...] 3. No caso, o Tribunal local determinou, após dar provimento ao recurso do Ministério Público, a imediata transferência do apelado à penitenciária estadual, removendo-o da Associação de Proteção e Assistência aos Condenados – APAC da comarca de Barracão/PR, onde se encontrava desde 2014. Para tanto, considerou o longo tempo de pena a cumprir, a gravidade dos crimes pelos quais foi condenado, bem como o fato de que as sanções impostas ao acusado, enquanto cumpridas na APAC, não estariam encontrando ressonância em seu caráter de retribuição, castigo e intimidação, previstos pelo sistema penal brasileiro.

4. Sob a roupagem de que o estabelecimento atual é incompatível com a situação do paciente, tomou-se a decisão sem nenhuma referência a elemento concreto a justificar a remoção. Não servindo para justificar a transferência a necessidade de serem realizados sacrifícios pessoais pelo condenado, a fim de que este “pague” pelos delitos que cometeu na exata medida da dor causada às vítimas e suas famílias, muito menos conjecturas sobre os riscos de fuga.

5. De acordo com a Juíza da execução de Barracão, o paciente tem excelente comportamento carcerário e a APAC tem capacidade para gerenciar a execução da pena, inclusive no que tange à prevenção de qualquer tipo de fuga. Além disso, destaca que há regras administrativas tão rigorosas quanto às impostas pela Lei de Execução Penal, que o comando da sentença condenatória é rigorosamente cumprido e que há baixo custo e alto índice de ressocialização.

6. Ordem concedida para cassar o acórdão no ponto em que determina a remoção do paciente do Centro de Reintegração Social de Barracão/PR dirigido pela APAC.⁶²

Por derradeiro, o princípio da humanidade foi aplicado expressamente

60 BRASIL. TRF4, ACR 5009645-33.2015.4.04.7002, SÉTIMA TURMA, Relatora para Acórdão BIANCA GEORGIA CRUZ ARENHART, juntado aos autos em 27/03/2019.

61 BRASIL. TRF5. PROCESSO: 00047556120164058300, DESEMBARGADOR FEDERAL IVAN LIRA DE CARVALHO, Segunda Turma, JULGAMENTO: 14/06/2016, PUBLICAÇÃO: DJE – Data::21/06/2016 – Página::77.

62 BRASIL. STJ. HC 383.102/PR, Rel. Ministro SEBASTIÃO REIS JÚNIOR, SEXTA TURMA, julgado em 14/03/2017, DJe 22/03/2017.

pelo Supremo Tribunal Federal, porquanto, este de forma inédita não apenas reconheceu como também confirmou que este princípio deve ser imperativamente respeitado pelo Estado na aplicação das penas:

CUSTODIADO – INTEGRIDADE FÍSICA E MORAL – SISTEMA PENITENCIÁRIO – ARGUIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL – ADEQUAÇÃO. Cabível é a arguição de descumprimento de preceito fundamental considerada a situação degradante das penitenciárias no Brasil. SISTEMA PENITENCIÁRIO NACIONAL – SUPERLOTAÇÃO CARCERÁRIA – CONDIÇÕES DESUMANAS DE CUSTÓDIA – VIOLAÇÃO MASSIVA DE DIREITOS FUNDAMENTAIS – FALHAS ESTRUTURAIS – ESTADO DE COISAS INCONSTITUCIONAL – CONFIGURAÇÃO. Presente quadro de violação massiva e persistente de direitos fundamentais, decorrente de falhas estruturais e falência de políticas públicas e cuja modificação depende de medidas abrangentes de natureza normativa, administrativa e orçamentária, deve o sistema penitenciário nacional ser caracterizado como “estado de coisas inconstitucional”. FUNDO PENITENCIÁRIO NACIONAL – VERBAS – CONTINGENCIAMENTO. Ante a situação precária das penitenciárias, o interesse público direciona à liberação das verbas do Fundo Penitenciário Nacional. AUDIÊNCIA DE CUSTÓDIA – OBSERVÂNCIA OBRIGATORIA. Estão obrigados juízes e tribunais, observados os artigos 9.3 do Pacto dos Direitos Civis e Políticos e 7.5 da Convenção Interamericana de Direitos Humanos, a realizarem, em até noventa dias, audiências de custódia, viabilizando o comparecimento do preso perante a autoridade judiciária no prazo máximo de 24 horas, contado do momento da prisão.⁶³

Nesta senda, é possível afirmar que o princípio da humanidade é reconhecido tanto pela doutrina, quanto pela jurisprudência brasileira, e que possui o escopo de fixar diques que irão embarreirar o Estado no exercício do poder de punir.

3. CONCLUSÃO

Por todos os fundamentos apresentados acima, é possível expressar uma resposta positiva, qual seja, que o princípio da humanidade penal tem o mesmo desiderato dos Direitos da personalidade, e por consequência, a afirmação de que o Direito penal e o Direito de execução penal visam tão somente a punição das pessoas é um mito carente de qualquer respaldo jurídico.

Como pode ser observado os Direitos da personalidade visam salvar a integridade física, moral e psicológica de todos os seres humanos,

63 BRASIL. STF. ADPF 347 MC, Relator(a): Min. MARCO AURÉLIO, Tribunal Pleno, julgado em 09/09/2015, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-031 DIVULG 18-02-2016 PUBLIC 19-02-2016.

visto que seu respaldo jurídico é o princípio basilar da dignidade da pessoa humana que encontra arrimo não apenas nas previsões do Direito Internacional Público, mas, em concomitância, no âmbito interno deste Estado por meio da previsão expressa de sua Carta Magna.

E por estar prevista na seara internacional e na órbita interna não há dúvidas de que a dignidade humana é o núcleo fundante de todos os Direitos da personalidade e dos demais ramos autônomos do Direito, como é o caso do Direito penal e do Direito de execução penal.

Ou seja, além de ter por desígnio a proteção de bens jurídicos e a fixação de penas e medidas de segurança o Direito penal e o Direito de execução penal possuem normas e princípios próprios que resguardam a pessoa e limitam o Direito de punir do Estado, já que não haveria razão de ser, senão para impedir o uso exacerbado do poder estatal. E conforme se denotou, um dos princípios destes ramos do Direito é justamente o princípio da humanidade, e conforme sua terminologia sugere, este impõe ao Estado os parâmetros para o exercício do *jus puniendi* tolhendo e obstando assim qualquer conjectura sobre violar a integridade física, moral e psicológica do agente investigado, acusado ou condenado pelo cometimento de um crime.

O fato dos Direitos da personalidade protegerem, entre outros bens jurídicos, a imagem, a privacidade, a intimidade, a honra, a saúde, além de qualquer outro Direito que componha a integridade material (corpo) e imaterial (moral e psicológico) do indivíduo, aliado a inquestionável previsão destes mesmos Direitos como sendo humanos e fundamentais possuidores de um efeito irradiante vertical, confirma que o Direito penal e de execução penal devem proteger a integridade do indivíduo segregado.

Portanto, sem titubear, pode ser asseverado que o ser humano também deve ser protegido pelo Direito penal e de execução penal, visto que seus principais objetivos são a proteção da integridade da pessoa ante o princípio da humanidade e os Direitos da personalidade ambos decorrentes da dignidade da pessoa humana e possuidores do objetivo de proteção humana.

OS ORÁCULOS JUDICIAIS DA MODERNIDADE

Joel Eliseu Galli¹

1. DO DESENCANTO À PROMESSA DE SALVAÇÃO PELO DIREITO

O mito de Narciso é bem conhecido. Ovídeo conta-nos que o mancebo era extraordinariamente belo, acendendo a paixão das Ninfas com sua formosura. Por rejeita-las, foi amaldiçoado, afeiçoando-se ao próprio reflexo projetado na água. Narciso apaixonou-se por si mesmo². Em linhas gerais, o mito de Narciso revela e, de certo modo, permite-nos compreender algo de constante na cultura do homem moderno, consistente no apego à própria condição, ou seja, toda pessoa é um Narciso, enclausurada na admiração ardente por si mesma.

O regime de saber introduzido pela modernidade, no entanto, assola Narciso, abrindo três lacerações em sua imagem, decorrentes da revolução copernicana, da teoria da evolução e da psicanálise.

Copérnico contradiz a idéia de que a Terra seria o centro do universo; Darwin desbanca o criacionismo, teorizando que evoluímos a partir de espécies dita inferiores; e a psicanálise, com Freud, adota um ponto de vista cético em relação a nossa pretensa racionalidade consciente e, por conseguinte, sobre aquilo que imaginamos conhecer a nosso respeito.

O universo não orbita ao redor de nosso pequeno mundo, não fomos romanticamente criados a partir do pó da terra e nosso saber consciente é determinado a partir de algo que não conhecemos, mas que, pode-se dizer, está em nós (inconsciente). Essas pústulas na imagem de Narciso depreciam seu conteúdo. Não somos tão belos e importantes quanto imaginávamos. Nada além de mais um planeta, cativos de uma dimensão na qual a imagem

1 Advogado Criminalista Pós-graduado em Ciências Criminais pelo CESUSC – Florianópolis. Mestre em Sociologia Política pela Universidade Federal de Santa Catarina – UFSC (2014). Mestre em Direito pela Universidade Federal de Santa Catarina – UFSC (2015-2016).

2 OVÍDIO. *Metaformoses*. São Paulo: Madras: 2003. pp. 61-65

projetada na água diz mais do que a substância de Narciso.

Quando essas feridas narcisistas tocam a teoria weberiana do desencanto do mundo³, Narciso encontra-se, finalmente, despido de todas as possíveis explicações mágicas que poderiam oferecer-lhe salvação. Não há mais reflexo na água. Não há mais o ali, o outro mundo, a vida de glória. Ferido, Narciso encontra-se preso na própria percepção de um mundo no qual sua importância foi descartada.

Estranhamente, a virada do quadro de desencanto, pintado com as cores das feridas narcisistas da modernidade, vai ser realizada por intermédio do Direito. A humanidade é resgatada por meio de uma declaração simbólica de seu valor.

Narciso é salvo pelo Direito.

Por conta de sua aplicação concentrada, o salvacionismo dele decorrente revela-se, em traços marcantes, por intermédio do exercício da atividade jurisdicional, perceptível, de forma ainda mais acentuada, na jurisdição penal.

A identificação desse fenômeno pode começar a ser notada a partir do texto constitucional.

A Constituição Federal adota, por princípio, a inafastabilidade da jurisdição: a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito. Um juiz, portanto, não pode deixar de julgar um caso alegando a complexidade da matéria apresentada. Fácil ou difícil, sua obrigação é decidir. Um juiz deve ser capaz de situar-se em qualquer espaço de litigiosidade. Tudo, qualquer coisa e em qualquer lugar pode e deve ser decidido por ele. Surge a onipresença.

Em contrapartida, a Constituição Federal assegura-lhe a irredutibilidade dos subsídios, a inamovibilidade e a vitaliciedade. Ora, quem tem tais características senão um ser divino, com poder decisório sobre o destino dos homens, livrando-os das vicissitudes?

Sem menosprezar as demais, a vitaliciedade significa, no mínimo, que será juiz para sempre. É um ser eterno e intocável: surge a onipotência. Ao conduzir um processo judicial, o juiz transforma, numa espécie de transubstanciação, todo o conhecimento alheio em prova. Pensem, por exemplo, num laudo médico. A partir do momento em que ingressa no processo, o

3 WEBER, Max. *A Ética Protestante e o Espírito do Capitalismo*. São Paulo: Companhia das Letras, 2004

juiz o admite como prova.

O conhecimento nele contido é transformado em algo a ser avaliado pelo juiz livremente e, em consequência, não mais dirá algo acerca do conhecimento médico, passando a traduzir o conhecimento do juiz a respeito de seu conteúdo. O conhecimento médico é aquilo que o juiz diz ser, o mesmo valendo para qualquer saber transformado em prova: surge a onisciência. Quem pode ser onipresente, onipotente, onisciente e dotado de poderes para transformar água em vinho ou pão em carne? Todos esses adjetivos, sob um prisma teológico, são atributos exclusivos da divindade. É preciso entender, agora, os efeitos prático-teóricos dessa relação entre os responsáveis pela atividade jurisdicional e um Direito formatado para funcionar como ingrediente da promessa de salvação do homem moderno desencantado.

Não seria possível entender os intervalos e interseções desse cenário sem penetrar nas estruturas psíquicas do sujeito investido na jurisdição. Essa tarefa, no entanto, não pode ser realizada mediante o recurso à análise de todos os juizes. Assim, utilizaremos, para efeito explicativo da relação que se pretende melhor esclarecer, dois modelos abstratos de magistrado: o punitivista, filiado a um modelo processual inquisitório, e o garantista, filiado a um modelo processual acusatório.

Sugere-se que: a) Um juiz inquisidor e um juiz garantista partilham de um superego que lhes impõe ideais de impossível realização. A motivação de seus julgados seria, por conseguinte, a reiteração de uma tentativa frustrada de satisfazer o superego; b) Em ambos os modelos de juiz, ocorre uma renúncia da realidade em benefício da ideação construída a partir de uma análise metajurídica; c) A manifestação consciente do discurso acoberta um deslocamento libidinal passível de desvelamento a partir do impulso destruidor agregado ao comando decisório; d) O Direito, nesse contexto hipotético, seria o objeto deslocado contra o qual são dirigidas, de fato, as explicações conscientes das razões de decidir.

Em linhas gerais, será necessário assumir o discurso jurídico contido na regra posta como um local político indefinido e, por esse motivo, favorável à canalização de sentidos possíveis ao intérprete judicial, provocando, a partir desse potencial reconhecimento, uma reestruturação compreensiva do fenômeno (aquilo que se faz a regra dizer) por meio do encadeamento entre Teoria Crítica e Psicanálise, demonstrando-se que o espaço de renúncia de sentido afeto à regra jurídica permite que se diga dela aquilo que se quer.

Não se trata, todavia, de uma mera colonização do discurso jurídico pela posição de poder do intérprete judicial, mas de uma transferência, de um certo modo elegante, de uma inibição recalcada que, por não encontrar escape adequado no desenvolvimento psíquico do sujeito-juiz, esgueira-se no ato decisório movida por pulsões de ordem destrutiva, dirigidas, inconscientemente, ao Direito que lhe empresta (ao ato decisório) fundamento.

O juiz assume a posição de salvador outrora ocupada pelo Direito.

2. DA PROMESSA DE SALVAÇÃO PELO DIREITO À CERTEZA DE SALVAÇÃO PELO JUIZ

A Psicanálise, a partir de Freud, incorpora-se ao conhecimento humano com pretensão de extrapolar os limites do saber psicanalítico, ingressando no debate com as demais áreas do saber.

Com Totem e tabu, ocorre

[...] o ingresso da psicanálise no debate sobre temas que diziam respeito às humanidades em geral, e que até então permaneciam adstritos a feudos disciplinares diversos para os quais as análises das formações, dos mecanismos e das dinâmicas inconscientes são consideradas fundamentais.⁴

A possibilidade de diálogo com outros ramos do saber humano inaugurada pela Psicanálise favoreceu, especialmente, a interlocução com o Direito, circunstância que pode ser atribuída às inclinações profissionais do próprio Freud.

De outro vértice, a superação do paradigma da filosofia da consciência pelo paradigma da filosofia da linguagem passou a permitir ao Direito, caracteristicamente fechado operacionalmente, abrir-se, de modo seletivo, à Psicanálise. Em outros termos, a relação sujeito-objeto é substituída pela relação sujeito-sujeito⁵, na qual a linguagem possui força constituinte.

Assinale-se, no entanto, que

[...] não se trata da morte da relação sujeito-objeto, muito menos da morte do próprio sujeito; e sim de admitir – em definitivo – a impossibilidade de, a partir de tal relação (sujeito-objeto) chegar-se em uma verdade Toda (e única) e sim tão-só em uma parte dela. A parte (daí a parcialidade que move dita relação, sempre), todavia, não é o Todo e, portanto, é de outra coisa que se trata.⁶

4 ENDO, Paulo. **Prefácio: Totem e tabu e a psicanálise além de suas próprias fronteiras**. in FREUD, Sigmund. **Totem e tabu**. Porto Alegre: L&PM, 2014, p. 23

5 COUTINHO Jacinto Nelson de Miranda. **Direito e Psicanálise: Interlocuções a partir da Literatura**. Florianópolis: Empório do Direito, 2016, p. 43

6 Ibid. p. 43

Embora a intersecção seja academicamente viável, o universo dos juristas, cioso da segurança jurídica assentada no princípio da legalidade estrita, gera resistências ao acoplamento entre os saberes, sendo esse, ao final, o ponto que nos conduz ao problema.

A despeito da promessa de segurança jurídica contida na padronização legislativa, a recorrente denúncia de seu descumprimento pressiona o sujeito a buscar amparo em espaços estranhos à coerção social, “algo por demais arriscado justo em função de se atribuir à razão uma missão que lhe é impossível, ou seja, mediar conclusões que podem ser em seu desfavor”.⁷

O irônico processo laciano de “dar bois aos nomes” acaba por permitir, nesse contexto, o ingresso no sistema jurídico de restrições legais decorrentes do juízo do intérprete (vide, ilustrativamente, o julgamento do Supremo Tribunal Federal a respeito da cláusula constitucional de presunção de não culpabilidade), transformando, em consequência, os espaços individuais de liberdade “em produto da decisão judicial fixados caso a caso”⁸ (decisionismo) de forma que as prescrições legais proibitivas possam ser entendidas por seus destinatários em projeção dedutiva futura “a partir das decisões dos tribunais”⁹.

Esse novo espaço decisório, dependente da razão e, portanto, da explicação consciente relacionada aos motivos decisórios padroniza o equívoco, especialmente por ser a razão

[...] o lugar do engodo por excelência, dada a equivocidade das identificações que patrocina. Tudo somado, dá-se azo a que o sujeito se guie por imagens e, assim, da mesma forma que, como justiceiro queira “salvar o mundo” (embora seja muito ingenuo), acaba servindo, sempre, a algum interesse alheio ideologicamente ajustado e, destarte, acaba virando um soldado da fé, a serviço de algum deus menor.¹⁰

A padronização do equívoco termina por ser reforçada pela compreensão retroalimentada de acordo com a qual “os pressupostos para uma decisão racional e justa residem exatamente na formação da personalidade dos juizes”¹¹.

Sob o aspecto essencialmente teórico, a emergência de um padrão de decisões judiciais referenciadas na personalidade do magistrado possibilita,

7 Ibid. pp. 45-46.

8 MAUS, Ingeborg. **Judiciário como Superego da Sociedade: O papel da atividade jurisprudencial na sociedade orfã**. p. 190.

9 Ibid. p. 190.

10 COUTINHO Jacinto Nelson de Miranda. Op. Cit. p. 46.

11 AGAMBEN, Giorgio. **El poder soberano y la nuda vida**. Valencia (Espanha): Pre-Textos, 2013, p.216

antes da abordagem por meio da Psicanálise, um enfrentamento do problema por intermédio de explicações diversas, porém, plenamente passíveis de alinhamento subsequente. Agamben trabalha com a hipótese de que esse modelo de decisão espelhe a modernidade, marcada por um permanente estado de exceção, responsável por inaugurar “un nuevo paradigma jurídico-político, en que la norma se hace indiscernible de la excepción”¹², significando, no cenário tematizado, que o decisionismo do “caso a caso” não é uma eventualidade, mas uma característica própria e, até mesmo, definidora da modernidade.

De outro lado, esse caminho em direção ao estado de exceção, implicado na suspensão casuística do conteúdo da regra posta pela força argumentativa da racionalidade treinada no processo de aperfeiçoamento profissional do julgador, encobre o abandono das motivações concernentes ao desencanto derivado, por sua vez, da frustração das expectativas discursivas ecoadas pelas promessas de segurança jurídica embutidas na legalidade estrita.

Nesse ponto, Agamben chama nossa atenção a respeito da inutilidade da crença no enfrentamento da crise gerada pelo descumprimento das promessas da modernidade, entre elas, a segurança jurídica como resultado da legalidade, por meio da ação (no sentido individual weberiano) do Poder Judiciário¹³, aqui entendido não como um poder republicano, mas sim como uma investidura que confere a seu titular, singularizado em relação aos demais sujeitos igualmente investidos, um espaço de poder discursivo (jurisdição), habilitando-lhe a dizer a verdade que lhe convém.

Em outros termos, a deslegitimação da ação tradicionalmente institucionalizada não é uma derivação concomitante a uma suposta ilegalidade pertinente ao decisionismo judicial, sendo, ao contrário, uma resposta conseqüente à perda da consciência de legitimidade e, nesse sentido, a hipertrofia do Direito como réplica à ilegalidade pressuposta ao estado de exceção é ineficaz como instrumento de contenção da referida crise¹⁴, contribuindo, valha a desejada verdade (sempre ela), para convalidação do reconhecimento da ausência de toda e qualquer base de legitimação afora a consciência do juiz.

Qual consciência?

No formalismo luhmanniano, a consciência seria um sistema

12 AGAMBEN, Giorgio. *Homo Sacer: El poder soberano y la nuda vida*. Valencia (Espanha): Pre-Textos, 2013, p.216.

13 AGAMBEN, Giorgio. *El misterio do mal: Benedicto XVI e el fin de los tiempos*. Buenos Aires: Adriano Hidalgo Editora, 2013, p. 12

14 Ibid. p.13.

operacionalmente fechado em função da linguagem, diferenciando-se, assim, do ambiente¹⁵. Nesses termos, a formatação da consciência, sua singularização ou os dados conscientes concretos de um sujeito humano determinado seriam, de certo modo, irrelevantes. Não é, contudo, essa irrelevância que nos interessa. A esboçada relação entre Direito e Psicanálise pretende fazer falar – e ouvir – o inconsciente, esse silêncio espaçoso, perturbador, incômodo presente no discurso judicial moderno. Todavia, para que possamos caminhar em direção a esse território conspurcado pela ausência do eu e, ao mesmo tempo, tão presente nas manifestações externas desse mesmo eu, a consciência deve ser primeiro abordada.

É clássica a definição marxiana da produção da consciência: as condições materiais de existência determinam a consciência, correspondente, ao fim e ao cabo, às idéias da classe detentora dos meios de produção material. Em outras palavras, a classe que detém o poder material, determinando as reais condições existenciais humanas a partir do modelo de produção imposto, “dispõe também dos meios de produção intelectual, de tal modo que o pensamento daqueles aos quais são negados os meios de produção intelectual está submetido também à classe dominante.”¹⁶

Se, de fato, a consciência é determinada a partir das condições de produção da vida material, a alteração dessas mesmas condições teria o condão de alterar a consciência.

Há um pressuposto equivocado aqui, decorrente, talvez, de uma completa indiferença com relação aos elementos inconscientes da *psique* humana.

Para usar o chavão, Freud explica que

Os comunistas acreditam ter encontrado o caminho para a redenção do mal. O homem é inequivocadamente bom, bem-intencionado em relação ao próximo, mas a instituição da propriedade privada corrompeu a sua natureza. A posse de bens privados dá poder ao indivíduo e, assim, a tentação de maltratar o próximo; àquele que é excluído da posse não resta senão rebelar-se hostilmente contra o opressor. Caso a propriedade privada fosse abolida, todos os bens fossem tornados comuns e permitido a todos o usufruto, a malevolência e a hostilidade entre os homens desapareceriam.¹⁷

Sem levar em consideração a generalidade das premissas adotadas por Freud, deliberadamente posicionando a Psicanálise ao largo da discussão

15 LUHMANN, Niklas. *Introdução à Teoria dos Sistemas*. 3a ed. Petrópolis: Vozes, 2011

16 MARX, Karl; ENGELS, Friedrich. *A Ideologia Alemã*. Rio de Janeiro: Martins Fontes, 2001, p.48

17 FREUD, Sigmund. *O mal-estar na cultura*. Porto Alegre: L&PM, 2012. p.126.

filosófica entre o idealismo hegeliano e o materialismo dialético e, ao mesmo tempo, resumindo todo o embate teórico sobre economia política desenvolvida antes e depois de Marx sob o termo “comunismo”, somos forçados a reconhecer que a idéia de formação da consciência a partir das condições materiais de existência determinadas por uma certa época sufraga o entendimento de um modo de vida exclusivamente consciente, possível de ser alterado por intermédio da modificação de suas causas materiais de emergência.

Desse modo, por exemplo, a alteração do modelo de produção capitalista produziria uma substituição do modelo jurídico-legislativo que impera na modernidade enquanto idéia de dominação, propiciando o surgimento de uma nova consciência. Nova – veja-se bem –, mas não diferente.

Por quê?

Sob o viés da análise psicanalítica, “O único fato ao qual podemos nos ater é que a conservação do passado na vida psíquica é antes a regra do que uma exceção extraordinária.”¹⁸ Por conta disso, episódicas alterações no modelo de produção da vida material manterão inalteradas as estruturas inconscientes responsáveis pelo fluxo consciente, podendo, quanto muito, propiciar mudanças sensíveis na forma de pressão psíquica exercida pela instância do superego, transformando a restrição do gozo no mandamento do gozo.¹⁹

Todavia, mesmo que a modificação nas condições materiais de existência pudesse propiciar alterações no mecanismo consciente de forma tão poderosa a ponto de fazer corresponder consciente e inconsciente, isso apenas permitiria que a violência subjetiva associada ao passado constitutivo da *psique* humana (o parricídio) ocultasse a violência anônima de todo e qualquer processo produtivo e, via de consequência, possibilitaria tomar a realidade pelo real, aquela, na distinção lacaniana, dizendo respeito à realidade social de pessoas concretas vinculadas aos processos produtivos, enquanto este espelha a lógica abstrata do capital que determina o fluxo dos acontecimentos na realidade social.²⁰

Nesse momento, a ligação entre Direito e Psicanálise torna-se forte. É que, mantido o ideal de restrição do gozo, as regulações e exigências do

18 Ibid. p. 55

19 ZIZEK, Slavoj. *Sobre la violencia: Seis reflexiones marginales*. Barcelona: Austral, 2013, pp.23- 24

20 ZIZEK, Slavoj. *Sobre la violencia: Seis reflexiones marginales*. Barcelona: Austral, 2013, pp.23- 24

superego permitem ao sujeito ajustar sua experiência de realidade ao real, sem reduzir uma ao outro. Já se o superego é liberado para gozar, sua identificação com o pai primevo é rompida e, obviamente, qualquer obstáculo externo a seu gozo (o regramento jurídico, por exemplo) deve ser combatido, afastado e, de preferência, casuisticamente destruído.

Assume-se, na linha das sugestões iniciais, que as convicções do julgador “são desculpas inventadas pela razão para justificar os desejos de sua libido. Seus princípios são vestimentas usadas para embelezar e esconder a nudez de seus desejos inconscientes”²¹, de modo a possibilitar uma identificação crescente entre o sujeito e a instância do superego, ensejando uma associação entre as exigências deste e as demandas daquele. Livre para gozar, o magistrado deve, agora, livrar-se do derradeiro obstáculo a seu gozo: o Direito.

No caso de um juiz punitivista, a libertação do obstáculo imposto pelo Direito ocorre pela via de decisões orientadas por objetivos extrajurídicos. Buscam atender ao interesse social por ele identificado e mensurado. Para alcançar essa finalidade,

o apoio da sociedade civil a seu modelo decisório é indispensável, de modo a permitir: a) a superação do conservadorismo jurídico (garantias) em prol do resultado prático da decisão (identificar e punir infratores da norma penal); b) a constante retroalimentação da legitimidade do conteúdo decisório contrário ao Direito posto.

O apoio da sociedade civil aos métodos punitivistas do juiz inquisidor, ainda que setorizado ou, em algumas ocasiões, difuso (a tendência inconsciente seria dizer confuso) pode ser percebida, por exemplo, em manifestações efusivas em locais públicos e no apoio discursivo nas redes sociais a decisões judiciais que enunciam punições rigorosas com base em justificativas prevencionistas gerais ou individuais.

