

ORGANIZADORES

BRENNO CAVALCANTI | CAROLINA REBOUÇAS PEIXOTO | FERNANDA NUNES MORAIS DA SILVA
GABRIELA ANDRADE | JONATA WILIAM SOUSA DA SILVA

ARQUIVOS DA RESISTÊNCIA

*Ensaio e Anais do VIII
Seminário Nacional do IBADPP*

2ª Edição

tirant
lo blanch

Organizadores

**Brenno Cavalcanti, Carolina Rebouças Peixoto,
Fernanda Nunes Moraes da Silva, Gabriela Andrade,
Jonata Wiliam Sousa da Silva**

ARQUIVOS DA RESISTÊNCIA

**ENSAIOS E ANAIS DO VIII SEMINÁRIO
NACIONAL DO IBADPP**

2ª Edição, Ano 2 – 2019



tirant
lo blanch

Copyright© Tirant lo Blanch Brasil

Editor Responsável: Aline Gostinski

Assistente Editorial: Taianne Góes

Capa e diagramação: Jéssica Razia

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 Estado do Rio de Janeiro - Brasil

LUIS LÓPEZ GUERRA

Ex 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

M184 Maia Filho, André Luis Meneses
 Arquivos da resistência : ensaios e anais do VIII
 Seminário Nacional do IBADPP [livro eletrônico] /
 André Luis Meneses Maia Filho...[et al.]; Brenno Ca-
 valcanti...[et al] (Org.). – 2.ed. – São Paulo : Tirant lo
 Blanch, 2022.

8.649Kb; livro digital

ISBN: 978-65-5908-379-4

1. Direito penal. 2. Direito processual penal. I.
Título.

CDU: 343.2

Bibliotecária responsável: Elisabete Cândida da Silva CRB-8/6778

DOI: 10.53071/boo-2022-07-03-62c22d5d6bd1c

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).



**tirant
lo blanch**

Todos os direitos desta edição reservados à Tirant lo Blanch.

Avenida Brigadeiro Luiz Antonio nº 2909, sala 44.

Bairro Jardim Paulista, São Paulo - SP CEP: 01401-000

Fone: 11 2894 7330 / Email: editora@tirant.com / atendimento@tirant.com

www.tirant.com/br - www.editorial.tirant.com/br/

Organizadores

**Brenno Cavalcanti, Carolina Rebouças Peixoto,
Fernanda Nunes Morais da Silva, Gabriela Andrade,
Jonata Wiliam Sousa da Silva**

ARQUIVOS DA RESISTÊNCIA

**ENSAIOS E ANAIS DO VIII SEMINÁRIO
NACIONAL DO IBADPP**

2ª Edição, Ano 2 – 2019

AUTORES

André Luis Meneses Maia Filho | Daniel Fonseca Fernandes | Elmir Duclerc Ramalho Júnior
Fernanda Oliveira | Francine Teodoro Matos | Ianca Pereira Brito | Lara Maria Miranda de Sá
Jacson Zilio | Jairo Pinto Sousa | Jonata Wiliam Sousa da Silva | Juan Pablo Aristegui Spikin
Karen Priscila Araújo Baraúna | Lara Teles Fernandes | Liana Lisboa Correia
Lorena Machado do Nascimento | Luciano Góes | Madson da Silva Sousa | Mayana Sales Moreira
Misael Neto Bispo da França | Paula Ramaiane Mota Pereira | Paulo Victor Leôncio Chaves
Rebeca de Souza Vieira | Ricardo Jacobsen Gloeckner | Saulo Murilo de Oliveira Mattos
Thiago Vieira | Vinícius de Assis Romão | Yuri Tainan Santos Rozário



tirant
lo blanch

GESTÃO 2019 / 2020

DIRETORIA EXECUTIVA

- **Presidente** – Luiz Gabriel Batista Neves
- **Vice-Presidente** – Vinícius de Souza Assumpção
- **Secretário** – Lucas P. Carapiá Rios
- **Tesoureira** – Luciana Monteiro

CONSELHO CONSULTIVO

- **Conselheiro** - Elmir Duclerc Ramalho Jr.
- **Conselheiro** – Rômulo Moreira
- **Conselheira** – Marina Cerqueira

COORDENAÇÕES

- **Coordenação dos Diálogos** – Renato S. S. Schindler Filho
- **Coordenação Regional** – Luciana Silva E Armando Mesquita
- **Coordenação de Tecnologia da Informação** – Thiago Oliveira Castro Vieira
- **Coordenação de Publicações** – Diana Furtado, Gabriela Andrade, Carolina Rebouças Peixoto, Fernanda Nunes Morais da Silva, Brenno Cavalcanti e David Cavalcante Teixeira Daltro
- **Coordenação de Biblioteca** – Débora Pereira
- **Coordenação de Convênio e Relações Institucionais** – Fernanda Ravazzano e Ícaro Matos
- **Coordenação do Grupo de Trabalhos Sobre *Amicus Curiae*** – Sebastian Borges de Albuquerque Mello
- **Coordenação de Pesquisa** – Daniel Fonseca e Camila Hernandez
- **Coordenação de Cursos** – Marina Cerqueira
- **Coordenação da Comissão Organizadora do VIII Seminário Nacional do IBADPP** – Daniela Portugal

- **Coordenação do Grupo de Pesquisa Sobre “Feminismos e Processo Penal”** – Ana Gabriela Ferreira e Charlene da Silva Borges

ASSESSORIA ESPECIAL DA PRESIDÊNCIA

- **Assessora** – Lorena Machado do Nascimento
- **Assessor** – Gustavo Brito

COORDENAÇÃO E REVISÃO DA OBRA

Brenno Cavalcanti

Carolina Rebouças Peixoto

Fernanda Nunes Morais da Silva

Gabriela Andrade

Jonata Wiliam Sousa da Silva

APRESENTAÇÃO

O Instituto Baiano de Direito Processual Penal tem a honra de apresentar à comunidade científica, pela segunda vez, os anais do seu Seminário Nacional, que em 2019 se realizou pela oitava vez, consolidando em definitivo a sua relevância para o fomento e desenvolvimento das ciências criminais e revelando-se como marco para um novo pensar em matéria de Direito Penal, Direito Processual Penal e Criminologia.

Os artigos que se seguem espelham as ideias expostas e desenvolvidas entre os dias 02 e 04 de setembro de 2019, na cidade de Salvador/BA e consagram a pluralidade científica que tem identificado o Instituto ao longo dos anos. Nesta oitava edição passaram pelo seminário os palestrantes Jaime Cárdenas (Chile), Soraia Mendes (DF), Ana Cláudia Pinho (PA), Ricardo Gloeckner (PR), André Nicolitt (RJ), Firmiane Venâncio (BA), Jacinto Coutinho (PR), Mariana Madera (BA), Daniela Portugal (BA), Jacqueline Muniz (RJ), Manuela Abath (PE), Aury Lopes Jr (RS), Alexandre Morais da Rosa (SC), Thiago Vieira (BA), Misael França (BA), Denise Carrascosa (BA), DJacson Luiz Zilio (PR), Adriana Cruz (RJ), Salete Maria Silva (BA), Ícaro Matos (BA), Silvio Almeida (SP), Cacica Cátia (BA), Wlamyra Albuquerque (BA), Luciano Góes (SC), Juan Pablo Aristegui (Chile) e Paulo de Sousa Mendes (Portugal).

Com efeito, representantes de diversas partes do país e do mundo compuseram as mesas do Seminário, o que garantiu uma análise tão ampla e cosmopolita do fenômeno criminal quanto possível e propiciou o compartilhamento de como tem se organizado a justiça criminal, inclusive internacionalmente.

Entretanto, é digno de nota que, como consequência de uma opção política, a composição das mesas da 8ª edição do Seminário Nacional do IBADPP também observou e garantiu paridade de raça e gênero, o que somou diversidade ao pensamento crítico das ciências criminais.

Apenas a título de ilustração, foram abordados no seminário temas como “Os movimentos autoritários e os valores democráticos”, “Processo Penal Feminista: um giro epistemológico necessário”, “A Invisibilidade dos marcadores sociais de gênero, raça e classe na prática processual penal brasileira”, “Insegurança como projeto de poder!”, “A mulher negra e o superencarceramento no Brasil contemporâneo”, “Os fins da pena à luz da colaboração premiada”, “A resistência dos Tupinambás a margens do Jequitinhonha e a criminalização sofrida”, “Criminologia da libertação marginal e democracia racista: diálogos insurgentes” e “Cidadania e Raça no Brasil Republicano, dentre outros tão importantes quanto.

Como tudo que é democrático manifesta uma riqueza indizível, colhe-se pensamentos férteis das exposições realizadas no seminário e dos artigos publicados em seguida. Explorando desde temas como o fenômeno autoritário que marca os processos penais ao redor do mundo, o garantismo proposto por Luigi Ferrajoli a como o feminismo e o racismo impactam nas ciências criminais, é possível afirmar, sem sombra de dúvidas, que o IBADPP alimenta e busca construir uma nova forma de pensar o conhecimento científico, alimentando esperanças numa práxis mais consentânea com o ideal de sociedade que se deseja construir.

Fruto de um esforço conjunto, atravessando as gestões 2019-2020 e 2020-2021, apresentamos, enfim, estes anais, ratificando o compromisso democrático, plural e inclusivo do Instituto Baiano de Direito Processual Penal.

SUMÁRIO

GESTÃO 2019 / 2020	5
APRESENTAÇÃO	7

I. ANAIS DO VIII SEMINÁRIO NACIONAL DO IBADPP

DISCURSO DE ABERTURA

UM LUGAR	13
<i>Luiz Gabriel Batista Neves</i>	

ARTIGOS DOS PALESTRANTES

A VIOLÊNCIA POLÍTICA DO PODER PUNITIVO.....	22
<i>Jacson Zilio</i>	

CRIMINOLOGIA DA LIBERTAÇÃO MARGINAL E DEMOCRACIA RACISTA: DIÁLOGOS INSURGENTES.	29
<i>Luciano Góes</i>	

PATERNALISMO PROCESSUAL PENAL	40
<i>Misael Neto Bispo da França</i>	

O AUTORITARISMO PROCESSUAL PENAL BRASILEIRO NO SÉCULO XXI: PRIMEIRAS IMPRESSÕES.....	47
<i>Ricardo Jacobsen Gloeckner</i>	

ASPECTOS TÉCNICOS E JURÍDICOS DA PROVA DIGITAL NO PROCESSO PENAL	59
<i>Thiago Vieira</i>	

ARTIGOS SELECIONADOS DO CONCURSO

O PODER DE BARGANHA FRENTE A INFLUÊNCIA INQUISITORIAL DO PROCESSO PENAL BRASILEIRO	68
<i>André Luis Meneses Maia Filho</i>	

ENTRAVES PARA O PROCESSO PENAL DEMOCRÁTICO: IMPACTOS DA LIBERDADE DE IMPRENSA NA PERPETUAÇÃO DA SELETIVIDADE PUNITIVISTA.....	77
<i>Fernanda Oliveira Domingos</i>	

A SOBREVITIMIZAÇÃO FEMININA NO CRIME DE ESTUPRO: VIOLÊNCIA INSTITUCIONAL NA MARCHA DE CONSTRUÇÃO DA VERDADE NO PROCESSO PENAL.....	84
<i>Francine Teodoro Matos</i>	

O DIREITO FUNDAMENTAL À IMPARCIALIDADE DO JUIZ: UMA ANÁLISE CONTINGENCIAL DA PRODUÇÃO DE PROVAS À LUZ DO PRINCÍPIO DA ISONOMIA DAS PARTES..... 94

Ianca Pereira Brito

A DIGNIDADE DA MULHER NO ÂMBITO DA EXECUÇÃO PENAL: ABOLICIONISMOS E RESISTÊNCIAS 102

Karen Priscila Araújo Baraúna.

A AUDIÊNCIA DE CUSTÓDIA: UMA ANÁLISE SOBRE A GARANTIA DA ORDEM PÚBLICA COMO FUNDAMENTO DA PRISÃO PREVENTIVA 112

Madson da Silva Sousa

VIOLÊNCIA POLICIAL, RACISMO INSTITUCIONAL E O GENOCÍDIO DA JUVENTUDE NEGRA: “CHACINA DO CABULA”, UM CASO PARADIGMÁTICO..... 121

Paula Ramaiane Mota Pereira

A APLICAÇÃO DAS AUDIÊNCIAS DE CUSTÓDIA (APRESENTAÇÃO) NO ESTADO DO PIAUÍ: IMPLANTAÇÃO, LIMITAÇÕES E PERSPECTIVAS 132

Paulo Victor Leôncio Chaves

A INFLUÊNCIA DA TEORIA DO ETIQUETAMENTO NA DEMOCRACIA PENAL: UMA ANÁLISE BASEADA NO FILME A ESPERA DO MILAGRE 140

Rebeca de Souza Vieira

ABSOLVIÇÃO GENÉRICA A E A (IN) ADMISSIBILIDADE DO RECURSO DE APELAÇÃO PELO MINISTÉRIO PÚBLICO: UMA ANÁLISE DO HABEAS Nº 350.895 JULGADO PELO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA..... 149

Yuri Tainan Santos Rozário

ARTIGOS DOS ASSOCIADOS

II. PRODUÇÃO DOS ASSOCIADOS EM 2019 E 2020

AUDIÊNCIA DE CUSTÓDIA E FUNDAMENTOS DAS DECISÕES JUDICIAIS: UMA ANÁLISE EM DOIS TEMPOS..... 159

Daniel Fonseca Fernandes e Elmir Duclerc Ramalho Júnior

TEORIA DOS JOGOS: UMA ANÁLISE DE SUA APLICAÇÃO EM FAVOR DO ACUSADO NO TRIBUNAL DO JÚRI..... 188

Iara Maria Miranda de Sá e Mayana Sales Moreira

A CONTROVÉRSIA ENTRE OS INSTITUTOS DA PRISÃO EM SEGUNDA INSTÂNCIA FRENTE AO PRINCÍPIO DA PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA E SEUS EFEITOS JURÍDICOS..... 207

Jairo Pinto Sousa

A JUSTIÇA NEGOCIAL E O PLEA BARGAIN NA PROPOSTA DE REFORMA DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL CONFORME A TEORIA DOS JOGOS 216

Jonata Wiliam Sousa da Silva

POR UMA VALORAÇÃO INTERDISCIPLINAR DA PROVA TESTEMUNHAL: DIRETRIZES PARA A COLETA DE UM DEPOIMENTO EPISTEMICAMENTE QUALIFICADO	234
<i>Lara Teles Fernandes</i>	
O ASSISTENTE DA DEFESA NO PROCESSO PENAL PÓS-DEMOCRÁTICO: O PAPEL DA ORDEM DOS ADVOGADOS DO BRASIL NO ENFRENTAMENTO AO AUTORITARISMO DO SISTEMA DE JUSTIÇA CRIMINAL BRASILEIRO ATRAVÉS DA DEFESA DAS PRERROGATIVAS DA ADVOCACIA	256
<i>Lorena Machado do Nascimento.</i>	
SENTENÇA EM AUDIÊNCIA DE CUSTÓDIA? UM CONTRAPONTO À ACELERAÇÃO JUDICIAL A PARTIR DAS IDEIAS DE POLIFONIA, NARRATIVA PROCESSUAL E LENTIDÃO	276
<i>Liana Lisboa Correia</i>	
A DANÇA DAS CADEIRAS E O SISTEMA ACUSATÓRIO	288
<i>Saulo Murilo de Oliveira Mattos</i>	
A FÁCIL CONDENAÇÃO DO DJ RENNAN DA PENHA: DO BAILE FUNK À IMPUTAÇÃO POR ASSOCIAÇÃO PARA O TRÁFICO	296
<i>Vinicius de Assis Romão</i>	
LA REGULACIÓN DE LA POLICÍA A TRAVÉS DE LA EXCLUSIÓN DE LA PRUEBA ILÍCITA EN LA JURISPRUDENCIA DE LA CORTE SUPREMA DE CHILE.....	316
<i>Juan Pablo Aristegui Spikin</i>	

**I. ANAIS DO VIII
SEMINÁRIO NACIONAL
DO IBADPP**

DISCURSO DE ABERTURA

UM LUGAR

DISCURSO DE ABERTURA DO VIII SEMINÁRIO NACIONAL DO IBADPP¹

LUIZ GABRIEL BATISTA NEVES²

Excelentíssimo Senhor 1º Vice-Presidente do Tribunal de Justiça do Estado da Bahia, Des. Augusto de Lima Bispo, Excelentíssimo Senhor Vice-Presidente do Conselho Federal da OAB, Luiz Viana Queiroz, Excelentíssimo Senhor Defensor Público Geral do Estado da Bahia, Rafson Ximenes, Excelentíssimo Senhor Presidente da OAB-BA, Fabrício de Castro Oliveira, demais autoridades presentes, juízas/es, promotoras/es, advogadas/os, defensoras/es, delegadas/os, profissionais de todos os campos de funcionamento do sistema de justiça criminal, estudantes de direito, amigos e amigas, confrades do IBADPP, boa noite a todas e todos.

Quero pedir licença a todos vocês para quebrar o protocolo e agradecer à presença de minha mãe, a Professora Zeni. Meus pais sempre foram presentes na minha vida e na de meu irmão, se revezaram para comparecer aos nossos compromissos, nunca faltaram a uma apresentação de feira das ciências na escola primária, como não foram ausentes na nossa vida adulta, quando exerci, por exemplo, a função de presidente do Conselho de Jovens da OAB-BA. Em todos os momentos estiveram lá. Após superar um câncer no pulmão, com 70 anos de idade, ela está aqui, como de costume, para demonstrar o que as palavras não podem dizer. Por isso, Excelências, eu quero agradecer, dizendo apenas: “te amo, mãezinha. Muito obrigado por ter vindo!”.

Começo dizendo isso, pois, além da gratidão, meus pais me ensinaram a ter fé na humanidade. É isso que move, em grande medida, o IBADPP e seus associados e associadas: nós não perdemos a fé na humanidade. A destruição de vidas humanas que o poder punitivo é capaz de produzir, que vemos diariamente em nossa atuação profissional, não conseguiu desestimular, em nós, a luta em prol de um país mais justo, mais democrático e plural.

1 Discurso de Abertura, pronunciado por ocasião do VIII Seminário Nacional do Instituto Baiano de Direito Processual Penal (IBADPP), no Quality Hotel & Suítes São Salvador, aos dois dias de setembro de 2019.

2 Presidente do Instituto Baiano de Direito Processual Penal. Doutorando e Mestre pela Universidade Federal da Bahia. Foi Professor Substituto de Processo Penal na Universidade Federal da Bahia. Professor da Pós-graduação em Ciências Criminais da Universidade Católica do Salvador (UCSAL). Professor Convidado Centro de *Estudios de Justicia de las Américas* (CEJA). Vice-Diretor da Escola Superior de Advocacia da Ordem dos Advogados do Brasil - Seção do Estado da Bahia.

A história do IBADPP³ se confunde com a história de muitas pessoas que se sentem incomodadas com a ausência de **um lugar** acolhedor, no qual seja possível dividir as angústias de quem, verdadeiramente, tornou-se consciente de que não se combate a criminalidade e a violência percebida pela sociedade com o recrudescimento do sistema de justiça criminal. Essas angústias que também se devem à percepção de que o projeto econômico, social e político de um determinado setor tem o propósito nítido de eliminar determinadas vidas humanas.

Esse **lugar**, que o IBADPP representa, busca agora, com a maturidade que aos poucos vem alcançando, dizer que o Código de Processo Penal do Brasil tem sua história, mas ela não começa em 1930 e não está conectada, tão somente, à doutrina italiana da década de 20 a 40 do século passado⁴. A história desse Código passa, necessariamente, pelos mais de 350 anos de escravidão em nosso país e continua em vigor, entre outros fatores, em razão dos “130 anos de uma abolição inacabada”, como se pode ver no artigo da professora Juliana Borges⁵, publicado nos anais da sétima edição do Seminário Nacional.

Este é, portanto, **um lugar** ainda em construção e que, como ponto de partida e de chegada, pretende avançar, crescer, sempre dialogando, dentro e fora do seu corpo institucional. E o dia de hoje, da abertura do nosso principal evento, no qual tenho o compromisso de falar em nome de todo o Instituto, exige de mim dizer algumas coisas indispensáveis, que resultam do nosso compromisso democrático⁶.

Dizer que, infelizmente, esta é uma das poucas (se duvidar a única) Instituição do Direito na Bahia que tem uma pessoa negra como presidente. Aliás, no Estado onde 89% da população carcerária são de pessoas negras⁷, nossas Instituições do funcionamento do sistema de justiça possuem poucas (ou quase nenhuma) pessoas pretas em suas diretorias e conselhos. É necessário pensar criticamente sobre isso, avaliar os rumos e mudar as rotas. Não se constrói democracia sem a verdadeira pluralidade, sob pena de construirmos um castelo de areia, que

3 O Instituto Baiano de Direito Processual Penal (IBADPP) foi fundado em 29 de março de 2011 por um grupo de professores de processo penal com a precípua finalidade de pensar esta disciplina a partir de uma perspectiva crítica. No site é possível encontrar documentos históricos e um pouco dessa trajetória, disponível no link: <http://www.ibadpp.com.br/>

4 Esta afirmação é importante para oferecer uma perspectiva complementar as ideias de: GLOECKNER, Ricardo Jacobsen. **Autoritarismo e Processo Penal: uma genealogia das ideias autoritárias no processo penal brasileiro**. Florianópolis: 2018, p. 35, ao afirmar que “Não se pode perder de vista que o código de processo penal brasileiro tem uma história. E esta história, infelizmente, conecta-o à doutrina italiana predominante nas décadas de 20 a 40 do século passado.”

5 BORGES, Juliana. 130 anos de uma abolição inacabada: encarceramento em massa e racismo. In: **Arquivos da Resistência: ensaios e anais do VII Seminário Nacional do IBADPPP**. Org. CALDAS, Diana Furtado; ANDRADE, Gabriela Lima; RIOS, Lucas Carapiá P. Florianópolis: Tirant lo Blanch, 2019, p. 57-66.

6 Compromisso que está consagrado em nosso estatuto social, em seu art. 4º, II, quando define que: “**Artigo 4º** - O instituto tem por finalidade: (...) II. Defender os princípios e a efetiva concretização do Estado Democrático e Social de Direito”. Disponível em: <http://www.ibadpp.com.br/old/wp-content/uploads/2013/01/Ata-de-Funda%C3%A7%C3%A3o-IBADPPP.pdf>. Acesso em 02 set. 2019.

7 Conforme se pode verificar do Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias, atualizado em junho de 2016. Disponível em: http://depen.gov.br/DEPEN/noticias-1/noticias/infopen-levantamento-nacional-de-informacoes-penitenciaras-2016/relatorio_2016_22111.pdf. Acesso em 02 set. 2019.

não resiste ao primeiro vento autoritário e às estruturas conservadoras do poder econômico e político.

Foi por essa razão que o IBADPP buscou construir uma grade de palestrantes com paridade de gênero e raça, fazendo uma difícil construção do diálogo da academia e dos movimentos sociais, que mais de perto cuidam de observar, sentindo na própria pele, aqueles que são diretamente atingidos pela máquina efervescente do sistema de justiça criminal. Essa grade vem sendo construída há, pelo menos, três anos de intensos diálogos entre os membros da diretoria, do conselho, associados/as, professores/as, na busca de oferecer **um lugar democrático**, que só é possível se for plural. É importante dizer, de maneira franca, honesta, olhando nos olhos de cada um de vocês, que estamos incomodados e inquietos.

Nossa jornada está no início e nós precisamos caminhar muito!

Chegar ao dia de hoje significa lembrar a famosa frase do dia 08 de dezembro de 2018, quando fui eleito juntamente com Vinícius, Lucas e Luciana, para ocupar a Diretoria Executiva do IBADPP, e disse “nós vamos trabalhar muito”. As pessoas não imaginavam o que isso queria dizer, mas, em números, em três meses de gestão: 1) realizamos 02 (dois) Seminários, um Regional, em Vitória da Conquista, e este Nacional, totalizando um público de 812 (oitocentos e doze) pessoas; 2) publicamos 02 (dois) livros, os Anais do VII Seminário Nacional, e, em parceria com o IBCCRIM, os estudos temáticos sobre o pacote anticrime, ambos pela editora Empório do Direito/Tirant; 3) publicamos e imprimimos três boletins do IBADPP e nos próximos dias estamos publicando o quarto, que conta com a entrevista do Professor Eugenio Raul Zaffaroni; 4) realizamos 03 (três) diálogos digitais e 03 (três) presenciais; 5) estamos dando continuidade ao grupo de pesquisa feminismos e processo penal, que selecionou 11 (onze) estudantes para fazer parte da pesquisa; 6) fizemos este Seminário Nacional concedendo 27 (vinte e sete) taxas de isenções para atender à condição de carência socioeconômica; 7) é a maior arrecadação da história de um Seminário Nacional; 8) o IBADPP sobrevive com recursos próprios, oriundos da anuidade de seus associados e associadas; 9) consolidamos o Prêmio Professor Fernando Santana como um dos mais importantes prêmios acadêmicos na área das ciências criminais na Bahia e; 10) estamos lançando hoje, agora, o novo site do IBADPP.

Esse trabalho é construído com todas as lideranças do Instituto. Nosso diálogo é permanente e o trabalho é construído a partir de uma visão crítica do processo penal, na percepção de que este é um objeto visto por uma dada perspectiva do poder punitivo, necessitando da construção interconectada com as demais ciências⁸.

8 Nesse sentido, BARATTA, Alessandro. **Criminologia Crítica e Crítica do Direito Penal, introdução à sociologia do direito penal**. 3ª ed. Trad. Juarez Cirino dos Santos. Rio de Janeiro: Renavan, 2002, p. 155-158, propõe um modelo integrado de ciência penal; ZAFFARONI, Eugenio Raul. **Em busca das penas perdidas: a perda de legitimidade do sistema penal**.

Nas bases das ciências naturais, é preciso primeiro compreender que a metafísica foi surpreendida e superada pelas demonstrações da física quântica, desconstruindo conceitos básicos que permeiam (até hoje) as bases dogmáticas do direito. O pensamento de que dois corpos não ocupam o mesmo lugar no espaço e no tempo, as dualidades entre liberdade e determinismo, a dicotomia entre diversos institutos que pareciam pertencer a mundos e espaços distintos desmoronou depois dos estudos atômicos da física quântica, que estabelece a interconexão como mola propulsora das ciências⁹.

Na filosofia, a separação – também equivocada – entre sujeito e objeto, entre avaliado e avaliador, própria da filosofia da consciência, encontra novas perspectivas na filosofia da linguagem e na filosofia hermenêutica, especialmente em Wittgenstein e Heidegger, cuja virada linguístico-ontológica¹⁰ é o sinal mais claro da mudança em sua estrutura fundante.

Na dogmática, acaba a ilusão positivista de que é possível construir uma teoria pura do direito como se fosse viável dissociar aplicar de compreender, construir de decidir, ou seja, isolar elementos que devem caminhar em harmonia; essa miragem, criada nas ciências naturais e na filosofia, acusa o golpe dos estudos da física quântica e da filosofia da linguagem, respectivamente. E, para a dogmática, uma guinada ainda não foi percebida: a da interconexão.

É a partir dessa compreensão que pensamos a grade do VIII Seminário Nacional do IBADPP, porque acreditamos que não é possível construir o processo penal sem sua necessária interconexão com o direito penal, com a criminologia, com a filosofia, sem abordar as questões de gênero e raça, entre outras questões que estão na grade do evento este ano. Não é possível, na realidade brasileira, abordar investigação preliminar, ação penal, provas, decisão judicial no processo penal sem perceber que há um problema grave relacionado as pessoas negras que sentam no “pelourinho do banco dos réus”.

Uma visão crítica que permite perceber que o processo penal não é só um conjunto de regras e princípios, ramo do direito público, relacionado à jurisdição penal. Processo penal é sim o mecanismo pelo qual nós, seres humanos, colocamos os nossos semelhantes em jaulas. Porque, meus caros amigos, no final de tudo, diria Binder¹¹, está o cárcere e o cárcere é a jaula de colocar seres humanos.

Trad. Vania Romano Pedrosa e Almir Conceição. 5ª Ed. Rio de Janeiro: Renavan, 2001, p. 31-44, apesar de recusar a ideia de ciência, adere ao modelo de saber jurídico-penal integrado.

9 NEVES, Luiz Gabriel Batista. **Culpabilidade, Física Quântica e Processo Penal**. Florianópolis: Empório do Direito, 2016, p. 79-80.

10 KAUFMANN, Arthur. **Introdução à filosofia do direito e à teoria do direito contemporâneas**. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2002, p. 198 e segs.; WITTGENSTEIN, Ludwig. **Investigações filosóficas**. Trad. Alfonso García Suárez e Ulises Moulines. Barcelona: Gedisa, 2000; HEIDEGGER, Martin. **Ser e Tempo**. Parte 1. Trad. Marcia Sá Cavalcante Schuback. 15ª ed. Rio de Janeiro: Vozes, 2006.

11 BINDER, Alberto M. **Introdução ao Direito Processual Penal**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003.

E tudo isso tem que ser dito, porque, como diria Johan Huizinga¹², todo saber tem história e, óbvio, incomoda que lhe lembrem o seu passado, porque a história é a forma espiritual em que uma cultura presta contas de seu passado.

Ouviram isso? A história é a forma espiritual em que uma cultura presta contas de seu passado! Porque se a gente omite a história difundimos a ideia de que os estudos históricos não oferecem utilidade alguma para *praxe* jurídica. É o que Zaffaroni tem chamado de isolamento da ciência jurídico-penal em relação às ciências sociais e políticas. E o efeito disso? Começam a se esquecer, também, que direito penal é filosofia, nasceu da filosofia, tem como capítulo fundamental a antropologia filosófica e, a um só tempo, começam a surgir os pesquisadores de laboratórios acadêmicos¹³.

Por essa razão que Rômulo Moreira está certo quando diz que “se desgraçadamente ainda temos que punir que seja respeitando o devido processo legal, a ampla defesa e o contraditório”¹⁴. Porque essa conjuntura atual, de radicalismo do poder punitivo, inclusive dos órgãos de controle, é a manifestação cruel dessa sociedade machista, racista, classista e autoritária, que está na gênese da história do Brasil e de todo mundo que se insurge contra a voz dominante.

Quero finalizar o discurso de abertura abordando quatro questões indispensáveis. Primeiro agradecendo a todas as Instituições. É a primeira vez que o Conselho Federal comparece na abertura do Seminário Nacional, na pessoa de seu Vice-Presidente. Não me recordo de outras Instituições estarem aqui ou de estarem representadas pelo seu chefe máximo nas edições anteriores como está hoje. Dizem que no frio e na guerra devemos andar juntos, organizados, de mãos dadas, na luta por dias melhores. O momento requer união. Muito obrigado!

Agradeço à ABDCONST, ABRACRIM, ADPEB, AACB, AJD, AMAB, ANADEF, CAAB, CCRIM, DPU, DPE, EMAB, ESA, ESDEP, SBTRAVEL, TATICCA, IBCCRIM, IBRASPP, EMPÓRIO DO DIREITO-TIRANT, IEJ, MP/BA, OAB E CFOAB, TJ/BA, UCSAL, AOS ESCRITÓRIOS DE ADVOCACIA VIEIRA ADVOCACIA, AURY LOPES JR., GOMES BRITO E MACHADO NETO, FERNANDO SANTANA, GERALDO PRADO CONSULTORIA, REINALDO SANTANA JR., SEBASTIAN MELO, MARAMBAIA E LINS, THAIZE DE CARVALHO, ALCANTARA E ROMERO, THOMAS BACELLAR, VINICIUS ASSUMPCÃO ADVOCACIA.

É o maior apoio político da história do IBADPP!

12 HUIZINGA, Johan. **El concepto de la Historia, y otros ensayos**. México: FCE, 1946, p. 95.

13 ZAFFARONI, Eugenio Raul. **Doutrina penal nazista: a dogmática penal alemã entre 1933 a 1945**. Trad. Rodrigo Murad do Prado. Florianópolis, 2019, p. 22.

14 Palestra Proferida durante a abertura do I Encontro Regional do IBADPP, aos onze de abril de 2019, disponível no link, acesso em 02 de setembro de 2019: <https://www.youtube.com/watch?v=4RormmqcWE>.

Quero agradecer a todos os associados e associadas do Instituto, em especial aos membros da Diretoria Executiva, Vinicius Assumpção (Vice-Presidente), Lucas Carapiá (Diretor Secretário), Luciana Monteiro (Tesoureira); a Thiago Vieira (Coordenador do Departamento de Direito e Tecnologia e grande responsável pela realização deste evento), a Lorena Machado (assessora especial da presidência, que, ao lado de Thiago, é a grande responsável pela realização deste evento), a Reinaldo Santana Jr. (meu coordenador de transporte), a Liz Rocha (coordenadora de visitas às faculdades e que também estará aqui, responsável pela organização das mesas dos dias seguintes), a Antonio Vieira (coordenador dos convites difíceis), a Marina Cerqueira, a Elmir Duclerc e a Rômulo Moreira (membros do Conselho Consultivo); agradecimento especial a Ícaro Matos (pelos convites das instituições da magistratura), a Daniela Portugal (coordenadora da comissão organizadora) e a Érica de Meneses.

O segundo ponto do encerramento é a leitura da carta de boas-vindas, que deixamos nos quartos dos palestrantes:

O vento hoje sopra forte e arrasta tormentas turvando a construção de um país justo, democrático, plural. O autoritarismo, que marca a história do processo penal brasileiro, ganha, neste cenário conflitivo, um novo capítulo, tornando o sistema de justiça penal ainda mais seletivo, cruel e violento.

O discurso que se pretende legitimar, a partir dos mais diversos recursos argumentativos, da pura vulgaridade à mais fina sofisticação, é o de destruição de vidas humanas, homens e mulheres, negras e indígenas, LGBTQI's ... vulneráveis de todos os setores da nossa sociedade.

Por esse motivo, um lugar que reúne, ano após ano, pessoas que têm fé na humanidade e na construção de ciências penais integradas torna-se, a uma só vez, um ponto de partida e de chegada, para o encontro e múltiplos olhares.

Somos, acima de tudo, uma grande família. Nesses oito anos de história, os Seminários Nacionais do Instituto Baiano de Direito Processual Penal deixaram marcas indeléveis nas memórias de seus integrantes e participantes, renovando a esperança e fortalecendo a convicção na possibilidade de uma efetiva transformação da realidade pela ação de cada um de nós.

Nunca desistimos de erguer a bandeira do ideal de um processo penal justo e democrático, por isso, nosso convite à você, neste oitavo Seminário Nacional do IBADPP é, antes de tudo, um chamado à trincheira da luta.

Aqui vislumbramos a possibilidade de submeter as relações de poder, que se exercem pelo sistema de justiça penal, a uma crítica radical, dialogando com representantes de diversos setores, rompendo com barreiras sociais, culturais, políticas, epistemológicas e teóricas por muito tempo sustentadas no universo acadêmico.

Cuidamos para que este não seja um lugar “de brasileiros imbuídos de um ar de certeza de sua arte, desdenhando inteiramente toda outra atividade intelectual” e “com pouca capacidade de examinar o fato por si”. Que, “decididamente, a mocidade acadêmica da qual fazemos parte, não fique cada vez mais presunçosa e oca” (BARRETO, 2017, p. 37).

E, se é verdade que deixa de existir quem não acha nesse mundo um lugar, seja bem-vindo: somos todos I-BÊ-A-DÊ-PÊ-PÊ!

Eu pedi para imprimir e deixar na pasta de cada um de vocês, mas não deu tempo. Essa carta é dirigida a todos vocês que se dispuseram a participar

do VIII Seminário Nacional do IBADPP. Terceiro, quase uma continuação do segundo, eu disse no início que o discurso tinha um nome, escolhi “**um lugar**”. Tem uma música de Nando Reis, chamada Lamento do Realengo, oriunda de uma história muito bonita na sua composição, que começa assim: “Deus do céu, / Para onde que foi tudo que perdi? / Vai pro céu / Quem não acha nesse mundo o seu *(um) lugar?*”¹⁵ (Grifos nossos).

E, para finalizar, o último ponto será dedicado a uma homenagem. Em nome do IBADPP, quero dizer que você é a maior referência viva do processo penal da Bahia, Rômulo de Andrade Moreira. Como pessoa, quero dizer que você é um dos corações mais generosos que tive a oportunidade de conhecer. Obrigado por existir, nada disso seria possível sem você. Quero dizer que nem todos que lutaram pelo fim da escravidão puderam viver em um país sem escravos. Dizer, como disse Jacinto, Rômulo não tergiversa¹⁶ e a sua maior qualidade é que você é maior do que tudo isso. Eles queriam ser você, Rômulo. Queriam ser convidados para palestras em todo o Brasil, como você, sem tergiversar. Tergiversando pode ser que consigam. Sem tergiversar, não. Amanhã será outro dia e eles vão pagar com juros¹⁷; A chateação deles é que com você “tem discussão”.

Viva a Rômulo Moreira!

Com essas palavras e com o vídeo que preparamos em homenagem ao nosso Rômulo, declaro aberto o VIII Seminário Nacional do IBADPP.

Muito obrigado!

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- BARATTA, Alessandro. **Criminologia Crítica e Crítica do Direito Penal, introdução à sociologia do direito penal**. 3ª ed. Trad. Juarez Cirino dos Santos. Rio de Janeiro: Renavan, 2002.
- BINDER, Alberto M. Introdução ao Direito Processual Penal. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003.
- BORGES, Juliana. 130 anos de uma abolição inacabada: encarceramento em massa e racismos. In: **Arquivos da Resistência: ensaios e anais do VII Seminário Nacional do IBADPPP**. Org. CALDAS, Diana Furtado; ANDRADE, Gabriela Lima; RIOS, Lucas Carapiá P. Florianópolis: Tirant lo Blanch, 2019, p. 57-66.
- COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. Pareceres criminais em segundo grau: uma visão constitucional do direito e do processo penal. Prefácio. IN: MOREIRA, Rômulo de Andrade; SILVA, Adriano de Jesus. **Pareceres Criminais em Segundo Grau: uma visão constitucional do direito e do processo penal**. Florianópolis: Empório do Direito, 2018.

15 REIS, Nando. Lamento do Realengo. **Sei**. Seattle: Estúdios Soundhouse e Avast, 1994.

16 COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. Pareceres criminais em segundo grau: uma visão constitucional do direito e do processo penal. Prefácio. IN: MOREIRA, Rômulo de Andrade; SILVA, Adriano de Jesus. **Pareceres Criminais em Segundo Grau: uma visão constitucional do direito e do processo penal**. Florianópolis: Empório do Direito, 2018, p. 11, “Em suma, Rômulo é um homem de princípios. E não tergiversa por eles; muito menos negocia o absurdo. Ao contrário do que podem pensar os insanos em tempos sombrios como os de hoje, isso não é piegas. Ao revés, é de gente assim que se está a sentir falta; de gente de palavra.”

17 HOLLANDA, Chico Buarque de. Apesar de você. **Chico Buarque**. Rio de Janeiro: Philips Records, 1978.

GLOECKNER, Ricardo Jacobsen. **Autoritarismo e Processo Penal: uma genealogia das ideias autoritárias no processo penal brasileiro**. Florianópolis: 2018.

HEIDEGGER, Martin. **Ser e Tempo**. Parte 1. Trad. Marcia Sá Cavalcante Schuback. 15ª ed. Rio de Janeiro: Vozes, 2006.

HOLLANDA, Chico Buarque de. Apesar de você. **Chico Buarque**. Rio de Janeiro: Philips Records, 1978.

HUIZINGA, Johan. **El concepto de la Historia, y otros ensayos**. México: FCE, 1946.

KAUFMANN, Arthur. **Introdução à filosofia do direito e à teoria do direito contemporâneas**. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2002.

NEVES, Luiz Gabriel Batista. **Culpabilidade, Física Quântica e Processo Penal**. Florianópolis: Empório do Direito, 2016.