Seu declarado anseio de transformar o processo judicial em ferramenta de realização de uma espécie de política judiciária asséptica transforma-se, ao ser legitimado pela anuência de camadas populacionais que oscilam entre o interesse partidário e o desinteresse individual pelos rumos da investigação, no canal de fruição para elementos psíquicos aprisionados no

21 , Sigmund; BULLITT, Willian. *Thomas Woodrow WILSON: um estudo psicológico*. Rio de Janeiro: Graal, 1984, p. 110

inconsciente do julgador. E isso não é uma peculiaridade do juiz punitivista, parecendo, ao contrário, tratar-se de uma padronização seletiva na conformação dos quadros da magistratura, verificável, inclusive, no modelo de juiz antagônico: o magistrado garantista.

Não estranha, portanto, que o modelo garantista de magistrado assente suas premissas decisórias nas mesmas convicções e orienta-as nas mesmas estratégias do modelo de magistrado inquisidor/punitivista.

O magistrado garantista também possui seu séquito de seguidores e, igualmente, nutre um profundo desprezo pelo conservadorismo jurídico. Esse desprezo, todavia, possui ancoragem distinta em relação ao desprezo assumido pelo modelo antagonista. Enquanto o modelo de magistrado inquisidor/punitivista reage contra o Direito, alegando que aplicação estrita de seus postulados implica em defesa social insuficiente, o modelo de magistrado garantista parte da premissa segundo a qual as regras jurídicas devem ter seu conteúdo potencializado por princípios de extração constitucional, pois, de outro modo, sua aplicação estrita resultaria em proteção individual deficiente.

Em síntese, ambos os modelos de juiz expurgam o Direito de suas práticas decisórias, substituindo-o por uma espécie de acesso privilegiado à verdade da decisão. Não são juízes. São oráculos. Não prestam jurisdição nem mesmo no sentido clássico, direcionada à legitimação de uma dada estrutura social. Sua pretensão reside no resgate mágico de uma humanidade e de relações sociais que jamais existiram. Nesse sentido, seu propósito é operar a salvação da sociedade decaída, devolvendo-lhe a esperança em dias de um futuro ainda não experimentado.

Isso nos faz retornar ao narcisismo, o que deve nos permitir, nesse momento, entender um pouco mais a questão aqui proposta.

Freud esclarece que, em sua forma primária, o narcisismo envolve investimento libidinal infantil em si mesmo, sofrendo, com o crescimento natural, a “vicissitude da repressão patogênica” e entrando “em conflito com as ideias culturais e éticas do indivíduo.”²²

No contexto dessa experiência repressiva, o narcisismo é deslocado do ego real para um ego denominado ideal. ,Em linhas gerais,

22 FREUD, Sigmund. **Sobre o Narcisismo: Uma Introdução.** In Obras Psicológicas Completas de Sigmund Freud. Volume XIV. Rio de Janeiro: Imago, 1974. p. 110

Esse ego ideal é agora o alvo do amor em si mesmo (self-love) desfrutado na infância pelo ego real. O narcisismo do indivíduo surge deslocado em direção a esse novo ego ideal, o qual, como o ego infantil, se acha possuído de toda perfeição de valor. Como acontece sempre que a libido está envolvida, mais uma vez aqui o homem se mostra incapaz de abrir mão de uma satisfação que outrora desfrutou. Ele não está disposto a renunciar a perfeição narcisista de sua infância; e quando, ao crescer, se vê perturbado pelas admoestações de terceiros e pelo despertar de seu próprio julgamento crítico, de modo a não mais poder reter aquela perfeição, procura recuperá-la sob a nova forma de um ego ideal. O que ele projeta diante de si como sendo seu ideal é o substituto do narcisismo perdido de sua infância na qual ele era o seu próprio ideal.²³

Já sabemos como o ego ideal dos magistrados é constituído. As características alcançadas pela investidura enobrecem o ego ideal do julgador, seja ele inquisidor ou garantista, a ponto de permitir que o narcisismo dirigido ao ego ideal performe obstáculos até mesmo – e principalmente – aos limites impostos pelo Direito.

De qualquer modo, isso não deve nos causar espanto ou perplexidade. Ao recordarmos que às seletividades primária e secundária do Direito Penal corresponde uma seletividade na seleção de quem serão os juízes encarregados de operacionalizar a seletividade secundária da legislação repressiva, fica fácil entender que o Sistema Penal trabalha no sentido de selecionar ambos os modelos de juiz entre os indivíduos com tendência a um forte narcisismo dirigido ao ego ideal, este, por sua vez, projetado de forma a resguardar a ilusão dos atributos salvídicos do magistrado em detrimento de elementos externos dotadas da possibilidade de negar ao ego ideal a realização narcisista.

É justamente nesse ponto que a teoria weberiana do desencanto do mundo ganha força na trama. O narcisismo concentrado no ego ideal dos modelos de juiz inquisidor e garantista resgata a magia perdida por meio da declaração do acesso privilegiado à verdade assumido pelo ego ideal sublimado com caracteres da divindade. Não são juízes. São oráculos com consciências programadas e datadas pela modernidade. Chego a suspeitar que seria o caso de dizer: “perdoa-os, pois não sabem o que fazem”.

23 *Ibidem.* p. 111

A FALÁCIA DA GARANTIA DA ORDEM PÚBLICA COMO ARGUMENTO PARA DECRETAÇÃO DA PRISÃO PREVENTIVA: UM ESTUDO PRÁTICO DAS DECISÕES DO TJSC ALIADO À REALIDADE DO SISTEMA CARCERÁRIO BRASILEIRO

Luísa Walter da Rosa¹

1. INTRODUÇÃO

A aplicação da prisão preventiva como instrumento de resposta rápida à população em relação aos crimes praticados, ao revés da presunção de inocência, abrandando-se as exigências legais, tudo em prol de garantir a segurança pública e acabar com a sensação de impunidade foi sempre um tópico que gerou desconforto acadêmico na autora.

Porém, somente com o dia a dia profissional, mais especificamente na advocacia criminal, é que foi possível constatar “com os próprios olhos” que a prisão preventiva é, sim, uma regra implícita (na dúvida se prende), e que, por muitas vezes, além de injustificável (por não preencher os requisitos legais e ser decretada em razão da gravidade da conduta, e/ou por ser proveniente de um juízo de valor em favor da garantia da ordem pública) é também ineficaz. Foi assim que surgiu, de forma concreta, o interesse pelo tema do presente artigo.

Oito anos após a promulgação da Lei n. 12.403/2011, que alterou o Código de Processo Penal e dispôs especificamente acerca da prisão preventiva, em vez de um processo penal mais eficiente, célere, justo e eficaz, o que se vê na realidade brasileira é completamente diferente. Ainda que tenham havido avanços no sentido da valorização e garantia dos direitos fundamentais dos indivíduos, a prisão preventiva por si só, com algumas exceções, tornou-se

¹ Pós-graduanda em Direito Penal e Criminologia pela PUC-RS. Graduada em Direito pela UFSC. Advogada criminalista. Advogada associada da Associação de Advogados Criminalistas do Estado de Santa Catarina (AACRIMESC). Membro da Comissão de Assuntos Prisionais e da Comissão de Direito Penal e da Advocacia Criminal, ambas da OAB/SC. Autora do livro “Colaboração Premiada: a possibilidade de concessão de benefícios extralegis ao colaborador”, pela Editora EMais, 2018.

de fato um dos maiores mitos da nova era, pois o que se vê é que o poder público precisa prender pessoas para se legitimar².

No dia 06 de agosto de 2018 foram divulgadas as estatísticas do Banco Nacional de Monitoramento de Prisões (BNMP 2.0), um projeto de iniciativa do Conselho Nacional de Justiça (CNJ), já integrado em todos os tribunais do país, que permitiu o acesso ao primeiro cadastro de pessoas em regime de prisão judicialmente decretada, em caráter provisório ou para cumprimento de pena, constituindo um verdadeiro Cadastro Nacional de Presos.

Os dados, ainda que pendentes de atualização³, chocam, pois constatam que, da realidade da população carcerária do país (à época), 40,14% são presos provisórios (cerca de 241.090 pessoas), sem condenação⁴. Logo, é imprescindível extrair conclusões a partir destes números, e contribuir para alterar essa realidade.

Por ser um tema bastante contemporâneo e amplamente debatido, a ideia da pesquisa foi de, através do método dedutivo, aliar conceitos teóricos com a aplicação prática, mais especificamente a realidade das decisões judiciais do Tribunal de Justiça de Santa Catarina, em sede de *Habeas Corpus*, a respeito da manutenção da prisão preventiva motivada pela garantia da ordem pública, no período de janeiro a abril de 2019, confrontando os dados obtidos com as estatísticas do BNMP 2.0, aliando assim a pesquisa teórica com a empírica.

2. PRISÃO PREVENTIVA: CONCEITO, FUNDAMENTOS E REQUISITOS LEGAIS

O Código de Processo Penal (CPP) dispõe, no Título IX, sobre a prisão, as medidas cautelares e a liberdade provisória. O Capítulo I do referido título, artigos 282 a 300, discorre sobre as disposições gerais a serem aplicadas a todos os institutos, que serão brevemente analisadas a seguir.

A prisão preventiva se encontra inserida dentro da classificação das

2 LOPES JR., Aury. *Prisões cautelares*. 5. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2017, p. 121.

3 Em razão do fim a que se propõe essa pesquisa jurídica e científica, optou-se em utilizar os dados mais recentes fornecidos por um órgão do Poder Judiciário (CNJ). Porém, a título informativo, mencionam-se os dados recém-divulgados (26/04/2019) pelo site G1, na série de reportagens intitulada "Monitor da Violência" que estima que a população carcerária atual seria de 704.395 presos, e os presos provisórios correspondem a 35,9% deste número. Disponível em: <https://g1.globo.com/monitor-da-violencia/noticia/2019/04/26/superlotacao-aumenta-e-numero-de-presos-provisorios-volta-a-crescer-no-brasil.ghtml> Acesso em: 26/04/2019.

4 Banco Nacional de Monitoramento de Prisões – BNMP 2.0: Cadastro Nacional de Presos, Conselho Nacional de Justiça, Brasília, agosto de 2018, p. 40-41. Disponível em: <http://www.cnj.jus.br/files/conteudo/arquivo/2018/08/57412abdb54eba909b3e1819fc4c3ef4.pdf> Acesso em: 22/04/2019.

prisões cautelares, provisórias ou processuais. Acerca da prisão, Guilherme de Souza Nucci traz as seguintes definições:

Em primeiro plano, fundado no perfil do estado democrático de direito, deve-se ressaltar constituir a liberdade a regra, no Brasil; a prisão, a exceção. O direito à liberdade, como um dos principais direitos humanos fundamentais, somente pode ser cerceado, de maneira legítima, quando houver a aplicação da prisão-pena, fruto de condenação, com trânsito em julgado. Porém, em caráter excepcional, buscando-se assegurar o curso do processo, sem qualquer espécie de deturpação, além de proporcionar, em situações específicas, segurança à sociedade, pode-se decretar a prisão cautelar. [...] A prisão cautelar é fruto da necessidade de se obter uma investigação ou instrução criminal produtiva, eficiente e livre de interferências.⁵

Em síntese, a prisão cautelar é aquela que ocorre antes do trânsito em julgado, ou seja, sem condenação definitiva, por ordem escrita e fundamentada de autoridade judiciária competente⁶, desde que haja *fumus comissi delicti*, que se resume na prova da existência de um crime (materialidade) e indícios suficientes de autoria, e *periculum libertatis*, que é o perigo decorrente do estado de liberdade do agente⁷.

Além da observância do princípio da jurisdicionalidade, a decisão judicial também deverá ser motivada (princípio da motivação)⁸. Ademais, a aplicação da prisão ou de qualquer outra medida cautelar é baseada na provisionalidade⁹, o que significa que elas podem ser “revogadas ou substituídas, a qualquer tempo, no curso do processo ou não, desde que desapareçam os motivos que as legitimam, bem como poderão ser novamente decretadas, desde que surja necessidade”¹⁰.

Ainda, a prisão possui caráter excepcional, só sendo cabível quando outra medida cautelar não cumprir o seu papel¹¹. Somado a isso, a medida coercitiva deve ser necessária, adequada e proporcional¹², o que significa que a medida cautelar imposta, seja ela de prisão ou não, não poderá ser mais gravosa do que a eventual pena final aplicada.

Especificamente sobre a prisão preventiva, esta é disciplinada no

5 NUCCI, Guilherme de Souza. *Prisão e Liberdade*. Rio de Janeiro: Forense, 2014, p. 29-30.

6 Art. 5º, LXI da Constituição Federal e art. 283 do Código de Processo Penal (CPP).

7 LOPES JR., Aury. *Direito processual penal*. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 2016, p. 600.

8 Art. 315 do CPP, e art. 93, IX da Constituição Federal.

9 Art. 282, §§ 4º e 5º do CPP e, no caso da prisão preventiva, art. 316 CPP.

10 LOPES JR., Aury. *Direito processual penal*. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 2016, p. 607.

11 Art. 282, §6º do CPP.

12 Art. 282, I e II e art. 283, §1º, todos do CPP.

Capítulo III do Título IX do Código de Processo Penal, artigos 311 a 316.

Esta espécie de prisão cautelar pode ser decretada durante a investigação policial ou ao longo da ação penal, inclusive durante a fase recursal¹³, por autoridade judiciária competente e em decisão fundamentada¹⁴, conforme afirmado anteriormente. É mister a presença dos requisitos genéricos¹⁵ do *fumus commissi delicti* e do *periculum libertatis*, conforme artigo 312 do CPP.

Do *periculum libertatis* decorrem os requisitos específicos para decretação da preventiva, em razão: da garantia da ordem pública, da ordem econômica, por conveniência da instrução criminal, ou para assegurar a aplicação da lei penal. Exige-se prova desses requisitos, portanto “o perigo gerado pelo estado de liberdade do imputado deve ser real, com um suporte fático e probatório suficiente para legitimar tão gravosa medida”¹⁶. Ademais, a legislação prevê a possibilidade de decretação da preventiva quando descumpridas as obrigações impostas por força de outras medidas cautelares¹⁷.

O CPP ainda limita expressamente, no artigo 313, a aplicação da prisão preventiva, devendo este artigo ser lido em conjunto com o anterior. Dito isso, a preventiva só é cabível em: crimes dolosos, punidos com pena privativa de liberdade máxima superior a quatro anos; em casos de agente reincidente em crime doloso, com sentença transitada em julgado; se o crime envolver violência doméstica e familiar contra a mulher, criança, adolescente, idoso, enfermo ou pessoa com deficiência, para garantir a execução das medidas protetivas de urgência¹⁸.

O parágrafo único do artigo 313 também prevê outra hipótese de decretação da preventiva, que ocorre quando houver dúvida sobre a identidade civil da pessoa. Contudo, há a ressalva de que cessando a dúvida, deve a pessoa ser colocada imediatamente em liberdade, salvo se houver outro motivo que justifique a manutenção da medida.

Por fim, não poderá ser decretada a preventiva caso o agente tenha praticado o fato sob uma excludente de ilicitude¹⁹, cujas hipóteses estão previstas

13 Art. 311 CPP.

14 Art. 315 CPP.

15 SANT’ANA, Raquel Mazzuco. *Medidas cautelares diversas da prisão: reflexos na aplicação e na execução da pena*. Florianópolis: Empório do Direito, 2016, p. 30-32.

16 LOPES JR., Aury. *Direito processual penal*. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 2016, p. 653.

17 Art. 312, parágrafo único do CPP.

18 Art. 313, I a III do CPP.

19 Art. 314 CPP.

no artigo 32 do Código Penal (estado de necessidade, legítima defesa, estrito cumprimento de dever legal ou exercício regular de direito).

Das disposições legais brevemente analisadas acima, percebe-se que o legislador, ainda que tenha abordado vários aspectos atinentes ao instituto, optou por discipliná-lo de forma abrangente, valendo-se de expressões que dão ampla margem de interpretação, como a garantia da ordem pública e da ordem econômica.

Não obstante, é possível afirmar que o intuito legislativo foi de que a prisão preventiva, enquanto medida cautelar, deveria ser utilizada para garantir o normal funcionamento da justiça, através de um processo penal com bom andamento e eficácia garantida²⁰. Contudo, na prática, em razão da subjetividade de alguns requisitos legais, a sua função vai bem mais além do que o previsto, em especial quando fundamentada na “garantia da ordem pública”.

Neste sentido, Alexandre Morais da Rosa critica a semântica do instituto afirmando que a função da prisão cautelar se desloca da garantia do processo para a garantia da segurança pública.²¹

Com o posicionamento crítico acima em mente, parte-se para a análise específica do objeto desta pesquisa.

3. A SUBJETIVIDADE DO REQUISITO DA GARANTIA DA ORDEM PÚBLICA: ENTENDIMENTO DOUTRINÁRIO E CRÍTICAS

Conforme analisado no tópico anterior, os requisitos para aplicação da prisão preventiva podem ser considerados genéricos e subjetivos. Muitas interpretações e situações podem e de fato são, na prática, inseridas dentro das hipóteses de decretação da preventiva em razão da garantia da ordem pública, da ordem econômica, por conveniência da instrução criminal, ou para assegurar a aplicação da lei penal, “a fim de preservar a credibilidade do Estado e do Poder Judiciário, confundindo assim a função de segurança pública com a função jurisdicional própria do processo penal”²².

20 LOPES JR., Aury. *Direito processual penal*. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 2016, p. 662; DELMANTO JR., Roberto. *As modalidades da prisão provisória e seu prazo de duração*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 83.

21 MORAIS DA ROSA, Alexandre. *Guia do Processo Penal Conforme a Teoria dos Jogos*. Florianópolis: Ematis, 2019, p. 429-430.

22 BARROS, Flaviane de Magalhães; MACHADO, Felipe Daniel Amorim. *Prisão e Medidas Cautelares*. Belo Horizonte: Del Rey, 2011, p. 05.

Entretanto, há que se analisar as normas atinentes à esfera penal dentro do contexto de um Estado Democrático de Direito. Sendo assim, as regras do jogo a ser jogado na ação penal²³ devem ser sempre cumpridas, garantindo-se a paridade de armas entre acusação e defesa, a legalidade, e, em especial, o devido processo legal substancial²⁴, a presunção de inocência e a dignidade da pessoa humana.

Estabelecidas essas premissas, faz-se agora uma análise crítica da garantia da ordem pública como fundamento para a decretação da prisão preventiva.

Sobre a garantia da ordem pública, Aury Lopes Jr. afirma que o conceito é:

vago, indeterminado, presta-se a qualquer senhor, diante de uma maleabilidade conceitual apavorante [...] Não sem razão, por sua vagueza e abertura, é o fundamento preferido, até porque ninguém sabe ao certo o que quer dizer... Nessa linha, é recorrente a definição de risco para ordem pública como sinônimo de “clamor público”, de crime que gera um abalo social, uma comoção na comunidade, que perturba a sua “tranquilidade”. Alguns, fazendo uma confusão de conceitos ainda mais grosseira, invocam a “gravidade” ou “brutalidade” do delito como fundamento da prisão preventiva. Também há quem recorra à “credibilidade das instituições” como fundamento legítimo da segregação, no sentido de que se não houver a prisão, o sistema de administração de justiça perderá a credibilidade. A prisão seria um antídoto para a omissão do Poder Judiciário, Polícia e Ministério Público. É prender para reafirmar a “crença” no aparelho estatal repressor.²⁵

Da mesma forma, o doutrinador Thiago M. Minagé faz as seguintes ponderações:

[...] diante da imprecisão semântica da expressão – quase sempre identificada como paz social e a tranquilidade pública – a jurisprudência tem emprestado à garantia da ordem pública os mais diversos significados “comoção social”; “periculosidade do réu”, ou mesmo ‘para preservar sua integridade’ (do suposto autor da infração) em caso de possível linchamento; ‘perversão do crime’; ‘insensibilidade moral do acusado’; ‘clamor público’; ‘repercussão midiática’, ou seja, tudo que não serve como base ou requisito para decretação da prisão

23 Processo penal compreendido sob a ótica da Teoria dos Jogos. Para melhor entendimento, recomenda-se a leitura das seguintes obras: MORAIS DA ROSA, Alexandre. *Guia do Processo Penal Conforme a Teoria dos Jogos*. Florianópolis: Emais, 2019; e ROSA, Alexandre Morais da. *Teoria dos Jogos e Processo Penal: a short introduction*. Florianópolis: Emais, 2018.

24 Sobre o devido processo legal substancial: “No Processo Penal, diante do princípio da legalidade, a aplicação [do devido processo legal substancial] deve ser favorável ao acusado e jamais em nome da coletividade, especialmente em matéria probatória e de restrição de Direitos Fundamentais.” (MORAIS DA ROSA, Alexandre. *Guia de Processo Penal Conforme a Teoria dos Jogos*. Florianópolis: Emais, 2019, p. 315).

25 LOPES JR., Aury. *Direito processual penal*. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 2016, p. 651.

preventiva é utilizado como sinônimo de ‘ordem pública’, a fim de validar e justificar o decreto prisional provisório.²⁶

Acredita-se que a legislação se preocupou em prever fundamentos, requisitos e hipóteses de aplicação da prisão preventiva justamente para evitar que qualquer argumento, desprovido de objetividade, fosse utilizado para segregar uma pessoa da vida em coletividade. Contudo, em razão de falhas existentes na técnica legislativa, o que se vê, em grande maioria, no dia a dia forense é a utilização da garantia da ordem pública como justificativa “coringa” da decretação da preventiva.

Logo, a fim de evitar tautologias, de acordo com a melhor doutrina, é importante ter em mente que:

[...] devemos conferir à garantia da ordem pública um significado realmente concreto, distante de ilações ou presunções de gravidade abstrata de qualquer infração penal. [...] Essa busca pela concretude do fato é o dever do juiz, a fim de não banalizar a decretação da prisão cautelar, que é uma exceção, não a regra.²⁷

A ordem pública consiste num agrupado dos princípios fundamentais, refletidos em normas de direito público e de cunho social, subjacentes ao sistema jurídico que o Estado e a Sociedade estão diretamente interessados.

As questões de ordem pública encontram-se no controle concreto de constitucionalidade das leis; nas questões expressamente definidas em lei; nas nulidades absolutas. [...]

Uma prisão para garantir a ordem pública não pode, jamais, constituir-se em regra geral para pautar uma prisão preventiva. Devido a sua notória imprecisão quanto ao significado, sua utilização afronta de forma brutal o princípio da presunção de inocência. [...] o significado de ordem pública deve ser aplicado quando ocorrerem situações em que o indiciado ou acusado demonstre tendência em continuar a delinquir ou, ainda, de comprovada periculosidade, ou seja, se o indiciado ou acusado estiver cometendo novas infrações penais de forma indiscriminada ou contribuindo para a prática destas, se estará diante de uma situação perturbadora da ordem pública.²⁸

As conclusões a que se chegam a partir dos excertos acima é de que a garantia da ordem pública não se confunde com a gravidade do delito, deve ser interpretada à luz do princípio da presunção de inocência e, somente

26 MINAGÉ, Thiago. *Prisões e Medidas Cautelares à luz da Constituição*. Florianópolis: Empório do Direito, 2016, p. 147.

27 NUCCI, Guilherme de Souza. *Prisão e Liberdade*. Rio de Janeiro: Forense, 2014, p. 88-89.

28 MINAGÉ, Thiago. *Prisões e Medidas Cautelares à luz da Constituição*. Florianópolis: Empório do Direito, 2016, p. 148-149.

servirá como fundamentação à preventiva em casos bem específicos, e não como regra geral.

Infelizmente, a cultura brasileira ainda gira em torno da crença de que a prisão seria a solução para a diminuição ou quiçá o fim da violência. A lógica do aumento do encarceramento, da criminalização de condutas, do endurecimento das legislações penal e processual penal vem se mostrando ineficaz e falida. Trata-se de uma mera retórica ilusória, sem qualquer embasamento que se filie a realidade e que justifique a insistência nos mesmos argumentos, que vão num caminho completamente oposto aos números do sistema penal, conforme se demonstrará no próximo tópico deste trabalho.

Ano após ano são veiculadas notícias²⁹ de superlotação de presídios, condições subumanas de vida no cárcere, carência gigantesca de vagas, falta de servidores suficientes no sistema prisional, aumento da criminalidade, em especial da criminalidade organizada, marginalização de estereótipos específicos da população – homem, negro, pobre – confirmando a lógica de um sistema penal punitivista e seletista³⁰, e nada concreto e eficaz é feito para mudar essa realidade.

Pelo contrário, parece que o Poder Judiciário fecha os olhos a esses dados cruéis e continua perpetrando a lógica punitivista e encarceradora das demandas penais³¹, sob o respaldo das justificativas de atender ao clamor público e acabar com a “sensação de impunidade” (seletiva, pois todos os dias a clientela do sistema penal é severamente punida, até mesmo sem provas).

Nesse sentido se encaixam as palavras dos pesquisadores Thandara

29 Vide: <https://g1.globo.com/monitor-da-violencia/noticia/2019/04/26/superlotacao-aumenta-e-numero-de-presos-provisorios-volta-a-crescer-no-brasil.ghtml>
<https://g1.globo.com/rs/rio-grande-do-sul/noticia/2019/04/21/presos-voltam-a-passar-dias-almagados-em-viaturas-em-frente-a-delegacias-de-porto-alegre.ghtml>
 Acesso em: 26/04/2019.

30 ANDRADE, Vera Regina Pereira. *Pelas mãos da criminologia: o controle penal para além da (des) ilusão*. Rio de Janeiro: Revan; ICC, 2012, p. 102-112; 137-139.

31 Nesse sentido: “Um outro dado que chama a atenção é que 56.641 novas vagas em unidades prisionais estão em construção no país. Percebe-se a insistência em “investir” mais na expansão de algo que nunca demonstrou dar o resultado que sempre se afirmou que tinha que dar. Ou seja, as prisões jamais – e em lugar nenhum do mundo – demonstraram eficiência em reduzir o crime ou a violência. Ao contrário, especialmente no Brasil e nas últimas três décadas elas têm demonstrado o seu papel fundamental como espaços onde o crime se articula e se organiza, dentre outras coisas, através de um eficientíssimo sistema de recrutamento de novos integrantes para compor as redes criminais que tem no Estado o seu aliado principal.”
 DIAS, Camila Nunes; GONÇALVES, Rosângela Teixeira. Apostar no encarceramento é investir na violência: a ação do Estado na produção do caos. *Monitor da Violência*. G1. Disponível em: <https://g1.globo.com/monitor-da-violencia/noticia/2019/04/26/apostar-no-encarceramento-e-investir-na-violencia-a-acao-do-estado-na-producao-do-caos.ghtml> Acesso em: 26/04/2019.

Santos e David Marques:

Não existe solução estrutural para a questão da segurança pública no Brasil que não passe pela reformulação do sistema prisional. São faces da mesma moeda. Assim como não existe mudança real nas prisões brasileiras sem que se reduza a superlotação do sistema.

A implantação das audiências de custódia no país foi um avanço sobre o problema da superlotação. Contudo, é necessário avançar. É importante que novas vagas sejam criadas, mas é igualmente importante que se reoriente o trabalho policial e da justiça para que a prisão seja reservada para os crimes que mais importam. Para tanto, é preciso aprimorar a atividade repressiva das polícias por meio da articulação, qualificação da investigação criminal e utilização de inteligência³².

Resta claro que a mitigação dos princípios constitucionais penais – legalidade, intervenção mínima, ampla defesa, devido processo legal, presunção de inocência – que ditam que a liberdade é a regra, e a prisão, a exceção, não encontra mais espaço no cenário brasileiro. Esclarece-se aqui que não se adota um posicionamento abolicionista³³, pelo contrário, a prisão, como instrumento de *ultima ratio* do Direito Penal, deve servir e ser aplicada em casos que justifiquem a sua necessidade, com o preenchimento de seus requisitos legais e respeitados a ampla defesa, contraditório, legalidade e devido processo legal substancial.

Porém, o que se vê é uma inversão de valores constitucionais em favor do “bem maior” (efetividade e celeridade do Poder Judiciário em favor da segurança da sociedade), criando um cenário caótico, no qual existe basicamente um tipo de processo penal e de interpretação das leis a ser aplicado a cada caso, a depender do indiciado/réu a ser investigado/julgado.

O que se defende aqui é que, além do respeito à legislação constitucional e penal e da máxima de que a lei é igual para todos, sem distinção³⁴, são necessários investimentos em outras soluções capazes de reduzir o número de pessoas presas sem condenação e sem necessidade, como oferecimento de educação de qualidade, diminuição da taxa de desemprego, maior investimento em segurança pública, com a devida capacitação dos profissionais que nela atuam, capacitar também os servidores do Judiciário que atuam na área,

32 SANTOS, Thandara; MARQUES, David. Prisões superlotadas não inibirão o crime e a violência. *Monitor da Violência*. G1. Disponível em: <https://g1.globo.com/monitor-da-violencia/noticia/2019/04/26/prisoes-superlotadas-nao-inibirao-o-crime-e-a-violencia.ghtml> Acesso em: 26/04/2019.

33 ANDRADE, Vera Regina Pereira. *Pelas mãos da criminologia: o controle penal para além da (des) ilusão*. Rio de Janeiro: Revan; ICC, 2012, p. 253-286.

34 Art. 5º, caput, CRFB/88.

inclusive no que concerne ao aparelhamento e uso do rol de medidas cautelares do artigo 319 do CPP, de forma que ocorra uma atuação interdisciplinar em prol da eficiência do sistema penal, assim como o incentivo à realização de mutirões carcerários.

Neste ponto, a título exemplificativo, cumpre destacar a importância das audiências de custódia como forma de diminuição do número de novos presos provisórios. Em síntese,

[...] a audiência de custódia surge, notadamente, para mitigar o encarceramento desnecessário de pessoas, pois, ainda que eventualmente tenham cometido delitos e devam responder por seus atos, parcela significativa não deveria permanecer presa ao longo do processo. [...]

A audiência de custódia ou de apresentação consiste no essencial direito que toda pessoa presa possui de ser conduzida, sem demora, à presença de uma autoridade judicial que, após um prévio contraditório (MP e defesa) verificará a legalidade e necessidade da prisão, além de constatar se houve a ocorrência de maus tratos e/ou tortura. O seu conceito está estritamente ligado às finalidades a que se destina, ou seja, a ajustar o processo penal brasileiro aos Tratados Internacionais de Direitos Humanos, à prevenção da tortura policial e a evitar prisões ilegais, arbitrárias ou desnecessárias.³⁵

Por fim, o que se conclui diante das informações apresentadas é a necessidade de reformulação da decretação da prisão preventiva fundamentada na garantia da ordem pública, a ser feita de forma mais rigorosa, e não genérica, aliada a políticas públicas de redução do encarceramento, e maior celeridade e efetividade dos processos.

Porém, isso só será possível respeitando-se a legislação existente de direito e processo penal, e principalmente os direitos fundamentais, que não poderão ser flexibilizados nem mesmo em prol da “segurança coletiva”³⁶. Exige-se também uma mudança de postura da acusação e dos julgadores, pois o que se deverá discutir em cada caso concreto é o preenchimento dos requisitos legais para manutenção da prisão naquele processo, com aquele acusado, e não “a importância da coletividade, da segurança coletiva, da escalada do crime, do discurso do ódio, argumentos estranhos à finalidade processual da prisão.”³⁷

35 CARVALHO, Daniel de Paulo. *Audiência de custódia: a (in)validade jurídica da oitiva do flagranteado como meio de prova*. Monografia (graduação) – Universidade Federal de Santa Catarina, Centro de Ciências Jurídicas/CCJ, Curso de Graduação em Direito, Florianópolis, 2016, p. 18-19.

36 MORAIS DA ROSA, Alexandre. *Guia do Processo Penal Conforme a Teoria dos Jogos*. Florianópolis: Emais, 2019, p. 426.

37 *Ibidem*, p. 429.

4. PESQUISA PRÁTICA: CONFRONTAMENTO DE DADOS DO BNMP 2.0 E DAS DECISÕES DO TJSC ACERCA DA PRISÃO PREVENTIVA

De forma a demonstrar a aplicabilidade prática dos argumentos trazidos no tópico anterior, analisar-se-ão agora os dados divulgados pelo CNJ a respeito da realidade carcerária brasileira, aliados às decisões do Tribunal de Justiça de Santa Catarina, durante o início de 2019, a respeito da aplicação ou manutenção da prisão preventiva.

Desde o advento da Lei n. 12.403/2011 existe a previsão legal de um banco de dados mantido pelo Conselho Nacional de Justiça com a finalidade de registrar os mandados de prisão expedidos pela Justiça, conforme disposição do *caput* do artigo 289-A do Código de Processo Penal, cuja primeira versão foi criada no mesmo ano.

Devido a necessidade de atualização e a carência de dados reais e confiáveis, propôs-se a criação de um novo banco de dados – agora Banco Nacional de Monitoramento de Prisões (BNMP 2.0), que, além de permitir o acesso às ordens de prisão pendentes e já cumpridas, também possibilita a verificação de outras informações sobre a população carcerária em si, como dados de gênero, raça, idade, se as prisões são definitivas ou provisórias, etc.

O objetivo do banco assim se resume: “o registro integrado das listagens nominais e individualizadas de todos os tribunais acerca das pessoas privadas de liberdade busca atender, em síntese, a necessidade de alçar o Poder Judiciário à condição de detentor de uma fonte de informação segura e sistematizada sobre os presos no Brasil, com vistas ao controle da população carcerária e a avaliação da própria atividade jurisdicional prestada em relação aos presos.”³⁸

Analisando-se alguns dos dados constantes no relatório elaborado pelo CNJ, verifica-se que, no dia 06 de agosto de 2018, existiam “602.217 pessoas cadastradas no sistema como privadas de liberdade, incluídas as prisões civis e internações como medidas de segurança”³⁹. Deste total, 99,74% são pessoas presas em processo de natureza penal⁴⁰.

Em razão do nível de detalhamento dos dados obtidos, o CNJ foi capaz

38 Banco Nacional de Monitoramento de Prisões – BNMP 2.0: Cadastro Nacional de Presos, Conselho Nacional de Justiça, Brasília, agosto de 2018, p. 16-17. Disponível em: <http://www.cnj.jus.br/files/contendo/arquivo/2018/08/57412abdb54eba909b3e1819fc4c3ef4.pdf> Acesso em: 22/04/2019.

39 *Ibidem*, p. 31.

40 *Ibidem*, p. 38.

de realizar uma análise mais profunda das prisões penais, dividindo os dados em presos sem condenação, presos condenados em execução provisória e presos condenados em execução definitiva.

Do total da população carcerária brasileira, 241.090 pessoas se encontravam, no dia 06 de agosto de 2018, privadas de liberdade sem condenação, perfazendo um percentual de 40,14%.

No estado de Santa Catarina o número era de 20.278 pessoas privadas de liberdade, atingindo um percentual de 3,39% da população carcerária do Brasil. 26,20% dos privados de liberdade estavam presos sem condenação, num total de 5.339 pessoas⁴¹.

Com estes números é possível constatar que a realidade brasileira é mais preocupante do que a catarinense, pois em todo o Brasil quase metade da população carcerária corresponde a pessoas presas de forma provisória.

Esse número significativo se justifica por uma série de razões, dentre elas prisões motivadas e necessárias, prisões desnecessárias e injustificadas, demora na prestação jurisdicional por ausência de número suficiente de servidores públicos atuantes na área, alta demanda de processos, etc. Logo, os dados podem ser interpretados nas mais variadas formas.

Em relação a isso, o próprio relatório do BNMP 2.0 faz a seguinte ressalva:

Note-se, ainda, que um percentual elevado de presos provisórios não conduz, por si, à conclusão de ineficiência do Poder Judiciário. Do contrário, a observância dos termos e prazos que garantem a higidez do processo penal implicam por vezes na dilação dos prazos para encerramento da instrução. [...] No sistema jurídico brasileiro não há, salvo em parte dos procedimentos especiais, termo legal que limite a prisão processual a um período fixo. Desse modo, apenas a avaliação individual das circunstâncias de cada caso concreto permite a verificação de eventual excesso de prazo, sendo indevida a generalização corrente de que o percentual, mais ou menos elevado, de presos provisórios aponta para uma ilegalidade de responsabilidade do Poder Judiciário.⁴²

Contudo, o que este trabalho se propõe a fazer é demonstrar que estes números, e, por consequência, a situação caótica do sistema carcerário brasileiro, poderiam ser realmente reduzidos caso se desse a devida importância aos requisitos de decretação da prisão preventiva, não utilizando a mesma como

41 *Ibidem*, p. 82.

42 *Ibidem*, p. 29.

regra ou embasada em frágeis argumentos subjetivos, como juízos de valor acerca da gravidade abstrata do delito.

Examinam-se agora os dados extraídos da pesquisa feita pela autora, especificamente para a confecção deste artigo. Foram analisadas 574 (quinhentas e setenta e quatro) decisões proferidas em sede de *Habeas Corpus*, pelo Tribunal de Justiça de Santa Catarina (TJSC), durante o período de 08/01/2019 até 11/04/2019, totalizando cerca de três meses⁴³.

A busca de jurisprudência foi realizada via internet, mais especificamente na própria ferramenta do tribunal, disponibilizada no seu sítio eletrônico⁴⁴, e os termos utilizados na pesquisa foram “garantia da ordem pública” e “prisão preventiva”. O que se analisou, em síntese, nas ementas das decisões, foi se a garantia da ordem pública foi utilizada ou não como (uma das) justificativa(s) para manter a prisão preventiva dos pacientes dos *Habeas Corpus*, sem entrar no mérito das particularidades de cada caso concreto.

Do total de 574 decisões analisadas, em 544 (quinhentas e quarenta e quatro) a ordem foi denegada, sendo mantida a prisão preventiva, e somente em 30 (trinta) decisões a ordem foi concedida, com a consequente revogação da prisão. Desta forma, durante o período analisado, verificou-se que em aproximadamente 94,77% dos casos o TJSC manteve a prisão preventiva, utilizando o argumento da necessidade da garantia da ordem pública, conforme previsão legal do *caput* do artigo 312 do CPP.

Isso significa que, ainda que não se tenha analisado a fundo o inteiro teor de cada decisão, a Corte Superior Catarinense, de forma majoritária, confirma os argumentos trazidos neste artigo, de que a prisão preventiva é a regra no ordenamento jurídico brasileiro, e não a exceção. Ainda, em todos os casos analisados, a manutenção da preventiva se deu em razão da necessidade de acautelar a ordem pública, sendo a prisão cautelar a única medida capaz de garanti-la.

5. CONSIDERAÇÕES FINAIS

A partir do estudo do conceito, dos requisitos legais, e do entendimento doutrinário acerca da prisão preventiva, foi possível discutir a

43 A íntegra da pesquisa, com as 574 decisões analisadas, encontra-se disponível para análise, em formato .pdf, num total de 247 páginas, no seguinte *link*: <https://drive.google.com/file/d/1CR95pBzP1baQAdb-VuaZF4z8-bGR5E1YU/view?usp=sharing>

44 Disponível em: http://busca.tjsc.jus.br/jurisprudencia/#formulario_ancora. Acesso em: 30/04/2019.

subjetividade da garantia da ordem pública como um de seus requisitos. Construídas as críticas teóricas, encaminhou-se o debate para uma análise prática da realidade das pessoas privadas de liberdade, de forma provisória, no Brasil e, mais especificamente, em Santa Catarina.

Constatado que neste estado cerca de 27% da população carcerária está presa sem condenação, foi-se em busca da realidade das decisões judiciais que lá mantém essas pessoas. Através de uma pesquisa quantitativa, com amostragem de dados de um período de três meses de decisões do TJSC, foi possível averiguar que a lógica da Corte é manter a aplicação da prisão preventiva, valendo-se do argumento de garantia da ordem pública, em quase 95% dos casos.

Conclui-se, portanto, a partir desta breve pesquisa, que ainda há um longo caminho a ser percorrido, passando desde uma mudança na aplicação das leis, por parte dos operadores do Direito, investimentos em questões reais de segurança pública, por parte do Executivo, quiçá alterações legislativas, até uma mudança de visão da sociedade. Assim, haverá uma possibilidade concreta de transformação da realidade brasileira, de forma que todos os presos provisórios, sem distinção, tenham seus direitos garantidos, principalmente no que concerne a restrição da sua liberdade, a partir de requisitos objetivos, e não da subjetividade da sociedade ou do Judiciário.

O IN DUBIO PRO SOCIETATE PARA ALÉM DOS AUTOS: A JURISPRUDÊNCIA E AS NOTÍCIAS DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SANTA CATARINA A RESPEITO DO TRIBUNAL DO JÚRI

Luiz Eduardo Dias Cardoso¹

1. INTRODUÇÃO

Prevista no artigo 5º, inciso XXXVIII, da Constituição Federal, a instituição do júri suscita múltiplas divergências, entre as quais se destaca aquela relativa ao parâmetro probatório a ser adotado pelo Juiz singular por ocasião da decisão de pronúncia.

Tradicionalmente, a jurisprudência concebe que a decisão em questão deve ser guiada pelo *in dubio pro societate*, segundo o qual, na dúvida, o julgador deve pronunciar o acusado, de forma a remeter aos jurados o veredicto quanto à sua culpa. A jurisprudência do Tribunal de Justiça de Santa Catarina não foge dessa tendência.

A doutrina processualista, no entanto, tem apresentado objeções àquela tradicional orientação jurisprudencial.

Recentemente, essa contraposição ressoou na decisão proferida pela 2ª Turma do Tribunal Federal nos autos do Recurso Extraordinário com Agravo (ARE) 1.067.392, sob a relatoria do Ministro Gilmar Mendes.

Na ocasião, o Ministro relator indicou ser equivocada a aplicação do *in dubio pro societate* como vetor reitor da decisão de pronúncia. Mendes ainda acrescentou que a correta compreensão a respeito da decisão em questão parte dos *standards* probatórios – níveis de convencimento necessários para que o julgador considere provada determinada alegação.

¹ Advogado. Doutorando, Mestre e Bacharel em Direito pela Universidade Federal de Santa Catarina (UFSC). Especialista em Direito Penal e Processo Penal pela Universidade do Vale do Itajaí (Univali). Pós-graduando em Direito Penal e Processo Penal pela Academia Brasileira de Direito Constitucional (ABDConst). Membro da Comissão Especial de Estudos Sobre Mudanças Previstas no Pacote Anticrime e da Comissão de Direito Penal e Advocacia Criminal, ambas da OAB/SC. Colunista do blog "Consultor Penal" (www.consultorpenal.com.br). Currículo Lattes: <http://bit.ly/LattesLuizEduardo>.

O presente artigo propõe-se a cotejar a recente decisão da Suprema Corte com a orientação jurisprudencial quanto à aplicação do *in dubio pro societate* – adotada de modo praticamente unânime pelas cortes pátrias – , bem como com o nível de prova exigido para a prolação da decisão de pronúncia nos processos da competência do Tribunal do Júri.

De forma a subsidiar a análise e estendê-la para além do plano jurisprudencial, este artigo provê dados a respeito das notícias relacionadas aos crimes dolosos contra a vida² – e, portanto, ao Tribunal do Júri – veiculadas no sítio oficial do Tribunal de Justiça de Santa Catarina³, bem como dos julgamentos de crimes daquele gênero realizados no mesmo estado da federação.

Os objetivos deste trabalho consistem em elucidar a forma como se dá a aplicação do *in dubio pro societate* na jurisprudência catarinense, apontar o parâmetro adequado a ser adotado na decisão de pronúncia ou de impronúncia, bem como identificar o modo como são veiculadas, no sítio eletrônico do Tribunal de Justiça de Santa Catarina, as notícias relacionadas ao julgamento de crimes dolosos contra a vida, como forma de estabelecer um paralelo entre tal noticiário e aplicação do *in dubio pro societate*.

2. O JULGADO PARADIGMÁTICO A RESPEITO DO *IN DUBIO PRO SOCIETATE*

Em 27/3/2019, a 2ª Turma do Supremo Tribunal Federal deu provimento ao Recurso Extraordinário com Agravo (ARE) 1.067.392, interposto por dois réus pronunciados pela prática de homicídio. Em primeira instância, a sentença os havia impronunciado, mas o Tribunal de Justiça do Ceará, no julgamento de Recurso em Sentido Estrito, reverteu a decisão.

Em seu voto, o Min. Gilmar Mendes, relator, observou que a decisão de pronúncia adotou como fundamentos “relatos obtidos somente na fase preliminar, os quais, não submetidos ao contraditório em juízo, não podem ser considerados elementos com força probatória razoável”. Mendes ressaltou, então, a necessidade de construção de uma teoria racional da valoração probatória. Ainda relatou que, mesmo em situação de dúvida, a Corte *a quo* pronunciou os recorrentes, o que evidencia “a lógica confusa e equivocada ocasionada pelo suposto ‘princípio *in dubio pro societate*’”.

2 Doravante, este escrito aludirá apenas a homicídios – em vez de crimes dolosos contra a vida –, uma vez que a pesquisa no sítio eletrônico do Tribunal de Justiça de Santa Catarina não identificou notícias a respeito de outros crimes daquele mesmo gênero.

3 www.tjse.jus.br.

Nesse cenário, o Ministro afirmou que, muito embora a decisão de pronúncia não exija prova além da dúvida razoável – a qual é ínsita à condenação –, é necessária, pelo menos, preponderância de provas.

A decisão, tomada por maioria (acompanharam o relator os Min. Celso de Mello e Ricardo Lewandowski, com os votos dissidentes dos Min. Edson Fachin e Cármen Lúcia) a um só tempo reconheceu a aplicação dos *standards* probatórios ao processo penal e afastou a aplicação do “princípio” *in dubio pro societate*.

3. O *IN DUBIO PRO SOCIETATE*

O procedimento do Tribunal do Júri é bifásico, composto por uma etapa preliminar (*judicium accusationis*, que inicia com a denúncia e tem fim com a decisão de pronúncia), sucedida por uma etapa definitiva (*judicium causae*, iniciada com a preclusão da decisão de pronúncia e finalizada com a prolação da sentença).

Assim, pode-se afirmar que, ao longo desse procedimento bifásico, há dois juízes naturais: o juiz togado, responsável pela apreciação da justa causa da ação penal (art. 395, III, do CPP) e “da materialidade do fato e da existência de indícios suficientes de autoria ou de participação” (art. 413), bem como pela dosimetria da pena; e o Conselho de Sentença, formado pelos sete jurados aos quais incumbirá realizar o julgamento de mérito a respeito da acusação.

Usualmente, a jurisprudência tem apontado que, para a prolação da decisão que marca o final da etapa preliminar do procedimento do júri, o julgador togado deve ser guiado pelo *in dubio pro societate*.

Cita-se, exemplificativamente:

Como é da jurisprudência do STJ, na fase de juízo de admissibilidade da acusação vigora o princípio *in dubio pro societate*, de forma que, para o recebimento da denúncia basta haver indícios suficientes de autoria e materialidade delitiva (STJ, AgRg no AREsp n. 1.257.276/PB, rel. Min. Joel Ilan Paciornik, Julgamento em 07/05/2019, Quinta Turma).

A jurisprudência do Tribunal de Justiça de Santa Catarina não se divorcia dessa tendência jurisprudencial:

RECURSO EM SENTIDO ESTRITO. CRIMES DE TENTATIVA DE HOMICÍDIO QUALIFICADO, ROUBO CIRCUNSTANCIADO, ADULTERAÇÃO DE SINAL IDENTIFICADOR DE VEÍCULOS E PORTE DE ARMA DE FOGO (ARTIGO 121, §2º, III, V E VII, C/C

ARTIGO 14, II, POR QUATRO VEZES, ARTIGO 157, §2º, II, E §2º-A, I, POR TRÊS VEZES, ARTIGO 311, TODOS DO CÓDIGO PENAL, E ARTIGO 14 DA LEI Nº 10.826/03). DECISÃO DE PRONÚNCIA. RECURSO DA DEFESA EM RELAÇÃO AO CRIME DELITOS DE HOMICÍDIO TENTADO. PRETENZA IMPRONÚNCIA. IMPOSSIBILIDADE. MATERIALIDADE SUFICIENTEMENTE COMPROVADA. PROVAS DOS AUTOS QUE TRAZEM INDÍCIOS SUFICIENTES DA AUTORIA IMPUTADA AO RÉU. IMPRONÚNCIA NESTA FASE QUE DEVE OCORRER DE FORMA CRISTALINA E EXTREME DE DÚVIDA DO CONJUNTO PROBATÓRIO EXISTENTE NOS AUTOS. HAVENDO DÚVIDA DA AUTORIA A MATÉRIA DEVE SER SUBMETIDA AO EXAME DO CONSELHO DE SENTENÇA. APLICAÇÃO DO PRINCÍPIO IN DUBIO PRO SOCIETATE. PRONÚNCIA MANTIDA. “Segundo o disposto no caput do artigo 413 do Código de Processo Penal basta para a pronúncia do acusado o convencimento acerca da materialidade do fato e a existência de indícios suficientes de autoria ou de participação, não se exigindo prova cabal como a necessária para alicerçar sentença condenatória proferida pelo Juiz singular. Isso se dá, em razão da pronúncia não ser mais que o juízo de admissibilidade da acusação, a ser apreciada com maior profundidade pelo Conselho de Sentença, juiz natural para o julgamento do mérito nos crimes dolosos contra a vida. [...] (TJSC, Recurso em Sentido Estrito n. 0016075-03.2012.8.24.0018, de Chapecó, rel. Des. Jorge Schaefer Martins, Quinta Câmara Criminal, j. 23-11-2017)”. RECURSO CONHECIDO E DESPROVIDO. (TJSC, Recurso em Sentido Estrito n. 0007494-71.2018.8.24.0023, da Capital, rel. Des. Cinthia Beatriz da Silva Bittencourt Schaefer, Quinta Câmara Criminal, j. 27-06-2019).

Há algum tempo, todavia, a doutrina processualista tem apresentado resistência à utilização desse pretense princípio. Ilustrativamente, remete-se às lições de Aury Lopes Jr.:

Questionamos, inicialmente, qual é a base constitucional do *in dubio pro societate*? Nenhuma. Não existe. Por maior que seja o esforço discursivo em torno da “soberania do júri”, tal princípio não consegue dar conta dessa missão. Não há como aceitar tal expansão da “soberania” a ponto de negar a presunção constitucional de inocência. A soberania diz respeito à competência e limites ao poder de revisar as decisões do júri. Nada tem a ver com a carga probatória⁴.

4 LOPES JR., Aury. Direito Processual Penal. Saraiva: São Paulo, 2012. p. 1.000. Em sentido semelhante: “Ao se delimitar a análise da legitimidade do *in dubio pro societate* no espaço atual do direito brasileiro não há como sustentá-la por duas razões básicas: a primeira se dá pela absoluta ausência de previsão legal desse brocardo e, ainda, pela ausência de qualquer princípio ou regra orientadora que lhe confira suporte político-jurídico de modo a ensejar a sua aplicação; a segunda razão se dá em face da existência expressa da presunção de inocência no ordenamento constitucional brasileiro, conferindo, por meio de seu aspecto probatório, todo o suporte político-jurídico do *in dubio pro reo* ao atribuir o ônus da prova à acusação, desonerando o réu dessa incumbência probatória. (NOGUEIRA, Rafael Fecury. Pronúncia: valoração da prova e limites à motivação. Dissertação de Mestrado, Universidade de São Paulo, 2012. p. 215)”

Com efeito, o *in dubio pro societate* não possui base normativa, seja ela constitucional ou legal. Muito pelo contrário, o sistema penal é orientado pelo princípio do *in dubio pro reo*, também conhecido como favor rei, e pelo princípio da presunção de inocência, constitucionalmente consagrado (art. 5º, LVII). O fato de se tratar de um procedimento especial e de uma decisão que não externa um juízo de culpabilidade não afasta a incidência desses princípios; dito de outro modo, o *in dubio pro reo* e a presunção de inocência são plenamente aplicáveis à decisão de pronúncia, ao passo que o mesmo não pode ser dito a respeito do *in dubio pro societate*⁵.

Se há dúvida por ocasião da prolação da decisão de pronúncia, isso indica que o Ministério Público não logrou apresentar prova da materialidade do fato e indícios suficientes de autoria ou de participação. Nessas condições, deve o juiz, fundamentadamente, impronunciar o acusado, como dispõe o art. 414 do Código de Processo Penal.

4. OS STANDARDS PROBATÓRIOS NO PROCESSO PENAL

De modo sucinto, é possível aprofundar que os *standards* probatórios são os níveis de convencimento a partir dos quais o julgador pode considerar comprovada determinada afirmação. Assim, no processo penal, o julgador somente considerará comprovada a afirmação acusatória – ou seja, a alegação de que o réu cometeu determinado crime – se houver prova além de qualquer dúvida razoável nesse sentido. Se, todavia, esse patamar de convencimento não for atingido, a acusação não estará comprovada, motivo pelo qual deve ser proferida decisão absolutória. No processo civil, por outro lado, o *standard* probatório é mitigado, de forma que o julgador pode julgar procedentes os pedidos se houver preponderância de prova em favor da parte autora.

Muito embora os diferentes *standards* probatórios usualmente estejam vinculados a um tipo específico de processo em razão de sua natureza – civil ou penal –, nada impede exceções a essa regra. A título de exemplo: apesar de o *standard* da prova além de qualquer dúvida razoável ser aplicável, por

5 Até mesmo no Direito Administrativo o dogma da supremacia do interesse público – irmã administrativa do *in dubio pro societate* – tem sido questionado. Luis Irapuan Campelo Bessa Neto é contundente nesse sentido: “Afirmar-se, nesse viés, que o interesse público deve prevalecer sobre o interesse privado não só constitui verdadeiro resquício de regimes totalitários, quicá fascistas, como não se coaduna com a melhor interpretação da Constituição Cidadã [...]. Dessa feita, não há se falar em supremacia do interesse público sobre o interesse particular, mas tão somente supremacia do interesse da Constituição, aglutinadora das razões e finalidades estatais, bem como de direitos e garantias individuais” (Prescritibilidade das ações de ressarcimento ao erário decorrentes de ato de improbidade administrativa. Fórum Administrativo, ano 18, n. 204, p. 42-53, fev. 2018).

excelência, ao processo penal, o art. 311, IV, do Código de Processo Civil⁶, se vale desse modelo de constatação ao disciplinar a tutela de evidência.

Da mesma forma, é possível a aplicação do *standard* da preponderância de provas – tipicamente civil – ao processo penal.

No mesmo sentido, cita-se o seguinte julgado do STJ, ilustrativo quanto à possibilidade de, mesmo no processo penal, aplicar *standard* probatório inferior ao da prova além de qualquer dúvida razoável:

Crimes desse jaez — que compõem a também conhecida criminalidade corporativa — são ‘cada vez mais um segmento terceirizado do mercado de serviços ilegais, proporcionada por especialistas, indivíduos e empresas, não só hábeis em elaborar complexas técnicas de escamoteação da origem ilícita de ativos mais habilitados a fornecer sofisticada assessoria de análise e gerenciamento de riscos e no estabelecimento de retaguarda jurídica para implementação de tais operações [...]’. É possível antever, portanto, que os indícios de prova, suficientes para dar lastro a um juízo de probabilidade de ocorrência do fato delituoso – com a formação de uma suspeita razoável para pronunciamentos judiciais menos gravosos que a condenação, como a quebra de sigilo fiscal e bancário, por exemplo – devem ser colmatados com outras formas distintas das formas clássicas já conhecidas e que, geralmente, são precedidas de inquérito policial, de modo a possibilitar, com eficiência, o desmantelamento dos complexos delitos corporativos (STJ, HC 349.945, Sexta Turma, rel. Min. Rogério Schietti Cruz, julgamento em 6/12/2016).