REIS, Nando. Lamento do Realengo. **Sei**. Seattle: Estúdios Soundhouse e Avast, 1994.

WITTGENSTEIN, Ludwig. **Investigaciones filosóficas**. Trad. Alfonso García Suárez e Ulises Moulines. Barcelona: Gedisa, 2000.

ZAFFARONI, Eugenio Raul. **Doutrina penal nazista: a dogmática penal alemã entre 1933 a 1945**. Trad. Rodrigo Murad do Prado. Florianópolis, 2019.

_____. **Em busca das penas perdidas: a perda de legitimidade do sistema penal**. Trad. Vania Romano Pedrosa e Almir Conceição. 5ª Ed. Rio de Janeiro: Renavan, 2001.

ARTIGOS DOS PALESTRANTES

A VIOLÊNCIA POLÍTICA DO PODER PUNITIVO

JACSON ZILIO¹

A violência política é um dado inerente ao exercício do poder punitivo, mesmo naqueles casos em que ele é legitimado pelo direito penal. Essa violência objetiva, estruturante, está presente na ação substantiva de diferentes delitos e também sob a forma de força (institucional ou anti-institucional).²

Evidentemente, o direito penal democrático, como violência política institucionalizada para estabilizar o sistema e reforçar a autoridade constituída, também pretende conter o exercício da violência punitiva pura e das pulsões do estado de polícia. Logo, trata-se de uma violência praticada de cima e que busca barrar aquilo que FERRAJOLI chamou corretamente de “poderes selvagens.”³ Em outras palavras: é violência institucional ou indireta usada para frear violência pura ou direta.

Por outro lado, o direito penal autoritário, como violência institucional de cima conjugada com violência pura, é o braço armado do estado fascista e almeja “naturalizar” todas as formas de violência, a partir de um dado subjetivo, seja na seleção de grupos sociais vulneráveis, seja na perseguição de inimigos políticos de ocasião.⁴ Em termos mais simples, poder-se-ia dizer que é também violência pura ou direta.

Desvelar o que se tem por direito penal democrático e o que se compreende por direito penal autoritário não é tarefa simples. Afinal, nem todo direito penal rigoroso é autoritário. Nem todo direito penal do estado democrático é, automaticamente, também democrático, dado que no seu interior pulsam manifestações de polícia. Mas é certo que todo direito penal do estado fascista é autoritário, pois nele não se apresentam impulsos democráticos. Algo semelhante parece acontecer também na filosofia política: é certo que nem todo movimento

1 Doutor em Direito Penal e Criminologia pela Universidade Pablo de Olavide, de Sevilha, Espanha. Promotor de Justiça do Ministério Público do Paraná.

2 Sobre o problema criminológico da violência na criminalidade política, confira-se, por todos, RUGGIERO, Vincenzo, *La violencia política. Un análisis criminológico*. Barcelona: Anthropos, 2009.

3 FERRAJOLI, Luigi, *Poderes salvajes. La crisis de la democracia constitucional*, trad. de Perfecto Andrés Ibáñez, Madrid: Minima Trotta, 2011.

4 Também se tem defendido, sem muitos adeptos teóricos, o exercício de guerra aos denominados não-pessoas. Aliás, desde 1985 (JAKOBS, Günther, *Kriminalisierung im Vorfeld einer Rechtsgutsverletzung*, in ZStW 97, 1985).

reacionário é fascista. Como deixou claro KONDER, nem toda repressão – por mais feroz que seja – exercida em nome da conservação de privilégios ou castas é fascista.⁵

Uma dimensão mais simples de análise da problemática é identificar como direito penal autoritário qualquer manifestação atentatória aos princípios iluministas estruturantes do saber penal: legalidade, lesividade, intervenção mínima, culpabilidade e humanidade. Assim, por exemplo, ninguém duvidaria que qualquer intento de legitimar punições sem respeito ao princípio de legalidade é expressão de direito penal autoritário. A criminalização por analogia, do nacional socialismo, respondia ao modelo autoritário de direito penal, já que o princípio de legalidade não funcionava como garantia do indivíduo.⁶ A legalidade era apenas um verniz que não controlava os anseios da política criminal.

Do mesmo modo, criminalizações por simples estados ou condições existenciais violam o princípio de lesividade e, por isso, representam também um modelo penal autoritário. O direito penal de autor, que despreza o desenvolvimento histórico da teoria do bem jurídico, é uma faceta clara do direito penal autoritário. Pense-se, por exemplo, na simples criminalização de relações sexuais entre pessoas do mesmo sexo, do incesto, do uso de drogas e das manifestações de pensamento de cunho ideológico.

Não ocorre nada diferente, ou seja, também segue essa linha autoritária, os comuns ataques aos princípios consagrados de culpabilidade e humanidade de penas, caracterizados pela hipertrofia do direito penal, seja quando se está diante de penas irracionais aplicadas por resultados surgidos sem vínculos psicológicos com o autor, seja quando há clara desproporcionalidade e crueldade de penas. Pense-se, aqui, nos delitos qualificados pelo resultado e nos regimes prisionais diferenciados.

Poder-se-ia pensar, portanto, que todas as violações do direito penal democrático ocorrem pelo mero não atendimento dos princípios penais de base. Analogia destruindo legalidade, direito penal de autor destruindo lesividade, movimento de lei e ordem destruindo intervenção mínima, delitos qualificados pelo resultado destruindo culpabilidade etc. Assim, pois, as manifestações autoritárias do direito penal apareceriam de forma empírica, em todas as formas de criminalidade (tradicional, econômica ou política em sentido estrito).

5 KONDER, Leandro. *Introdução ao fascismo*. Rio de Janeiro: Graal, 1977, p. 4.

6 A anulação do princípio de legalidade pelo nacional socialismo deu-se pela Lei de 28 de junho de 1935, que permitia punir não apenas quando uma conduta estava proibida pela lei, mas também quando era merecido segundo a ideia fundamental da lei penal e segundo o sã sentimento popular.

Mas há, por outro lado, uma dimensão mais complexa desse mesmo fenômeno, que permite extrair uma melhor radiografia das raízes da violência política e do autoritarismo que marca de forma indelével o direito penal.

Essa dimensão é, sem dúvida, eminentemente política e vem corporificada na categoria do fascismo, nas dimensões organizativas, culturais e institucionais.⁷

O pensamento político autoritário de direita - que pode ser ainda hoje qualificado de fascista, pois, como disse HUMBERTO ECO, “si può giocare al fascismo in molti modi, e il nome del gioco non cambia” - tem três eixos bastante sensíveis no modo de operação estratégica, que se conectam ao funcionamento real do direito penal.

Esses três eixos são retratados nas seguintes características: a) pragmatismo radical; b) identidade da teoria e da prática; c) existência de um princípio sagrado/valor supremo para engajamento e motivação de cidadãos.

(a) O *pragmatismo radical* explica-se por um exemplo simples: “para o responsável pela prisão é mais importante que os guardas sejam de confiança e as portas das celas sejam sólidas do que persuadir os presos da excelência do sistema penal vigente.”⁸ Em outras palavras: mais importante que buscar socorro na ciência e na academia, cujas reflexões não são imediatas, é resolver as questões práticas de maneira rápida e simples. Quem atua de acordo com essa vertente do pensamento conservador tem verdadeiro pavor ao pensamento acadêmico ou intelectual, justamente porque ele não tem sentido pragmático imediato. As discussões acadêmicas não oferecem soluções imediatas, de curto prazo, pois o resultado de qualquer investigação séria depende sempre de longos debates. HUMBERTO ECO chamou esse irracionalismo de “ação por ação”. Pensar, para os pragmáticos radicais, é uma “forma de castração”.⁹

No campo penal, isso fica bastante evidente na forma como se prega soluções para determinados problemas reais de criminalidade, em delitos patrimoniais, drogas e corrupção. Por exemplo, frequentemente recorre-se ao pensamento reacionário do chamado *movimento lei e ordem*, na vertente da *tolerância zero*, para propor uma simples diferenciação positivista (fantasiosa) entre delinquentes (anormais) e cidadãos (normais). A solução para os problemas delitivos passaria pelo simples aumento de repressão em relação aos selecionados como delinquentes, inclusive quando se trata fatos de pequena monta. Tudo se reduziria a um

7 GENTILE, Emilio, *Il fascismo in tre capitoli*. Roma: Laterza, 2004, pp. 114-116^o. Veja-se, também, PARIS, Robert, *As origens do fascismo*. São Paulo: Perspectiva, 1993.

8 KONDER, Leandro. *Introdução ao fascismo*. Rio de Janeiro: Graal, 1977, p. 6.

9 ECO, Humberto, *Contra el fascismo*. Barcelona: Lumen, 2018, p. 39. Este livro - *Il fascismo eterno* - é uma conferência pronunciada na Universidade Columbia de Nova Iorque, no dia 25 de abril de 1995, depois publicada em *Cinque scritti morali*.

mero critério de eficiência. Simples assim: mais penas, menos delitos; mais encarcerados, menos impunidade.

Contudo, o núcleo dessa política de tolerância zero constitui-se no argumento da guerra, cuja única solução conservadora na aplicação da pena é a infringência da dor ou morte. Essa é uma forma pragmática e simplista de utilização da pena de prisão apenas para segregar – neutralizar ou eliminar - grupos sociais marginalizados – estes, claro, como clientela preferencial do sistema penal, ainda que se possa colocar ao lado também os defensores políticos das populações subalternas ou até mesmo aqueles hostis que, seja pela razão que for, perderam as estruturas de poder antisseletividade.

O pragmatismo penal radical está baseado em ideias toscas e grosseiras, que se identificam, no campo penal, com o sentimento de insegurança do senso comum da população, que, por sua vez, é determinado por agências midiáticas interessadas apenas na venda de notícias sensacionalistas. Percebe-se essa semelhança pela atitude de alguém que não se esforça intelectualmente para compreender os fenômenos complexos do crime e da criminalidade. Num contexto de forte retributivismo, derivado das influências religiosas, é natural que parte da população, que não detém nenhum tipo de dado ou de conhecimento especial, adira ao pensamento político-criminal de mera repressão pelo uso massivo da pena de prisão.

Esse pragmatismo, tal como ocorre nos sistemas autoritários, utiliza-se do mesmo método da propaganda descoberto pelo fascismo. O uso desse método começou nas manifestações conservadoras de direita dos anos 1920/1930 e retorna agora de forma intensificada, como um fenômeno de convencimento das classes populares para a adesão de políticas contrárias à própria essência dos seus interesses de classe social.

A propaganda, que antes dava-se por meio do rádio, dos discursos públicos, agora tem uma dimensão muito mais forte e devastadora. Os discursos antes eram simplistas, carregados de emoção, incitadores de agitação. Buscavam, na essência, trocar o formalismo pelo discurso do homem simples. Na atualidade, entretanto, essa forma de publicidade vem reproduzida por meio de comentários nas redes sociais da forma mais simples possível. Isso tem uma vantagem clara que é disfarçar o conteúdo conservador e fixar as atenções das massas para um novo estilo, moderno, dinâmico e agradável. À época do nacional-socialismo, GOEBBELS, ministro da propaganda de HITLER, caracterizava o movimento por meio da seguinte frase: “tão moderno que o mundo inicialmente não poderia entender” (*so modern, das die Welt es nicht begreifen konnte*).

O pragmatismo atual, portanto, usa o método de propaganda fascista que, a despeito da sua característica tosca, é eficiente e assumido de maneira pública.

Basta recordar a infeliz declaração do atual Ministro da Justiça de que o “pacote anticrime não necessita do debate com penalistas porque eles só encontram problemas nas coisas.”¹⁰

Note-se que essa questão do propaganda não é algo de pouco importância. Sequer no Estado Novo, que tinha um projeto importação e adaptação de legislação autoritária, fugiu-se assim do debate público sobre a produção de leis penais. HUNGRIA, reconhecido como o penalista mais influente da época, discutiu exaustivamente o projeto de Código Penal de 1940, que tinha um conteúdo técnico infinitamente melhor de que se propõe agora. Está claro que as atuais reformas vendem soluções fáceis, pragmáticas e importadas de sistemas distintos, sem nenhum debate sério, por meio de declarações informais sofríveis. Esse pragmatismo radical, sinal claro de doença política do presente, é a comprovação do carácter penal abertamente fascista do atual governo brasileiro.

(b) A identidade da teoria e da prática é outra estratégia do pensamento autoritário. A direita, tanto antes como agora, rouba do marxismo o valoroso conceito de unidade entre ação e teoria. Há, em MARX, uma teoria da práxis como unidade dialética do objetivo e do subjetivo, das condições econômicas e da vontade consciente. A categoria da totalidade do todo sobre as partes. É por isso que se deve ter uma prática unida à teoria, ou seja, unida e não idêntica. Nesse sentido, a teoria é a crítica da prática. Não é, portanto, uma identidade com a prática. A união dela não faz com que desapareça o poder de crítica de transformação da realidade. Com efeito, não se permite assim nenhum determinismo, já que o indivíduo mantém uma subjetividade fundamental para mudar a realidade objetiva. Sem essa subjetividade seria impossível transformar a história. A filosofia, até então, só tinha observado, descrito, contemplado a história; não tinha se engajado e, efetivamente, alterado essa história. A 11ª Tese de MARX sobre FEUERBACH: *Die Philosophen haben die Welt nur verschieden interpretiert; es kömmt drauf an, sie zu verändern.*

Há aqui esse abandono da crítica justamente porque a teoria está de joelho para a prática. Para o pensamento conservador, a teoria não tem nenhum valor se ela não estiver identificada à prática. Aí se compreende também os constantes ataques ao intelectualismo e à universidade, por exemplo, pois o conservadorismo não quer uma teoria que critique a prática, mas uma teoria acoplada e idêntica à prática.

10 Entrevista coletiva no dia 4/2/2019, o atual Ministro da Justiça Sérgio Moro sustenta que as alterações legislativas propostas no denominado “Projeto de Lei Anticrime” por ele apresentado ao público busca “efeitos práticos”, e não “agradar professores de direito penal”. Nada obstante, algumas entidades já se manifestaram apontando inúmeras inconstitucionalidades e ilegalidades no pacote anticrime: por exemplo, OAB (SANTA CRUZ, Felipe; BRENDA, Juliano, *Análise do Projeto de Lei Anticrime*. Brasília: OAB, Conselho Federal, 2019) e IBCrim (https://www.ibccrim.org.br/docs/2019/Nota_Tecnica_Pacote_Anticrime.pdf).

Contudo, o direito penal, como saber teórico acumulado, deve orientar o caminho correto da aplicação justa da lei penal. Não pode, portanto, ser idêntica nem ficar refém de uma prática cega do poder punitivo, mas sim se constituir como unidade de teoria de uma práxis libertadora.

(c) A terceira vertente do pensamento autoritário de direita, também como repercussão no direito penal, é o princípio sagrado do mito da pátria, que une as pessoas numa identidade nacional homogênea. Isso ficou muito claro no fascismo da Itália e da Alemanha, que se assentou na ideia de identidade nacional própria e homogênea. O prevaecimento da ideia de pátria deu lugar ao perigoso consumo do social pelo nacional.

HITLER disse, em 1922, que “o nacional e o social são dois conceitos que estão num só” (*National und Sozial sind zwei identische Begriffe*), expressando a ideia de que é necessário recorrer ao princípio sagrado para unificar as pessoas em torno do mito da pátria.

Na atualidade, no Brasil, as discussões em torno dos delitos ambientais, praticados na Amazônia por conta das queimadas intencionais, recorrem necessariamente ao princípio sagrado capaz de unificar as pessoas em torno dos conceitos do nacional para vivificar o mito da soberania da pátria. O social, aí, padece frente ao nacional. Assim, descola-se o problema para o âmbito da soberania, quando na realidade o que se tem é algo eminentemente penal em dupla mão: uma ação individual destrutiva criminoso e uma omissão estatal individual proposital.

Curiosamente, a necessidade de recorrer ao conceito nacionalista só funciona seletivamente, porquanto desaparece em tantos outros pontos importantes, como quando se trata de temas relacionados ao capital internacional. No campo do capital, econômico, o nacional está em completamente abandono (na ótica da aplicação do princípio sagrado).

As características acima retratadas podem ser visíveis na realidade atual do direito penal brasileiro: o pragmatismo radical, o método de propaganda, a identidade entre teoria e prática e o nacional sobre o social são os instrumentos da nova política criminal de lei e ordem, de extermínio das classes populares.

Na verdade, todas as características do pensamento autoritário de direita decorrem da militarização da vida política (fascismo-militarismo) e são exteriorizadas na erosão dos princípios de fundamentação do direito penal clássico, ou seja, na falta de racionalidade iluminista sobre a pena e o delito.

Enfim, todas aquelas conquistas iluministas praticamente desaparecem no que pretensamente denomina-se, no Brasil, de direito penal moderno. Esse adjetivo não cabe no direito penal brasileiro. O caso brasileiro é melhor retratado como *direito penal de despotismo reacionário no velho estilo direitista*, ou seja, é um

direito penal grotesco, anti-iluminista, bárbaro, caracterizado pela busca aberta de punição (por meio de neutralização e eliminação) de inimigos políticos e de classe. A diferença substancial entre guerra e direito penal, aqui, desaparece.

Tal como o comandante da colônia, do conhecido livro *Na Colônia Penal* de FRANZ KAFKA, o fascismo do direito penal da ditadura militar brasileira morreu.¹¹ Contudo, as inscrições contidas no túmulo seguem intactas e deveriam servir de alerta:

“Aqui jaz o antigo comandante. Seus adeptos, que agora não podem dizer o nome, cavaram-lhe o túmulo e assentaram a lápide. Existe uma profecia segundo a qual o comandante, de determinado número de anos, ressuscitará e chefiará seus adeptos para a reconquista da colônia. Acreditei e esperai!”¹²

11 Há boas razões para acreditar que, no Brasil, o neofascismo ressuscitou em outras dimensões organizacional (apartidária), cultural (cristianismo fundamentalista) e institucional (político, militar, policial e judicial). Veja-se o que diz, por exemplo, EMILIO GENTILE (*Chi è fascista*, Bari: Laterza, 2019, p. 37): “E per arrivare ai giorni nostri, la lista dei fascisti d’oggi, che si allunga continuamente nelle cronache quotidiane, annovera fra i suoi esponenti più citati la francese Marine Le Pen, l’unghe-rese Viktor Orbán, il turco Erdogan, l’italiano Matteo Salvini, lo statunitense Donald Trump, il brasiliano Jair Bolsonaro”.

12 KAFKA, Franz, *O Veredito/Na Colônia*, trad. de Modesto Carone, São Paulo: Companhia das Letras, 1998, p. 69.

CRIMINOLOGIA DA LIBERTAÇÃO MARGINAL E DEMOCRACIA RACISTA: DIÁLOGOS INSURGENTES.

*“... Será que a força da fé que carrega nosso viver,
Pode mover montanhas e jogar dentro do mar,
Tanta gente de bem que só tem mal pra dar.
Será que a força da fé que carrega nosso viver,
Pode mover montanhas pra gente poder passar,
É a nossa oração pedindo pra Deus,
Oyá...
É o povo de cá pedindo pra não sofrer,
Nossa gente ilhada precisa sobreviver...”*
(Oyá - Canto de Oração, Grupo Sensação)

LUCIANO GÓES¹

RESUMO

Partindo das críticas criminológicas em suas diversas facetas, busca-se a construção de uma Criminologia que não se limite às violências e violações denunciadas por (contra)teorias de base materialista, como fazem as oriundas do centro, de suas “traduções” ou, concebidas nas margens, tendo em vista que tais discursos mantêm, como matriz inquestionável, o colonialismo e, por consequência, demais carregos necropolíticos que solidificam a supremacia e hegemonia branca. Outrossim, emerge, das linhas a seguir, um discurso afrocentrado que faz eco a brados ancestrais que denunciam, combatem e (sobre)vivem à radicalidade da violência racial de um sistema de controle racial que demanda um país ontologicamente racista, ou seja, desumanização e genocídio produzidos, e imprescindíveis, à democracia gerada nas entranhas do colonialismo. Seguindo a metodologia da Criminologia da Libertação que se embasa na teologia cristã central, projetamos uma Criminologia da Libertação Marginal Preta com funda-

1 Doutorando em Direito na Universidade de Brasília (UnB), bolsista PROEX/CAPES. Professor do curso de Pós-Graduação (*lato sensu*) em Ciências Criminais da Faculdade CESUSC. Integrante do Instituto Brasileiro de Criminologia Cultural. Pesquisador/membro do projeto de Pesquisa e Extensão Universidade Sem Muros (UFSC) e do Grupo de Pesquisa Brasilidade Criminológica (UFSC/CNPq). Advogado Criminal. 2º lugar, na categoria Direito, do 59º Prêmio Jabuti (2017) com a obra: **A tradução de Lombroso na obra de Nina Rodrigues**: o racismo como base estruturante da Criminologia brasileira.

mentos na cosmologia africana, que não apenas denuncie o programa de violência histórica e orgânica orientada à maior população negra fora de África, mas que exponha suas epistemes e instrumentos de fortalecimento de suas resistências e estratégias para (re)construção de um país não outrificante. Uma Criminologia decolonial que rompe com as normalizações impostas por um saber academicista, produto/produtor do epistemicídio, fruto do racismo antinegro que se busca desconstituir através de vozes e conhecimentos marginalizados, insurgentes e subversivos à ordem racial (im)posta, que confrontam a organicidade do racismo de uma democracia que, em seus pilares coloniais, é obstáculo à liberdade negra e seus direitos fundamentais às existências diaspóricas e, portanto, à própria humanidade.