Como se vê, a Corte Cidadã considerou que, para pronunciamentos judiciais menos gravosos que uma sentença condenatória, o *standard* probatório pode ser reduzido.

5. O PARÂMETRO A SER ADOTADO NA DECISÃO DE PRONÚNCIA

É essa a lógica que deve ser transposta para a decisão de pronúncia. Por se tratar de uma decisão menos gravosa que uma sentença penal condenatória, a decisão de pronúncia pode se orientar por critérios menos rigorosos que aquele da prova além de qualquer dúvida razoável.

A solução correta quanto à questão probatória aplicada à decisão de pronúncia, portanto, não possui relação com um conjecturado – mas inexistente – princípio [*sic*] *in dubio pro societate*.

⁶ “Art. 311. A tutela da evidência será concedida, independentemente da demonstração de perigo de dano ou de risco ao resultado útil do processo, quando: [...] IV – a petição inicial for instruída com prova documental suficiente dos fatos constitutivos do direito do autor, a que o réu não oponha prova capaz de gerar dúvida razoável”.

Com efeito, exigir preponderância de provas para a decisão de pronúncia não implica usurpar do Conselho de Sentença sua competência, até porque não à toa o procedimento do Tribunal do Júri é bifásico; na verdade, a utilização desse *standard* indica a observância ao que dispõe o art. 414 do Código de Processo Penal, bem como a critérios probatórios epistemológica e racionalmente construídos.

A respeito da utilização do *in dubio pro societate* como norte da decisão de pronúncia, o Min. Gilmar Mendes registrou, nos autos do ARE 1.067.392:

Considerando tal narrativa, percebe-se a lógica confusa e equivocada ocasionada pelo suposto “princípio *in dubio pro societate*”, que, além de não encontrar qualquer amparo constitucional ou legal, acarreta o completo desvirtuamento das premissas racionais de valoração da prova. Além de desenfocar o debate e não apresentar base normativa, o *in dubio pro societate* desvirtua por completo o sistema bifásico do procedimento do júri brasileiro, esvaziando a função da decisão de pronúncia.

Na sequência, o Ministro elucida que, em vez de guiar-se pelo *in dubio pro societate* – que de verdadeiro princípio (com força e validade normativa) nada tem –, o julgador, por ocasião da decisão de pronúncia, deve orientar-se pelo *standard* da preponderância de provas:

A questão aqui em debate, em realidade, deve ser resolvida a partir da teoria da prova no processo penal, em uma vertente cognitivista, que acarreta critérios racionais para valoração da prova e standards probatórios a serem atendidos para legitimação da decisão judicial sobre fatos.

Sem dúvidas, para a pronúncia, não se exige uma certeza além da dúvida razoável, necessária para a condenação. Contudo, a submissão de um acusado ao julgamento pelo Tribunal do Júri pressupõe a existência de um lastro probatório consistente no sentido da tese acusatória. Ou seja, requer-se um *standard* probatório um pouco inferior, mas ainda assim dependente de uma preponderância de provas incriminatórias.

Assim, se por um lado não se exige certeza de autoria, não se pode abdicar da preponderância de provas para a pronúncia do acusado⁷.

É, portanto, a partir dos *standards* probatórios – particularmente da preponderância de provas –, e não do *in dubio pro societate*, que deve ser prolatada a decisão de pronúncia ou impronúncia do acusado. Se as provas

⁷ Não se olvide que há autores que defendem a adoção inclusive de um *standard* mais elevado. Rafael Nogueira, por exemplo, defende a adoção de um critério intermediário entre a preponderância de provas e a prova além de qualquer dúvida razoável – o *standard* da prova clara e convincente (Pronúncia: valoração da prova e limites à motivação. Dissertação de Mestrado, Universidade de São Paulo, 2012. p. 178). Aury Lopes Jr. chega a afirmar que, “havendo dúvida razoável, deverá impronunciar (ou absolver sumariamente ou desclassificar a infração, conforme o caso)” (*Op. Cit.*, p. 1.002).

indicativas de sua autoria forem preponderantes, deve ele ser pronunciado; caso contrário, deve ser prolatada decisão de impronúncia ou desclassificação, conforme o caso.

6. O *IN DUBIO PRO SOCIETATE* NAS NOTÍCIAS VEICULADAS NO SÍTIO ELETRÔNICO DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SANTA CATARINA

Realizada a análise da utilização do *in dubio societate* pelo prisma jurisprudencial e a partir dos *standards* probatórios – especialmente o da preponderância de provas –, volta-se o foco do presente artigo, agora, à apreciação das notícias a respeito de homicídios veiculadas no sítio eletrônico do Tribunal de Justiça de Santa Catarina.

A análise parte das notícias publicadas no período entre 7/2/2019 e 27/6/2019 e diz respeito apenas às notícias relativas a julgamentos ocorridos – e não a sessões do Tribunal do Júri por ocorrer, por exemplo. Esclarece-se, ainda, que a análise quanto ao teor das decisões – se favoráveis ou desfavoráveis aos réus – toma por base as manchetes veiculadas no próprio sítio do Tribunal de Justiça de Santa Catarina, até porque, como se verá adiante, por vezes o teor das notícias revela dados omitidos pelas manchetes.

Foram analisadas 223 notícias atinentes a julgamentos relativos a matéria penal ou processual penal. Dessas, 105 – 47,08%, ou quase metade das notícias analisadas, portanto – dizem respeito a julgamentos de diversas ordens relacionados a homicídios, que vão desde a decretação de prisão preventiva até a manutenção de condenação em segunda instância, com menção, ainda, a decisões de pronúncia e a condenações pelo Tribunal do Júri.

Logo de início, chama a atenção que expressiva proporção das notícias analisadas diz respeito a homicídios em detrimento de outros delitos; há, aparentemente, preferência por notícias relativas a crimes desse gênero.

Entre as 105 notícias relativas a homicídios, 101 – ou 99,96% delas – relatam decisões desfavoráveis aos réus e/ou investigados, assim concebidas aquelas que decretam ou mantêm prisão preventiva e outras medidas cautelares; determinam a pronúncia; condenam ou mantêm condenações; negam provimento a recursos defensivos; dão provimento a recursos do Ministério Público; e não concedem ordens de *Habeas Corpus*.

Apenas as quatro notícias restantes – ou 0,038% –, portanto, dizem

respeito a decisões favoráveis aos réus.

Isto é, além de aparentemente haver uma inclinação à divulgação de notícias relacionadas a homicídios – que representam quase metade (47,08%) de todas as notícias relativas a Direito Penal e Processual Penal –, há uma tendência ainda mais destacada à veiculação de notícias relativas a decisões desfavoráveis aos réus, que respondem a quase a integralidade (99,96%) das notícias publicadas.

Essas proporções divorciam-se consideravelmente daquilo que se verifica na prática. O próprio *site* do Tribunal de Justiça de Santa Catarina, com base no Diagnóstico das Ações Penais de Competência do Tribunal do Júri – 2019, produzido pelo Conselho Nacional de Justiça (CNJ), veiculou matéria⁸ segundo a qual, no estado, 75% das ações levadas ao Tribunal do Júri redundaram em condenações – é o segundo maior índice do país, inferior apenas ao do Acre (76%).

Nessa matéria, é curiosa a afirmação de Juiz de Direito titular da Vara Criminal da Comarca de Joinville perante a qual tramitam as ações de competência do Tribunal do Júri: para explicar o fato de o índice de condenações registrado na cidade ser superior à média estadual, o magistrado afirmou que

A quase totalidade da gente catarinense é de pessoas honestas, trabalhadoras, que independentemente da classe social percebem a escalada dos níveis de violência, distinguindo com clareza o certo do errado; querem viver pacificamente e não admitem a prática de atos de violência, repudiando-os na forma da lei quando chamadas para participar do júri.

É igualmente curioso observar, ainda, que há certas ocasiões em que, a despeito de a manchete noticiar decisões desfavoráveis aos réus, a leitura do teor da notícia permite verificar que as decisões em questão também adotaram providências favoráveis aos mesmos réus – como absolvição em relação a alguma das acusações –, em uma espécie de ocultação de decisões favoráveis aos réus.

Em notícia veiculada em 28/3/2019⁹, por exemplo, relata-se: “Tribunal do Júri em Orleans condena réu por assassinato de jovem na saída de boate”. Na notícia, lê-se que “o Tribunal do Júri da comarca de Orleans [...] condenou nesta semana réu acusado de homicídio qualificado por motivo fútil que vitimou um jovem de 28 anos, em crime registrado em maio de 2017”,

8 <https://portal.tjsc.jus.br/web/sala-de-imprensa/-/linha-dura-reus-sao-condenados-em-75-das-aco-es-do-juri-popular-em-santa-catarina>

9 <https://portal.tjsc.jus.br/web/sala-de-imprensa/-/tribunal-do-juri-em-orleans-condena-reu-por-assassinato-de-jovem-na-saida-de-boate>

mas também é narrada a condenação de “um segundo homem, que estava na companhia do autor dos disparos, do crime de homicídio qualificado pelo motivo fútil, condenando-o entretanto a dois anos de reclusão, em regime aberto, por porte ilegal de arma”.

Fenômeno semelhante ocorre em notícia veiculada em 2/4/2019¹⁰, cuja manchete narra que “Júri condena a 14 anos e dois meses de prisão homem que atirou em policiais militares”, ao passo que o teor da notícia revela que o réu foi condenado por um crime de homicídio na forma tentada (além de resistência, porte ilegal de arma de uso restrito e tráfico de drogas), mas absolvido da acusação por outras duas tentativas de homicídio.

Outro exemplo encontra-se em notícia publicada em 3/4/2019¹¹: a manchete relata que “detento volta a ser condenado, agora por tentar matar colega de cela em banho de sol”, ao passo que o teor da notícia revela que “neste episódio, que aconteceu em junho de 2017, dois detentos tentaram tirar a vida de um terceiro. O segundo homem apontado como agressor, entretanto, foi absolvido pelos jurados”.

Registre-se que fenômeno semelhante àquele verificado nesta singela pesquisa já fora registrado pelo Defensor Público do Estado da Paraíba Marcel Joffily de Souza¹², que chamou atenção ao fato de que o Tribunal de Justiça do Ceará, ao veicular em uma rede social¹³ os números resultantes do III Mês Nacional do Júri, destacou apenas que as 319 sessões de julgamento resultaram na condenação de 217 réus, ao passo que o teor da notícia relatava que, na verdade, além das condenações alardeada na rede social, houve 164 decisões de absolvição e 36 de desclassificação.

Em outro artigo¹⁴, Souza, a partir de pesquisa semelhante à presente, destacou que de 67 decisões relativas a *Habeas Corpus* noticiada no sítio eletrônico do Tribunal de Justiça do Estado da Paraíba no período pesquisado, apenas duas delas diziam respeito a decisões com resultados favoráveis aos

10 <https://portal.tjsc.jus.br/web/sala-de-imprensa/-/juri-condena-a-14-anos-e-dois-meses-de-prisao-homem-que-atirou-em-policiais-militares>

11 <https://portal.tjsc.jus.br/web/sala-de-imprensa/-/detento-volta-a-ser-condenado-agora-por-tentar-matar-colega-de-cela-em-banho-de-sol>

12 SOUZA, Marcel Joffily de. Uma relação entre o TJ-CE, a imparcialidade e a divulgação de notícias. Revista Consultor Jurídico. 11. dez. 2018. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2018-dez-11/tribuna-defensoria-tj-ce-imparcialidade-divulgacao-noticias>.

13 https://www.instagram.com/p/BrGbj_inc8A/

14 SOUZA, Marcel Joffily de. A finalidade do processo penal e as notícias sobre Habeas Corpus no TJ-PB. Revista Consultor Jurídico. 13. nov. 2018. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2018-nov-13/tribuna-defensoria-finalidade-processo-penal-noticias-hcs-tj-pb>

impetrantes, ao passo que consulta à jurisprudência da Corte mostrava que, no mesmo período, havia várias outras decisões favoráveis aos impetrantes que não foram noticiadas.

Essa breve análise a respeito do noticiário veiculado no sítio eletrônico do Tribunal de Justiça de Santa Catarina, cotejada à análise jurisprudencial antes realizada e endossada pelas pesquisas de Souza, parece indicar que o *in dubio pro societate* de fato extrapola os autos. Com efeito, mais do que um parâmetro (inadequadamente) utilizado nas decisões de pronúncia, o *in dubio pro societate* parece permear o imaginário jurídico acerca dos crimes contra a vida, o que fica bastante evidente pelo fato de a imensa maioria – quase a integralidade, na realidade – das notícias a respeito do julgamento de ações penais e recursos vinculados a crimes de homicídio dizerem respeito a decisões desfavoráveis aos réus.

7. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Este artigo propôs uma reflexão a respeito do *in dubio pro societate* em dois níveis: no nível jurisprudencial, a partir da visão tradicional dos Tribunais a respeito da aplicação daquele preceito nas decisões de pronúncia; e em uma esfera para além dos autos, a partir da análise das notícias relativas a crimes de homicídio veiculadas no sítio eletrônico do Tribunal de Justiça de Santa Catarina.

Para tanto, partiu-se do cotejo da aceção tradicional do *in dubio pro societate* com a decisão recentemente prolatada pelo Supremo Tribunal Federal nos autos do Recurso Extraordinário com Agravo (ARE) 1.067.392, em que a Segunda Turma da Corte, sob a relatoria do Ministro Gilmar Mendes, assentou que é inaplicável essa presunção, porque carente de fundamento jurídico; na ocasião, apontou-se que o parâmetro adequado a ser utilizado por ocasião de decisão de pronúncia é o *standard* probatório da preponderância de provas.

Na sequência, então, o artigo discorreu acerca dos *standards* probatórios e demonstrou que, apesar de o processo penal usualmente estar vinculado ao *standard* da prova além de qualquer dúvida razoável, nada impede que, no decorrer do processo, sejam utilizados diferentes níveis de prova para diferentes decisões. Assim, indicou-se que o parâmetro adequado que deve orientar as decisões de pronúncia efetivamente é o *standard* da preponderância de provas, de forma que o julgador togado somente pode pronunciar o réu se forem preponderantes as provas quanto à autoria delitiva.

Mais adiante, superada a análise jurisprudencial que se operou entre o

in dubio pro societate e o *standard* da preponderância de provas, passou-se à análise das notícias relacionadas a homicídios veiculadas no sítio eletrônico do Tribunal de Justiça de Santa Catarina entre 7/2/2019 e 27/6/2019. Identificou-se que, das 223 notícias atinentes a julgamentos relativos a matéria penal ou processual penal, 105 (47,08%) dizem respeito a julgamentos relacionados a homicídios, das quais 101 (99,96%) relatam decisões desfavoráveis aos réus e/ou investigados; ou seja, apenas quatro notícias (0,038%) dizem respeito a decisões favoráveis aos réus.

Apontou-se, na sequência, que essas proporções não guardam congruência com os números apontados pelo Conselho Nacional de Justiça em relação aos Tribunais do Júri em Santa Catarina, que indicam uma taxa de 75% de condenação. Somaram-se a isso, ainda, situações curiosas – como a sugestiva declaração de um magistrado ou notícias que ocultam decisões favoráveis aos réus –, bem como dados semelhantes apresentados por Marcel Joffily de Souza em relação aos Tribunais de Justiça do Ceará e da Paraíba, que também parecem conferir certa predileção às notícias que indicam decisões desfavoráveis aos réus.

Ao final da pesquisa, reputa-se que os objetivos inicialmente lançados foram alcançados, a partir das análises propostas.

Mais importante do que isso, a análise “extra-autos” aqui desenvolvida parece indicar que o *in dubio pro societate* efetivamente produz efeitos para além dos autos, porque permeia o noticiário institucional do Tribunal de Justiça de Santa Catarina quanto às notícias relacionadas a crimes de homicídio, que confere preferência às narrativas que relatem decisões desfavoráveis aos réus; notícias, portanto, favoráveis à sociedade – ou *pro societate*.

Nesse sentido, a compreensão recentemente indicada pela Segunda Turma do Supremo Tribunal Federal aponta um padrão decisório e probatório mais adequado do que o *in dubio pro societate*, que representa um critério decisório estranho aos parâmetros de fundamentação próprios do processo penal, porque parte da percepção – endossada pelo noticiário veiculado pelo próprio Tribunal de Justiça de Santa Catarina – de que um julgamento desfavorável ao réu é um julgamento em favor da sociedade, em um conjecturado antagonismo entre direitos de defesa e os interesses sociais.

A MULHER CRIMINALISTA – UM DUPLO DESAFIO NUMA SOCIEDADE MACHISTA E AUTORITÁRIA

Marina Wagner Bruno Shinzato¹

1. A MENTALIDADE AUTORITÁRIA E SUAS CONSEQUÊNCIAS

O Brasil é um país extremamente violento, basta analisar que no ano de 2017 houve 65.602 homicídios em território nacional, o que equivale a uma taxa de aproximadamente 31,6 mortes para cada cem mil habitantes. É o maior nível histórico². Entre 2001 e 2015 houve 786.870 homicídios. Esse número é superior a maioria das guerras atuais. O Brasil é o país que mais matou no século XXI³. Embora as origens da criminalidade sejam amplamente constatadas na processo histórico de colonização, na tardia abolição da escravidão, que geraram grande desigualdade social e pobreza, principalmente entre os afrodescendentes, há um mito de que um maior rigor penal poderia reduzir a criminalidade. Essa ideia é amplamente aceita pela maior parte da população, que é extremamente sensível à questão da segurança pública. Não por outra razão o candidato vencedor das últimas eleições teve como principal proposta de campanha salvar a população da criminalidade e da corrupção. Para atingir o seu objetivo nomeou como Ministro da Justiça e da Segurança Pública o juiz que esteve a frente do mais rumoroso processo penal do Brasil, originado da operação apelidada de Lava-Jato. No primeiro mês de mandato o atual presidente assinou o Decreto que facilitou a posse de armas no país e no segundo mês apresentou o projeto denominado “Pacote

1 Advogada. Especialista em Direito Penal e Processo Penal pela Academia Brasileira de Direito Constitucional (ABDConst). Bacharel em Direito pela UNIVALI. Conselheira da AACRIMESC. Membro do Conselho da Comunidade na Execução Penal de Florianópolis/SC. Membro da Comissão de Direito Penal e Assuntos Prisionais da OAB/SC. Membro do IASC – Instituto dos Advogados de Santa Catarina.

2 Disponível em: http://www.forumseguranca.org.br/wp-content/uploads/2019/06/Atlas-da-Violencia-2019_05jun_vers%C3%A3o-coletiva.pdf. p. 5. Acesso em 30-6-2019.

3 Disponível em: https://brasil.elpais.com/brasil/2017/12/11/politica/1513002815_459310.html. Acesso em 30-6-2019.

Anticrime”, cumprindo parte de suas promessas de campanha. A maior parte da população aplaudiu.

No Sistema de Justiça Criminal, vê-se altíssimas taxas de encarceramento, já que o sistema do CNJ indica que hoje há 718.299 pessoas presas em razão de condenação criminal, prisão provisória ou prisão domiciliar⁴, colocando o Brasil como o terceiro país que mais prende no mundo em número absolutos⁵.

Desses poucos dados, revela-se que o Brasil embora prenda muito não consegue reduzir as taxas de criminalidade, sendo este um fortíssimo indicador de que não estamos seguindo o caminho correto nessa área.

Ainda assim, a maior parte dos operadores jurídicos se aliam a uma mentalidade inquisitória, talvez em razão de sermos uma Democracia recente, no qual somente com a promulgação da Constituição de 1988 passamos a adotar como alicerce do sistema jurídico a dignidade da pessoa humana (art. 1º, III, da CF/88), com a instituição de um denso bloco de direitos e garantias destinados a amparar essa finalidade. Ou seja, muito dos juristas consagrados em nosso País se formaram na época da ditadura militar, quando o processo penal era instrumento de punição e não de garantia. Até hoje sofremos os reflexos da mentalidade inquisitiva, principalmente por conta do Código Penal ser do ano de 1940 e o Código de Processo Penal ser do ano de 1941, com inspiração e base no Código de Processo Penal da Itália fascista. Isso implica afirmar que a ideia fundante do processo penal brasileiro é autoritária, não tendo conseguido a Constituição Federal alterar esse cenário na prática.

Essa mentalidade autoritária se reflete e é transmitida para as polícias que agem com extrema violência, havendo o registro de 5.159 mortes em decorrência de intervenção policial no ano de 2017⁶. O problema de violações dos direitos humanos no Brasil já é há muito conhecido, sendo o episódio em que militares do exército dispararam mais de 80 tiros contra um carro que levava uma família⁷ apenas um sintoma da realidade brasileira. Mesmo diante de uma realidade nefasta, uma parcela considerável da

4 Disponível em: http://www.cnj.jus.br/inspecao_penal/mapa.php. Acesso em 30-6-2019.

5 Disponível em: http://www.prisonstudies.org/highest-to-lowest/prison-population-total?field_region_taxonomy_tid=All. Acesso em 30-6-2019.

6 Disponível em: <http://www.forumseguranca.org.br/wp-content/uploads/2019/03/Anuario-Brasileiro-de-Seguran%C3%A7a-P%C3%BAblica-2018.pdf>. Acesso em 30-6-2019.

7 Disponível em: <https://www1.folha.uol.com.br/cotidiano/2019/04/militares-do-exercito-matam-musico-em-abordagem-na-zona-oeste-do-rio.shtml>. Acesso em 30-6-2019.

população parece apoiar as medidas propostas pelo governo⁸, que além de propagar ideias punitivistas (vide pacote Anticrime), fragiliza o Mecanismo Nacional de Combate e Prevenção à Tortura, com a exoneração de todos os seus 11 peritos⁹. O futuro no campo dos direitos e garantias fundamentais é incerto e parece ser sombrio, tudo acontecendo aos olhos de um Judiciário e Ministério Público que se mantêm inertes.

Nesse fortalecimento do Estado Policial e do Punitivismo, cabe aos criminalistas se posicionarem. A inércia não pode ser uma opção, já que milhões no Brasil dependem da atitude de pessoas que defendam de forma irredutível e destemida os seus direitos e garantias fundamentais, sob pena da Democracia cada dia mais dar passos mais largos rumo ao autoritarismo.

2. A DELICADA SITUAÇÃO DA MULHER NUMA SOCIEDADE MACHISTA

Cabem às mulheres criminalistas se unirem, pois sofrerão ainda mais se nenhuma atitude for tomada, considerando que são minoria de voz e, ainda, minoria na advocacia criminal. Devemos considerar que o atual presidente possui tendências não só anticrime, mas também antimulher¹⁰. Aliado a isso o Brasil é um país sobremaneira machista. O estupro coletivo da jovem de 19 anos por dois policiais militares¹¹ é um sintoma de uma polícia violenta e de uma sociedade machista que vê a mulher como um mero objeto de satisfação.

O datafolha realizou uma pesquisa a pedido do FBSP (Fórum Brasileiro de Segurança Pública) realizando entrevistas no período entre 4 e 5 de fevereiro de 2019, na qual constatou o seguinte (em relação a fatos ocorridos nos últimos 12 meses): 1º) 42,6% das pessoas presenciaram “homens abordando mulheres na rua de forma desrespeitosa, mexendo, passando cantadas, dizendo ofensas”¹²; 2º) 27,4% das mulheres sofreram algum tipo de violência ou agressão¹³; 3º) das mulheres entre 16 a 24 anos, 42,6 %

8 Disponível em: <https://www1.folha.uol.com.br/poder/2019/06/atos-pro-moro-e-governo-bolsonaro-mobilizam-ao-menos-70-municipios.shtml>. Acesso em 30-6-2019.

9 Disponível em: <https://politica.estadao.com.br/noticias/geral,bolsonaro-desmonta-orgao-de-combate-a-tortura,70002866264>. Acesso em 30-6-2019.

10 Disponível em: <https://exame.abril.com.br/brasil/7-vezes-em-que-gays-e-mulheres-foram-alvo-de-bolsonaro/>. Acesso em 30-6-2019.

11 Disponível em: <https://g1.globo.com/sp/santos-regiao/noticia/2019/06/13/jovem-acusa-pms-de-estupro-coletivo-durante-carona-dentro-de-viatura-em-sp.ghtml>. Acesso em 30-6-2019.

12 Disponível em: <http://www.forumseguranca.org.br/wp-content/uploads/2019/02/relatorio-pesquisa-2019-v6.pdf>. p. 12. Acesso em 30-6-2019.

13 <http://www.forumseguranca.org.br/wp-content/uploads/2019/02/relatorio-pesquisa-2019-v6.pdf>. p. 13. Acesso em 30-6-2019.

sofreram algum tipo de violência, percentual que é de 33,5% das mulheres entre 25 a 34 anos¹⁴; 4º) das mulheres que possuem nível superior, 31,6% sofreram algum tipo de violência. Nota-se que grande parte das advogadas possuem essas características.

A pesquisa ainda revela que 52% das mulheres não tomam atitude frente à violência sofrida e apenas 22,2% procuram órgãos oficiais¹⁵. Ou seja, há uma subestimação na criminalidade contra a mulher reportada pelos órgãos oficiais.

Em relação ao assédio, constatou-se (em relação aos fatos ocorridos nos 12 meses anteriores à pesquisa) que 37,1% das mulheres sofreram algum tipo de assédio, sendo que: 1º) 32,1% das mulheres “recebeu cantadas, comentários desrespeitosos quando estava andando na rua”; 2º) 11,5% das mulheres “recebeu cantadas ou comentários desrespeitosos no ambiente de trabalho”; 3º) 7,8% das mulheres “foi assediada fisicamente em transporte público como no ônibus, metrô”; 4º) 6,2% das mulheres “foi abordadas de maneira agressiva durante uma balada, uma festa, isto é, alguém tocou o seu corpo”; 5º) 5% das mulheres “Foi agarrada / beijada sem o seu consentimento, isto é, à força, em qualquer situação”; 6º) 4% das mulheres “Foi assediada fisicamente em transporte particular chamado por aplicativo de transporte, como Uber, Cabify, 99 Táxi, etc.”; 7º) 3,3% das mulheres tiveram situação em que tentaram se aproveitar delas por estarem alcoolizadas. Entre a faixa etária de 25 a 34 anos, 53,9% das mulheres já sofreram algum assédio¹⁶.

Em outra pesquisa do ano de 2016 realizada pelo Datafolha a pedido do FBSP, constatou-se que: 1º) 85% das mulheres tem medo de serem vítimas de agressão sexual¹⁷; 2º) 42% dos homens e 32% das mulheres concordam que “mulheres que se dão ao respeito não são estupradas”; 3º) 30% tanto de homens quanto de mulheres concordam com a frase que “a mulher que usa roupas provocativas não pode reclamar se for estuprada”.

O Anuário Brasileiro de Segurança Pública do ano de 2018 levantou

14 <http://www.forumseguranca.org.br/wp-content/uploads/2019/02/relatorio-pesquisa-2019-v6.pdf>. p. 14. Acesso em 30-6-2019.

15 <http://www.forumseguranca.org.br/wp-content/uploads/2019/02/relatorio-pesquisa-2019-v6.pdf>. p. 20. Acesso em 30-6-2019.

16 <http://www.forumseguranca.org.br/wp-content/uploads/2019/02/relatorio-pesquisa-2019-v6.pdf>. p. 23. Acesso em 30-6-2019.

17 Disponível em: http://www.forumseguranca.org.br/wp-content/uploads/2017/01/FBSP_Policia_precisa_falar_estupro_2016.pdf. p. 6. Acesso em 30-6-2019.

que em 2017 houve o registro de 61.032 casos de estupro e 5.997 de tentativas de estupro¹⁸.

A pesquisa demonstra que grande parte das pessoas atribui a responsabilidade da ocorrência do estupro à mulher, em razão de um comportamento que socialmente não seria recomendável, seja pela sua vestimenta ou por alguma atitude ou comportamento, como andar sozinha em locais considerados inapropriados.

Interessante destacar um outro levantamento do ano de 2015 no qual constatou que 39,2% das mulheres que trabalham em instituições policiais (e que responderam ao questionário do FBSP) já experimentaram algum tipo de assédio, moral ou sexual dentro da instituição de trabalho, sentindo-se desrespeitada ou coagida a dar consentimento, de modo que 74,5% dos casos se tratou de assédio moral e 25,5% se tratou de assédio sexual¹⁹.

Esses dados, que são estaremcedores, revelam uma sociedade predominantemente machista, na qual a mulher ainda é vista como mero objeto, indigna de direitos e garantias constitucionais. Os dados foram colacionados neste artigo para ilustrar que a advogada criminalista, por frequentar ambientes considerados inapropriados para a sua presença, como delegacias de polícia no período noturno, está fortemente sujeita a todo tipo de assédio e violência.

3. O EXEMPLO DE MYRTHES GOMES DE CAMPOS – QUEBRANDO PARADIGMAS

Amulher criminalista deve lutar com todas as suas forças contra o estado de coisas inconstitucional em que assola o Brasil, porque Ela será um dos maiores alvos de abusos e arbitrariedades.

Vale a pena destacar a história de Myrthes Gomes de Campos, primeira advogada do Brasil, que nasceu em 1875 em Macaé/RJ. Mesmo com o forte preconceito da época, já que uma mulher numa faculdade de Direito, por si só, era motivo para escândalo, conseguiu concluir o bacharelado em Direito em 1989. Encontrou dificuldade para obter o reconhecimento do diploma de bacharel pelo Tribunal da Relação do Rio de Janeiro, o que

18 Disponível em: <http://www.forumseguranca.org.br/wp-content/uploads/2019/03/Anuario-Brasileiro-de-Seguran%C3%A7a-P%C3%BAblica-2018.pdf>. p. 19. Acesso em 30-6-2019.

19 Disponível em: http://www.forumseguranca.org.br/storage/publicacoes/FBSP_Mulheres_instituicoes_policias_2015.pdf. Acesso em 30-6-2019.

conseguiu após muita controvérsia. Passo seguinte, seria o reconhecimento do diploma na secretaria da Corte de Apelação do Distrito Federal. Myrthes precisou vencer a resistência do desembargador José Joaquim Rodrigues, que chegou a aconselhá-la a desistir daquele propósito, pois, para ele, seria um erro ela pretender militar no foro, “ambiente que reputava impróprio para o chamado sexo frágil”²⁰. Vencido mais esse obstáculo, restava ainda se legitimar profissionalmente, por meio da filiação no Instituto da Ordem dos Advogados Brasileiros, o que seria uma fato inédito, já que desde a fundação em 1843, nenhum mulher havia pleiteado o ingresso na corporação. Em 6-7-1899, Myrthes se candidatou à classe dos estagiários, categoria destinada aos advogados com menos de dois anos de formação, tendo obtido parecer favorável da Comissão de Justiça, Legislação e Jurisprudência, do qual se destaca o seguinte²¹: “[...] não se pode sustentar, contudo, que o casamento e a maternidade constituam a única aspiração da mulher ou que só os cuidados domésticos devem absorver-lhe toda atividade; [...] Não é a lei, é a natureza, que a faz mãe de família; [...] a liberdade de profissão é como a igualdade civil da qual promana, um princípio constitucional; [...] nos termos do texto do art. 72, § 22 da Constituição o livre exercício de qualquer profissão deve ser entendido no sentido de não constituir nenhuma delas monopólio ou privilégio, e sim carreira livre, acessível a todos, e só dependente de condições necessárias ditadas no interesse da sociedade e por dignidade da própria profissão; [...] não há lei que proíba a mulher de exercer a advocacia e que, importando essa proibição em uma causa de incapacidade, deve ser declarada por lei [...] (Revista IOAB, 6 jul. 1899)”.

O parecer recebeu a impugnação de um dos mais atuantes filiados da casa, o romanista dr. Carvalho Mourão. O requerimento de admissão da dra. Myrthes ficou sub judice, permanecendo sem resposta durante meses. A primeiras dificuldades, logo no início de sua caminhada, apenas lhes dava força para prosseguir com seus objetivos. Assim estabeleceu seu escritório e conseguiu permissão para ser admitida no Tribunal do Júri. Em agosto de 1899, anunciou-se a estreia de Myrthes na tribuna do Júri, onde, até então, somente homens haviam pedido a absolvição de réus.

No dia do julgamento, 29-9-1899, Myrthes marcou história ao ser a

20 Disponível em: <http://www.revistagenero.uff.br/index.php/revistagenero/article/viewFile/85/62>. Acesso em 30-6-2019.

21 Disponível em: <http://www.tjrj.jus.br/web/guest/institucional/museu/curiosidades/no-bau/myrthes-go-mes-campos>. Acesso em 30-6-2019.

primeira mulher do Brasil a atuar numa causa criminal. Em seu discurso de abertura, Myrthes destacou a importância histórica de sua atuação²²: “[...] Envidarei, portanto, todos os esforços, afim de não rebaixar o nível da justiça, não comprometer os interesses do meu constituinte, nem deixar uma prova de incapacidade aos adversários da mulher como advogada. [...] Cada vez que penetrarmos no templo da justiça, exercendo a profissão de advogada, que é hoje acessível à mulher, em quase todas as partes do mundo civilizado, [...] devemos ter, pelo menos, a consciência da nossa responsabilidade, devemos aplicar todos os meios, para salvar a causa que nos tiver sido confiada. [...] Tudo nos faltará: talento, eloquência, e até erudição, mas nunca o sentimento de justiça; por isso, é de esperar que a intervenção da mulher no foro seja benéfica e moralizadora, em vez de prejudicial como pensam os portadores de antigos preconceitos (*O País*, Rio de Janeiro, p. 2, 30 set. 1899)”.

A Dra. Myrthes não decepcionou e conseguiu a absolvição do réu. Mesmo assim, a plenário do Instituto dos Advogados rejeitou a sua proposta de admissão por 16 votos contra 11. Em 1905, tornou a requerer o seu ingresso no quadro de sócios efetivos. Novamente teve que enfrentar grande resistência por parte de vários integrantes, que se utilizaram de manobras para impedir o seu ingresso. Eis que em 12-7-1906, conseguiu a sua aprovação por 23 votos contra 15.

Hoje, por mais que tecnicamente a mulher possua os mesmos direitos que os homens, principalmente no universo jurídico, onde já há mais advogadas que advogados, é certo que ainda há muitas barreiras a serem quebradas, a começar pelo preconceito a respeito da capacidade da mulher e da mentalidade machista que norteia principalmente os operadores que atuam no Sistema de Justiça Criminal, aqui incluídos os integrantes dos órgãos responsáveis pela segurança pública.

4. OS DESAFIOS E O PAPEL DA MULHER CRIMINALISTA NA ATUALIDADE

Conforme lição de Eugenio Raul Zaffaroni, o direito penal deve consistir no estabelecimento de um dique de contenção das sujas e turbulentas águas do estado de polícia e do poder punitivo²³. Na metáfora do dique de

22 Disponível em: <http://www.revistagenero.uff.br/index.php/revistagenero/article/viewFile/85/62>. p. 140. Acesso em 30-9-2019.

23 ZAFFARONI, Eugênio Raul; BATISTA, Nilo; ALAGIA, Alejandro; SLOKAR, Alejandro. Direito pe-

contenção, o criminalista é a comporta que primeiro recebe a turbulência do estado policial. O criminalista exerce mais que um ofício, pode-se considerar um verdadeiro sacerdócio, tamanha é sua importância diante do atual arbítrio estatal, lutando incansavelmente pelo respeito aos direitos e garantias individuais, sejam dos ricos ou sejam dos pobres, o advogado criminal sempre estará ao lado daquele cuja causa lhe foi confiada.

O grande problema é que no imaginário da população a figura do criminalista sempre foi ligada ao homem, de terno e gravata, como símbolo do exercício da defesa, mesmo que a Dra. Myrthes tenha provado há mais de 100 anos que isso não corresponde à realidade.

Um dos fatores para esse imaginário é o ambiente em que o direito penal se desenvolve, em regra dentro de delegacias de polícia, presídios, penitenciárias, batalhões da polícia militar, ambientes até hoje predominantemente masculinos.

É inegável que o advogado criminal sofre uma série de preconceitos, por muitas vezes ser confundido com a pessoa do seu cliente, o “criminoso”, além de ser aquele que atrapalha o trabalho das polícias e impede que o processo se desenvolva “regularmente”.

Se o advogado criminal sofre na sua jornada, a advogada criminal tem que enfrentar uma verdadeira via-crúcis, porque além de tudo, é vista, em geral, como incapaz defender “criminosos”, entrar em delegacias cheias de policiais, entrar em presídios cheios de “bandidos”. Os olhares correm de cima a baixo e baixo a cima, percorrem o corpo da mulher, com a avaliação do seu cabelo, do seu rosto, de suas roupas e de seus sapatos, sem que nenhum detalhe passe despercebido aos olhares masculinos alheios, que, em muitos casos, denunciam a postura machista e, em alguns, o assédio virtual. E não estamos aqui falando dos réus e apenados, que costumam ser extremamente respeitados.

O criminalista é quem está na linha de frente da defesa do Estado Democrático de Direito, ocupando as primeiras trincheiras da batalha permanente contra o autoritarismo, que tem nas mulheres os primeiros alvos.

Se o criminalista sofre em razão de ser o profissional encarregado dessa nobre função, a mulher criminalista sofre muito mais pelo simples fato de ser vista não como uma mulher advogada, mas como uma coisa que advoga.

Desde o Antigo Testamento, a mulher é vista como uma “coisa”, tendo lutado ao longo dos séculos para quebrar esse mito, que mesmo hoje está presente em nossa sociedade de forma velada e silenciosa, mas que no dia a dia forense se revelam de forma assustadora, em manifestações e ações de todos aqueles que operam no Sistema de Justiça Criminal.

Não é incomum a advogada criminal ser impedida de ingressar em estabelecimentos penitenciários ou mesmo fóruns e tribunais em razão de não estar “devidamente” trajada, assim como não é incomum ouvir gracejos e assédios, bem como propostas indecorosas. Da mesma forma, a resposta às intervenções jurídicas das advogadas criminais costumam vir de forma muito mais desproporcional, intensas e agressivas, do que as destinadas aos advogados criminais, pois é inconcebível para muitos homens ser confrontado por uma mulher, ainda mais criminalista.

A advogada criminal tem que enfrentar dois preconceitos, o de ser mulher e o de ser criminalista, motivo pelo qual a turbulência do estado policial que a atinge costuma ser muito mais violenta do que aquela que atinge o homem criminalista. Por isso, a cruz para a mulher criminalista é mais pesada.

A ideia de que a mulher é o “sexo frágil”, faz com que a sociedade não consiga compreender como Elas podem se sujeitar a defender acusados de homicídio, latrocínio, tráfico de drogas e, principalmente, estupro, chegando a duvidar da sanidade das advogadas que assim o fazem, por ser o direito penal, no mínimo, perigoso para Elas.

Assim, como a Dra. Myrthes Campos enfrentou a ira e o preconceito dos homens e mesmo mulheres de seu tempo, as advogadas criminais devem enfrentar a desconfiança e a mentalidade machista e autoritária de toda a sociedade contemporânea.

Por outro lado, as mulheres criminalistas que superaram todas essas adversidades costumam ser excepcionais advogadas, com uma profunda capacidade argumentativa, com uma surpreendente resiliência e incansável capacidade de luta pelos direitos e garantias de todos aqueles que necessitam de sua proteção.

A advogada criminal possui características inerentes à mulher que a valorizam como profissional, tais como a empatia, com uma incomum capacidade de entender e se colocar no lugar daquele que é acusado de um

crime. A criminalista consegue enxergar detalhes que aos olhos dos homens não são tão claros e tem um maior cuidado e zelo com o processo, muitas vezes passando uma maior confiança ao seu cliente.

Embora na advocacia criminal pesem mais decepções do que satisfações, quando estas vêm são intensas pela grande dificuldade que são obtê-las. E a advogada criminal deve se sentir ainda mais orgulhosa por conquistar seus objetivos nessa profissão, pois, para Elas, as barreiras e adversidades são ainda maiores.

O fato é que toda a criminalista é forte, honrada, dedicada, corajosa e merece o respeito por reverberar a voz de todas as mulheres na luta contra o autoritarismo e o machismo.

Que as mulheres criminalistas se unam, fortaleçam-se e juntas batalhem por uma sociedade mais igualitária, afinal, como sustentou a Dra. Myrthes Gomes de Campos, nunca nos faltará o sentimento de justiça!

CRIMINALIZAÇÃO DA HOMOFOBIA E DA TRANSFOBIA – O EXERCÍCIO DA NECROPOLÍTICA NA DOGMÁTICA PENAL

Ricardo Ávila Abraham¹

1. INTRODUÇÃO

No julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão (ADO) 26 e do Mandado de Injunção (MI) 4733, o plenário do Supremo Tribunal Federal (STF) reconheceu a omissão do Poder Legislativo ao não prever normas incriminadoras de condutas atentatórias a direitos fundamentais da comunidade LGBT.

O combate a todas as formas de homofobia e transfobia se justifica na violência direcionada praticada no Brasil, a qual mantém altos índices de mortalidade de pessoas sistematicamente perseguidas por razões de sexualidade e gênero.

Nesse sentido, o Trans Murder Monitoring Project, em dados publicados em 2016, registrou que o Brasil é responsável pelo maior número de homicídios praticados contra pessoas trans ou de gênero diverso. O país representa quase 40% de todos os homicídios reportados contra tais populações no mundo inteiro. Os dados da pesquisa foram coletados de janeiro de 2008 a junho de 2016 e indicam a ocorrência de 868 homicídios dentro do Brasil no período – seguido pelo México, com a contabilização de 259 casos².

O Brasil manteve a liderança em quadros de violência contra a população LGBT (nos dados em pauta, relacionados às pessoas trans ou de gênero diverso) entre outubro de 2017 e setembro de 2018, com um total de 167 casos – seguidos pelo México, que contabilizou 71 vítimas³.

¹ Advogado. Mestrando em Direito na Universidade Federal de Santa Catarina – UFSC.

² TRANSGENDER EUROPE. **TMM Annual Report 2016**. Berlim: 2016. Disponível em: <https://transrespect.org/wp-content/uploads/2016/11/TvT-PS-Vol14-2016.pdf>. Acesso em 10 jun 2019.

³ TRANSGENDER EUROPE. **TMM Update Trans Day of Remembrance 2018**. 2018. Disponível em: <https://transrespect.org/en/tmm-update-trans-day-of-remembrance-2018/>. Acesso em 10 jun 2019

Em reforço a tais estimativas, a Rede Nacional de Pessoas Trans do Brasil, no monitoramento de homicídios praticados contra a população trans no ano de 2018, indicou 150 casos, dos quais 71 foram levados a efeito por tiros, 33 casos por facadas e dez casos por espancamentos. No estudo, concluiu-se ainda que em 46% dos casos não se respeitou a identidade social das vítimas⁴.

É certo que tal cenário encampa, em movimentos sociais com reflexos nos três poderes, um apelo popular no sentido de se resistir e precipuamente lutar pela efetivação de direitos fundamentais de parcela da população que se encontra reiterada e sistematicamente acossada e oprimida.

Nesse afã, as alterações legislativas no campo da dogmática têm encontrado amplo espaço de prestígio, na sincera esperança de que o recrudescimento penal sirva como alento aos problemas historicamente enfrentados pelas populações vilipendiadas. A incursão na seara penal para a resolução de problemas sociais, todavia, apresenta severas restrições e acarreta, no presente caso, consequências possivelmente mais graves e danosas a outros segmentos populacionais marginalizados.

A decisão proferida nos autos da Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão (ADO) 26 e do Mandado de Injunção (MI) 4733, ao fim e ao cabo, equiparou a homofobia e a transfobia ao crime de racismo. O pretenso caráter progressista da decisão, contudo, ao passo que esbanja proteção apenas a determinadas populações LGBT – em razão do caráter subsidiário do direito penal –, pode revelar uma perversa face de acanhamento e marginalização de outras populações igualmente desprotegidas.

Com base nessa perspectiva, o presente artigo tem como objetivo analisar de que forma a criminalização da homofobia e da transfobia, determinada na Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão (ADO) 26 e no Mandado de Injunção (MI) 4733 do STF, pode contribuir para o exercício da necropolítica pautada em uma dogmática penal.

Para tanto, a pesquisa divide-se em três tópicos: o primeiro dedicado à biopolítica, o segundo à necropolítica e o terceiro voltado a uma análise da Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão (ADO) 26 e do Mandado

4 REDE NACIONAL DE PESSOAS TRANS DO BRASIL. **Diálogos Sobre Viver Trans – Monitoramento: Assassinatos e Violação de Direitos Humanos de Pessoas Trans no Brasil – Dossiê**. 2019. Disponível em: <http://redetransbrasil.org.br/wp-content/uploads/2019/01/Dossi%C3%AA-Rede-Trans-Brasil-2018-Portugu%C3%AAs.pdf>. Acesso em 10 jun 2019.

de Injunção (MI) 4733, com a finalidade de demonstrar de que forma as decisões proferidas representam um exercício de necropolítica apoiado na dogmática penal.

2. A BIOPOLÍTICA

O conceito de necropolítica deriva da ideia de biopolítica, formulada por Michel Foucault. A biopolítica foucaultiana se debruça na premissa do exercício de soberania que se estabelece na tomada de poder sobre o ser humano enquanto ser vivo, biológico.

Na primeira metade século XVIII a soberania era exercida de forma tecnicamente simples, pois prescindia de arcabouço conceitual para justificá-la: o soberano, sobre seus súditos, exercia direito de vida e de morte. Ao soberano competia “deixar viver e fazer morrer”⁵, o que fazia a partir de técnicas de poder aplicadas sobre corpos individualizados. Não havia necessidade de rigorosa justificativa no exercício arbitrário de poder, pois repousava no campo metafísico.

O Antigo Regime cedia à noção de soberania um poder de vida e de morte sobre pessoas e técnicas de disciplina e vigilância amplamente exploradas através de instituições pautadas na ordem, no controle, na catalogação, nos arquivos etc. tais quais as escolas, os hospitais e os quartéis.

A partir da segunda metade do século XVIII, entretanto, a queda do Antigo Regime e o iluminismo requerem uma justificativa racional para o exercício de poder. A tecnologia de poder, mais sutil e eficaz, muda de objeto. Não mais focadas no disciplinamento do corpo do sujeito e na vigilância do homem individual, as atenções voltam-se à multiplicidade de homens, à gestão e regulamentação da vida de um conjunto de pessoas: uma população. O ponto nevrálgico da questão é a retirada das atenções do sujeito individualizado e o foco na população, encarada no geral. É a biopolítica dos seres humanos⁶.

No crescimento das cidades na Europa insurge a concepção de população tal como entendida hoje. As taxas de natalidade e mortalidade e o controle de morbidades são fundamentais para as transformações econômicas e sociais do final da Idade Moderna.

5 FOUCAULT, Michel. **Em defesa da sociedade**: curso no Collège de France (1975-1976). Tradução Maria Ermantina Galvão. São Paulo: Martins Fontes, 1999, p. 285.

6 Idem, p. 289.

Nunca tivera tamanha importância para os aparatos de Estado um controle sobre a população – ou camadas de população. O Estado, sem poder de vida e de morte individualizado, tal qual no Antigo Regime, precisava de um novo respaldo teórico⁷ para operar a morte sutilmente e de forma mais ampla. Encontra, enfim, a solução através da institucionalização do racismo: superada a velha figura do soberano, do desenvolvimento científico da noção de raça biológica, calcado na aplicação social do evolucionismo darwinista, nasce a chave teórica do novo exercício do poder de morte.

A guerra, como continuação da política, é a fase final de todos os processos políticos⁸, pois serve para destruir as “outras” raças e expor, contínua e sistematicamente, a própria população ao constante e indiscriminado perigo da morte. O racismo, nos contornos do exercício do biopoder de Foucault, é a instrumentalização da separação biológica entre quem deve viver e quem deve morrer. O racismo serve para fragmentar, criar a premissa científica para a guerra (tal qual concebido nos regimes totalitários europeus da década de 30) e é o único caminho viável para que seja exercido, a partir do século XIX, o velho direito soberano de matar⁹.

Com o fim da Idade Moderna, os aparatos de poder se afastam do antigo “deixar nascer e fazer morrer”, de um poder soberano, e dão lugar ao “fazer nascer e deixar morrer” da sociedade da normalização, que surge no contexto revolucionário, também no final do século XVIII.

O monarca do Antigo Regime, ainda que não estivesse acima do Estado – por constituírem, ambos, uma instituição e o próprio ordenamento jurídico¹⁰ –, estava acima da lei e exercia sem resguardas o direito sobre a morte, ínsito ao antigo soberano. O Estado pós-revolucionário do século XIX, enquanto instituição maior, insere a norma como fonte precípua de direito e se centraliza como núcleo de produção normativa, com os devidos freios às arbitrariedades praticadas pelo poder absoluto.

3. A NECROPOLÍTICA

Após as revoluções burguesas, como referido, não há espaço para o exercício arbitrário de poder de morte sobre um cidadão individualizado. O

7 Idem, p. 308.

8 Idem, p. 310.

9 Idem, p. 305/306.

10 ROMANO, Santi. *O Ordenamento Jurídico*. Tradução de Arno Dal Ri Junior. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2008, p. 110.

estudo do filósofo e historiador Achille Mbembe, neste ponto, perpassa pela escravidão moderna e pelo regime do *apartheid* até chegar à ocupação do território reivindicado pelos palestinos para situar historicamente como se instrumentaliza sua ideia de necropoder¹¹.

No recorte histórico proposto pelo autor, que se inicia na modernidade – em que se exercia o direito soberano de morte –, e desenvolve-se até o século XXI, com o marcante desenvolvimento da biopolítica no contexto político pós-Revolução Francesa, o antigo disciplinamento de corpos dá lugar à moderna ordem de economia máxima.

Na necropolítica de Mbembe, as minorias inserem-se numa lógica de Estado que discrimina, através de grupos ou populações (na perspectiva foucaultiana), uma gestão de vidas discriminatória, na qual às vidas menos importantes se volta a máxima do “deixar morrer”: é o controle estatal pautado no abandono deliberado de determinadas e indesejadas camadas da população. No Brasil, a assertiva é posta à prova na comparação entre a distinta efetivação de direitos humanos em diferentes grupos sociais, por meio de dados sobre mortalidade, educação, aprisionamento e renda, por exemplo, da população LGBT.

No país, a violência difusa apresenta-se como continuidade de um necropoder através de técnicas de governabilidade pelas quais o terror e a morte se apresentam como estruturas do Estado¹². A governabilidade, ao trabalhar com a mortalidade, age com as duas faces (vida e morte) distintamente aplicadas a distintos agrupamentos sociais.

No desenvolvimento de técnicas de poder que transpassaram séculos, do “fazer morrer” do Antigo Regime ao moderno e sutil controle de populações, a questão da sexualidade encontra espaço de maior importância, uma vez que se situa numa encruzilhada do corpo e da população¹³. Enquanto um comportamento individual sujeitou-se, até meados do século XVIII, unicamente ao disciplinamento e à vigilância – técnicas de soberania –, o século XIX legou à sexualidade a lógica da biopolítica, através da regulamentação.

Muito além da citada conotação moral do tema, a sexualidade abrange

11 MBEMBE, Achille. Necropolítica. *Arte & Ensaios*, [S.l.], n. 32, mar. 2017. Disponível em: <https://revistas.ufrj.br/index.php/ae/article/view/8993/7169>. Acesso em: 23 jun. 2019.

12 BENTO, Berenice. Necrobiopoder: Quem pode habitar o Estado-nação?. *Cad. Pagu*, Campinas, n. 53, 2018, p. 3. Disponível em: http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0104-83332018000200405&lng=en&nrm=iso. Acesso em 23 jun. 2019.

13 FOUCAULT. Idem, p. 300.

a questão médica e as taxas de natalidade, nas quais a medicina, enquanto saber-poder, age indiscriminadamente sobre o corpo e sobre a população, com critérios disciplinares e regulamentadores¹⁴. Tal aspecto se percebe em questões médicas relevantes, como as técnicas de parto, e em exemplos mais cotidianos, tal qual a tradição de inserir brincos em bebês do sexo feminino.

O entrelaçamento de temas como a sexualidade, o gênero, a questão moral (já existente no Antigo Regime), de saúde (biopolítica) e econômica (biopolítica) fatalmente cruza os caminhos da população LGBT com os caminhos da necropolítica e leva a reveladoras constatações empíricas do sutil derramamento de sangue (ou do “deixar morrer” foucaultiano) em relação a determinado(s) grupo(s) humano(s).

4. A AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE POR OMISSÃO (ADO) 26 E O MANDADO DE INJUNÇÃO (MI) 4733

O Mandado de Injunção 4733 foi protocolizado em 10 de maio de 2012¹⁵ pela Associação Brasileira de Gays, Lésbicas e Transgêneros – ABGLT, ao passo que a Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão 26 teve seu protocolo realizado em 19 de dezembro de 2013¹⁶ pelo Partido Popular Socialista – PPS.

No julgamento conjunto dos processos, em sessão plenária de 13 de junho de 2019, o Supremo Tribunal Federal reconheceu omissão inconstitucional do Poder Legislativo na ausência de leis que criminalizem a homofobia e a transfobia, bem como o enquadramento de tais condutas na Lei nº 7.716/89 até que se crie lei específica sobre a matéria.

O objeto de análise de ambos os processos, entretanto, se pauta no espectro de proteção a determinados segmentos populacionais. Na decisão proferida pelo Supremo Tribunal Federal determinou-se a criminalização de condutas homofóbicas e transfóbicas.

A homoafetividade tem relação com a sexualidade. Pessoas homossexuais relacionam-se afetivamente com pessoas do mesmo sexo. A transexualidade,

14 Idem, p. 302.

15 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Mandado de Injunção 4733**. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=4239576>. Acesso em 21 jun. 2019.

16 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão 26**. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/estfvisualizadorpub/jsp/consultarprocessoeletronico/ConsultarProcesso-Eletronico.jsf?seqobjetoincidente=4515053>

por sua vez, tem relação com o gênero. O Trans Murder Monitoring Project considera como “pessoa trans” as pessoas que tem uma identidade de gênero diferente do gênero que lhes foi assinalado quando nasceram, ou que querem representar seu gênero em uma maneira que difere do gênero que lhes foi assinalado quando nasceram – em uma acepção social –, seja pela linguagem, roupas, acessórios, cosméticos ou modificação corporal¹⁷.

Embora seja louvável a intenção de tutela às populações LGBT, por meio da criminalização de atos atentatórios aos seus direitos fundamentais, a opção do Supremo Tribunal Federal encontra intransponíveis barreiras de aplicação prática e pode resultar no alastramento de uma necropolítica a outras populações – igualmente oprimidas e minoritárias – não abrangidas na decisão judicial que resultou em inovação legislativa.