INTRODUÇÃO

Para tentar esboçar os contornos dessa Criminologia que represento e que me constitui, é preciso, antes, estabelecer as bases de uma Criminologia Achada no Morro², rebenta das encruzilhadas diaspóricas que apontam diversos caminhos às rodas imprescindíveis ao povo negro, a própria essência das existências que os saberes marginais incorporam e que, aqui malandreadas, não apenas sobrevivem a um sistema que se esforça para que minha voz não seja ouvida, mas o ataca com insurgências que reclamam um direito à ancestralidade, enquanto direito fundamental, que em Salvador, a partir dos muitos (re)encontros que se entrecruzam nas tramas (i)materias, reenergiza meu asê, um direito que se volta à desconstrução de estruturas coloniais sempre (re)atualizadas, um direito combativo e eficaz ao racismo antinegro que se apresenta, hoje, sem qualquer disfarce.

Partindo da ideia de um Direito democrático, no sentido de garantia às disposições constitucionais, principalmente no âmbito da persecução penal por ser o mais importante instrumento de controle, vou trazer algumas provocações a partir de um viés decolonial-afrocentrado, cuja base teórica emerge da *escrevivência* ensinada por Conceição Evaristo que possibilita a emergência dessa Criminologia enquanto um saber voltado não apenas à denúncia da violência racial que configura nossa sociedade, mas como instrumento de sobrevivência, resistência e projeto de vida negra plena.

Não se trata, assim, de demarcar nossa velha conhecida “democracia racial”, que assim como a ideia de um Direito penal igualitário, engana apenas aqueles e aquelas que querem se enganar, ou se manter no engano, dada sua

2 GÓES, Luciano. Criminologia de Banjo – A Criminologia Achada No Morro: um brado negro em tributo à Vera Andrade. In: PRANDO, Camila Cardoso de Mello; GARCIA, Mariana Dutra de Oliveira Garcia; ALVES, Marcelo Mayora. **Construindo as Criminologias Críticas**: a contribuição de Vera Andrade. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2018.

seletividade racial programática, mas de questionar as bases da própria democracia que, construída e estruturada sobre o racismo e a necropolítica³, concebida aqui como política de morte negra que sustentou processos de colonizações e, posteriormente, das colonialidades que mantêm hegemonias monocromáticas do poder, ser, saber e de existir, sinonímias à condenações que aprisionam o povo negro ao que Fanon chamou de “zonas do não ser”⁴, zonas brancas/branqueantes que tentam anular a negritude e sua rebeldia sediciosa como herança em lutar por liberdade.

1. DEMOCRACIA RACISTA (IM)POSTA, SEUS DESTINATÁRIOS E LIMITES

*“A cor da pele é quem sabe
Que liberdade não cabe
Num pedaço de papel...”.*

(Zumbi-me, Palmares – Comunidade do Samba da Vela)

As criminologias, enquanto campos do saber, são produtos de movimentos para legitimar o Direito penal ou deslegitimá-lo, sendo que na margem sulamericana, o viés (um pouco) mais crítico transpassou o Direito penal como marco de suas críticas para chegar na estrutura de um Estado modelado em termos centrais, que demarcam uma dependência profunda, chegando a aportar na filosofia da libertação⁵ a partir da qual se construiu um importante arcabouço crítico, chamando a atenção para a realidade periférica, mas ainda delimitada pelas críticas ao capitalismo, mesmo esboçando algumas problematizações, muito superficiais, ao racismo, muito por conta de ser protagonizada por pesquisadora(e)s branca(o)s, reflexo direto da sua hegemonia na academia, ainda prevalecente e quase monopolizante.

Tal perspectiva enuncia uma proposta libertária sedutora em termos geopolíticos (descoloniais) e epistemológicos, porém, restrita à branquitude que ignora a relação dualógica e complexa entre racismo e colonialismo, bem como não toma conhecimento da perenidade dos instrumentos de controle escravagistas e, portanto, a centralidade da violência racial como mantenedora da ordem e segurança.

3 MBEMBE, *Necropolítica*. 2ª edição. São Paulo, N-1 Edições, 2018.

4 FANON, Frantz., *Pele negra, máscaras brancas*. Tradução de Renato da Silveira. Salvador: EDUFBA, 2008, p. 26.

5 CASTRO, Lola Aniyar de. *Criminologia da libertação*. Tradução de Sylvia Moretzsohn. Rio de Janeiro: Revan, 2005.

Os discursos que vêm de áreas que caracterizam *idades negras* (mesmo que em escala micro que faz de famílias negras ilhadas, quilombos urbanos) denunciando essa violência sistêmica, retratando as crônicas da vida preta periférica violentada diariamente, e que apontam para a eterna crise dos direitos tidos como fundamentais de uma democracia consolidada por quase quatro séculos e cuja arquitetura praticamente não se modificou, apenas se atualizou, se agravando, certamente, ao se apresentar de modo fascista que tanto assombra a branquitude, não fazendo mais do que recusar a ocultar sua natureza ontológica racista, isto é, se pautando em uma política outrificante que, nos morros, dita as regras de um estado de exceção permanente de desumanização, cuja racionalidade só encontra amparo nela mesma, sem qualquer observância ou limitação legal, bastando a vontade senhorial.

É somente a partir da racialização radical que podemos entender, minimamente, a Sociologia do Controle Racial que dita a ordem e os limites a serem ultrapassados pelo ser diaspórico desde a concepção do projeto necropolítico colonial, que consolidou a essencialidade da morte negra como pavimento do mundo branco. Assentado no poder racializante, o poder necropolítico estabelece os parâmetros básicos de um estatuto jurídico onde o direito à vida é garantia ao branco, enquanto o direito, inegociável, às mortes é atrelado ao negro.

Tal direito legítimo do uso da força genocida é extraído, conforme as teorias contratualistas “clássicas” do *Contrato Social* que estabelece o Direito penal como “proteção às arbitrariedades do ente estatal” e da qual retiramos a base para a concessão de uma parcela de liberdade para a construção do Estado, enquanto ente abstrato, na relação direitos-deveres. Seguindo até a radicalidade do Estado, vê-se que não existem direitos assegurados e toda a liberdade negra foi retirada, a ponto de legalização e legitimação da escravização como condição precípua daquele ente estatal racista.

Nesse tal contrato, como primitiva, a população negra não foi signatária por ser desprovida de razão, sendo representada pela branquitude que, em ato de pura benesse quase santificante, assinou o contrato, ocultando a cláusula penal: a necropolítica como alienação do corpo negro, realizada pelo branco como garantia de seu próprio contrato.

O *Contrato Social*, que positivou a hegemonia branca como norma dogmatizada, contém em si, o *Contrato Racial* como seu fundamento, sendo a violência racial contra o negro, o *Não-ser*, sua sustentação, que legitima o uso de seu amplo instrumental de violências. A violência racial é a sombra que as luzes da razão iluminista produz, e obscurece, ao projetar seu humanismo sobre a desumanização histórica que os olhos “civilizados” fingem não ver.

Para Charles Mills, a supremacia branca se estabelece nesse contrato, monopolizando as bases jurídicas racializadas inatas à modernidade genocida que expõe a natureza racista da branquitude, mal disfarçada sob discursos da igualdade que só se dá entre ela mesma e que sustenta: “[...] uma sociedade organizada racialmente, um Estado racial e um sistema jurídico racial, onde o status de brancos e não-brancos é claramente demarcado, quer pela lei, quer pelo costume. E o objetivo desse Estado, em contraste com o estado neutro do contratualismo clássico, é, inter alia, especificamente o de manter e reproduzir essa ordem racial, assegurando os privilégios e as vantagens de todos os cidadãos integrais brancos e mantendo a subordinação dos não-brancos”⁶.

O Contrato social é, portanto, a Constituição da branquitude e, nela, a necropolítica é cláusula pétreia, estruturante do sistema punitivo que passa a ser programado pelo racismo que expurga qualquer possibilidade de razão negra.

É dizer que o Direito penal, instrumento legal do poder punitivo estatal, manuseado, teoricamente, como sanção ao desvio, sempre foi pautado pelo racismo, condição essencial de sustentação da estrutura colonial/colonizada secular, um programa político de tutela do mundo branco pautado pela necessidade de criminalizações racializadas e uso legítimo da violência com fins de proteger bens jurídicos valorados como importantes para (e pela) branquitude. No Brasil, ele se perfaz como instrumento de controle racial de corpos objetificados, cujo desvio se opera ontologicamente ao se afastarem do padrão normativo “universalizado”, fazendo da morte sua *prima ratio*, no qual o genocídio e o encarceramento da massa negra são naturalizados por práticas cotidianas que determinam lugares “devidos”.

Tal conjuntura não é obra do acaso, mas resultado do sucesso da programação racista de sistemas punitivos que sustentam países racistas, erguidos sobre estes mesmos corpos, produtos/produtores da necropolítica que consolida o projeto branco universalizado pelo colonialismo, mantido pela colonialidade na qual o signo “negro” é fator criminógeno e genocida.

O sistema de controle racial marginal brasileiro operou pela desumanidade legalizada durante quase quatro séculos, o estatuto jurídico do colonizador branco através do qual se definiu, e se reconheceu, a escravidão como direito natural, fonte vital de uma sociedade vampiresca que demanda de sua vítima uma reação para manter-se vivo. A cada insurgência negra que recusava a *zona do não-ser*, e toda possibilidade de existência branca que o racismo lhe impôs, o sistema de controle desumanizante se redesenhava rapidamente, recrudescendo sua violência inata e com maior poder destrutivo e neutralizador da ameaça.

6 MILLS, Charles. *The Racial Contract*. Cornell University, 1997, pp. 13-14.

Com o colapso do modelo de controle escravagista, o rearranjo do sistema racista é imediato. Em termos republicanos, a violência racial é realizada sob discursos democráticos que fazem propagar a falsa ideia da liberdade, presente branco entregue pela *sinhazinha* redentora que mantém a salvo a cidadania branca ao conceber a sub-cidadania negra, declarada como “inimiga do progresso da nação” por sua primitividade que demonstrava que, em tal sistema, a segurança e manutenção da arquitetura racista demandava a reformulação do poder necropolítico.

Em um contexto marcado pelo caos racial, o sistema de controle racista brasileiro não apenas se recompõe, como se fortalece, ao “traduzir” o paradigma racista-etiológico lombrosiano que transformou o negro em “criminoso nato” ao provar sua animalidade, comprovando, cientificamente, a humanidade branca⁷. Nessa relação, as sólidas bases para a racialização do crime e a metamorfose do negro em criminoso são chumbadas à democracia racista que assegurou seu espírito escravagista, trazendo o desejo senhorial de violentar no Código penal republicano, além de sua expulsão para lugares onde a naturalização da sua objetificação deram o tom a um *apartheid* à moda da casa, imposto pela necessidade da ordem branca, para o progresso branco.

O paradigma racista-etiológico que fundou o *Direito penal do autor* foi fundamental para manter as *coisas* em seus devidos lugares e recebendo o tratamento que mereciam, ao legitimar práticas punitivistas voltadas ao corpo negro coisificado sem que o discurso jurídico da igualdade fosse arranhado, instalando a periculosidade em seu âmago, projetou assim, a partir da necessidade de um sistema de controle funcional à democracia racista, mas que não o declarasse, a seletividade racial no interior do *Direito penal declarado*, inaugurando o encarceramento da massa preta com o trabalho obrigatório na prisão, e aplicando a pena de morte aos corpos negros marginalizados através do *Direito penal paralelo*.

Uma democracia de ex-escravizados que se torna, desde logo, escravizante, apelidada, carinhosamente, de “democracia racial”, cuja única democratização foi do direito de matar gente preta, os novos condenados da terra⁸, herdeiros da diáspora que vivem, entre dores e orgulho, a luta por (re)conhecimento em um modelo de sociedade que assegura a racialidade inconciliável. Uma democracia emergente da necropolítica que só poderia se manter pelo genocídio ao legitimar o sistema punitivo racializado sem qualquer alteração ou estranhamento diante

7 GÓES, Luciano. A “tradução” de Lombroso na obra de Nina Rodrigues: o racismo como base estruturante da Criminologia Brasileira. Rio de Janeiro: Revan, 2016.

8 FANON, Frantz. *Os condenados da terra*. Tradução de José Laurênio de Melo. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 1968 (coleção Perspectivas do Homem, v.42).

da discursividade inflamada de viés “iluminista”, pois, a abolição ficcional apenas substituiu a senzala, grilhões e acoites por favelas, prisão e tortura.

O manejo dos direitos liberais de liberdade e igualdade, pelos escravizados ainda no período escravocrata, extrai, do sistema de controle brasileiro, sua essência racista conferida por respostas óbvias e inequívocas para tutela da branquitude. Manifestadas sob práticas segregacionistas, a seletividade racial é reclamada por qualquer espaço que possa produzir seus efeitos: a segurança branca, ratificada pela violência sobre corpos negros, uma “quase gente”, cujo único “direito” é (ainda) ser violentada).

Se no primeiro Código Penal republicano houve a racialização de crimes, explicitando o racismo antinegro enquanto se pregava o direito à liberdade, sob este mesmo discurso nosso Código Penal atual, através da dogmatização do mesmo Direito penal do autor que insculpiu o paradigma racista-etiológico e a periculosidade que exala de corpos negros, encontra-se a solução legalizada pela qual o racismo se apresenta, principalmente pela discursividade de nossa “guerra contra às drogas”, uma guerra explicitamente racial, seja na construção de sua justificativa, do “inimigo” e dos campos de batalha.

No contexto de uma guerra diária, um sistema jurídico racialmente de exceção permite, sem qualquer afetação aos direitos e garantias fundamentais, a aniquilação do inimigo sob o pretexto de promoção ou resgate da paz e segurança pública. A morte que até então seria ilegal, torna-se legal e imprescindível, recaindo sobre os mesmos corpos desválidos e desvalorizados de sempre.

A ignorância às “regras do jogo processual democrático” que seriam ilegais (e até fundamento para anulação de processos criminalizantes segundo o garantismo penal), tornam-se cada vez mais rotineiros, sem a “sutildade” do uso do juridiquês e fundamentações mais refinadas para esconder o racismo que vai sendo naturalizado no Direito penal declarado que não limita mais sua programação à composição da nossa “clientela racial penal”.

Se a lógica racista do extermínio do *outro* se mantêm através de discursos democráticos, a política necropolítica brasileira inaugura uma nova era pelas mãos de governantes, retomando sua essência mais crua e pura com uso de *sniper's* e helicópteros, que despreza e expurga qualquer traço de legalidade justificante.

É no interior de políticas racistas que a “crise do sistema carcerário”, sentenças (i)legais, execuções (extra)judiciais, chacinas, massacres e torturas que mantêm a desumanização como objetivo de todas as agências do sistema de controle racial/social devem ser alocadas, já que lhe são inatas e transpassam os muros “invisibilizantes”.

Nosso sistema de controle racial encontra na periculosidade seu eixo gravitacional, fundamenta o encarceramento massivo e a *pena de morte paralela*, avalizada constitucionalmente por decorrência da gênese da “pátria amada” da branquitude, mantenedora da nossa sempre a(l)tiva gênese escravocrata.

2. ABRA AS ASAS SOBRE MIM, ÓH, SENHORA LIBERDADE

Dicotomizada racialmente, a democracia, lastreada pelas ideias de justiça e igualdade, mantém a esperança e o sonho vívido, jamais perdidos, de seu embranquecimento, sistematizado pelo encarceramento massivo do povo preto, tendo em vista que, mantida longe do olhos eugênicos, traz a sensação de limpeza racial, potencializada pela privatização do sistema penitenciário que remontará o sistema de exploração e punição escravagista em linhas modernas.

A produção de mortes negras, nos termos apontados, é a base das democracias, atravessando-as, seja quais forem as etiquetas que tenham. Elas serão racistas enquanto não confrontarem suas matizes e as mantiverem intactas, sob o véo de direitos liberais racializados, sua essência que insere a necropolítica no “direito de punir”, representada pelo Direito penal que usa, legitimamente, todo o rol de violências projetadas no âmago do sistema escravagista enquanto sistema de controle racial, proclamando o “direito de matar” subsidiado por discursos cujas justificações são cada vez menos necessárias.

Nas palavras de Achille Mbembe: “Como ascendente da democracia, o mundo colonial não era a antítese da ordem democrática. Sempre foi o seu duplo ou, até, sua face noturna. Não há democracia sem o seu duplo – a colônia, não importando o seu nome ou estrutura. Esta não é exterior à democracia nem esta situada necessariamente fora de portas. A democracia contém em si a colônia, tal como a colônia contém a democracia, muitas vezes mascarada”⁹.

A ordem racial, definida por nossa geopolítica-racista elementar, é legitimada por práticas radicalizadas, mantidas sob um vasto campo de “não existências”, no qual são incomensuráveis as manifestações da violência. A racionalidade objetificante do sistema punitivo “democrático” brasileiro, que não se encontra apenas em mãos estatais, é legalizada, com objetivos de (re)afirmação da humanidade branca. A desumanização não é apenas característica inafastável do nosso sistema de controle, mas sua própria razão de existir.

Nesses termos, não apenas os falsos limites da democracia racial restam explícitos, como também da própria democracia imposta pela branquitude e para ela (uma sociedade melhor identificada enquanto um estado de insegura-

9 MBEMBE, Achille. *Políticas da Inimizade*. Lisboa: Antígona, 2017, p. 49.

rança racial), pelo programa negro de construção de uma sociedade inclusiva e emancipatória. É dizer que a conquista do direito de ser negro se correlaciona, diretamente, com a constrição contínua da branquitude, dissolução ínsita ao processo de progresso da liberdade negra, uma vez que seus mundos, construídos e consolidados nas entranhas do colonialismo, são incompatíveis enquanto essa conjuntura racista outrificante persistir.

O programa de tutela do mundo branco, arquitetado como projeto colonial que produz subjetividades racistas, responde com a morte negra profetizada, imprescindível para uma democracia enquanto projeto de controle. O realismo marginal racial brasileiro depara-se com sua natureza a cada olhar no espelho, já é impossível negar sua verdadeira face, as máscaras foram-lhe arrancadas pelo negro que, condenado a viver na zona do *não-Ser* onde a colonialidade existencial consolida uma zona branca de negação, vislumbra caminhos que se entrecruzam em sopros de (re)existência vindos de além mar e que reverberam através dos séculos, protegendo seu passado, sobrevivendo no presente com vistas à uma vida plena futura.

As decisões políticas sobre todos os processos de criminalizações, que correspondem, em nossa margem, às quantidades de presos e mortos, são decorrentes, basicamente, do poder nas mãos brancas, logo, à serviço da tutela da branquitude. Um Judiciário branco, pintado como ente terceirizado nos conflitos, não apenas integrante, mas responsável pela imagem legal do sistema de controle racista que atua através do pacto narcísico que nos ensina Cida Bento, fazendo do poder investido de dizer a “justiça” a imposição de uma justiça colonial e branqueadora como forma de submissão, resignação ou morte (não necessariamente nessa ordem!).