Porém, antes de analisar os impactos referentes ao alastramento de uma necropolítica, é necessário ter em conta que a cega crença numa concepção monista, em que o Estado é exclusiva fonte jurídica, é a contundente crítica da corrente antiformalista de direito. Há tempos autores sugerem a ineficácia da opção codificadora moderna, pela qual atualmente a redução do direito em textos, em pedaços de papel¹⁸ é encarada – ingenuamente ou maliciosamente – como direcionadora de transformações sociais.

Calha situar, ademais, a posição teórica do direito penal neste cenário que, pautado nos princípios da reserva legal, da subsidiariedade e da intervenção mínima, não tem o condão de proteger o que não esteja incontroversamente previsto em lei. Nesse ínterim, toda a proteção e o dito progressismo da decisão do Supremo Tribunal Federal finca-se exclusivamente contra atos homofóbicos e transfóbicos, como se estes atos, e apenas estes, encerrassem a totalidade de violações de direitos das populações sistematicamente oprimidas por questões de sexualidade e gênero.

A errônea hipótese acima colocada se desvenda quando da análise das contínuas alterações conceituais atinentes à abrangência de gêneros e siglas. Em simples contextualização, é de se situar que o termo GLS foi, poucos anos atrás, substituído pelo termo LGBT (utilizado na ADO 26), que, por sua vez, por notável insuficiência, deu espaço ao LGBTQ e suas incontáveis

17 TRANSGENDER EUROPE. **TMM Annual Report 2016**. Berlim: 2016. Disponível em: <https://trans-respect.org/wp-content/uploads/2016/11/TvT-PS-Vol14-2016.pdf>. Acesso em 10 jun 2019.

18 GROSSI, Paolo. Além das mitologias jurídicas da modernidade. In: GROSSI, Paolo. **Mitologias jurídicas da modernidade**. Tradução de Arno Dal Ri Júnior. 2ª ed. Florianópolis: Boiteux, 2007, p. 137.

variações. Hoje, populações oprimidas por razões de sexualidade e gênero englobam categorizações ainda pouco conhecidas, como *queer*, *intersex*, *assex*, *pansex* etc., as quais não necessariamente estão acobertadas pelo espectro criminalizante calcado unicamente no combate à transfobia e homofobia: é nesse ponto que a discussão acerca da necropolítica se funde com as críticas da corrente antiformalista e com a posição teórica do direito penal democrático.

Isso porque a decisão proferida pelo STF nos processos citados, além de representar uma opção codificadora vista como ineficaz para direcionar transformações sociais e de ser limitada por criminalizar exclusivamente atos homofóbicos e transfóbicos, também representa o exercício de uma necropolítica à medida em que limita sua proteção aos indivíduos caracterizados como trans ou homoafetivos, e desconsidera diversas categorias, como *queer*, *intersex*, *assex*, *pansex* etc.

Dessa maneira, a decisão proferida pela instância máxima do Poder Judiciário brasileiro apresenta uma incontestável violência institucional às populações marginalizadas por razões de sexualidade e gênero que não se inserem nos grupamentos trans e homoafetivos. Tal constatação tem como consequência a negação da existência e cidadania de outras populações, notadamente “esquecidas”, e a eliminação cotidiana do acesso de seus sujeitos componentes às “políticas públicas básicas de acesso à saúde, educação, cultura [...]”¹⁹.

O contexto de violência e morte de uma população (todas as inclusas no contexto LGBTQAI+ e não protegidas pela decisão do STF) não está só atrelado à (in)capacidade individual desses sujeitos desprotegidos, mas também a uma (in)capacidade de acesso dessas populações à saúde, higiene, meio ambiente, remédios, reprodução (taxas de nascimento, educação, cuidados às crianças, etc), mortalidade (alongamento da vida), doenças (e a prevenção de doenças), seguro e segurança. O controle desse acesso é necessariamente vinculado aos conceitos de biopolítica de Foucault e de necropolítica de Mbembe²⁰.

19 SOUZA, Dediane. Avanços do Judiciário no Reconhecimento da Identidade de Gênero da População Trans Brasileira. Estratégias de Acesso e Desburocratização das Conquistas pela População. In: REDE NACIONAL DE PESSOAS TRANS DO BRASIL. *Diálogos Sobre Viver Trans – Monitoramento: Assassinatos e Violação de Direitos Humanos de Pessoas Trans no Brasil – Dossiê*. 2019. Disponível em: <http://redetransbrasil.org.br/wp-content/uploads/2019/01/Dossi%C3%AA-Rede-Trans-Brasil-2018-Portugu%C3%AAs.pdf>. Acesso em 10 maio 2019. p. 48.

20 PUAR, Jasbir K. *Terrorist Assemblages: homonationalism in queer times*. Londres: Duke University Press, 2007, p. 34 (tradução nossa)

Por tal motivo, entende-se que a decisão proferida na ADO 26 e no MI 4733, ao definir sua abrangência de tutela a populações bem determinadas, em detrimento de outras igualmente vulneráveis, apresenta uma perspectiva de necropolítica. Um conceito que caracteriza esse exercício de poder é o de excepcionalismo sexual²¹, cunhado por Jasbir Puar para indicar a prática de, ao limitar categorias identitárias como sujeitos de direitos, apresentar uma pretensa esfera de tutela e proteção manifestamente discriminatória e insuficiente por natureza.

É possível se aferir, portanto, que o julgamento da ADO 26 e do MI 4733 apresentou um nefasto avanço de uma necropolítica em desfavor das populações oprimidas por questões de gênero e sexualidade que não encontram guarida no combate à homofobia e à transfobia.

5. CONCLUSÃO

A biopolítica, conceito cunhado por Foucault, surge na passagem do Estado de um poder de vida e de morte individualizado para um operar a morte de forma sutil e ampla, através da institucionalização do racismo pelo desenvolvimento científico da noção de raça biológica e da instrumentalização da separação biológica entre quem deve viver e quem deve morrer.

Esse conceito, aprofundado por Mbembe através da noção de necropolítica, explica o surgimento de minorias discriminadas pelo Estado como grupos ou populações menos importantes, às quais o Estado aplica a máxima do “deixar morrer”. Ou seja, ao em vez do controle direto e individualizado da morte, o controle estatal é exercido por meio do abandono deliberado de determinadas e indesejadas camadas da população. No Brasil, a assertiva é posta à prova na comparação da distinta efetivação de direitos humanos entre diferentes grupos sociais, por meio de dados sobre mortalidade, educação, aprisionamento e renda, por exemplo, da população LGBT.

Neste trabalho, a assertiva de abandono deliberado e, consequentemente, de um “deixar morrer”, foi demonstrada através da análise do julgamento conjunto do Mandado de Injunção 4733 e da Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão 26, que, em sessão plenária de 13 de junho de 2019 no Supremo Tribunal Federal, reconheceu omissão

21 PUAR, Jasbir K. Homonacionalismo como mosaico: viagens virais, sexualidades afetivas. *Revista Lusófona de Estudos Culturais*, Braga, v. 03, n. 01, 2015, p. 297-318.

inconstitucional do Poder Legislativo na ausência de leis que criminalizem a homofobia e a transfobia.

Através da análise de tal decisão concluiu-se que esta representa uma opção codificadora ineficaz para direcionar transformações sociais, além de ser limitada por criminalizar exclusivamente atos homofóbicos e transfóbicos e representar o exercício de uma necropolítica, à medida em que limita sua proteção aos indivíduos caracterizados como trans ou homoafetivos e desconsidera diversas outras categorias, como *queer*, *intersex*, *assex*, *pansex* etc.

Entende-se que, no caso analisado, a intervenção mínima da dogmática penal pode se revelar nefasta para determinados segmentos LGBT a partir do ponto em que a proteção legal restrita à homofobia e à transfobia naturalmente lega a posições secundárias outros inúmeros agrupamentos de pessoas que, desprovidos de políticas públicas inclusivas, perdem também a proteção na esfera criminal e sofrem com o avanço de uma necropolítica que se debruça na lacunosa e pretensamente progressista inovação legislativa advinda de decisão judicial.

Desta forma, a decisão, ao invés de contribuir para efetivar os direitos das populações sistematicamente oprimidas por questões de sexualidade e gênero, efetiva uma seleção de quais indivíduos, dentro dessas populações oprimidas, merecem a proteção estatal. Isso porque, assim como a concepção estatalista de ordenamento jurídico não dá conta de tornar efetivos os direitos pretensamente garantidos por “pedaços de papel”, as inúmeras manifestações de identidade de gênero não cabem numa sigla, o que reforça não só a incapacidade do direito penal em resolver tal problema social, mas cria sérios entraves às populações não abrangidas no combate à homofobia e transfobia.

ALTERNATIVA AO MITO DO AUMENTO DE PENA DO CRIME DE CORRUPÇÃO COMO SOLUÇÃO OU PORQUE O WHISTLEBLOWING É MAIS EFICAZ NO SEU COMBATE

Rodolfo Macedo do Prado¹

1. BREVE INTRODUÇÃO

A corrupção é endêmica no Brasil, estando presente desde que o país descoberto pelos portugueses há pouco mais de 500 anos. Seja pelo processo de colonização, com o sistema das famigeradas capitanias hereditárias, seja pela cultura dos primeiros portugueses desterrados enviados para cá, cada pequena parte compõe o todo que trouxe o país até o delicado momento que hoje vive.

O Índice de Percepção da Corrupção (IPC), publicado pela ONG Transparência Internacional, aponta o Brasil na 105ª colocação entre 180 países, com 35 pontos (em uma escala que vai de 0 – altamente corrupto – a 100 – sem corrupção)², pior resultado desde que se iniciou a comparação de dados ano a ano, e como uma das nações “a se acompanhar”, indicando preocupação com as possíveis medidas antidemocráticas a serem perpetradas em nome do combate à corrupção. A pontuação brasileira é inferior à média mundial (43) e das Américas (44).

A política criminal brasileira tem vasto histórico de entender a criminalização de condutas e o endurecimento da pena de prisão como medida primária de combate à criminalidade, não fugindo da regra o crime de

1 Advogado. Especialista em Direito Penal Econômico pelo Instituto de Direito Econômico e Europeu da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra (Portugal). Bacharel em Direito pela Universidade Federal de Santa Catarina (UFSC). Vice-Presidente da Comissão de Direito Penal da OAB/SC. Membro da Comissão Especial de Estudos Sobre Mudanças Previstas no Pacote Anticrime da OAB/SC. Membro da Comissão de Propostas e Acompanhamento de Legislação Penal da AACRIMESC. Membro Associado do Instituto Brasileiro de Ciências Criminais (IBCCrim). Colunista do blog “Consultor Penal” (www.consultorpenal.com.br).

2 Corruption Perception Index (CPI) – Global Analysis. Disponível em https://www.transparency.org/news/feature/cpi_2018_global_analysis. Acesso em 15/04/2019 às 18h25min.

corrupção, como se denota da proposta apresentada pelo atual Ministro da Justiça e da Segurança Pública, Sergio Fernando Moro, em seu denominado “Pacote Anticrime”³.

Todavia, como se apresentará, o combate à corrupção é ineficiente se pensado apenas pela via do endurecimento das penas. O principal caminho aqui explorado será o de empoderar os cidadãos a denunciarem ilícitos e reduzir a distância entre a legislação e a prática anticorrupção, especialmente pela via considerada uma das seis melhores práticas de combate à corrupção: o *whistleblowing*⁴.

2. O WHISTLEBLOWING NO ÂMBITO DO COMBATE À CORRUPÇÃO

O *whistleblowing* poderia ser conceituado como um ato deliberado, não-obrigatório, de um indivíduo civilmente capaz que não possui obrigação legal de tomar qualquer medida investigativa e/ou repressiva, de informar a quem possua esta obrigação legal acerca da prática de atos ilícitos – sejam eles de cunho criminal, administrativo e/ou cível -, perpetrados no âmbito da Administração Pública e/ou de entidades privadas, que afetem terceiros⁵. O agente que pratica o *whistleblowing* é chamado de *whistleblower*, termo já traduzido como “informante do bem”⁶, “informante de boa-fé”⁷ ou simplesmente como “reportante”⁸, mas sem uma definição terminológica final.

Não se quer dizer que só os ilícitos de “interesse público” deveriam ser alvos do *whistleblowing*. Isso porque, como bem destaca Ramon Ragués i Vallès, o requisito do “interesse público” é questionável. Se por “interesse

3 MINISTÉRIO DA JUSTIÇA. *Conheça as iniciativas do Projeto de Lei Anticrime para atacar a corrupção*. Disponível em <https://www.justica.gov.br/news/collective-nitf-content-1550596565.5>. Acesso em 15/04/2019 às 18h48min.

4 TRANSPARENCY INTERNATIONAL. *Compendium of good practices on anti-corruption for oip action plans*. Disponível em https://www.transparency.org/whatwedo/publication/compendium_of_good_practices_on_anti_corruption_for_oip_action_plans. Acesso em 15/04/2019 às 19h02min.

5 PRADO, Rodolfo Macedo do. *Whistleblowing como ferramenta de combate à corrupção*. Disponível em <https://consultorpenal.com.br/whistleblowing-como-instrumento-de-combate-a-corrupcao/>. Acesso em 15/04/2019 às 19h04min.

6 No âmbito do Pacote Anticrime, apresentado pelo atual Ministro da Justiça e da Segurança Pública, Sergio Moro, há a previsão da Medida XIX – “introdução do *whistleblower* ou *informante do bem*”, na qual não só traz uma possibilidade de tradução do termo, como também tenta a regulamentação do tema no Brasil.

7 O Projeto de Lei n. 3.165/2015, de autoria do então Deputado Federal Onyx Lorenzoni (DEM-RS), atual Ministro-Chefe da Casa Civil, foi apresentado, sem sucesso, como emenda ao pacote das “Dez Medidas Contra a Corrupção”, no qual traduzia o termo como reportante de boa-fé.

8 A Estratégia Nacional de Combate à Corrupção e à Lavagem de Dinheiro (ENCCLA) produziu um documento denominado “Subsídios ao debate para a implantação de programas de *whistleblower* no Brasil”, na qual definiu como melhor tradução do termo a palavra “reportante”.

público” entende-se que seria qualquer questão criminal e/ou administrativa, não seria necessário, já que seria um conceito extremamente abrangente; por outro lado, se entende-se por “interesse público” só aquilo que pode atrair o interesse dos meios de comunicação de massa, o conceito seria extremamente restritivo⁹.

O *whistleblowing*, ainda, pode ser externo ou interno. Será externo quando o *whistleblower* não fizer parte do mesmo órgão, empresa ou entidade que receberá e/ou contra a qual repousará a denúncia. Geralmente, o *whistleblowing* externo ocorre no âmbito da Administração Pública, com um cidadão apresentando sua denúncia a um órgão governamental. Por seu turno, o interno ocorre quando o *whistleblower* faz parte do mesmo órgão, empresa ou entidade que recebe ou contra o qual será feita a denúncia, ocorrendo, como regra, no âmbito privado.

A importância do instituto é trazida à tona pelos principais tratados internacionais contra a corrupção do mundo. O Brasil é signatário de dois desses tratados, quais sejam a Convenção das Nações Unidas Contra a Corrupção e a Convenção Interamericana Contra a Corrupção.

A primeira, por exemplo, traz em seu artigo 13, *caput*, que “cada Estado Parte adotará medidas adequadas, no limite de suas possibilidades e de conformidade com os princípios fundamentais de sua legislação interna, para fomentar a participação ativa de pessoas e grupos que não pertençam ao setor público, como a sociedade civil, as organizações não-governamentais e as organizações com base na comunidade, na prevenção e na luta contra a corrupção, e para sensibilizar a opinião pública a respeito à existência, às causas e à gravidade da corrupção, assim como a ameaça que esta representa”, em clara lembrança de que a corrupção pública é um problema endêmico e precisa do cidadão na linha de frente do seu combate.

Por outro lado, o combate à corrupção privada, que no Brasil ainda anda a passos de bebê¹⁰, também foi lembrado, como nos informa o artigo 8, § 4º, da mesma Convenção de Mérida, o qual dispõe que “cada Estado Parte também considerará, em conformidade com os princípios fundamentais de sua legislação interna, a possibilidade de estabelecer medidas e

9 RAGUÉS I VALLÈS, Ramon. *Whistleblowing: Una aproximación desde el Derecho Penal*. Madrid: Marcial Pons, 2013, p. 21.

10 PRADO, Rodolfo Macedo do. *Clawback, Corrupção Privada e as Novas Medidas Contra a Corrupção*. Disponível em <https://consultorpenal.com.br/clawback-corrupcao-privada-e-as-novas-medidas-contra-a-corrupcao/>. Acesso em 15/04/2019 às 19h12min.

sistemas para facilitar que os funcionários públicos denunciem todo ato de corrupção às autoridades competentes quando tenham conhecimento deles no exercício de suas funções”.

A raiz histórica do *whistleblowing* data do ano de 695 d.C., no qual o Rei anglo-saxão Withred, de Kent, resolveu premiar quem denunciasse o trabalho ilegal durante o sábado sabático¹¹. Contudo, foi nos EUA que o instituto ganhou seus contornos modernos, destinado a garantir que qualquer cidadão possa denunciar ilícitos criminais, administrativos e/ou cíveis, em troca de um amplo e efetivo sistema de garantias.

A legislação americana ainda dispõe que, quando, em razão da denúncia, se recuperarem verbas desviadas ou bens ilicitamente adquiridos, a recompensa deve variar de no mínimo 15% (quinze por cento) até o máximo 30% (trinta por cento) do valor recuperado, cujo critério de fixação deve ser a robustez do conjunto probatório apresentado pelo denunciante. É dizer: quanto menos trabalho o Estado tem com a investigação em razão da concretude da denúncia, maior a recompensa.

Não à toa, os principais atos/leis/regulamentos do *whistleblowing* ao redor do mundo estão nos países da *commonwealth*, colonizados pela Inglaterra, como o *Whistleblower Protection Act* (EUA), o *The Public Interest Disclosure Act* (da própria Inglaterra), o *Public Servants Disclosure Protection Act* (Canadá) e o *Public Service Code of Conduct* (Austrália).

Quando o *whistleblowing* é devidamente regulamentado, sua eficácia é inegável. Entende-se desta forma quando a legislação cumprir – ao menos em grande parte e em atenção à cada ordem constitucional – os requisitos da “espinha dorsal” elencados pela ONG Transparência Internacional, a saber: (a) *protection against retribution* – previsão expressa de proteção contra retaliações, como demissão, rebaixamento de posto, transferência, etc; (b) *incentivise internal reporting and whistleblower complains authority* – estimular a criação de sistemas e órgãos, tanto no setor público quanto no privado, para receber as denúncias; (c) *rewards systems* – previsão de recompensas e como serão oferecidas e pagas; (d) *protection of identity* – proteção da identidade do denunciante; (e) *reversed burden of proof* – inversão do ônus da prova na comprovação da denúncia; (f) *waiver of liability* – imunidade civil, penal e

11 PRADO, Rodolfo Macedo do. *Whistleblowing como ferramenta de combate à corrupção*. Disponível em <https://consultorpenal.com.br/whistleblowing-como-instrumento-de-combate-a-corrupcao/>. Acesso em 15/04/2019 às 19h30min.

administrativa para o denunciante de boa-fé; (g) *penalty for retaliation and interference* – previsão de punição àquele que fizer retaliações ou tentar interferir no trabalho ou na denúncia; (h) *no sanctions for misguided reporting* – ausência de sanções na hipótese de denúncias equivocadas, se fundadas em erro honesto; e, (i) *no circumvention* – invalidação de regras particulares que obstruam os efeitos da legislação denunciante.

Nos EUA, país que possui o *whistleblowing* implementado há pouco mais de 150 anos, foram recuperados, somente nos casos federais, a partir de informações trazidas por *whistleblowers*, mais de US\$ 59 bilhões desviados apenas nos últimos 30 anos pelo *Department of Justice*¹².

Além disso, um estudo da *Association of Certified Fraud Examiners* (ACFE), cuja pesquisa abordou quase 3.000 casos de fraudes, tanto no setor privado quanto no público, indicou que, com a “dica do *whistleblower*”, não só 40% dos esquemas fraudulentos foram descobertos, como também, em média, tal descoberta se deu em até 18 meses, com o prejuízo médio de US\$ 126.000,00. Já por meio da investigação comum, sem essa dica, o prazo médio de descoberta é de 24 meses, com prejuízo médio de US\$ 935.000,00.

Comprovando tal estimativa, Harry Markopolos, um ex-executivo de fundo de investimento que denunciou o maior esquema Ponzi da história, gerido por Bernard Madoff, quando ouvido pelo Subcomitê de Mercados de Capitais e Seguros da Câmara dos Deputados dos EUA, afirmou que suas primeiras denúncias aportaram às autoridades quando o esquema geria entre 3 e 7 bilhões de dólares. Ninguém deu ouvidos. 1 ano depois, quando os valores já ultrapassavam a marca de 13 a 20 bilhões de dólares, ele novamente apresentou denúncias. Sem sucesso. 4 anos após, com o esquema atingindo 30 bilhões de dólares, novas denúncias. Sem investigação. Mais 4 anos, quando finalmente os primeiros investigadores resolveram levar em consideração tudo o que Markopolos havia apresentado de evidências, com uma fraude superior a 50 bilhões de dólares, é que o esquema chegou ao fim com a prisão de Madoff¹³.

Entretanto, mesmo com todos estes benefícios, o Brasil não possui regulamentação do *whistleblowing*, embora a possuísse em seu período colonial¹⁴.

12 Relatório disponível em https://www.justice.gov/civil/page/file/1080696/download?utm_medium=email&utm_source=govdelivery. Acesso em 15/04/2019 às 19h37min.

13 PRADO, Rodolfo Macedo. *5 motivos pelos quais o whistleblowing deveria ser implantado no Brasil*. Disponível em <https://consultorpenal.com.br/5-motivos-whistleblowing-brasil/>. Acesso em 15/04/2019 às 19h40min.

14 Quando era colônia de Portugal, o Brasil foi regido por três principais ordenamentos jurídicos, quais sejam as Ordenações Afonsinas (1446-1521), Manuelinas (1521-1603) e Filipinas (1603-1822). Es-

E, ainda, por mais que não sejam noticiados de forma precisa, há célebres casos que envolvem corrupção, fraudes e ilícitos administrativos que só vieram à tona graças ao trabalho de *whistleblowers* no Brasil.

O primeiro caso que se destaca é um desdobramento da “Operação Lava Jato”, a denominada “Operação Pedra no Caminho”, que investiga superfaturamento nas obras do Rodoanel de São Paulo, cujos valores podem ultrapassar a casa de R\$ 1 bilhão. Toda a operação foi iniciada por meio de denúncia de um ex-funcionário da Dersa, empresa responsável pela obra, que compareceu espontaneamente às autoridades e apresentou vasta documentação e relatos que permitiram à Polícia Federal deflagrar a Operação e seguir com as investigações, que atingem ex-Governadores, ex-Senadores, entre outros políticos e empresários¹⁵.

O segundo caso que se destaca é o que ficou conhecido como o “Cartel dos Trens de São Paulo”, que envolvia diversas empresas concorrentes para ampliação do metrô da cidade de São Paulo, mas que teriam, segundo a denúncia, dividido os trechos a serem licitados e os valores entre elas, com pagamento de propina a agentes públicos.

Toda a operação foi iniciada a partir de um funcionário da empresa Siemens, que primeiro encaminhou a denúncia ao *ombudsman* da empresa na Europa, a qual resolveu firmar acordos de colaboração premiada e de leniência com as autoridades competentes no Brasil, dando início às operações da Polícia Federal¹⁶.

O terceiro caso trata-se da denúncia envolvendo a cúpula do departamento de Cardiologia do Hospital Albert Einstein, cujos médicos estariam recebendo pagamentos indevidos para beneficiar determinados fornecedores de equipamentos e próteses cardiológicas. A denúncia foi realizada por pacientes, familiares e alguns funcionários, os quais levaram ao conhecimento das autoridades correccionais internas, que só então descobriram a fraude¹⁷.

pecialmente nas duas últimas, o whistleblowing foi, de certa forma, disciplinado e aplicável na então próspera colônia. O Livro V, Título LVI, das Ordenações Manuelinas, previa que, caso um “Oficial do Rei” (como juizes e desembargadores) recebesse alguma dádiva ou presente que, junto com ele, viesse requerimento de algum despacho, perderia o ofício e ainda pagaria multa equivalente a 20 vezes o valor da dádiva, sendo metade destinada ao acusador, metade para o Reino. A disposição permaneceu no Livro V, Título LXXI, das Ordenações Filipinas.

15 Disponível em <https://www.valor.com.br/politica/5611073/superfaturamento-no-rodoanel-pode-somar-r-600-milhoes-diz-mpf>. Acesso em 21/03/2019 às 16h02min.

16 Disponível em <https://apublica.org/2013/08/reporter-desacobriu-whistleblower-da-siemens/>. Acesso em 21/03/2019 às 16h06min.

17 Disponível em <https://www1.folha.uol.com.br/cotidiano/2016/09/1812723-cupula-da-cardiologia-do-einstein-cai-por-suposto-elo-com-fornecedor.shtml>. Acesso em 25/03/2019 às 19h46min.

Por fim, cabe destacar que inúmeros *whistleblowers* brasileiros também têm ajudado a SEC (*U.S. Securities and Exchange Commission*), agência norte-americana responsável por fiscalizar o mercado financeiro, com informações acerca de fraudes e ilícitos neste nicho, conforme Relatório Anual para o Congresso de 2018 da própria instituição¹⁸.

É dizer: o *whistleblowing* já ocorre no Brasil, mas os informantes não possuem amparo legal para que sejam conferidas garantias a eles, tampouco há previsão de recompensa pelo auxílio prestado às autoridades, 2 pilares principais do instituto e que, sem eles, a eficácia diminui sensivelmente.

Fato é que, em regimes democráticos, uma das atividades sociais mais importantes consiste em desenvolver formas e instrumentos de *accountability*, isto é, processos de avaliação e responsabilização permanente dos agentes públicos que permitam aos cidadãos controlar o exercício do poder concedido aos seus representantes e aos servidores públicos em geral¹⁹.

O *whistleblowing*, entendido como uma forma de participação ativa do cidadão no controle do exercício do poder público, também se inclui na denominada coprodução desse controle. Resta saber, então, se é eficiente economicamente o pagamento de recompensas àqueles que oferecem informações relevantes para a elucidação de crimes.

3. A EFICIÊNCIA DO WHISTLEBLOWING E A INEFICIÊNCIA DA ATUAL POLÍTICA DE COMBATE À CORRUPÇÃO SOB O PRISMA DA ANÁLISE ECONÔMICA DO DIREITO

Cesare Beccaria já dizia, em célebre obra publicada no Século XVIII, que “o homem instruído, acostumado a percorrer e a comparar rapidamente um grande número de ideias e de sentimentos opostos, tira do contraste um resultado que constitui a base de sua conduta, desde então menos incerta e menos perigosa”²⁰.

A propósito, a racionalidade dos agentes ainda representa um pressuposto elementar da Teoria Econômica do Crime. Hodiernamente, fala-se na teoria das escolhas racionais. Transposta essa teoria para o âmbito do Direito

18 Disponível em <https://www.sec.gov/sec-2018-annual-report-whistleblower-program.pdf>. Acesso em 21/03/2019 às 16h12min.

19 SCHOMMER, Paula Chies; et alii. *A coprodução do controle como bem público essencial à accountability*. Disponível em http://www.anpad.org.br/admin/pdf/2012_APB556.pdf. Acesso em 15/04/2019 às 19h34min.

20 BECCARIA, Cesare. *Dos delitos e das penas*. p. 111.

Penal, concebem-se os crimes como atividades econômicas quaisquer – trata-se, exatamente por isso, de um pensamento amoral, isto é, desprovido de juízos morais – e as penas como preços. Ainda se afirma que o agente, ao ponderar suas escolhas quanto ao cometimento de algum crime, leva em conta a punição esperada, isto é, a pena legalmente cominada à conduta multiplicada pela probabilidade de que essa punição seja efetivamente imposta. Diante disso, a Teoria Econômica do Crime prega que se o agente, ponderando custos e benefícios, considerar que a relação lhe é benéfica, ele praticará a conduta em questão – é essa, pelo menos, a escolha racional²¹.