Nesse sentido, a igualdade abstrata fundamenta e reformula a desigualdade racial bem concretizada, a liberdade branca aprisiona e comprime, cada vez mais, a liberdade negra, atrelada por sua vez, ao mundo branco, sendo, portanto, uma não liberdade, uma concessão que depende de circunstâncias, tensões e conflitos, podendo ser negada a qualquer momento. Todos os direitos liberais são estabelecidos de forma sistemática, concebidos nas luzes da razão branca, são instrumentos que servam mais para manter as cisões racistas do que para conceber direitos aos desumanizados, podendo ser negados em cadeia.

Mas, é preciso apontar para a advocacia que é consciente da farsa do Direito penal, mas não consegue ver o racismo programático de seu funcionalismo que se apresenta sem qualquer receio através do rosto da terceira maior população em situação de cárcere do mundo, resultante do manuseio do Direito penal do autor racialmente constituído, a norma de um sistema de injustiça cujo fiel e sua espada se movem de acordo com a melaninocracia. Defender a democracia

verdadeira é se propor ver além do rosto da nossa clientela penal para enxergar a seletividade racial, pautar o racismo e confrontar, o sistema de controle racial brasileiro, diante do qual, não questionar o racismo é sistematizar sua naturalização, pactuando por ignorância, omissão ou má-fé, com as violências que dela decorrem e se reconfiguram, como o ante pacote criminoso de insegurança que, atrelado à política de drogas recrudescida no atual governo do senso comum, objetivam maximizar o extermínio negro.

O confronto a tais propostas são, para nós, questões de sobrevivência, demandando que a branquitude não apenas se conscientize do racismo que lhe é constitutivo, mas que esta na base desse projeto político. A luta antirracista atravessa a necessidade de construção de um processo penal antirracista que combata, à altura, o Direito penal desigual, não esquecendo-se que a seletividade é apenas uma faceta, objetivando, assim, toda estrutura racista.

Mas isso só será viável com a conscientização, também, dos privilégios que caracterizam a branquitude, e ainda, que alguns privilégios não podem ser renunciados, declinados ou afastados, como ser morto por portar um perigoso guarda-chuvas, uma furadeira, ser açoitado em supermercado ou tomar 80 tiros do Exército. E se engana quem pensa que, por trás do meu terno, este corpo negro está a salvo... a violência racial é uma questão de contexto.

Não há “saída mágica” e não adianta apelar “*Vidas negras importam*” ou “*Parem de nos matar*”, nossos gritos por direito a ter direitos do (ser) negro são ignorados, nossa luta não.

Diante da segunda maior população negra do mundo, o povo negro que constitui a maior população negra fora de África vivencia sua exclusão desde lugares raciais, muito bem definidos a partir de instrumentos funcionais e eficazes às suas naturalizações, uma Criminologia da libertação negra invoca uma outra democracia, se é que podemos chamá-la assim, alinhada e alinhavada ao projeto negro de nação como esta jamais foi.

Liberdade consentida não é liberdade e é somente através da liberdade negra que a humanidade, reconstruída desde sua desumanização ontológica enquanto necessidade de constituição, será verdadeiramente livre.

Para não dizer que não falei de flores, é preciso mantermos a esperança, até porque esperança, enquanto verbo (lembrando Vera Andrade), e resistência andam de mãos dadas e, nesse sentido, nada mais importante, e acalantador, do que finalizar estas linhas com samba, rebento das senzalas e quilombos, é por natureza resistência, fazendo uma singela homenagem à Elton Medeiros, que retornou à *Orum* no dia desta fala.

Elton Medeiros, parceiro de Cartola, Paulinho da Viola, Nelson Sargento, dentre outros, que fez ecoar forte brados vindos do morro, eternizado em seu

clássico da MPB (Música Preta Brasileira) “O sol nascerá” que dá o tom, cores e ritmo à Criminologia da libertação marginal aqui defendida, eis que está é produto dessa marginalidade que, malandrando aqui e ali, sobrevive em meio às violências e vioalações sem perder o (com)passo... O sol, há de brilhar mais uma vez... sempre!

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- CASTRO, Lola Aniyar de. **Criminologia da libertação**. Tradução de Sylvia Moretzsohn. Rio de Janeiro: Revan, 2005.
- FANON, Frantz. **Os condenados da terra**. Tradução de José Laurênio de Melo. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 1968 (coleção Perspectivas do Homem, v.42).
- _____. **Pele negra, máscaras brancas**. Tradução de Renato da Silveira. Salvador: EDUFBA, 2008.
- GÓES, Luciano. **A “tradução” de Lombroso na obra de Nina Rodrigues**: o racismo como base estruturante da Criminologia Brasileira. Rio de Janeiro: Revan, 2016.
- _____. Criminologia de Banjo – A Criminologia Achada No Morro: um brado negro em tributo à Vera Andrade. *In*: PRANDO, Camila Cardoso de Mello; GARCIA, Mariana Dutra de Oliveira Garcia; ALVES, Marcelo Mayora. **Construindo as Criminologias Críticas**: a contribuição de Vera Andrade. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2018.
- MBEMBE, Achille. **Políticas da Inimizade**. Lisboa: Antígona, 2017.
- _____. **Necropolítica**. 2ª edição. São Paulo, N-1 Edições, 2018.
- MILLS, Charles. **The Racial Contract**. Cornell University, 1997.

PATERNALISMO PROCESSUAL PENAL

MISAEI NETO BISPO DA FRANÇA¹

INTRODUÇÃO

O presente trabalho tem por objetivo identificar manifestações paternalistas na lei e na prática processual penal brasileira, demonstrando sua relação direta com o autoritarismo presente no berço do sistema de “justiça” criminal pátrio, notadamente a partir da outorga do Decreto-Lei n. 3.689, de 1941, o Código de Processo Penal vigente.

Partindo da premissa de que, ressalvadas as autonomias científicas, o Direito Processual Penal e o Direito Penal são partes de uma mesma engrenagem jurídico-repressiva, e em atenção à simbiose existente entre os referidos subsistemas, importam-se para o campo da processualística as teses, comumente, debatidas na dogmática penal a respeito do agir paternalista e sua relação com a vitimodogmática.

Como pressuposto de tal importação, a análise do paternalismo jurídico-penal revela a dicotomia vulnerabilidade x autonomia, que norteia a ingerência do Estado na esfera privada, a pretexto de zelar pela liberdade futura da vítima, notadamente nos casos de autolesão e heterolesão consentida. Neste sentido, discute-se a respeito da legitimidade da potestade punitiva para, agindo paternalisticamente, considerar alguém vulnerável e sequestrar sua autonomia, visando, em tese, a assegurar sua futura (e hipotética) liberdade.

Diante da estrutura cognitiva, evidentemente, pautada na ideia de poder do agente paternalista sobre o indivíduo com pretensa dificuldade de exercer sua liberdade de escolha, surge a necessidade de abordar a temática, também, à luz das teorias do discurso; dessa forma, desvela-se que a atuação paternalista, no sistema de “justiça” criminal, é fundada em preconceitos, que tendem a inferiorizar a pessoa, resultando no fenômeno da revitimização, para além de desequilibrar a balança do sistema acusatório, sobretudo quando é o(a) juiz(íza) quem, paternalisticamente, impõe a sua vontade sobre a vontade das partes.

Neste sentido, apresenta-se o paternalismo processual penal, como uma forma de agir do Judiciário que, na aparência, procura salvaguardar a regularidade

1 Professor de Direito Processual Penal e Prática Jurídica Penal da UFBA; Analista Jurídico do MPF; Mestre e Doutorando em Direito pela UFBA; membro do IBADPP; parceira do IBCCRIM

de da perseguição em juízo, mas, na essência, relegitima os estigmas autoritários que afastam o processo penal dos valores, verdadeiramente, republicanos.

Alguns exemplos, havidos na lei e na prática, ilustram o viés autoritário de manifestações processuais penais paternalistas, revelando, mais uma vez, a relegitimação do inquisitorialismo brasileiro e a alma autoritária da perseguição judicial aqui praticada, configurando um “embuste de etiquetas”, fomentador de uma “verdadeira falácia garantista”.

A saída, ao que parece, está no inconformismo que conduz ao debate constante, sobretudo diante dos novos rótulos que escondem velhas práticas. Somente assim, pode-se ir além dos limites do discurso, reunindo condições para compreender a realidade do processo penal brasileiro e propor mudanças efetivamente democráticas.

PATERNALISMO: DO GERAL AO JURÍDICO-PENAL

Em Direito Penal, as considerações a respeito dos limites normativos da imputação objetiva conduziram a reflexões sobre a autorresponsabilidade do indivíduo quanto aos seus próprios bens, lançando novas luzes no campo da vitimodogmática. Com isto, a função de garantia do Direito Penal, como de exclusiva proteção de bens jurídicos, foi colocada em xeque, ante os questionamentos sobre a legitimidade da intervenção punitiva nos casos de abandono dos bens por seu próprio titular.

De outro lado, as reflexões a respeito de autorresponsabilidade tiveram por base uma concepção liberal do Direito Penal, com destaque para o princípio da intervenção mínima, por reduzir o âmbito de incidência do *jus puniendi*. Tal forma de pensar, atrelada ao Liberalismo clássico, questionou a legitimidade da intervenção penal na esfera privada dos jurisdicionados, taxando-a de paternalista, por submeter a autonomia individual à vontade do Estado.

Autores, como Bernd Schunemann², criticaram o paternalismo penal – sobretudo o classificado como *direto*, que ameaça o próprio titular do bem jurídico com o pretexto de protegê-lo -, asseverando que sua prática abalaria o Direito Penal moderno, ante a ausência de lesão a terceiros e a superioridade do dano causado pela pena, em comparação às consequências da lesão ao bem.

João Paulo Orsini Martinelli³, compilando os estudos de Joel Feinberg e Gerald Dworkin, apresenta o paternalismo como um reforço do modelo hetero-

2 Estudos de direito penal, direito processual penal e filosofia do direito. Coord. Luís Greco. São Paulo: Marcial Pons, 2013. p 91/111

3 Paternalismo jurídico-penal: limites da intervenção do Estado pelo uso das normas penais. São Paulo, 2019.

patriarcal da sociedade brasileira, na medida em que denota imposições de um superior sobre alguém pretensamente inferior a ele, sem que haja, necessariamente, relação de hierarquia entre ambos.

A intenção do agente paternalista, segundo o autor, tem base utilitarista, porque procura garantir o bem do indivíduo débil, seja evitando a incidência de um mal sobre ele, seja promovendo-lhe um benefício; esta garantia pode ser tanto o fim último do agente, como o meio para a consecução de outros fins. Aduz, ainda, que o paternalismo pode expressar-se de três formas: conselhos insistentes, redução de escolhas ou coerção. Incide sobre o sujeito “protegido” ou sobre terceiros, que têm (rígido) ou não têm (moderado) consciência dos seus atos; e que o paternalismo de bem-estar visa ao benefício individual, enquanto o paternalismo de cunho moral intenta preservar os preceitos morais da coletividade.

Então, a relação entre tais indivíduos é de flagrante dominação pautada em uma concepção preconceituosa a respeito daquele a quem se pretende “proteger”. Numa perspectiva gadameriana⁴, o agente paternalista acredita ser dotado de uma superior capacidade de conhecimento, em comparação com alguém que, de acordo com suas precompreensões, não pode exercer, plenamente, sua autonomia, merecendo ter seu bem-estar assegurado; e por conta da sua debilidade, o seu próprio bem-estar é ditado pelo outro.

A análise do discurso permite, ainda, confrontar a relação em comento com as teses de Jurgen Habermas⁵, para concluir que quem age de forma paternalista comporta-se como pessoa deliberativa, na medida em que porta, em seu comportamento, um discurso que comunica algo. O Direito Penal liberal, com sua intervenção, comunica a necessidade de proteção de bens jurídicos fragmentariamente eleitos, não desmerecendo, aqui, a desconstrução feita pela Criminologia Crítica, segundo a qual a intervenção punitiva comunica proteção de interesses hegemônicos e manutenção do seu *status quo*, em detrimento de uma categoria vulnerável. Fato é que, passeando pela história, é possível constatar que a atuação paternalista, presente nas grandes conquistas territoriais, caracterizou-se pela violência na subalternização de povos, sob a mira de liturgias e armamentos nunca vistos pelos oprimidos, valendo, como ilustração, o processo de colonização da América do Sul. Considerando-se os estudos decoloniais de Enrique Dussel, segundo uma lógica quantitativa, tem-se o paternalismo de minorias hegemônicas

4 GADAMER, Hans-Georg. **Verdade e método I**: traços fundamentais de uma hermenêutica filosófica. Trad. Flávio Paulo Meurer. Petrópolis: Vozes, 1997.

5 **Agir comunicativo e razão destranscendentalizada**. São Paulo: Tempo Brasileiro, 2002.

sobre grandes maiorias vulnerabilizadas pela sanha exploratória do colonizador, fenômeno que se reproduz no mundo globalizado.⁶

Partindo do geral para o particular, Martineli conceitua o paternalismo jurídico-penal como o exercício “por meio da coerção estatal, que utiliza leis penais com o fim de proibir determinadas condutas, sob ameaça de pena.” Numa abordagem sistêmica, que trata o Direito Penal e o Direito Processual Penal como subsistemas jurídicos que se entrecruzam em uma estrutura de poder que comunica as suas relações de dominação, cabe tecer considerações sobre o paternalismo no processo, sobretudo para concluir a serviço de quê ou de quem, efetivamente, ele está.

PATERNALISMO PROCESSUAL PENAL: UMA PROPOSTA

De saída, e com base em tudo o que se disse até aqui, ao lado do paternalismo jurídico-penal, o presente trabalho propõe a seguinte definição para o paternalismo processual penal: coerção estatal que utiliza leis processuais penais e a iniciativa judicial para limitar a autonomia das partes no processo penal, a pretexto de zelar pelo seu bem. Destacam-se, em tal definição, a política criminal e a prática judicial, como fontes de paternalismo.

O desnível entre Juízo e partes está na alma do processo penal brasileiro, consoante se expressa nas formalidades e cerimônias praticadas nos tribunais, que, em termos habermasianos, comunicam poder, haja vista o distanciamento pessoal e topográfico entre os sujeitos processuais. Ademais, o paternalismo reside no cerne do sistema retributivo, pautado na ideia de castigo, adotado, como regra, pela justiça criminal brasileira; a marcha processual retributiva usurpa o conflito das mãos das partes e, por almejar a formação da culpa, reproduz um maniqueísmo desnecessário entre autores e vítimas, acentuando suas diferenças e fraquezas e corroborando a superioridade estatal.

Na mesma abordagem, cabe considerar que o paternalismo processual penal está diretamente vinculado ao sistema inquisitório de processo, cuja marca mais evidente é a publicização do direito de deflagrar a persecução em juízo, é dizer, o caráter público do direito de ação penal. Também, aqui, o querer do Estado sobrepõe-se à vontade da parte, especialmente a vítima, a pretexto de trazer-lhe benefícios.

O sistema processual penal pátrio, no mundo ideal – delineado pelos valores constitucionais preconizados pelo constituinte de 1988 -, prega a separação entre juízo e partes, a quem cabe, exclusivamente, a gestão adversarial da prova,

6 Ética da libertação: na idade da globalização e da exclusão. Petrópolis: Vozes, 2002.

sob o filtro do contraditório. Na aparência, contudo, e no discurso que comunica, a persecução penal judicial no Brasil guarda resquícios inquisitoriais das origens autoritárias do Código de 1941, impregnados na cultura punitivista que insiste em macular o labor das instâncias formais de controle e promover a colonização do Direito pelo senso comum.⁷

No ponto, evidencia-se a discrepância entre o discurso constitucional e a prática do processo penal, que induz às reflexões de Lola Anyar de Castro⁸, a respeito de um sistema penal aparente contraposto a um sistema penal subterrâneo. A autora, em termos decoloniais, aborda a seletividade do sistema de justiça criminal na América Latina, associando as funções declaradas do Direito Penal com um sistema penal aparente, e as violências do controle punitivo com um sistema penal subterrâneo.

Olhando para o processo penal praticado no Brasil, contudo, é de se cogitar da primazia de um Estado-Polícia que inverte a lógica constitucional, transformando o que seria subterrâneo em aparência, na linha de pensamento de Castro. Adotando as reflexões de Manuel Guedes Valente, é a exceção que se transmuda em regra e transforma em falácia o conjunto de garantias processuais penais, em abono do caráter, meramente, simbólico dos valores constitucionais.⁹

As manifestações paternalistas no processo penal, considerada a prática por parte do órgão judicante, em tese, deveria tutelar os interesses das partes, vislumbrando garantir-lhes benefícios. Tal atuação limita o(a) juiz(íza), exclusivamente, à tarefa de zelar pela regularidade do procedimento penal. A fim de sondar se tal, de fato, acontece, cabe a análise de alguns exemplos que ilustram a imposição da vontade do(a) juiz(íza) sobre a vontade das partes no Direito Processual Penal brasileiro.

O paternalismo por conselho insistente expressa-se no estímulo do juízo – e, às vezes, do Ministério Público e, inclusive, da defesa – para que o(a) autor(a) do fato aceite a proposta de transação penal (art. 76 da Lei n. 9.099/95) ou faça acordo de colaboração premiada, ao argumento de ser o melhor para sua sorte na persecução.

Outra manifestação do paternalismo processual penal, desta feita por redução de escolhas, está no já aventado instituto da ação penal pública, a regra no processo pátrio, inclusive nos casos de mais exacerbada inferiorização da vítima,

7 MURICY, Marília. **Senso comum e direito**. São Paulo: Atlas, 2016.

8 **Rasgando el velo de la política criminal em América Latina, o el rescate de Cesare Beccaria para la nueva criminología**. Disponível em https://www.revistajuridicaonline.com/wp-content/uploads/1993/02/7_rasgando_el_velo_de_la_politica_criminal_america.pdf. Acesso em 20 de maio de 2019.

9 Direitos humanos e polícia. In PRADO, Geraldo et al. **Processo pena e garantias** – estudos em homenagem ao professor Fauzi Hassan Choukr. Florianópolis: Empório do Direito, 2016

como ocorre nos crimes contra a dignidade sexual (arts. 213 e ss. Do CPB). Para além disto, encontra-se o não cabimento de pena alternativa nos casos de violência doméstica e familiar contra a mulher (art. 17, da Lei n. 11.340/06), bem como nos crimes contra a pessoa idosa (Lei n. 10.741/03).

A coerção, também, é utilizada na lei processual penal, como expressão paternalista, *ex vi* dos dispositivos que possibilitam a condução forçada de acusados(as), testemunhas e vítimas(!) (arts. 260 e 201,§1º, respectivamente), partindo do pressuposto de que tal imposição é benéfica para tais sujeitos.

A cultura paternalista encontra-se tão impregnada no Direito e, em especial, no Direito Processual Penal, pelo discurso de poder que veicula, que seus sinais podem ser evidenciados ainda hoje, na elaboração de projetos de leis, como o denominado “Projeto de Lei Anticrime”, da lavra do Ministro da Justiça e Segurança Pública. O seu item XVI traz proposta de acréscimo de dois parágrafos ao art. 310 do mesmo Código, sendo que, no segundo, **vincula o Judiciário à denegação da liberdade provisória**, quando da verificação de determinadas hipóteses assentadas pelo Executivo, autor do Projeto em tela. É dizer, o paternalismo processual penal, caso aprovada a redação como apresentada ao Legislativo, chegará ao extremo de engessar o próprio Poder Judiciário, que, *in casu*, terá sua liberdade suprimida pela imposição de outro Poder.

CONCLUSÃO

Existe razão para o estudo do paternalismo, como forma de agir, no processo penal brasileiro, consideradas as teses sobre o tema que vicejam no campo do Direito Penal e a instrumentalidade que une estes ramos do ordenamento jurídico.

Pode-se aludir, então, a um paternalismo processual penal, como aquele que, repise-se, representa a coerção estatal que utiliza leis processuais penais e a iniciativa judicial para limitar a autonomia das partes no processo penal, a pretexto de zelar pelo seu bem.