Gary Becker teorizou que tal decisão é baseada em uma equação matemática em que se multiplica a sanção (pena estabelecida em Lei) pela probabilidade de ser efetivamente descoberto (ou probabilidade de imposição da sanção), sendo o resultado a punição esperada²². É dizer: quanto menor a probabilidade de ser descoberto, menor será a punição esperada, sendo benéfica a prática do ilícito por parte desse agente racional. Por outro lado, só o aumento da sanção, como se debruçam boa parte das propostas de combate à corrupção, mas mantendo baixo o índice de “descobrimento” dos esquemas criminosos, não traz um efeito prático concreto de combate ao crime.

É nesse espaço, de aumento da probabilidade de descoberta do crime, que entra o *whistleblowing*, especialmente pela aplicação de duas teorias econômicas: a alocação do tempo e a Primeira Lei da Dissuasão.

A teoria econômica da alocação do tempo determina que o agente econômico dispõe de uma unidade de tempo e deve decidir como distribuí-la nas três atividades básicas de trabalho (*h*), lazer (*l*) e controle social (*t*). A atividade de trabalho proporciona renda que, por sua vez, permite o consumo privado do agente. O lazer não proporciona renda; no entanto, o tempo dedicado a essa atividade gera satisfação ao agente. Finalmente, o tempo dedicado ao controle social pode contribuir para que os recursos desviados sejam recuperados, e essa recuperação tem dois efeitos positivos sobre a utilidade do agente. Em primeiro lugar, permite consumo de maior quantidade de bens públicos providos pelo Estado. Em segundo lugar, lhe

21 CARDOSO, Luiz Eduardo Dias. *A Teoria Econômica do Crime: uma breve introdução*. Disponível em <https://consultorpenal.com.br/a-teoria-economica-do-crime-uma-breve-introducao/>. Acesso em 16/04/2019 às 16h19min.

22 BECKER, Gary S. *Crime and punishment: an economic approach*. Journal of Political Economy, v. 76, n. 2, p. 169-217, 1968.

causa direta satisfação por ter contribuído com o esforço de controle social, sua “satisfação cívica”²³.

Nesse modelo, o tempo e o esforço dedicados pelo cidadão ao controle da corrupção competem com suas outras atividades, em particular o trabalho, que lhe gera renda, e o lazer, que lhe gera felicidade. Em outras palavras, para dedicar-se ao controle da corrupção, o cidadão deve abrir mão do tempo de trabalho, reduzindo sua renda, ou do tempo dedicado ao lazer. Sem dúvida, ele será beneficiado indiretamente por sua ação, pelo benefício que será gerado para a sociedade como um todo, pelo uso apropriado do recurso público recuperado. No entanto, esse último benefício é diluído por toda a sociedade, enquanto a perda, seja em termos de horas de trabalho, seja de lazer, é exclusivamente sua. Por essa razão, o envolvimento social espontâneo tende a ser muito reduzido, ficando muito aquém do que seria ótimo para a sociedade²⁴.

É justamente neste aspecto – o de incentivar um maior envolvimento social – que o *whistleblowing* tem lugar, permitindo um equilíbrio maior entre os instrumentos de combate à corrupção e a prática do crime em si. A eficiência está justamente na possibilidade de a Lei prever um instituto que, no lugar de dissuadir o criminoso, incentiva os cidadãos praticarem atos cívicos (neste caso as denúncias). No jargão econômico, a política criminal coordena os cidadãos para alcançar o equilíbrio entre pouca criminalidade e prática de cidadania²⁵.

Por seu turno, a Primeira Lei da Dissuasão é corolário da Lei da Oferta, mais especialmente, em sua aplicação, à elasticidade-preço da oferta, ou seja, de que forma a oferta reage a um aumento no preço. Aplicada ao Direito Penal, seria a ideia do como a taxa de cometimento de determinado crime responde a um aumento na expectativa do agente em ser punido.

Quando a “oferta do crime” é elástica, a política criminal pode diminuir significativamente o cometimento do crime apenas aumentando a expectativa de punição. Já no que tange à “oferta do crime” inelástica, outros fatores influenciarão, como escolaridade, desemprego, configuração familiar, entre outros.

23 BECKER, Gary S. *A theory of the allocation of time*. The Economic Journal, v. 75, p. 493, set. 1965.

24 BUGARIN, Maurício S.; VIEIRA, Laércio M. *Benefit sharing: an incentive mechanism for social control of government expenditure*. Quarterly Review of Economics and Finance, v. 48, n. 4, p. 675, 2008.

25 COOTER, Robert; ULEN, Thomas. *Law and Economics*. Boston: The Addison-Wesley series in economics, 2007.

Os denominados “crimes de colarinho branco” são naturalmente elásticos, uma vez que os agentes que os cometem normalmente possuem boa instrução e tem meios financeiros de viver sem a prática do ilícito. Já os “crimes comuns”, tais como furto, roubo e tráfico de drogas são naturalmente inelásticos.

É neste ponto que o *whistleblowing* tem grande função, já que aumenta significativamente o descobrimento dos esquemas criminosos, especialmente os que envolvem corrupção. Todos os terceiros no entorno do criminoso tornam-se *whistleblower*, todo o fluxo de informação agora é passível de se tornar prova nas mãos de alguém que sinta o dever cívico de reportar e que saiba que há garantias e recompensa financeira no final de tudo.

Desta forma, aplicando-se a função de Gary Becker, o *whistleblowing* tem mostrado significantes resultados e aumenta significativamente a taxa de descobrimento do crime, aumentando, por conseguinte, a punição esperada, dissuadindo o agente.

4. CONCLUSÃO

O mero aumento de pena do crime de corrupção é inócuo, já que a taxa de descoberta destes crimes é baixa, o que leva à consequência de ser considerada de baixo risco para o agente racional. Com o *whistleblowing*, porém, esta taxa aumenta consideravelmente, descobrindo os esquemas criminosos mais cedo, causando menos prejuízo ao erário público e tornando os cidadãos que nada tem a ver com os ilícitos em potenciais *whistleblowers*. Assim, o mito do aumento de pena como solução final para a corrupção é derruído a partir da experiência mundial com o *whistleblowing*, sonogado nos últimos 200 anos no Brasil.

A JUSTA CAUSA PARA EXCEPCIONAR A INVIOABILIDADE DO DOMICÍLIO NOS CASOS DE FLAGRANTE DELITO SOB A ÓTICA DO STF E DO STJ

William Shinzato¹

1. A GARANTIA DA INVIOABILIDADE DOMICILIAR DIANTE DA OCORRÊNCIA DE FLAGRANTE DELITO

No presente artigo destacamos o direito material previsto no art. 5º, inciso XI, da CF/88, que prevê a inviolabilidade do domicílio: “a casa é asilo inviolável do indivíduo, ninguém nela podendo penetrar sem consentimento do morador, salvo em caso de flagrante delito ou desastre, ou para prestar socorro, ou, durante o dia, por determinação judicial”. Trata-se de direito fundamental vinculado à proteção da vida privada e ao direito à intimidade, que pode ser excepcionado nos casos em que há: 1º) flagrante delito; 2º) desastre; 3º) necessidade de prestar socorro; e, 4º) durante o dia, por determinação judicial.

Assim, é evidente que na hipótese de agentes policiais presenciarem a ocorrência de crime no interior de residência a entrada para cessá-lo é permitida, sem que, neste caso, ocorra ofensa à inviolabilidade do domicílio.

No processo penal, o direito à inviolabilidade do domicílio possui fundamental importância no campo probatório, já que a excepcionalidade decorrente do “flagrante delito” gera muitos questionamentos que podem levar à ilicitude da prova.

A Constituição Federal de 1988 expressamente prevê como “*inadmissíveis, no processo, as provas obtidas por meios ilícitos*”(art. 5º, inciso LVI). Já o art. 157 do Código de Processo Penal estabelece que “*São inadmissíveis, devendo ser desentranhadas do processo, as provas ilícitas, assim entendidas as obtidas em*

¹ Advogado. Pós-graduando em Direito Penal e Processo Penal pela ABDCConst. Pós-graduando em Direito Digital e Compliance pelo Complexo de Ensino Damásio Educacional. Bacharel em Direito pela UNIVALI. Vice-Presidente da Comissão de Assuntos Prisionais da OAB/SC. Membro da Comissão de Propostas e Acompanhamento de Legislação Penal da AACRIMESC.

violação a normas constitucionais ou legais”.

Logo, havendo ofensa ao direito à inviolabilidade domiciliar na colheita da prova no processo penal, estar-se-á diante de prova ilícita.

O problema é que passou a ser sobremaneira comum nas comunidades carentes a invasão domiciliar a pretexto da ocorrência de flagrante delito, principalmente por tráfico de drogas.

Não há no âmbito normativo a previsão dos requisitos ou condições a serem observados para minimizar o risco de abusos policiais em buscas domiciliares derivadas de suposta ocorrência de crime. Assim restou à jurisprudência a tarefa de estabelecer quais as condições fáticas que permitem a entrada da polícia no domicílio em que há a suspeita da ocorrência de flagrante delito.

Isso porque em muitos casos não se tem uma situação clara a respeito da ocorrência de crime, principalmente no caso de tráfico de drogas. No Brasil são inúmeros os casos em que a mera denúncia a respeito do tráfico de drogas foi a justificativa para o ingresso policial na residência. Duas são as questões sobre o tema: 1º) a suspeita da ocorrência de crime permite o ingresso policial no domicílio alheio?; 2º) no caso de crime permanente, como a maioria das condutas que configuram o tráfico de drogas, a constatação do crime no interior da residência validaria a invasão policial, bem como a prova dela decorrente?

Até o julgamento do RE 603.616/RO em 5-11-2015 pelo Plenário do Supremo Tribunal Federal, a questão da existência da suspeita era absolutamente indiferente caso no interior da residência se constatasse a ocorrência de crime, como a apreensão de drogas e armas, conforme se denota do seguinte julgado (que representa a jurisprudência amplamente dominante até então): *“Cuidando-se de crime de natureza permanente, a prisão do traficante, em sua residência, durante o período noturno, não constitui prova ilícita. Desnecessidade de prévio mandado de busca e apreensão”*². Ou seja, a constatação posterior do crime validaria a prova decorrente de uma invasão policial mesmo que não houvesse a demonstração de que previamente havia a suspeita desse crime. Não é difícil notar que a garantia da inviolabilidade do domicílio diante da ocorrência de flagrante delito era esvaziada diante dessa posição.

2 BRASIL. STF. HC 84772, Rel. Min. Ellen Gracie, Segunda Turma, Dje 12-11-2004.

2 A NOVA POSIÇÃO DO STF NO RE 603.616/RO

A grande alteração jurisprudencial se deu após o Plenário do Supremo Tribunal Federal, por ocasião do julgamento do RE 603.616/RO em 5-11-2015 (Rel. Ministro Gilmar Mendes), com repercussão geral previamente reconhecida, assentar que a *“entrada forçada em domicílio, sem uma justificativa prévia conforme o direito, é arbitrária. Não será a constatação de situação de flagrância, posterior ao ingresso, que justificará a medida. Os agentes estatais devem demonstrar que havia elementos mínimos a caracterizar fundadas razões (justa causa) para a medida”*³. Ressalta-se alguns pontos do acórdão.

O seu início registra a jurisprudência dominante até então, segundo a qual a mera constatação de que no interior do domicílio havia a ocorrência de crime seria suficiente para justificar o seu ingresso, independentemente dos motivos anteriores ao ato, veja-se: *“A jurisprudência atual do Supremo Tribunal Federal afirma sem ressalvas que as autoridades podem ingressar em domicílio, sem a autorização de seu dono, em hipóteses de flagrante delito de crime permanente. Pretendo demonstrar que essa tese esvazia a inviolabilidade domiciliar, contrariando a interpretação sistemática da própria Constituição e tratados de direitos humanos dos quais o país é signatário. Por isso, proporei evolução do entendimento”*⁴.

A imposição de limites na invasão domiciliar por policiais em razão de flagrante delito ocorreu em razão de que *“as comunidades em situação de vulnerabilidade social são especialmente suscetíveis a serem vítimas de ingerências arbitrárias em domicílios”*⁵. O Ministro Ricardo Lewandowski consignou em seu voto que *“A minha preocupação é que, se não colocarmos alguma limitação ou alguma responsabilização, sabemos como as coisas acontecem na vida real. A Polícia invade, arrebenta, sobretudo, com casas mais humildes, e depois dá uma justificativa qualquer, a posteriori, de forma oral, na delegacia de polícia”*⁶. Por isso se chegou à evidente conclusão de que, sem mandado, o ingresso domiciliar motivado pela possível ocorrência de flagrante delito necessita de controle.

Isso porque, segundo o Relator do acórdão, *“Considerado o entendimento atual, o policial ingressará na casa sem a certeza de que a situação de flagrante*

3 BRASIL. STF. RE 603616, Rel. Min. Gilmar Mendes, Tribunal Pleno, Dje 10-5-2016. (p. 2 do acórdão).

4 BRASIL. STF. RE 603616, Rel. Min. Gilmar Mendes, Tribunal Pleno, Dje 10-5-2016. (p. 7 do acórdão).

5 BRASIL. STF. RE 603616, Rel. Min. Gilmar Mendes, Tribunal Pleno, Dje 10-5-2016. (p. 16 do acórdão).

6 BRASIL. STF. RE 603616, Rel. Min. Gilmar Mendes, Tribunal Pleno, Dje 10-5-2016. (p. 29 do acórdão).

delito, de fato, ocorre. Se concretizar a prisão, poderá dar seu dever por cumprido. Em caso contrário, terá, ao menos em tese, incorrido no crime de violação de domicílio, majorado pela sua qualidade de funcionário público, agindo fora dos casos legais – art. 150, §2º, do CP”, de modo que tal situação dá ao policial um perigoso incentivo.

No referido julgado, invoca-se expressamente o modelo probatório das *“fundadas razões”*, para que se possa ter a possibilidade do exercício do contraditório em relação à suficiência e razões dos fatos que justificaram a busca domiciliar, abrindo-se espaço para a formação de jurisprudência acerca dos limites da atuação policial.

Em resumo: antes do julgamento do RE 603.616/RO a jurisprudência amplamente dominante era de que o simples fato de ser constatado, após o ingresso, crime no interior de domicílio era suficiente para caracterizar a excepcionalidade apta a afastar sua inviolabilidade, independentemente dos motivos que o ensejaram. Ou seja, não havia qualquer possibilidade do exercício do contraditório e da ampla defesa a respeito da legalidade do ingresso policial. Após o referido julgado, o STF alterou o entendimento para considerar que a legalidade da invasão domiciliar pela polícia depende da prévia existência de *“fundadas suspeitas”* ou *“justa causa”*.

O referido julgado consignou que o modelo probatório a ser seguido para avaliar a ocorrência de justa causa é o mesmo previsto no art. 240, §1º, do Código de Processo Penal, que prevê a necessidade de fundadas razões como requisito da busca domiciliar. O problema é que o termo possui larga margem de interpretação. De se registrar que expressamente o STF considerou que: 1º) informações de inteligência policial; 2º) denúncias anônimas; 3º) afirmações de *“informantes policiais”*, por não possuírem força probatória em juízo (já que são meras suposições) não servem para demonstrar a justa causa. Essa é a posição do Supremo Tribunal Federal.

3. A POSIÇÃO DO STJ APÓS A DECISÃO PROFERIDA NO RE 603.616/RO

O Superior Tribunal de Justiça então foi mais a fundo no tema por ocasião do julgamento do Resp n. 1574681⁸, extraindo-se do voto condutor, o

7 BRASIL. STF. RE 603616, Rel. Min. Gilmar Mendes, Tribunal Pleno, Dje 10-5-2016. (p. 18 do acórdão).

8 BRASIL. STJ. Resp n. 1574681, Rel. Ministro Rogerio Schietti Cruz, Sexta Turma, julgado em 20/04/2017, Dje 30/05/2017.

seguinte excerto: *“Assim, ao menos que se possa inferir, de fatores outros que não a mera fuga ante a iminente abordagem policial, que o evasor esteja praticando crime de tráfico de drogas, ou outro de caráter permanente, no interior da residência onde se homiziou, não haverá razão séria para a mitigação da inviolabilidade do domicílio, ainda que haja posterior descoberta e apreensão de drogas no interior da residência – circunstância que se mostrará meramente acidental –, sob pena de esvaziar-se essa franquia constitucional da mais alta importância”*.

Nota-se, do referido julgado, que a fuga do suspeito, mesmo que esteja em local conhecido como ponto de tráfico de drogas, não se constitui em fundada razão para a invasão domiciliar. Segundo se extrai desse julgado, *“a intuição acerca de eventual traficância praticada pelo recorrido, o que, embora pudesse autorizar abordagem policial, em via pública, para averiguação, não configurou, por si só, ‘fundadas razões’ a autorizar o ingresso em seu domicílio, sem o seu consentimento e sem determinação judicial”*.

A partir desse julgado, o STJ considerou que variadas situações não constituem justa causa para permitir o ingresso forçado pela polícia em decorrência de flagrante delito, dos quais se destacam as seguintes: 1) denúncia anônima⁹; 2) denúncia anônima aliada ao fato do suspeito ingressar rapidamente na residência ao avistar a polícia¹⁰; 3) observação policial de suspeito sair da casa e realizar uma possível transação de drogas e em seguida ser abordada com dinheiro, aliado ao fato de uma pessoa correr para o interior do imóvel ao perceber a presença policial¹¹; 4) vagas suspeitas da prática do crime de tráfico de drogas¹²; 5) informações de inteligência policial¹³.

Por outro lado, são situações que permitem o ingresso da polícia: 1) a existência de um conjunto de fatores tais como, denúncia anônima e relato de usuário de que a casa seja ponto de tráfico de drogas, aliada ao fato de pessoas portando armas tentarem se evadir para a residência¹⁴; 2) movimentação de

9 BRASIL. STJ. HC 489.541/SP, Rel. Ministro Nefi Cordeiro, Sexta Turma, julgado em 21/05/2019, Dje 04/06/2019; RHC 105.138/MS, Rel. Ministro Nefi Cordeiro, Sexta Turma, julgado em 26/03/2019, Dje 10/04/2019; HC 424.997/BA, Rel. Ministro Nefi Cordeiro, Sexta Turma, julgado em 02/10/2018, Dje 16/10/2018; HC 442.363/RJ, Rel. Ministro Reynaldo Soares Da Fonseca, Quinta Turma, julgado em 02/08/2018, Dje 05/09/2018.

10 BRASIL. STJ. AgRg no AREsp 1466216/RS, Rel. Ministro Reynaldo Soares da Fonseca, Quinta Turma, julgado em 16/05/2019, Dje 27/05/2019.

11 BRASIL. STJ. REsp 1558004/RS, Rel. Ministro Rogerio Schietti Cruz, Sexta Turma, julgado em 22/08/2017, Dje 31/08/2017.

12 BRASIL. STJ. REsp 1498685/RJ, Rel. Ministro Rogerio Schietti Cruz, Sexta Turma, julgado em 02/10/2018, Dje 16/10/2018.

13 BRASIL. STJ. HC 496.420/SP, Rel. Min. Laurita Vaz, Sexta Turma, Dje 11/06/2019.

14 BRASIL. STJ. HC 500.101/RS, Rel. Ministro Reynaldo Soares Da Fonseca, Quinta Turma, julgado em 11/06/2019, Dje 27/06/2019.

usuários entrando e saindo da casa¹⁵; 3) campana anterior, com a apreensão de drogas em revista pessoal do suposto usuário¹⁶.

Nota-se que o Superior Tribunal de Justiça considera que denúncias anônimas e fuga do suspeito não são circunstâncias que caracterizem a “fundada suspeita” apta a permitir a invasão domiciliar pela polícia.

Por outro lado, a situação na qual é visualizada por policiais possível transação de drogas há certa divergência, considerando que a Sexta Turma decidiu pela ilegalidade do ingresso policial na residência em que estava suspeita de ter comercializado drogas com um casal e que ainda fora apreendida com dinheiro¹⁷, enquanto a Quinta Turma entendeu que a movimentação de possíveis usuários entrando e saindo da residência permitiria o ingresso da polícia¹⁸.

De qualquer forma, o que o STJ exige para a configuração de justa causa apta a excepcionar a inviolabilidade do domicílio é a “existência de fatos ou de circunstâncias que permitam qualquer pessoa acreditar ou ao menos suspeitar, com base em elementos concretos, que um crime esteja ocorrendo no interior do domicílio”¹⁹.

Sobre a comum prática de policiais alegarem em juízo, para justificar o ingresso domiciliar, que houve o consentimento do morador, há dois julgados do STJ²⁰ que sugerem a aplicação do entendimento do Tribunal Supremo espanhol, que registra os requisitos que devem ser considerados para analisar o consentimento autorizado de ingresso no domicílio: “a) *Outorga por pessoa capaz, maior de idade e no exercício de seus direitos*; b) *Outorga consciente e livre, a qual requer: b1) que não esteja invalidada por erro, violência ou intimidação de qualquer modo; b2) que não seja condicionada a alguma circunstância periférica, como promessas de qualquer atuação policial; b3) que se o consentimento for de pessoa que estiver presa/conduzida, não pode validamente prestar o consentimento se não tiver antes a assistência de um defensor, do que constará da diligência*

15 BRASIL. STJ.RHC 99.427/SC, Rel. Ministro Reynaldo Soares Da Fonseca, Quinta Turma, julgado em 07/08/2018, DJe 15/08/2018.

16 BRASIL. STJ.HC 451.528/SC, Rel. Ministro Reynaldo Soares da Fonseca, Quinta Turma, julgado em 07/08/2018, DJe 15/08/2018.

17 BRASIL. STJ.REsp 1558004/RS, Rel. Ministro Rogerio Schietti Cruz, Sexta Turma, julgado em 22/08/2017, DJe 31/08/2017.

18 BRASIL. STJ.RHC 99.427/SC, Rel. Ministro Reynaldo Soares Da Fonseca, Quinta Turma, julgado em 07/08/2018, DJe 15/08/2018.

19 BRASIL. STJ.Resp n. 1574681. Rel. Ministro Rogerio Schietti Cruz, Sexta Turma, julgado em 20/04/2017, DJe 30/05/2017.

20 BRASIL. STJ.Resp n. 1574681. Rel. Ministro Rogerio Schietti Cruz, Sexta Turma, julgado em 20/04/2017, DJe 30/05/2017 e REsp 1558004/RS, Rel. Ministro Rogerio Schietti Cruz, Sexta Turma, julgado em 22/08/2017, DJe 31/08/2017.

policial (STS 2-12-1998). Isso porque se a assistência de defensor é necessária para que o conduzido preste declarações, dado o prejuízo aos seus direitos, o consentimento também o será, dada a “intimidação ambiental” ou “a coação que a presença dos agentes da atividade representa” (STS. 831/2000); c) Pode ser prestada oral ou por escrito, porém sempre vertida documentalmente; d) Deve ser outorgada expressamente, não servindo o silêncio como consentimento tácito, em face do princípio in dubio pro libertate (SS. 7.3 y 18.12.97 e S. 23.1.98). [...]; e) Deve ser outorgado pelo titular do domicílio. A relação jurídica entre o titular do direito e sua salvaguarda deve prevalecer, não sendo necessária a propriedade. Em caso de várias pessoas terem seu domicílio no mesmo lugar, não é necessário o consentimento de todos, bastando a anuência de um dos cotitulares, desde que não tenha interesses contrapostos (STS. 779/2006); f) O consentimento deve ser outorgado para um caso concreto, sem que seja usado para fins distintos, ou seja, vigora a especialidade da busca (STS, sentença de 6 de junho de 2001); g) São dispensadas as formalidades exigidas no art. 569 da Ley de Enjuiciamiento Criminal (CPP da Espanha)”.

O próprio Ministro Rogerio Schietti Cruz, naqueles julgados, consignou que “*Esses requisitos, evidentemente, não têm sido nem sequer ventilados pela jurisprudência pátria, muito menos por leis de nosso país ou, ainda, por regramentos administrativos, mas refletem uma orientação que poderia ser adotada, na medida do possível, com vistas a minimizar a praxe, tão comum em comunidades de baixa renda, em que casas são ocasionalmente invadidas sem o amparo do Direito*”. De qualquer forma, a proposta do Ministro é a semente para que a jurisprudência aperfeiçoe ainda mais a limitação do Poder Estatal em excepcionar a garantia da inviolabilidade domiciliar.

4. AS FUNDADAS RAZÕES QUE PERMITEM EXCEPCIONAR A INVIOABILIDADE DOMICILIAR

Ainda que o entendimento dos Tribunais Superiores não tenha especificado o alcance do requisito das “fundadas razões” aptas a permitir o ingresso policial em residência, é certo que impôs certa limitação que fortalece o direito previsto no art. 5º, XI, da CF/88 ao se exigir a demonstração da situação concreta anterior que motivou à ação policial. Ocorre que ainda é necessário aprofundar o conceito de “fundadas razões”, para aumentar a segurança jurídica, evitando-se decisões conflitantes.

Diante dos diversos julgados do STF e do STJ, tem-se que para que seja excepcionada a inviolabilidade domiciliar diante da possível ocorrência de flagrante delito é necessária a demonstração de que haviam “fundadas suspeitas” da prática de crime, que devem ser extraídas de elementos concretos.

É necessário registrar que o aspecto sociológico da vulnerabilidade social das comunidades em situação de risco e da praxe policial foi determinante para a viragem jurisprudencial. Contudo, a limitação imposta à atuação policial ainda não foi suficiente para alterar a realidade de abusos, principalmente em razão da mentalidade autoritária que impera nos agentes da segurança pública. Por isso, há a contínua necessidade de aperfeiçoamento da proteção do direito à inviolabilidade domiciliar.

Talvez a próxima etapa seja tornar mais objetivo os requisitos da busca domiciliar sem mandado, conceituando de forma específica as “fundadas razões” previstas no art. 240, §1º, do CPP. O Ministro Ricardo Lewandowski chegou a propor que a polícia devesse seguir a formalidade de justificar por escrito a excepcionalidade da invasão domiciliar, nos moldes previstos na Súmula Vinculante n. 11 do STF²¹.

A violação do domicílio é dos temas mais sensíveis em matéria criminal, mormente por atingir quase que exclusivamente as camadas mais pobres da população. Agrava o problema a condenação dos acusados pela mídia popular, que infelizmente exerce alguma influência em manifestações judiciais pelo Brasil afora, de modo que não é por acaso que o Poder Judiciário vem cada vez mais adotando uma postura punitiva, inclusive com a flexibilização de direitos e garantias fundamentais básicos, a exemplo do que ocorre com a presunção de inocência, sob a bandeira do combate à criminalidade. Esse modo de agir desvirtua a função de órgão imparcial e de garantidor da observância das regras legais, tornando o Judiciário braço do Poder Executivo de execução de políticas públicas (no caso a segurança pública).

O STJ delimitou que as fundadas razões devem estar lastreadas em dados objetivos. Nota-se que qualquer situação que não seja a informação concreta do próprio crime (como a visualização policial de uma transação de drogas, com a posterior abordagem do usuário e apreensão do material ilícito, ou a visualização de uma arma na posse do morador da casa) dificilmente se caracterizará como dado objetivo e concreto, tendo em vista que qualquer outra situação ficará a

21 BRASIL. STF. RE 603616, Rel. Min. Gilmar Mendes, Tribunal Pleno, Dje 10-5-2016. (ps. 30/35 do acórdão).

critério do tirocínio policial, com altíssima carga de subjetividade, o que exatamente se pretendeu afastar nas decisões analisadas. Além disso, para a polícia, qualquer ato no interior de uma comunidade dominada pelo tráfico de drogas pode ser motivo para a suspeita da ocorrência da prática de crime. Nota-se que a atuação da polícia brasileira é não só seletiva como absolutamente preconceituosa. Em todos os bolsões de pobreza há um verdadeiro etiquetamento social que torna todos os seus moradores potenciais criminosos aos olhos da polícia, que, por sua vez, seleciona esses indivíduos para mostrar para a “sociedade” que possuem um efetivo serviços de segurança.

Por isso, a interpretação das fundadas razões deve levar em consideração a aplicação da Constituição Federal de 1988, que, em seu inciso III do art. 1º, prevê que é fundamento do almejado Estado Democrático de Direito a dignidade da pessoa humana. De tão mal empregado esse termo – “dignidade da pessoa humana” – hoje não gera qualquer tipo de reação em quem a houve.

Esse fundamento/princípio/regra/direito/garantia possui duas facetas que devem refletir em todos os atos de Poder: uma obrigação de agir para que se faça o possível para garantir a dignidade da pessoa humana; e uma abstenção de se evitar, na medida do possível, colocar qualquer pessoa em situações em que a sua dignidade esteja em risco. Também deve considerar o art. 3º, incisos I e III, da Constituição Federal, que estabelece como objetivo da República a construção de uma sociedade justa, buscando-se a erradicação da pobreza e da marginalização, além da redução das desigualdades sociais. As invasões domiciliares atingem primordialmente a base da pirâmide social, composta pelos excluídos, indesejados, marginalizados, exatamente porque dessa situação surgem a maior parte dos crimes patrimoniais e o tráfico de drogas, com todas as suas consequências.

O Poder Judiciário tem duas opções: ou continua a legitimar a atuação da polícia da forma como age atualmente ou dá um basta para de forma progressiva e contínua impor uma alteração de comportamento de modo a tratar todas as pessoas de forma igualitária e respeitosa, principalmente frente ao direito à inviolabilidade domiciliar, sem que isso implique em demonstração de fraqueza frente ao necessário combate ao crime.

BEM JURÍDICO PENAL COMO FUNDAMENTO NECESSÁRIO PARA A CONSTRUÇÃO, INTERPRETAÇÃO E APLICAÇÃO DOS TIPOS PENAIIS

Bartira Macedo de Miranda²²

Júlia Faipher M. V. da Silva Dornelas²³

1. INTRODUÇÃO

O princípio da legalidade figura como o texto legal internacional mais importante da atualidade. Além da Constituição Federal que o traz em seu bojo no art. 5º, inciso XXXIX, e do art. 1º do Código Penal Brasileiro, a Declaração Universal dos Direitos Humanos aprovada pela Assembleia Geral das Nações Unidas, determina que “Ninguém poderá ser culpado por qualquer ação ou omissão que, no momento, não constituam delito perante o direito nacional ou internacional. Tampouco será imposta pena mais forte do que aquela que, no momento da prática, era aplicável ao ato delituoso”. Também o Pacto Internacional sobre Direitos civis e políticos e a Convenção Americana de Direitos Humanos, ou Pacto São José da Costa Rica, inspirados na Declaração Universal dos Direitos Humanos, consolidam esse princípio.

O Direito Penal pode ser concebido sob diferentes prismas, dependendo do sistema político por meio do qual o Estado soberano organiza as relações entre os indivíduos, e da forma com que exerce seu poder sobre eles. A Constituição do Brasil de 1988, ao lado do princípio republicano e da forma federativa de Estado, consagra a constituição do Estado Democrático

22 Bartira Macedo de Miranda é Doutora em História da Ciência, Professora e bolsista produtividade do Programa de Pós-Graduação em Direito e Políticas Públicas e Diretora da Faculdade de Direito da Universidade Federal de Goiás. Atualmente é Diretora da Faculdade de Direito da UFG e Conselheira Seccional da OAB-GO. E-mail para contato: bartiraufg@gmail.com.

23 Advogada criminalista. Pós-graduanda em Direito Penal e Direito Processual Penal pela UFG. Mestranda em Direito e Políticas Públicas pela UFG.

de Direito²⁴.

A legalidade é um dos princípios desse Estado, aparecendo como medida do direito, isto é, um meio de ordenação racional, vinculativamente prescritivo, de regras, formas e procedimentos que excluem o arbítrio e a prepotência. No âmbito penal significa dizer, em poucas palavras, que o exercício do poder de punir estatal deve se submeter ao império da lei ditada de acordo com as regras do consenso democrático. Dessa forma, o Direito Penal só pode ser posto a serviço dos interesses sociais, particularmente da “proteção de bens jurídicos fundamentais, para o alcance de uma justiça equitativa”.²⁵ Fora disso é autoritarismo.

Nessa esteira, tem sido predominante da doutrina brasileira o entendimento de que o Direito Penal é a Ciência Jurídica Dogmática que tem a missão de promover a defesa dos bens jurídicos considerados escassos e indisponíveis. Segundo Figueiredo Dias, “poderá definir-se bem jurídico como a expressão de um interesse, da pessoa ou da comunidade, na manutenção ou integridade de um certo estado, objeto ou bem em si mesmo socialmente relevante e por isso juridicamente reconhecido como valioso”.

O posicionamento de que a função do direito penal num Estado Democrático de Direito é a proteção subsidiária de bens jurídicos fundamentais nos permite deduzir os limites do poder punitivo estatal e nos auxilia na compreensão do significado e alcance dos princípios limitadores do *ius puniendi*²⁶.

Portanto, consideramos essencial a elucidação, ainda que de maneira sucinta, do conceito de bem jurídico para o Direito Penal antes de mergulhar na teoria do delito que, conforme Juarez Tavares, “só terá significado se estabelecer os critérios que possam servir para delimitar o poder punitivo do Estado, a partir da análise dos elementos das normas criminalizadoras em função da proteção do sujeito”²⁷.

24 BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de Direito Penal: parte geral, 1/* Cezar Roberto Bitencourt. – 19. ed. rev. ampl. e atual. – São Paulo: Saraiva, 2013. Pág. 42.

25 BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de Direito Penal: parte geral, 1/* Cezar Roberto Bitencourt. – 19. ed. rev. ampl. e atual. – São Paulo: Saraiva, 2013. Pág. 42.

26 BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de Direito Penal: parte geral, 1/* Cezar Roberto Bitencourt. – 19. ed. rev. ampl. e atual. – São Paulo: Saraiva, 2013. Pág. 43.

27 TAVARES, Juarez. *Teoria do Delito /* Juarez Tavares. – 1. ed. – São Paulo: Estúdio Editores.com, 2015. – (Coleção Para Entender Direito / organizadores Marcelo Semer, Marcio Sotelo Felipe).

2. EVOLUÇÃO HISTÓRICA DO CONCEITO DE BEM JURÍDICO PENAL

Conforme escólio doutrinário de Cezar Roberto Bitencourt, o conceito de bem jurídico, que desempenha uma “função essencial de crítica do Direito Penal”,²⁸ só aparece na história dogmática em princípios do século XIX:

Diante da concepção dos iluministas, que definiam o fato punível como lesão de direitos subjetivos, Feuerbach sentiu a necessidade de demonstrar que em todo preceito penal existe um direito subjetivo, do particular ou do Estado, como objeto de proteção. Binding, por sua vez, apresentou a primeira depuração do conceito de bem jurídico, concebendo-o como estado valorado pelo legislador. Von Liszt, concluindo o trabalho iniciado por Binding, transportou o centro de gravidade do conceito de bem jurídico do Direito subjetivo para o “interesse juridicamente protegido”, com uma diferença: enquanto Binding ocupou-se, superficialmente, do bem jurídico, Von Liszt viu nele um conceito central da estrutura do delito.

Enquanto Feuerbach, influenciado pelo jusracionalismo e idealismo kantiano, argumentava que os valores protegidos pelo direito penal eram identificados com os direitos subjetivos pessoais, Birnbaum defendia uma visão sistêmico-social em que o bem lesionado teria amplitude social e não pessoal, sendo o teórico responsável pelo nascimento da concepção de bem jurídico.

Já Binding, que configurou o termo numa visão positivista formal, identificava como bem jurídico tudo aquilo que o legislador considerasse merecedor de proteção penal, indo de encontro com a visão positivista material de Franz von Liszt:

Todo direito existe por amor dos homens e tem por fim proteger interesses da vida humana. A proteção de interesses é a essência do direito, a ideia finalística a força que o produz. Chamamos bens jurídicos os interesses que o direito protege. Bem jurídico é, pois, o interesse juridicamente protegido. Todos os bens jurídicos são interesses humanos, ou do indivíduo ou da coletividade. É a vida, e não o direito, que produz o interesse; mas só a proteção jurídica converte o interesse em bem jurídico. (...) A proteção, que a ordem jurídica dispensa aos interesses, é proteção segundo normas (*Normen-schutz*). O bem jurídico e a norma são, pois,

28 “(...) por um lado funciona como fio condutor para a fundamentação e limitação da criação e formulação dos tipos penais; por outro lado, auxilia na aplicação dos tipos penais descritos na Parte Especial, orientando sua interpretação e o limite do âmbito da punibilidade.” BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de Direito Penal: parte geral, 1/* Cezar Roberto Bitencourt. – 19. ed. rev. ampl. e atual. – São Paulo: Saraiva, 2013. Pág. 43-44.

as duas ideias fundamentais do direito.²⁹

Com o neokantismo, inicia-se uma fase em que a medida individual cede lugar a uma noção de totalidade, substituindo-se o bem material pelo hipotético valor cultural. O bem jurídico passa a se identificar com um valor que se confunde com a própria finalidade da norma, dela retirando sua condição de existência.³⁰

Em absoluta antítese à estruturação científica que era desenvolvida acerca do bem jurídico e por influência do movimento neokantista, juristas do século XX propiciaram as estratégias discursivas para o funcionamento de barbáries penais nos regimes totalitários do século XX ao desprezar o conceito de bem jurídico.

Depois, com Welzel, passou-se a sustentar que o Direito Penal possui função ético-social consubstanciada na proteção dos valores elementares da vida comunitária³¹, que devia configurar-se com a proteção dos bens jurídicos³². Conforme Tavares, “o bem jurídico conserva seu sentido de objeto de proteção da norma, tal como no neokantismo, mas se vê substituído, em grau de preferência, pelos chamados valores ético-sociais”³³.

Com o fim da Segunda Guerra Mundial resgatou-se a concepção liberal de bem jurídico penal. Depois de vivenciar os riscos do normativismo excessivo, os juristas revisitaram o humanismo iluminista.

Nesta linha, a teoria pessoal de bem jurídico, proposta por Hassemer desempenhou um papel essencial ao conferir uma função rigorosamente crítico-limitativa ao bem jurídico penal, que deve ser concebido como interesse humano concreto, necessitado de proteção pelo direito penal. Para ele a) a identificação dos bens jurídicos coincide com a gênese social da norma; b) o bem jurídico penal é irrenunciável como instrumento de política criminal; c) deveria estar centrado como núcleo negativo tradicional de crítica ao Direito Penal; d) os bens jurídicos coletivos ou universais são bens jurídicos em sentido penal; e) os bens universais devem ser funcionais à pessoa; f) uma política criminal moderna e divagadora, com a utilização

29 LISZT, Franz von. *Tratado de direito penal alemão*/ Franz von Liszt, prefácio de Edson Carvalho Vidigal; [tradução José Hygino Duarte Pereira]. – Ed. fac. sim. – Brasília: Senado Federal, Conselho Editorial: Superior Tribunal de Justiça, 2006. Pág. 93-96.

30 TAVARES, Juarez. *Teoria do injusto penal*. 3 ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2003. Pág. 189.

31 WELZEL, Hans. *Direito Penal*. Trad. Afonso Celso Rezende. Campinas: Romana, 2003. Pág. 27.

32 BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de Direito Penal*: parte geral, 1/ Cezar Roberto Bitencourt. – 19. ed. rev. ampl. e atual. – São Paulo: Saraiva, 2013. Pág. 46.

33 TAVARES, Juarez. *Teoria do injusto penal*. 3 ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2003. Pág. 193.

de bens jurídicos vagos e generalizadores, produz danos ao conceito tradicional de bem jurídico.³⁴

Contudo, com o fortalecimento do funcionalismo passou-se a questionar o entendimento restritivo sobre o conceito de bem jurídico, o que é grave na medida em que ele continua sendo determinante no processo exegético de determinação da matéria proibida e da própria estrutura do delito.³⁵

3. DISCUSSÃO ATUAL SOBRE A NECESSIDADE DO BEM JURÍDICO PENAL COMO CONSTRUÇÃO E APLICAÇÃO DA LEI PENAL

O poder punitivo, que é “bruto, atavicamente expansivo e socialmente verticalizador”, mantém-se em crescimento³⁶, “a despeito da imensidão dos efeitos colaterais produzidos”. Conforme Semer, sem freios, esse meio de controle social tente ao arbítrio, de modo que não há um sentido alternativo a um Direito Penal que se pretenda controle social formalizado do que a função de servir de limite ao mesmo poder que legitima.³⁷

Nesse sentido, minimizar as consequências deletérias do Direito Penal³⁸,

34 BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de Direito Penal*: parte geral, 1/ Cezar Roberto Bitencourt. – 19. ed. rev. ampl. e atual. – São Paulo: Saraiva, 2013. Pág. 44.

35 BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de Direito Penal*: parte geral, 1/ Cezar Roberto Bitencourt. – 19. ed. rev. ampl. e atual. – São Paulo: Saraiva, 2013. Pág. 45.

36 “Em conclusão, pode-se afirmar que certamente existe, como mencionado no princípio, um espaço de expansão razoável do Direito Penal. O espaço da expansão razoável do Direito Penal da pena de prisão é dado pela existência de condutas que, por si sós, lesionam ou põem em perigo real um bem individual; eventualmente, cabe admitir o mesmo a propósito de bens supra-individuais, sempre que efetivamente lesionados ou colocados sob perigo real pela conduta do sujeito em concreto. Nesse âmbito, ademais, a razoabilidade da expansão requereria plena salvaguarda de todos os critérios clássicos de imputação e princípios de garantia. Paralelamente a isso, pode-se admitir resignadamente a expansão – já produzida – do Direito Penal até os ilícitos de acumulação ou perigo presumido, isto é, a condutas distanciadas da criação de um perigo real para bens individuais (e inclusive supra-individuais, desde que concebidos com um mínimo de rigor). Mas a admissão da razoabilidade dessa segunda expansão, que aparece acompanhada dos traços de flexibilização reiteradamente aludidos, exigiria inevitavelmente que os referidos ilícitos não recebessem penas de prisão. Na medida em que essa exigência não vem sendo respeitada pelos ordenamentos jurídicos de diversos países, até o momento, a expansão do Direito Penal carece, em minha opinião, da requerida razoabilidade político-jurídica.” (SILVA SÁNCHEZ, Jesus-Maria. *A expansão do direito penal*: aspectos da política criminal nas sociedades pós-industriais / Jesús-Maria Silva Sánchez; tradução Luiz Otávio de Oliveira Rocha. - São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002. p. 147)

37 SEMER, Marcelo. *Princípios penais no Estado democrático* / organizadores Marcelo Semer, Marcio Sotelo Felipe. --1. ed. -- São Paulo: Estúdio Editores.com, 2014. – (Coleção para entender direito). Pág. 7.

38 “Passando-se à análise da funcionalidade do sistema penal, o ponto de inflexão fundamental a demarcar é a contradição entre funções declaradas e funções latentes, pois, criminologicamente, sabemos que há tanto um profundo déficit histórico de cumprimento das promessas oficialmente declaradas pelo seu discurso oficial quando o cumprimento de funções latentes inversas às declaradas (...) a função latente e real do sistema penal não é combater (reduzir e eliminar) a criminalidade,

limitando-se o poder punitivo, que “com características repressoras e autoritárias tem se legitimado em nome da defesa social”³⁹, é um caminho necessário para lidar com a contínua tensão entre tirania e liberdade⁴⁰.

Para a consecução dessa tarefa não bastam os limites formalmente afirmados. O período humanitário que foi “responsável pela solidificação dos princípios do Direito penal moderno e foi decisivo na racionalização do poder punitivo” não evitou retrocessos e barbáries totalitaristas⁴¹.

De uma maneira geral, buscaram edificar novas capas de proteção, eis que o sistema baseado na legalidade tinha se mostrado, até então, insuficiente. Na dogmática, procura-se um conceito material para o crime, com a noção de que o Direito Penal deve se limitar à exclusiva proteção dos bens jurídicos, naquilo que viria a se constituir no princípio da lesividade.⁴²

Neste tempo de expansão do Direito Penal, “atravessamos um período de transição entre a tradicional concepção pessoal de bem jurídico e posturas que prescindem do dogma do bem jurídico para a legitimação do exercício do *ius puniendi* estatal”⁴³.

Os adversários do conceito crítico de bem jurídico afirmam que se trata de uma teoria em seu leito de morte e, embora o posicionamento dogmático majoritário, tratam a sua função transcendente ao ordenamento legal com ceticismo. Colocam em dúvida não só o futuro, mas o legado da teoria na contenção do poder punitivo estatal.⁴⁴ Mas, conforme Schünemann, o empenho dos críticos em declarar a morte da teoria do

protegendo bens jurídicos universais e gerando segurança pública e jurídica, mas, ao invés, construí-la seletiva e estigmatizantemente, e neste processo reproduzir, material e ideologicamente, as desigualdades e assimetrias sociais (de classe, de gênero, de raça).” ANDRADE, Vera Regina Pereira de. *Pelas mãos da criminologia: o controle penal para além da (des)ilusão*/ Vera Regina Pereira de Andrade. – Rio de Janeiro: Revan; ICC, 2012. (Pensamento Criminológico; 19) 1ª reimpressão, março de 2014. Pág. 135-136.

39 SANTOS, Bartira Macedo de Miranda. *Defesa Social: uma visão crítica*. Estúdio Editores.com. São Paulo: 2015. Pág. 102.

40 SEMER, Marcelo. *Princípios penais no Estado democrático* / organizadores Marcelo Semer, Marcio Sotelo Felipe. --1. ed. -- São Paulo: Estúdio Editores.com, 2014. – (Coleção para entender direito). Pág. 10.

41 SEMER, Marcelo. *Princípios penais no Estado democrático* / organizadores Marcelo Semer, Marcio Sotelo Felipe. --1. ed. -- São Paulo: Estúdio Editores.com, 2014. – (Coleção para entender direito). Pág. 12.

42 SEMER, Marcelo. *Princípios penais no Estado democrático* / organizadores Marcelo Semer, Marcio Sotelo Felipe. --1. ed. -- São Paulo: Estúdio Editores.com, 2014. – (Coleção para entender direito). Pág. 16.

43 BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de Direito Penal: parte geral*, 1/ Cezar Roberto Bitencourt. – 19. ed. rev. ampl. e atual. – São Paulo: Saraiva, 2013. Pág. 44.

44 BAPTISTA, Tatiana Maria Badaró. *Bem jurídico-penal supraindividual: novos e velhos desafios da teoria do bem jurídico*. / Tatiana Maria Badaró Baptista – 2016. Orientadora: Scheila Jorge Selim de Sales. Dissertação (mestrado) – Universidade Federal de Minas Gerais, Faculdade de Direito. Pág. 116.

bem jurídico é um indicativo de que ela está mais viva do que nunca.⁴⁵

Inclusive, Bitencourt aponta como interessante para solucionar esta celeuma a proposta de formulação de um conceito de bem jurídico-penal proposta por Schünemann:

(...) para quem o bem jurídico-penal deve ser conceituado e compreendido como uma “diretriz normativa” que pode ser deduzida com apoio no raciocínio desenvolvido pela moderna filosofia da linguagem. Com efeito, para esse autor, se partimos do conceito de contrato social e da ideia de que o Estado Deve assegurar a possibilidade de livre desenvolvimento dos indivíduos, é possível deduzir, por meio do método analítico da filosofia da linguagem, as coordenadas do que o Estado pode proteger por meio do Direito Penal⁴⁶.

Em uma linha similar, Roxin defende que, em um Estado democrático de Direito, as normas penais somente podem perseguir a finalidade de assegurar aos cidadãos uma coexistência livre e pacífica garantindo ao mesmo tempo o respeito de todos os direitos humanos, chamando de bens jurídicos os objetos que são legitimamente protegidos pelas normas sob essas condições.⁴⁷

As noções fundamentais do conceito de bem jurídico são colocadas por Claus Roxin da seguinte forma:

*los bienes jurídicos son circunstancias dadas o finalidades que son útiles para el individuo y su libre desarrollo em el marco de un sistema social global estructurado sobre la base de esa concepción de los fines o para el funcionamiento del proprio sistema*⁴⁸.

4. CONCLUSÃO

Num contexto de crise de legitimidade do Direito Penal, é mister a utilização do bem jurídico como limite e parâmetro para criminalização primária, secundária e até terciária. Portanto, concluímos, com Bitencourt que a exegese do Direito Penal está estritamente vinculada à dedução racional

45 BAPTISTA, Tatiana Maria Badaró. *Bem jurídico-penal supraindividual: novos e velhos desafios da teoria do bem jurídico*. / Tatiana Maria Badaró Baptista – 2016. Orientadora: Scheila Jorge Selim de Sales. Dissertação (mestrado) – Universidade Federal de Minas Gerais, Faculdade de Direito. Pág. 124.

46 BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de Direito Penal: parte geral*, 1/ Cezar Roberto Bitencourt. – 19. ed. rev. ampl. e atual. – São Paulo: Saraiva, 2013. Pág. 45.

47 BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de Direito Penal: parte geral*, 1/ Cezar Roberto Bitencourt. – 19. ed. rev. ampl. e atual. – São Paulo: Saraiva, 2013. Pág. 45-46.

48 ROXIN, Claus. *Derecho penal: parte general*. Traducción de Diego-Manuel Luzón Peña, Liguél Díez y García Conlledo, Javier de Vicente Remesal. Madrid: Civitas, 2003. Pág. 56.

daqueles bens essenciais para a coexistência livre e pacífica em sociedade, sendo critério material extremamente importante para a construção e interpretação dos tipos penais. De modo que o bem jurídico penal deve ser o ponto de partida da estrutura do delito.

Dessa forma, a ciência penal contemporânea não pode prescindir do bem jurídico, como fizeram todas as manifestações do direito penal autoritário pois, como bem elucidaram Zaffaroni e Pierangeli:

O bem jurídico cumpre duas funções, que são duas razões fundamentais pelas quais não podemos dele prescindir: a) uma função garantidora, que emerge do princípio republicano; b) uma função teleológico-sistemática, que dá sentido à proibição manifestada do tipo e a limita. Ambas as funções são necessárias para que o direito penal se mantenha dentro dos limites da racionalidade dos atos de governo, impostos pelo princípio republicano (art. 1º da CF).⁴⁹

Luiz Regis Prado também concorda que o bem jurídico penal exerce uma função de garantia que reside na existência de um limite material da norma penal, havendo a necessidade de demonstração de que uma conduta lesionou ou colocou em grave perigo um bem jurídico para que se possa falar em incriminação. Há uma função limitadora do poder penal do Estado, uma vez que a elaboração de normas típicas deve ter como fundamento máximo a exclusiva proteção de bens jurídicos.⁵⁰

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ANDRADE, Vera Regina Pereira de. *Pelas mãos da criminologia: o controle penal para além da (des) ilusão*/ Vera Regina Pereira de Andrade. – Rio de Janeiro: Revan; ICC, 2012. (Pensamento Criminológico; 19) 1ª reimpressão, março de 2014.

BAPTISTA, Tatiana Maria Badaró. *Bem jurídico-penal supraindividual: novos e velhos desafios da teoria do bem jurídico*./ Tatiana Maria Badaró Baptista – 2016. Orientadora: Scheila Jorge Selim de Sales. Dissertação (mestrado) – Universidade Federal de Minas Gerais, Faculdade de Direito.

BARATTA, Alessandro. *Criminologia Crítica e Crítica do Direito Penal: introdução à sociologia do direito penal* / Alessandro Baratta; tradução Juarez Cirino dos Santos. Rio de Janeiro: Editora Revan: Instituto Carioca de Criminologia, 6ª edição, outubro de 2011. 1ª reimpressão, março de 2013.

BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de Direito Penal: parte geral, 1/* Cezar Roberto Bitencourt. – 19. ed. rev. ampl. e atual. – São Paulo: Saraiva, 2013.

LISZT, Franz von. *Tratado de direito penal alemão*/ Franz von Liszt, prefácio de Edson Carvalho Vidigal; [tradução José Hygino Duarte Pereira]. – Ed. fac. sim. – Brasília: Senado Federal, Conselho

49 ZAFFARONI, Eugênio Raúl. *Manual de direito penal brasileiro: parte geral* / Eugênio Raúl Zaffaroni, José Henrique Pierangeli. - São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1997. Pág. 469.

50 PRADO, Luiz Regis. *Bem jurídico-penal e Constituição*. 6. ed. rev. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013. Pág. 60.

Editorial: Superior Tribunal de Justiça, 2006.

PRADO, Luiz Regis. *Bem jurídico-penal e Constituição*. 6. ed. rev. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013.

ROXIN, Claus. *Derecho penal: parte general*. Traducción de Diego-Manuel Luzón Peña, Liguél Díez y Garcia Conlledo, Javier de Vicente Remesal. Madrid: Civitas, 2003.

SILVA SÁNCHEZ, Jesus-Maria. *A expansão do direito penal: aspectos da política criminal nas sociedades pós-industriais* / Jesús-Maria Silva Sánchez; tradução Luiz Otávio de Oliveira Rocha.- São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002

SANTOS, Bartira Macedo de Miranda. *Defesa Social: uma visão crítica*. Estúdio Editores.com. São Paulo: 2015.

SEMER, Marcelo. *Princípios penais no Estado democrático* / organizadores Marcelo Semer, Marcio Sotelo Felipe. --1. ed. -- São Paulo: Estúdio Editores.com, 2014. – (Coleção para entender direito).

TAVARES, Juarez. *Teoria do Delito* / Juarez Tavares. – 1. ed. – São Paulo: Estúdio Editores.com, 2015. – (Coleção Para Entender Direito / organizadores Marcelo Semer, Marcio Sotelo Felipe).

TAVARES, Juarez. *Teoria do injusto penal*. 3 ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2003.

ZAFFARONI, Eugênio Raúl. *Manual de direito penal brasileiro: parte geral* / Eugênio Raúl Zaffaroni, José Henrique Pierangeli. - São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1997.

APOIADORES :



PATROCÍNIO :



O livro reúne estudos sob o tema Salvacionismo e Mitos da Nova Era, e foi organizado por Aline Gostinski, Deivid Willian dos Prazeres e Bartira Macedo de Miranda.

Em um momento de monumental descrença no Direito, iniciativas como essa são um sopro de esperança para quem acredita na reconstrução do Estado Democrático no Brasil.

Os advogados, professores, pesquisadores e alunos que aceitaram o desafio e participaram da seleção dos artigos para compor esta obra são:

- Deivid Willian dos Prazeres
- Eduardo Herculano Vieira de Souza
- Hugo Rogério Grokskreutz
- Joel Eliseu Galli
- Luísa Walter da Rosa
- Luiz Eduardo Dias Cardoso
- Marina Wagner Bruno Shinzato
- Ricardo Ávila Abraham
- Rodolfo Macedo do Prado
- Wiliam Shinzato
- Bartira Macedo de Miranda
- Júlia Faipher M. V. da Silva Dornelas

Os estudos aqui reunidos trazem para a discussão pontos delicados do Direito Penal e do Processo Penal na tentativa de ampliar o debate e buscar soluções eficientes para que novos contornos democráticos sejam apenas o início de um novo projeto social.

Fica o convite à leitura

Aline Gostinski