Diversas são as manifestações do paternalismo na persecução penal pátria, haja vista que a noção de superioridade de um terceiro, em detrimento da autonomia individual é inerente à própria ideia de Direito. Bastam alguns exemplos, porém, para concluir que o paternalismo processual penal, de modelo pretoriano, muito longe de garantir ou zelar por um benefício das partes, mantém – e, por vezes, recrudescer – o autoritarismo presente no berço do Estatuto de Ritos de 1941.

De tendência inquisitorial, o fenômeno submete a vontade das partes – principalmente, a da defesa - ao querer do órgão judicante, inferiorizando quem deveria ter seus direitos e garantias judicialmente assegurados e gerando, por con-

seguinte, os reconstrangimentos, comumente, encontráveis no modelo retributivo de justiça criminal.

Um paternalismo deste jaez não cabe nos lindes de um processo penal de partes, no qual o juiz(íza) deve assumir papel secundário, zelando, no máximo, pela regularidade dos procedimentos, para garantir a decisão menos injusta - não existindo **a verdade** no processo, não há decisão de todo justa. Somente, assim, promove-se a subordinação do processo penal à vontade humanizadora do Constituinte de 1988.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ANYAR DE CASTRO, Lola. **Rasgando el velo de la política criminal em América Latina, o el rescate de Cesare Beccaria para la nueva criminología**. Disponível em https://www.revistajuridicaonline.com/wp-content/uploads/1993/02/7_rasgando_el_velo_de_la_politica_criminal_america.pdf. Acesso em 20 de maio de 2019.

DUSSEL, Enrique. *Ética da libertação: na idade da globalização e da exclusão*. Petrópolis: Vozes, 2002.

GADAMER, Hans-Georg. **Verdade e método I: traços fundamentais de uma hermenêutica filosófica**. Trad. Flávio Paulo Meurer. Petrópolis: Vozes, 1997.

HABERMAS, Jürgen. **Agir comunicativo e razão destrancendentalizada**. São Paulo: Tempo Brasileiro, 2002.

MARTINELLI, João Paulo Orsini. **Paternalismo jurídico-penal: limites da intervenção do Estado pelo uso das normas penais**. São Paulo, 2019.

MURICY, Marília. **Senso comum e direito**. São Paulo: Atlas, 2016.

SCHUNEMANN, Bernd. **Estudos de direito penal, direito processual penal e filosofia do direito**. Coord. Luís Greco. São Paulo: Marcial Pons, 2013.

VALENTE, Manuel M. G. Direitos humanos e polícia. In PRADO, Geraldo et al. **Processo pena e garantias – estudos**

O AUTORITARISMO PROCESSUAL PENAL BRASILEIRO NO SÉCULO XXI: PRIMEIRAS IMPRESSÕES

RICARDO JACOBSEN GLOECKNER¹

1. INTRODUÇÃO

Em obra passada, tratei de assinalar as bases epistemológicas que permitiram o florescimento, consolidação e adaptação das principais categorias processuais penais autoritárias, herdadas da doutrina fascista em solo brasileiro². A partir deste estudo foi possível constatar que o processo legiferante e o contexto sócio-político brasileiro no período do Estado Novo foram muito parecidos com aqueles que se sucederam na Itália na década de 30 do século XX.

A construção das principais categorias processuais penais que serviram de ancoragem para o *Codice Rocco* não se deu através de verdadeiras inovações do pensamento fascista, que se caracterizou pelo sincretismo e pela superficialidade de seus pressupostos filosóficos. O fascismo enquanto razão política é vazio. Contudo, em que pese a sua vacuidade em termos de representação de um pensamento político dotado de um *corpus* articulado, a sua capacidade morfo-genética de adaptação conduziu não apenas à justaposição de categorias extraídas do liberalismo monárquico italiano, mas também foi capaz de se aliar aos movimentos modernistas, dando certa aparência de inovação ao movimento político.

No campo processual penal, as extensas críticas ao Código Finochiaro-Aprile - o Código tardo-liberal italiano de 1913 - preexistentes ao advento do fascismo e que lhe acusavam de um liberalismo anacrônico permitiram que o caminho da reforma, quando do advento do regime de Mussolini, já estivesse praticamente pavimentado. Os movimentos que demarcam as aproximações do processo penal com outros saberes como a criminologia, a ciência política e mesmo com a disciplina contígua do processo civil são plúrimos, não podendo ser

1 Graduado em Direito pela Universidade de Passo Fundo (2002), mestre em Ciências Criminais pela Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul (2005), doutor em Direito pela Universidade Federal do Paraná (2010) e Pós-Doutor pela Università Degli Studi di Napoli Federico II. Professor do Programa de Pós-Graduação em Ciências Penais da Pontifícia Universidade Católica e Coordenador da Especialização em Ciências Penais e da Especialização Direito Penal e Criminologia, ambas da Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul. Professor Titular do Programa Maestría em Criminología Aplicada da Universidad San Carlos da Guatemala.

2 Cf. GLOECKNER, Ricardo Jacobsen. *Autoritarismo e Processo Penal: uma genealogia das ideias autoritárias no processo penal brasileiro*. Florianópolis: Tyrant lo Blanch, 2018.

reduzidos a uma espécie de progressiva autonomização do processo penal relativamente à sua *alma mater*, o direito processual civil.

As mutações ocorridas no campo do direito processual penal durante o fascismo podem ser compreendidas pela torsão autoritária atribuída às categorias liberais preexistentes, como acentua Sbriccoli³. Ou seja, em grande medida o pensamento liberal reacionário do início do século XX serviu como plataforma que posteriormente fecundou o processualismo fascista. Portanto, em síntese, o fascismo encontrou “prontas” as categorias processuais penais que seriam utilizadas para garantir os contornos epistêmicos que serviriam de base para o *Codice Rocco*. A instrumentalização das categorias processuais penais liberais-reacionárias do início do século XX se perfectibilizou com o “giro autoritário” a elas atribuído.

A orientação predominante no pensamento italiano da primeira metade do século XX era o denominado “tecnicismo jurídico”, que, como epistemologia dominante, acabou por realizar dois movimentos: a) a pretensa neutralização de qualquer sentido político presente no processo penal e em suas categorias fundantes; b) o escamoteamento da ideologia da defesa social, mormente em sua faceta positivista, que penetrou profundamente no tecido normativo do *Codice Rocco*, especialmente através do uso indiscriminado das medidas de segurança, e que se encontrava presente no discurso do principal representante do tecnicismo jurídico daquele período, Vincenzo Manzini, como demonstra a sua prolusão turinesa⁴.

Esta corrente de pensamento que predominou nos circuitos acadêmico e político italianos durante o regime fascista permitiu a elaboração de uma narrativa que se tornou bastante familiar: a colaboração dos juristas e intelectuais na elaboração dos códigos fascistas se deu no sentido de evitar o pior. Esta hipótese de trabalho denominada como “tese do freio” acabou, em sendo o relato fundamental e dominante de toda uma época, encobrendo os registros, relações, atuações e articulações políticas dos intelectuais do período, salvaguardando biografias e mantendo incólumes determinadas orientações de estilo.

Assim as coisas, banido o elemento político do pensamento tecnicista e blindadas as suas tomadas de posição no procedimento codificatório fascista, se tornava fácil admitir que o produto do pensamento dos intelectuais da época – em especial, no campo do direito processual penal – estaria como que imunizado da contaminação política que havia, por exemplo, ocorrido na Alemanha. Esta

3 SBRICCOLI, Mario, Le Mani nella Pasta e Gli Occhi al Cielo: la penalistica italiana negli anni del fascismo. In *Quaderni Fiorentini per la Storia del Pensiero Giuridico Moderno*. v. 28. t. II. Milano: Giuffrè, 1999. p. 831. No mesmo sentido CORDERO, Franco. *Guida Alla Procedura Penale*. Torino: UTET, 1986. p. 99.

4 MANZINI, Vincenzo. La Politica Criminale e il Problema della Lotta Contro la Delinquenza e la Malavita. In *Rivista Penale*. n. 73. v. XXXVII, 1911.

metanarrativa comparatística entre o ordenamento processual penal italiano e o germânico foi, inclusive, a base que impediu uma completa abolição do *Codice Rocco*, cuja revogação plena somente adveio em 1989, com o novo código de processo penal italiano.

No Brasil, não foi diferente. A orientação tecnicista que imantava o pensamento jurídico durante a década da codificação processual penal deixava transparecer uma aura de neutralidade política aos institutos. Em que pese a notável similitude estrutural com o *Codice Rocco*, o atual Código de Processo Penal Brasileiro não foi simplesmente uma “cópia” de seu modelo italiano, se por esta expressão entendermos uma simples transposição dos artigos, distribuídos através de livros e capítulos que deveriam seguir uma mesma ordem.

O projeto de código de processo penal brasileiro, encabeçado por Francisco Campos, herdou o antiliberalismo esclarecido de seu congênere italiano. Ademais, por se tratar de uma “obra técnica” e não o produto de deliberação parlamentar, este código se dispunha a proceder a uma convergência de tradições: mantendo alguns recursos (como os embargos) e, especialmente, destacando o inquérito policial como o epicentro da investigação preliminar, o autoritarismo italiano teceria em terras brasileiras concessões ao conservadorismo ibérico. Portanto, não se pode diagnosticar o atual código de processo penal brasileiro como um simples modelo trasladado. Há, inequivocamente, a convergência de um modelo autoritário de processo penal (o italiano) com certos institutos ibéricos de corte conservador. Todavia, seja como for, tampouco se pode discutir a paternidade política de um código haurido em pleno Estado Novo. Sob a carapuça da tecnicidade da legislação, escondiam-se as preferências políticas não apenas de Francisco Campos, o Ministro da Justiça de Getúlio Vargas, mas, também, aquelas de diversos juristas, como Roberto Lyra, Nelson Hungria, Narcélio de Queiroz, Cândido Mendes de Almeida, Antônio Vieira Braga e Florêncio de Abreu.

O código de processo penal brasileiro teve diversas sobrevidas. Num primeiro momento, através de falsificacionismos históricos, o código fora tratado como “inovador” ou mesmo como um código acusatório. Neste ponto, expressiva a tomada de posição de Frederico Marques sobre a acusatoriedade do código: “o processo penal em vigor muito se assemelha ao processo acusatório do direito italiano intermédio. É assim, um processo de partes, de estrutura civilística, plenamente contraditório, com paridade de direitos entre as partes”⁵.

A segunda razão para que o código de processo penal adquirisse sobrevida pode ser explicada através da estratégia adotada para se aprovarem as reformas de caráter processual penal. Diante de um quadro no qual foram frustradas diversas

5 MARQUES, José Frederico. Evolução Histórica do Processo Penal Brasileiro. In *Investigações*. n. 07, 1949. p. 124.

tentativas de reforma processual penal integral, como demonstram os sucessivos projetos de código (Projeto Frederico Marques, o Anteprojeto Novíssimo, o Projeto Sálvio de Figueiredo Teixeira, até a Comissão Grinover), sobressai a circunstância de que, através de múltiplas reformas parciais, procurou-se reorganizar a matéria. Mais do que isso, as reformas parciais foram a estratégia política para, homeopaticamente, atualizar o código de processo penal brasileiro, especialmente porque as tentativas de mudança *in totum* do diploma legislativo foram todas elas infrutíferas.

Portanto, através de leis especiais e de alterações imediatas no *corpus* do código de processo penal, praticamente se reformulou “um novo código”. Entretanto, este “novo código” produzido pelas reformas parciais não deixou de ser uma repriminção do velho texto da comissão reacionária de juristas responsável pela elaboração do CPP de 1941. Apesar das reformas, o núcleo do sistema permaneceu intacto, mantendo a sua simetria com o *Codice Rocco*. Assim, os artigos que cuidavam das nulidades processuais penais foram todos mantidos em sua forma original (garantindo um sistema de absoluto amorfismo congênito⁶); os artigos que cuidam do inquérito policial foram alterados apenas para acrescentar novos itens, mantendo hígida a sua estrutura de investigação preliminar, não raras vezes porque é justamente ela, como que invocando o velho sistema napoleônico, que garante o resultado final do processo; apesar da reforma das prisões cautelares, inserindo-se medidas diversas da prisão, o que se teve como resultado foi a ampliação dos espaços de restrição à liberdade, ocupando as cautelares diversas o campo da liberdade plena (ou seja, aquele no qual o acusado respondia ao procedimento sem aplicação de medida cautelar de qualquer espécie). Como resultado, a alteração legislativa sobre as medidas cautelares não serviu para reduzir ou racionalizar o uso da prisão preventiva.

Além destas características, não se podem perder de vista institutos como a noção de verdade real, do livre convencimento e do “princípio da liberdade das provas”, que constituem um tríptico que garante ao magistrado a centralização plenipotenciária própria do sistema inquisitivo, acabando por ocupar a função das partes e garantir certa ilimitação na produção probatória. Por seu turno, o contraditório existente é uma categoria deformada, mitigado, gravemente, pela penetração dos elementos de informação colhidos na fase de investigação preliminar, não raras vezes servindo como elemento de constrangimento da prova testemunhal, através de um procedimento simplesmente ratificatório dos elementos coligidos no inquérito e consistente em forçar as testemunhas a reconhecer o que fora dito na fase investigativa. A presunção de inocência, por seu turno,

6 Sobre a questão das nulidades no processo penal Cf GLOECKNER, Ricardo Jacobsen. *Nulidades no Processo Penal*. 3 ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

continua afastada do registro do código, a não ser pela mera nominata contida no art. 387, VII do CPP, que indica a possibilidade de aplicação do *in dubio pro reo*, que não se confunde com a presunção de inocência. Ainda, o código admite a possibilidade de que o juiz “salve” uma acusação frustrada e tecnicamente imperfeita através da aplicação do instituto da *emendatio libelli* (art. 383 do CPP). Ademais, a possibilidade concedida pelo art. 156 do CPP de distribuir a carga da prova entre as partes (operacionalizando novamente a rejeição à presunção de inocência) e a própria possibilidade de supressão da publicidade dos julgamentos alinham-se claramente ao modelo italiano elaborado no regime fascista. Todas estas estruturas foram mantidas apesar das múltiplas reformas, o que indica que as alterações foram, quando muito, de mera fachada. Como resultado, as categorias processuais penais autoritárias, de clara inspiração conservadora-reacionária, mantiveram-se, apesar das reformas, indenes. Eis, portanto, a sobrevida do código de processo penal estadonovista em meio ao processo de democratização experimentado pelo Brasil.

Evidentemente, não foram apenas as tentativas “falhas” de implementação de um código de processo penal novo que garantiram as condições da sobrevida do espírito *Rocco* no Brasil. A doutrina processual penal também manteve postura fortemente acrítica sobre a estrutura processual, sua ideologia e, sobretudo, as incompatibilidades entre os institutos processuais e as exigências de reforma em sentido material ou substancial derivadas da ruptura política pós-88. O advento da Constituição da República de 1988 foi incapaz de garantir um horizonte de mudança cultural relativamente aos atores políticos e jurídicos. Além do mais, após a Constituição da República de 1988, tais categorias também sofreram um processo de “ressignificação”⁷ capaz de oferecer novas tessituras, que, hoje, compõem um horizonte nebuloso.

O processo de traslado de um conjunto de categorias, institutos, conceitos e práticas processuais penais altamente antidemocráticas foi ativado a partir do desenvolvimento de um “significante-reitor”, o de “instrumentalidade do processo”⁸, que lhes emprestaria um sentido enviesado porém altamente eficiente. As transformações sígnicas das velhas práticas punitivas autoritárias se cristalizaram mediante o acento metajurídico depositado sobre a categoria de jurisdição. Vale dizer que a expansão das funções extrajurídicas a ser realizadas pela jurisdição se consolidou a partir de uma premissa metodológica que apontava para a insuficiência e a clausura da jurisdição para outras funções relativas ao “poder nacional”. Interessante notar-se que a noção sistematicamente desenvolvida por Dinamarco

7 A noção de resignificação pode ser encontrada em BUTLER, Judith. *Gender Trouble: feminism and the subversion of identity*. London: New York: Routledge, 1990.

8 DINAMARCO, Cândido Rangel. *A Instrumentalidade do Processo*. 3 ed. São Paulo: Malheiros, 1993.

de instrumentalidade do processo e da jurisdição como poder passou incólume por mais de três décadas sem que viesse à tona crítica capaz de colocar algum acento sobre as bases políticas sobre as quais se havia erigido o estudo. As noções empregadas pelo autor de *A Instrumentalidade do Processo* foram todas elas moldadas na “expressão política do poder nacional”, nos exatos termos desenvolvidos pela Escola Superior de Guerra.

Nas palavras de Dinamarco:

“tais diretrizes estão expressas fundamentalmente na Carta Política e constituem o arcabouço central de toda a atividade estatal. Definem-se, mediante elas, as instituições **políticas** e o seu modo de ser e o modo como se harmonizam; traçam-se metas **econômicas** e estabelecem-se critérios para a coordenação da nação; opta-se por certos estilos de vida e de cultura, no planejamento **psicossocial** das instituições familiares, educacionais, religiosas; e finalmente, estabelecem-se os critérios para a segurança, mediante as diretrizes relacionadas à expressão **militar** do poder”⁹.

Deste exame, resta muito facilmente perceptível que: a) o autor usa de conceitos paralógicos àqueles desenvolvidos pela Escola Superior de Guerra para compreender a jurisdição como poder; b) as funções metajurídicas do processo (instrumentalidade) se coadunariam com a estrutura do poder nacional segundo a dicção da Escola Superior de Guerra.

Assim as coisas, esta concepção de processo (natureza instrumental) consistiu na aplicação das categorias estruturantes do poder nacional para a Escola Superior de Guerra. Nenhum problema adviria se não fosse a própria Escola Superior de Guerra o instituto acadêmico e ideológico que acenaria para a formulação e consolidação no Brasil da doutrina da segurança nacional, subserviente ao regime ditatorial de 1964.

Pouco difícil notar-se que a concepção instrumental de processo se coloca como uma postura antidemocrática. Contudo, o envernizamento dado às categorias processuais desde a noção instrumental foi a responsável pelo processo de “ressignificação” de diversas categorias processuais penais, muitas vezes, especialmente após as edições pós-1988 da obra, como se fossem constitucionalmente aderentes.

Portanto, há dois elementos fundamentais que se devem levar em consideração para compreender a permanência das categorias processuais penais de matriz autoritária em pleno século XXI: a primeira foi a estratégia utilizada para se “reformular” parcialmente um código, mantendo as principais categorias processuais penais herdadas do modelo italiano intactas. A segunda, e não menos importante, foi o processo lexicográfico de atribuição de um novo sentido a categorias

9 DINAMARCO, Cândido Rangel. Processo de Conhecimento e Liberdade. In *Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo*. v. 80. São Paulo, 1985. p. 253.

juridicamente esclerosadas e politicamente comprometidas com sentimentos autoritários. Assim, a noção de instrumentalidade do processo elevou tais categorias a um novo patamar, aparentemente constitucional, oferecendo nova roupagem e proporcionando novos discursos em torno de velhas questões.

2. UMA CONTRARREFORMA “SEM REFORMA” E O AUTORITARISMO CONTEMPORÂNEO: SINTOMAS ANTIDEMOCRÁTICOS E A EFERVESCÊNCIA DO “NOVO” AUTORITARISMO

As sucessivas reformas processuais penais brasileiras nunca se prestaram a uma alteração profunda na estrutura autoritária do código de processo penal. Contudo, chama a atenção um fato que causa ainda maior embaraço a quem se dedica ao exame das mutações político-legislativas no campo do direito processual penal.

A história das reformas processuais penais é sempre um jogo de idas e vindas, de avanços e retrocessos. Assim, exemplificativamente, sucedeu na Itália com as contrarreformas dos anos 90 ao Código de Processo Penal Italiano de 1989. Assiste razão a Binder quando informa que “não é crível um processo de reforma da justiça penal que não provoque uma contrarreforma em um prazo relativamente curto. Se isso não acontece é porque, na realidade, não se conseguiu introduzir nenhuma prática relevante contrária à tradicional inquisitorial”¹⁰.

No Brasil, há recentes movimentos que indicam o cenário paradoxal de uma “contrarreforma sem reforma”. Neste sentido, é possível indicar-se o PLC 27/2017, conhecido como “Projeto das Dez Medidas Contra a Corrupção” e, recentemente, aprovado pelo Senado Federal. Em tal projeto, encampado pelo Ministério Público Federal, procurou-se, no campo processual penal, produzir reformas que reduzam ainda mais os “excessos garantísticos” trazidos pelo “código Rocco”, como o caso do “ajuste nas nulidades”. Mais recente ainda é a apresentação do patético “Projeto Anticrime”, que, em grande medida, atribui causas de impunidade ao processo penal, postulando diversas medidas para novamente reduzir o “excesso de garantias”.

O absoluto despreparo destes agentes políticos e a nulificação do conhecimento histórico que imanta tais projetos é realmente condizente com o horizonte da “contrarreforma sem reforma”. Ou seja, em linhas muito gerais, o que se pretende com estes dois projetos é erradicar os parques direitos processuais presentes no atual diploma processual penal. Contudo, esquecem-se tais atores políticos da base ideológica do diploma processual penal. Ausente uma reforma estrutural e

10 BINDER, Alberto. *Fundamentos Para a Reforma da Justiça Penal*. Florianópolis: Empório do Direito, 2017. p. 43.

mantidos os principais institutos herdados da codificação italiana de 1930, o que se tem é um cenário surrealista: querem-se restringir pouquíssimos direitos reconhecidos no diploma processual penal por serem eles motor de impunidade no Brasil! Em palavras mais simples, seria como ressoar uma afirmação equivalente ao fato de o código processual penal fascista ser muito garantidor. E, portanto, quer-se, através de tais reformas, alterar o “fascismo garantista” do Código de Processo Penal de 1941. Cômico, não fosse trágico.

Em grande medida, o autoritarismo clássico se valia da epistemologia sociológica e filosófica como suas principais justificativas e discursos. Com precisão, acentua Ricardo Silva que o aparato ideológico que se desenvolveu na década de 30, herdado sobretudo da sociologia, foi, na década de 60 em diante, substituído pelo léxico economicista¹¹. Assim, a reconfiguração do modelo de pensamento autoritário brasileiro passará pela ressignificação, cujos expoentes serão intelectuais localizados no campo da economia, como Eugenio Gudín e Roberto Campos.

Se, por um lado, então, tem-se um autoritarismo ressignificado pelo léxico economicista, seria de se esperar coisa diversa do campo processual penal? Como se reconfigura o autoritarismo processual penal, quais as suas linhas de contato e articulação com as velhas categorias autoritárias?

Em primeiro lugar, cumpre lembrar que as categorias do velho autoritarismo processual penal se mantêm. Não são substituídas ou derogadas. Estão presentes de forma muito clara nas práticas punitivas, nos discursos de intelectuais e nas práticas forenses. Contudo, a esta dimensão jurídico-política do autoritarismo se soma outra, aparentemente dotada de uma epistemologia mais acurada e versátil. De forma ainda muito sutil e precária, seria possível sinalizar os seguintes traços deste novo discurso autoritário – e que insistimos: não derroga as velhas categorias.

O primeiro contexto, no qual se pode perceber a forma autoritária das novas investidas antidemocráticas, é o “desafio de combate à corrupção”. Neste campo, as legitimações de intervenção sobre direitos fundamentais se dão de forma clara. Contra a corrupção, tudo é válido. No campo discursivo, duas subcategorias devem ser analisadas, pois contribuem de maneira contundente na legitimação destas práticas: a) a primeira delas é a retórica do risco, que encontra na Escola de Chicago um importante referencial. E dali, toda uma estratégia economicista que investe sobre as atividades dos atores processuais penais como agentes econômicos e racionais se desenvolve¹²; b) o efeito de reforço que tal

11 SILVA, Ricardo. *A Ideologia do Estado Autoritário no Brasil*. Chapecó: Argos, 2004. p. 86.

12 Sobre uma leitura econômica do processo penal Cf ROSA, Alexandre Moraes da. *Guia do Processo Penal Conforme a Teoria dos Jogos*. 5 ed. Florianópolis: Emais, 2019.

discurso reverbera nos procedimentos de justiça penal consensual e nos casos abrangidos pela Lei Anticorrupção, ou seja, os “acordos de leniência”.

Um segundo elemento, politicamente relevante para se auferir na passagem deste novo modo autoritário do processo penal, é o papel das cortes constitucionais, especialmente com os reflexos na flexibilização do direito e na construção de um direito jurisprudencial “líquido”. Trata-se do fenômeno identificado por Hirschl como “juristocracia”¹³.

Um terceiro elemento que deve ser percebido na análise das novas formas autoritárias é o processo de “americanização” do direito processual, especialmente da importação de dois importantíssimos institutos: a) a justiça penal consensual; b) a relativização das provas ilícitas.

Um quarto elemento, absolutamente relevante para se verificar o quadro mais amplo do novo autoritarismo, é o recurso a um “direito à segurança”, que tem servido para duas funções fundamentais: a) criar artificialmente uma ponderação de princípios inexistente, justificando “constitucionalmente” as restrições a direitos fundamentais dos investigados/acusados; b) a atuação política de *think tanks* anômalos, que flertam com institutos conservadores, numa promiscuidade entre a coisa pública e a privada (pois tais atores, de regra, propugnam suas “teses” desde o exercício de função pública), como o discurso autodeclarado de “garantismo integral”, capitaneado especialmente por algum setor da magistratura e do Ministério Público brasileiros. É fundamentalmente a “retórica do direito à segurança” que imanta tais discursos e que comporá uma nova faceta da ideologia da defesa social, ou seja, o discurso da defesa social agora é ressignificado pelo direito à segurança, alegadamente de matriz constitucional pelos seus partidários.

Um quinto elemento, que pode ser diagnosticado, é a nova retração do princípio da presunção de inocência. Não apenas pelo fato de que o próprio Supremo Tribunal Federal acabou por lhe retirar parcela considerável de eficácia ao admitir a “execução provisória da pena”. Mas, sobretudo, porque a própria lei de lavagem de dinheiro instituiu uma inversão do ônus da prova que jamais foi questionada por este órgão como inconstitucional. A sua aceitação, sobretudo, se insere em um quadro mais amplo, no qual a lavagem de dinheiro aparece como um referente paradigmático no processo de expansão da americanização dos procedimentos, coordenando-se com a atuação destinada ao financiamento ao terrorismo (leis de segunda e terceira geração). Mas, não é só isso. Em paralelo, a partir de um pseudo-racionalismo obtuso, e em nome da eficiência da administração de justiça, desenvolvem-se teorias da prova, cujo efeito mais direto é a

13 Cf HIRSCHL, Ran. *Towards Juristocracy: the origins and consequences of the new constitutionalism*. Cambridge: Harvard University Press, 2007.

redução dos *standards* probatórios em casos considerados de difícil comprovação (ou de causalidade complexa). Neste sentido, exemplificativamente, a noção de “inferência da melhor explicação”, utilizada de forma clara nos julgados oriundos da Operação Lava-Jato, propõe a substituição do *standard* mais rigoroso atinente à própria presunção de inocência enquanto norma de juízo (com seus paralelos em relação ao *standard* do “para além da dúvida razoável”).

Um sexto, e talvez o mais recente elemento, seja a inspiração mítica da Operação Lava-Jato na famosa *Mani Pullite*, o estrondoso fracasso conduzido pela Itália e tratado por agentes jurídico-políticos como um modelo de inspiração, mesmo que, na Itália, o projeto não consistisse em uma articulação com finalidades especialmente políticas. E, o que é mais sério, como do caso *Tangentopoli* em diante o fenômeno da corrupção não foi reduzido senão agravado, especialmente através da destruição de partidos políticos tradicionais na Itália¹⁴.

Este cenário, integralmente, se retroalimenta com o fenômeno da expansão dos poderes judiciários (já identificada como um efeito inexorável do paradigma da instrumentalidade do processo) e com a própria epistemologia e sintaxes neoliberais, articulando um complexo judiciário-militar que admite claramente a penetrabilidade entre polícia e judiciário.

Por fim, há também que se analisarem as tentativas de mutação semântica a recair sobre as próprias categorias herdadas do autoritarismo italiano: a) além da manutenção do art. 156 do CPP – o ônus da prova incumbe a quem alegar – é possível constatarem-se usos como “carga dinâmica da prova” ou, ainda, teses sobre o rebaixamento do *standard* de prova no processo penal¹⁵, ou, ainda, “o dolo sem vontade”, rebaixado à condição de mera probabilidade¹⁶; b) a prevalecer a alteração prevista no Projeto das Dez Medidas Contra a Corrupção, as nulidades processuais penais serão – como se fosse possível – sofrer mais um processo de relativização. Desta vez, não com a noção de prejuízo, mas com a preclusão “judicial” (sic) das nulidades absolutas¹⁷; c) as discussões em torno da *emendatio libelli* se mantêm no mesmo nível de superficialidade e acriticidade; d)

14 DELLA PORTA, Donatella; VANUCCI, Alberto. *The Hidden Order of Corruption: na institutional approach*. Burlington: Ashgate, 2012.

15 Como uma tentativa epistemologicamente frustrada mas politicamente bem-sucedida pode-se citar a “inferência da melhor explicação”. DALLAGNOL, Deltan Martinazzo. *As Lógicas das Provas no Processo Penal: prova direta, indícios e presunções*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015.

16 Cf GOMES, Enéias Xavier. *Dolo sem Vontade Psicológica: perspectivas de aplicação no Brasil*. Belo Horizonte: D’Plácido, 2017.

17 Caso aprovado, o art. 570-A do CPP passará a ter a seguinte redação: “As nulidades devem ser pronunciadas pelo juiz no seguinte prazo, sob pena de preclusão:

I – as da fase investigatória, denúncia ou referências à citação, até a decisão que aprecia a resposta à acusação (art. 399);

II – as ocorridas no período entre a decisão que aprecia a resposta à acusação e a audiência de instrução, logo após aberta a audiência;

III – as ocorridas posteriormente à pronúncia, logo depois de anunciado o julgamento e apregoadas as partes;

IV as do julgamento em plenário, em audiência ou em sessão do juízo ou tribunal, logo depois de ocorrerem”.

têm se incrementadas as justificativas em nome do decisionismo, especialmente em referência à liberdade da prova, do livre convencimento e da verdade real, muito embora a “verdade real” tenha sido deixada de lado por intelectuais que recorrem a teorias epistemológicas mais sofisticadas para se chegar a resultados similares (especialmente, as orientações de Michelle Taruffo, Ferrer Beltrán e Nieva Fenoll); f) o contraditório degenerado tende a se amplificar ainda mais, com o uso cada vez mais corriqueiro de tecnologias que trazem como consequência, o esvaziamento do contraditório na fase judicial; g) como no exemplo trazido pelo Projeto Original das Dez Medidas Contra a Corrupção e pelo Projeto Anticrime, verificam-se novas propostas de incremento da prisão preventiva, como a prisão para recuperação de ativos e a prisão preventiva automática decorrente da conversão da prisão em flagrante; h) igual preocupação deve ser concedida ao incremento do uso da tortura no Brasil, o que significa que ela continua sendo utilizadíssima em nossas práticas punitivas; i) por fim, ainda quanto às categorias processuais penais clássicas, o movimento pela supressão de recursos e obstaculização do exame dos recursos extraordinários pelos tribunais superiores se constitui em premissa difundida.

O quadro não é nada promissor, pois, como se pode perceber, no Brasil, aparecem e coabitam um mesmo espaço duas dimensões claramente distintas do autoritarismo, que, por um lado, se retroalimentam e cuja nova forma é ainda mais intolerante e mais radical do que a primeira, apesar de seus compromissos declarados e a sua retórica não se apresentarem, à primeira vista, enquanto tais.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- BINDER, Alberto. *Fundamentos Para a Reforma da Justiça Penal*. Florianópolis: Empório do Direito, 2017.
- BUTLER, Judith. *Gender Trouble: feminism and the subversion of identity*. London: New York: Routledge, 1990.
- CORDERO, Franco. *Guida Alla Procedura Penale*. Torino: UTET, 1986.
- DALLAGNOL, Deltan Martinazzo. *As Lógicas das Provas no Processo Penal: prova direta, indícios e presunções*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015.
- DELLA PORTA, Donatella; VANUCCI, Alberto. *The Hidden Order of Corruption: na institutional approach*. Burlington: Ashgate, 2012.
- GLOECKNER, Ricardo Jacobsen. *Autoritarismo e Processo Penal: uma genealogia das ideias autoritárias no processo penal brasileiro*. Florianópolis: Tyrant lo Blanch, 2018.
- GLOECKNER, Ricardo Jacobsen. *Nulidades no Processo Penal*. 3 ed. São Paulo: Saraiva, 2017.
- GOMES, Enéias Xavier. *Dolo sem Vontade Psicológica: perspectivas de aplicação no Brasil*. Belo Horizonte: D'Plácido, 2017.
- HIRSCHL, Ran. *Towards Juristocracy: the origins and consequences of the new constitutionalism*. Cambridge: Harvard University Press, 2007.
- MANZINI, Vincenzo. La Politica Criminale e il Problema della Lotta Contro la Delinquenza e la Malavita. In *Rivista Penale*. n. 73. v. XXXVII, 1911.

MARQUES, José Frederico. Evolução Histórica do Processo Penal Brasileiro. *In Investigações*. n. 07, 1949.

ROSA, Alexandre Morais da. *Guia do Processo Penal Conforme a Teoria dos Jogos*. 5 ed. Florianópolis: Emais, 2019.

SBRICCOLI, Mario. Le Mani nella Pasta e Gli Occhi al Cielo: la penalistica italiana negli anni del fascismo. *In Quaderni Fiorentini per la Storia del Pensiero Giuridico Moderno*. v. 28. t. II. Milano: Giuffrè, 1999.

SILVA, Ricardo. *A Ideologia do Estado Autoritário no Brasil*. Chapecó: Argos, 2004.

ASPECTOS TÉCNICOS E JURÍDICOS DA PROVA DIGITAL NO PROCESSO PENAL

THIAGO VIEIRA¹

DISSOCIAÇÃO DA INFORMAÇÃO DO SUBSTRATO FÍSICO

A análise acerca da validade jurídica de uma prova documental eletrônica demanda uma prévia reflexão sobre a diferença entre bits e átomos. A dissociação da informação do substrato físico – historicamente vinculados - traz sérias consequências jurídicas relativas à sua admissibilidade e valoração em um processo judicial, sobretudo em matéria penal.

Augusto Marcacini, ao interrogar sobre a possibilidade de se considerar o “documento eletrônico” com “documento”, na acepção jurídica da palavra, empreendeu uma extensa revisão bibliográfica² em busca do conceito tradicional de documento, constatando que:

Todas essas lições, lançadas ao longo do último século, e que ainda correspondem a uma definição corrente em nossos dias, conceituam o documento como sendo uma coisa, algo material e fisicamente tangível. Alimentadas pela realidade de então, não se separa, nessas conceituações, o pensamento que se quis documentar da matéria onde está gravado, estando um e outra inseparavelmente interligados.

A informatização das relações sociais³ e a conseqüente ampliação dos fenômenos juridicamente relevantes ocorridos em ambiente digital, impuseram uma generalização do conceito de documento. Augusto Marcacini defende, com absoluta precisão, que o conceito atual de documento deve privilegiar o pensamento ou fato que se quer perpetuar e não a coisa em que estes se materializam, propondo então a seguinte conceituação de documento: “o registro de um fato”; sendo o documento eletrônico “*uma seqüência de bits que, traduzida por meio de um determinado programa de computador, seja representativa de um fato*”.

1 Thiago Oliveira Castro Vieira é professor de processo penal na Pós -Graduação de Ciências Criminais da Universidade Católica do Salvador. Pós Graduado pela FGV. Presidente da Comissão de Direito Digital da OAB/BA e Coordenador de Tecnologia da Informação do Instituto Baiano de Direito Processual Penal e membro da Associação Python Brasil.

2 “Partindo do conceito tradicional de documento, podemos verificar certa dificuldade inicial em nele abranger o documento eletrônico. Chioyenda assim o definiu: “documento, em sentido amplo, é toda representação material destinada a reproduzir determinada manifestação do pensamento, como uma voz fixada duradouramente”. Pontes de Miranda dizia que “o documento, como meio de prova, é toda coisa em que se expressa por meio de sinais, o pensamento”. Já para José Frederico Marques, “documento é a prova histórica real consistente na representação física de um fato. O elemento de convicção decorre, assim, na prova documental, da representação exterior e concreta do factum probandum em alguma coisa”. Moacyr Amaral Santos ensina que documento “é a coisa representativa de um fato e destinada a fixá-lo de modo permanente e idóneo, reproduzindo-o em juízo”. Mais recentemente, Arruda Alvim afirma ser o documento uma “prova real (do latim res, rei), dado que todo documento é uma coisa” MARCACINI, Augusto Tavares Rosa. Direito e Informática: uma abordagem jurídica sobre a criptografia, São Paulo, 2010. Pg 64.

3 “O aprendizado em tempo real, baseado em informação e mediado pelo computador, tornou-se tão endógeno para as atividades cotidianas dos negócios que os dois domínios já se confundem, sendo aquilo que a maioria de nós faz quando trabalha”. ZUBOFF, Shoshana. “Big Other: Capitalismo de Vigilância e Perspectivas para uma Civilização de Informação”. Tecnopolíticas da Vigilância. Boitempo, 2018, pg. 21

Em um documento físico, o acesso à informação depende da capacidade cognitiva do receptor interpretar os signos gravados em um suporte físico. O acesso ao significante é direto, dominada a codificação, por exemplo o idioma que representa a informação, é possível extrair dele o seu significado sem intermediários.

A informação contida em um documento eletrônico, por seu turno, depende de múltiplas camadas de código que irão interpretar a sequência de bits (zeros e uns) convertendo-a em um formato inteligível ao ser humano⁴ (vide fig 01)⁵. Sem o intermédio de softwares e hardwares não é possível decodificar a informação. Ninguém consegue, por exemplo, extrair o significado um vídeo olhando diretamente a linguagem binária. O acesso ao significante, portanto, ainda que seja direto, depende de intermediários para extrair o seu significado.

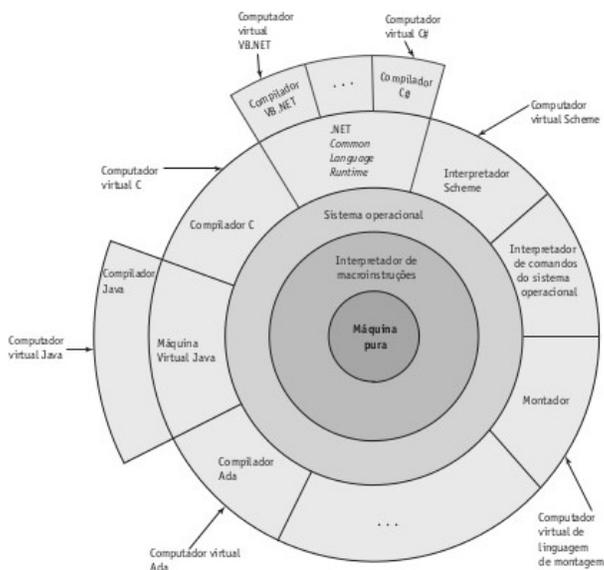


Fig 01 - Interface em camadas de computadores virtuais, fornecidas por um sistema de computação típico.⁶

- 4 Conforme leciona Robert W. Sebesta, a primeira camada de um típico sistema computacional é denominada de Bare Machine (Máquina Pura) sendo composta de dois componentes primários de um computador que são sua memória interna e seu processador. Enquanto a memória interna armazena programas e dados, o processador realiza uma série de instruções de máquina (operações lógicas e matemáticas primárias). Estas instruções primitivas constituem a segunda camada, denominada de interpretador de macro-instruções. O sistema operacional (conjunto de programas) e as implementações de linguagem são colocados em camadas superiores à interface de linguagem de máquina e fornece instruções primárias de mais alto nível, que permitem a realização de funções como gerenciamento de recursos, gerenciamento de arquivos, operações de entrada e saída. Pode haver ainda, e normalmente há, uma camada de software (conjunto de instruções escritas em linguagem de alto nível, por exemplo, Python) que irá estabelecer interface com o usuário.
- 5 Por exemplo, para armazenar valores em texto um software precisa codificá-los em bits e bytes. Cada caractere de um texto precisa ser mapeado para uma codificação de bit específica. Por muitos anos a codificação padrão para o idioma inglês foi o ASCII (American Standard Code for Information Interchange) desenvolvido na década de 1960. O caractere "a" minúsculo, por exemplo, corresponde ao código decimal ASCII 97 e o código binário 01100001. Caso o sistema utilize de outro padrão de codificação que não o ASCII, a mesma sequência de bits poderá representar outro caractere que não o "a" minúsculo.
- 6 Imagem extraída do livro. SEBESTA. Robert W. Conceitos de linguagens de programação. Bookman. 2011. pg 45

No campo probatório, sobretudo no que diz respeito à fiabilidade da prova, a presença de camadas intermediárias implica que a inidoneidade do sistema compromete a idoneidade da prova, e por conseguinte, a análise restrita ao documento eletrónico desprovida de qualquer análise sistêmica é insuficiente para garantir a autenticidade da evidência. A fiabilidade probatória de um documento eletrónico depende muito mais de um contexto (análise sistêmica do ambiente em que foi produzido ou que se encontra armazenado) do que do documento em si.

A inserção ou subtração de bits do conteúdo em si ou de bits a ele relacionados (metadados) são indetectáveis sem uma análise contextual. As possibilidades de burlas por parte daqueles que controlam o sistema informático onde a prova está armazenada são infinitas.

Portanto, a simples constatação daquilo que é exibido (texto, vídeo, áudio, etc) em um periférico de saída (monitor, caixa de som, impressora), como ocorre com as atas notariais, é insuficiente e jamais poderá substituir uma perícia técnica.

2. DOS PRINCÍPIOS DA EVIDÊNCIA DIGITAL

A evidência digital é frágil^{7 8} por sua própria natureza⁹. Dados e metadados podem ser facilmente alterados, adulterados, suprimidos, inseridos e/ou corrompidos. O manuseio inadequado durante sua manipulação pode tornar a prova imprestável, ainda que a espoliação seja involuntária. Por esta razão, todo o processo de identificação, coleta, aquisição e preservação da evidência digital deve ser conduzido por profissional capacitado e de acordo com os princípios e normas técnicas aplicáveis à espécie, a fim de preservar a integridade, fiabilidade, inalterabilidade e auditabilidade desta espécie de prova.

É importante destacar, desde já, que qualquer norma técnica que pretenda orientar a produção de prova em processo penal se subsume a constituição e as garantias do processo penal. A leitura que se faz delas, portanto, deve ser orien-

7 “Digital evidence is the most easily lost evidence. There’s nothing in criminal justice more easily damaged, corrupted, or erased. You need to be able to demonstrate that the evidence is what you say it is, came from where you say it did, and has not been modified in any way since you obtained it.” Vacca. John R. Computer Forensics: Computer Crime Scene Investigation. Second Edition. 2005. Pg 238

8 “Assim como em um local de crime convencional, as evidências e provas ali existentes devem ser preservadas. Na informática não é diferente: os dados contidos nos dispositivos não podem sofrer nenhuma alteração. Cuidados especiais devem ser tomados nessa fase, pois até uma operação simples pode alterar os dados armazenados em mídia digital.” ELEUTÉRIO e MACHADO. Desvendando a Computação Forense (Novatec: 2011), pg. 54

9 “fragmentária, dispersa, frágil, volátil, alterável, instável, apagável e manipulável, invisível e espacialmente dispersa”. RODRIGUES, Benjamim Silva, Da Prova Penal, Tomo IV–Da Prova -Eletrónico -Digital e da Criminalidade Informático-Digital (Contributo Para a Fundamentação de um Modelo Dinâmico-Reversivo de Ciência Forense Digital em sede de Investigação da Cyber-Criminalidade Informático-Digital e à Luz do Novíssimo Regime da Lei do Cibercrime Portuguesa), 1ª Edição, Rei dos Livros, 2011, p. 29.

tada pelos valores da presunção de inocência, do devido processo legal e do processo equitativo.

Não é por outra razão que a Força Tarefa de Engenharia da Internet (Internet Engineering Task Force - IETF) ao elaborar as diretrizes para Coleta e Arquivamento de Evidências (RFC 3227) elenca a **admissibilidade** como a primeira característica necessária de uma evidência digital que “deve estar em conformidade com certas regras legais antes de poder ser submetido a um tribunal.”¹⁰ Além da admissibilidade, a RFC 3227 preceitua que a evidência computacional deve ser **autêntica, completa, confiável e crível**.

A **autenticidade** diz respeito à origem da evidência e a sua integridade: o material vem de onde ele se propõe? Ele é o que diz ser? Ele sofreu alguma alteração? A autenticidade, também chamado de “lei da mesmidade”, se traduz, nas palavras de Geraldo Prado¹¹ no “princípio pelo qual se determina que “o mesmo” que se encontrou na cena [do crime] é o “mesmo” que se está utilizando para tomar a decisão judicial”.

Comentando o assunto Eoghan Casey¹² salienta que:

“Para demonstrar que a evidência digital é autêntica, é geralmente necessário para satisfazer o tribunal que ela foi adquirida de um computador específico e / ou localização, que uma cópia completa e exata da evidência digital foi adquirida, e que ela permaneceu inalterada desde que foi coletado. Em alguns casos, também pode ser necessário demonstrar que informações específicas são precisas, como datas associadas a um arquivo específico que é importante para o caso.” (tradução livre)

A necessidade de se manter uma rigorosa cadeia de custódia da prova decorre diretamente do princípio da autenticidade da prova. Recorre-se uma vez mais a Eoghan Casey¹³:

“Cadeia de custódia e documentação de integridade são importantes para demonstrar a autenticidade da evidência digital. A cadeia de custódia adequada demonstra que a evidência digital foi adquirida a partir de um sistema e / ou local específico e que foi continuamente controlada desde que foi coletada. Assim, a documentação adequada da cadeia de custódia permite ao tribunal vincular a evidência digital ao crime. Documentação incompleta pode resultar em

10 “Computer evidence needs to be Admissible: It must conform to certain legal rules before it can be put before a court.”. RFC 3227: Guidelines for Evidence Collection and Archiving. Disponível em <https://tools.ietf.org/html/rfc3227>. Acessado em 13/06/2019 às 10:40.

11 PRADO, Geraldo. A cadeia de custódia de prova no processo penal. 1 ed. São Paulo: Marcial Pons, 2019. pg 95

12 “To demonstrate that digital evidence is authentic, it is generally necessary to satisfy the court that it was acquired from a specific computer and/ or location, that a complete and accurate copy of digital evidence was acquired, and that it has remained unchanged since it was collected. In some cases it may also be necessary to demonstrate that specific information is accurate, such as dates associated with a particular file that is important to the case. The reliability of digital evidence clearly plays a critical role in the authentication process, as discussed in more detail later in this chapter.” CASEY, Eoghan. Digital evidence and computer crime: forensic science, computers and the internet. 3rd ed. Elsevier. Pg 60.

13 Chain of custody and integrity documentation are important for demonstrating the authenticity of digital evidence. Proper chain of custody demonstrates that digital evidence was acquired from a specific system and/or location, and that it was continuously controlled since it was collected. Thus, proper chain of custody documentation enables the court to link the digital evidence to the crime. Incomplete documentation can result in confusion over where the digital evidence was obtained and can raise doubts about the trustworthiness of the digital evidence. CASEY, Eoghan. Digital evidence and computer crime: forensic science, computers and the internet. 3rd ed. Elsevier. Pg 60.

confusão sobre onde a evidência digital foi obtida e pode levantar dúvidas sobre a confiabilidade da evidência digital.” (Tradução Livre)

Assim como o IETF (RFC 3227 - Item 4.1), a Associação Brasileira de Normas Técnicas (ABNT) também traz nas suas diretrizes para identificação, coleta, aquisição e preservação de evidência digital (ISO/IEC 27037) a necessidade de criação e manutenção de uma cadeia de custódia:

O registro de cadeia de custódia é um documento identificando a cronologia de movimento e do manuseio da potencial evidência digital. Recomenda-se que seja instituído a partir do processo de coleta ou aquisição. O registro será tipicamente alcançado traçando a história do item a partir do momento em que foi identificado, coletado ou adquirido pela equipe de investigação até o momento e localidade atual.

Cabe ainda destacar que o princípio da mesmidade contempla a integridade da evidência mas com esta não se confunde. A integridade diz respeito à imutabilidade da evidência e pode ser aferida através de comparações de resumos matemáticos¹⁴. Contudo, se não há comprovação da origem das amostras contrapostas, a integridade, por si só, não assegura a autenticidade da evidência.

Além de autêntica, **a evidência digital precisa ser completa**, ou seja, ela “deve contar toda a história e não apenas uma perspectiva particular”¹⁵. Dito de outra maneira por John R. Vacca¹⁶: “O material contra outras histórias que podem ter uma influência sobre a disputa legal ou audiência?”

Neste sentido, o princípio da completude da evidência digital implica na necessidade de uma análise contextual do sistema onde o material foi produzido/apreendido. É necessário coletar e analisar material suficiente que permita confirmar ou afastar a ocorrência de burlas por parte daqueles que controlam o sistema.

Somente com o acesso completo às fontes de prova é que se garante ao acusado o conhecimento da acusação e pleno exercício do contraditório. Neste sentido, as valorosas lições de Geraldo Prado¹⁷:

“O conhecimento das fontes de prova pela defesa é fundamental, porque a experiência histórica que precede a expansão da estrutura trifásica de procedimento penal, adequada ao modelo

14 “A função hash produz um resumo matemático: ela recebe uma entrada de dados de qualquer comprimento e cria uma saída de comprimento fixo. Por exemplo: ao submetermos o arquivo da Constituição Federal disponível no site do planalto à função digestora (MD5) reduzimos seus volumosos 669.114 caracteres para apenas 32: “b846221c1f44390f4c6ecc0ebac941db”. É uma via de mão única. Não há como recuperar o texto constitucional a partir do seu resumo matemático. Originalmente concebida para comprimir dados e otimizar recursos nos processos de indexação e busca de informações, a função digestora produz um segundo benefício: um identificador único. Qualquer alteração no arquivo da Constituição Federal, para continuarmos com o mesmo exemplo, gerará um resumo diferente. Duas mensagens nunca devem retornar o mesmo hash.” VIEIRA, Thiago. “O que é a função digestora HASH e qual é sua relevância para a computação forense?”. Disponível em <https://medium.com/contrarraz%C3%B5es/o-que-%C3%A9-a-fun%C3%A7%C3%A3o-digestora-hash-e-qual-%C3%A9-sua-relev%C3%A2ncia-para-a-computa%C3%A7%C3%A3o-forense-2351a2d81fec> . Acessado em 19/06/2019

15 “Computer evidence needs to be Complete: It must tell the whole story and not just a particular perspective.” Item 2.4 Legal Considerations. RFC 3227: Guidelines for Evidence Collection and Archiving. Disponível em <https://tools.ietf.org/html/rfc3227>. Acessado em 13/06/2019 às 10:40.

16 “Are there other stories that the material also tells that might have a bearing on the legal dispute or hearing?” VACCA, John R. Computer Forensics: Computer Crime Scene Investigation, Second Edition. Pá 22.

17 PRADO, Geraldo. A cadeia de custódia de prova no processo penal. 1 ed. São Paulo: Marcial Pons, 2019. pg 72

acusatório, contabiliza a supressão de elementos informativos como estratégia das agências de repressão que fundam as suas investigações em práticas ilícitas.

Não custa sublinhar que apenas inadvertidamente eventual autor de ilicitudes probatórias permitiria a chegada ao processo de traços das referidas ilicitudes.

Por isso, o exame da legalidade da investigação criminal concentrado com exclusividade no material apresentado pelo acusador em juízo é, de regra, inócuo ou no mínimo insuficiente”

Coletar material insuficiente ou impedir o acesso da defesa às fontes de prova implica em grave violação da equidade processual. Nas palavras de Geraldo Prado¹⁸: “defender-se o acusado fazendo uso exclusivo do material probatório selecionado pelo acusador é o sonho que todo inquisidor nutre relativamente à posição de seu adversário processual.”

A quarta característica essencial da evidência digital é a **confiabilidade** que consiste na exigência de “não haver nada sobre como a evidência foi coletada e posteriormente tratada que lance dúvidas sobre sua autenticidade e veracidade”.

A coleta e arquivamento de evidências é, sem sombra de dúvidas, a etapa mais sensível no exame forense computacional. Os experts devem documentar todas as ações, determinar e aplicar um método para estabelecer a exatidão e confiança da cópia da potencial evidência digital comparada com a fonte original e evitar qualquer alteração nos dados contidos nos dispositivos.

Não é sem motivos que no Procedimento Operacional Padrão nº 3.1, elaborado pelo Ministério da Justiça do Brasil, aplicável aos exames que envolvam dados contidos em mídias de armazenamento computacional, traz como primeiro ponto crítico a seguinte diretriz:

“A evidência digital deve ser examinada apenas por peritos criminais com treinamento específico para esse propósito”.

A confiabilidade demanda a correta identificação, descrição e individualização dos hardwares analisados e utilizados. Estas exigências são diretriz comuns em todas as normas técnicas nacionais e internacionais aplicáveis à espécie:

“Além das etapas que foram tomadas para gravar a imagem, o analista deve documentar informações suplementares como o modelo e número de série do disco rígido, capacidade de armazenamento de mídia e informações sobre o software ou hardware de imagem usado (por exemplo, nome, número da versão, informações de licenciamento). Todas essas ações suportam a manutenção da cadeia de custódia.” National Institute of Standards and Technology (NIST): Guide to Integrating Forensic Techniques into Incident Response. SP 800-86 (Item 4.2.1). Tradução Livre¹⁹. [1]

“É recomendado que o DEFR documente o tipo e a marca de qualquer dispositivo digital usa-

18 PRADO, Geraldo. A cadeia de custódia de prova no processo penal. 1 ed. São Paulo: Marcial Pons, 2019. pg 85

19 “Besides the steps that were taken to record the image, the analyst should document supplementary information such as the hard drive model and serial number, media storage capacity, and information about the imaging software or hardware that was used (e.g., name, version number, licensing information). All of these actions support the maintenance of the chain of custody” VACCA, John R. Computer Forensics: Computer Crime Scene Investigation, Second Edition.

do e identificar todo computador e dispositivos periféricos que talvez necessitem ser adquiridos ou coletados durante este estágio inicial. Recomenda-se que os números de série, números de licença e outras marcas identificadoras (incluindo danos físicos) sejam documentados sempre que possível.” Tecnologia da informação — Técnicas de segurança — Diretrizes para identificação, coleta, aquisição e preservação de evidência digital. ABNT NBR ISO/IEC 27037 (Item 7)

“4.1. Ações preliminares. Esta etapa tem como objetivo determinar a viabilidade de realização do exame e organizar o material recebido. Para tanto, deve-se: (...) Identificar e individualizar todo o material.” POP N° 3.1 - INFORMÁTICA FORENSE – Ministério da Justiça do Brasil.

Demais disso, a confiabilidade reclama que todos os processos utilizados no manuseio da potencial evidência digital sejam passíveis de auditoria e repetições. A defesa deve ser garantida a possibilidade de avaliar as atividades realizadas pelos peritos, daí a importância de documentar e justificar todas as ações realizadas²⁰. Se não for possível que as partes verifiquem a correção do método científico ou da técnica empregada a prova carece de confiabilidade e por conseguinte não deve ser admitida.

A evidência deve, ainda, ser **crível**, que se traduz na necessidade de ser compreensível pelos julgadores sem que se perca o rigor metodológico e as demais características acima descritas. Nas palavras de John R. Vacca:

“Não faz sentido apresentar a saída binária se o júri não tiver ideia do que tudo isso significa. Da mesma forma, se você apresentá-los com uma versão formatada e compreensível do humano, você deve ser capaz de mostrar a relação com o original binário, caso contrário, não há como o júri saber se você o falsificou.” (Tradução Livre).

Por fim, cabe questionar: qual a consequência do desrespeito aos princípios da autenticidade, completude, confiabilidade e acreditabilidade? Carecendo a pretensa prova de autenticidade, completude, confiabilidade e credibilidade a mesma carecerá também de admissibilidade, não podendo ser admitida e valorada, devendo ser excluída fisicamente dos autos.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ABNT NBR ISO/IEC 27037:2013

CASEY, Eoghan. Digital evidence and computer crime: forensic science, computers and the internet. 3rd ed. Elsevier

ELEUTÉRIO e MACHADO. Desvendando a Computação Forense (Novatec: 2011)

MARCACINI, Augusto Tavares Rosa. Direito e Informática: uma abordagem jurídica sobre a criptografia, São Paulo, 2010.

20 Todos os acessos a evidência devem ser registrados na cadeia de custódia da prova, de acordo com a ISO/IEC 27037 é preciso consignar “quem acessou a evidência e o tempo e local em que ocorreu; quem checou a evidência interna e externamente nas instalações de preservação da evidência e quando isso ocorreu; o motivo de a evidência ter sido verificada (qual caso e propósito) e a autoridade relevante, se aplicável; e quais alterações inevitáveis da potencial evidência digital, assim como o nome do indivíduo responsável para tanto e a justificativa para a introdução da alteração.” ABNT NBR ISO/IEC 27037:2013 fls. 11 e 12.

PRADO. Geraldo. A cadeia de custódia de prova no processo penal. 1 ed. São Paulo: Marcial Pons, 2019.

RFC 3227: Guidelines for Evidence Collection and Archiving. Disponível em <https://tools.ietf.org/html/rfc3227>.

RODRIGUES, Benjamim Silva, Da Prova Penal, Tomo IV–Da Prova -Electrónico -Digital e da Criminalidade Informático-Digital (Contributo Para a Fundamentação de um Modelo Dinâmico-Reversivo de Ciência Forense Digital em sede de Investigação da Cyber-Criminalidade Informático-Digital e à Luz do Novíssimo Regime da Lei do Cibercrime Portuguesa), 1ª Edição, Rei dos Livros, 2011.

SEBESTA. Robert W. Conceitos de linguagens de programação. Bookman. 2011.

VACCA. John R. Computer Forensics: Computer Crime Scene Investigation, Second Edition.

VIEIRA. Thiago. “O que é a função digestora HASH e qual é sua relevância para a computação forense?”. Disponível em <<https://medium.com/contrarraz%C3%B5es/o-que-%C3%A9-a-fun%C3%A7%C3%A3o-digestora-hash-e-qual-%C3%A9-sua-relev%C3%A2ncia-para-a-computa%C3%A7%C3%A3o-forense-2351a2d81fec>>

ZUBOFF. Shoshana. “Big Other: Capitalismo de Vigilância e Perspectivas para uma Civilização de Informação”. Tecnopolíticas da Vigilância. Boitempo, 2018

**ARTIGOS SELECIONADOS
DO CONCURSO**

O PODER DE BARGANHA FRENTE A INFLUÊNCIA INQUISITORIAL DO PROCESSO PENAL BRASILEIRO

ANDRÉ LUIS MENESES MAIA FILHO¹

1. INTRODUÇÃO

Não são poucas as ideias criadas afim de solucionar os entraves processuais relativos ao sistema penal. Trata-se, sobretudo, de diminuir a complexidade dos institutos jurídicos que acabam por tornar a persecução penal mais leniente e burocrática. O desafio dos processualistas contemporâneos tem sido adaptar um modelo simplificado de se fazer justiça, sem que para isso ponha-se em risco as garantias fundamentais pertencentes as partes do processo.

Dessa forma, enquanto de um lado existe uma grande vantagem a respeito da desburocratização do processo penal, do outro está a preocupação em impor limites ao exercício Estatal, principalmente no que diz respeito a margem discricionária do poder de atuação do juiz.

Voltando-se para realidade brasileira, dentre as ideias apresentadas no pacote anticrime, foi proposta a implementação do modelo de negociação de pena inspirado no já conhecido plea bargain norte-americano. Basicamente, cuida-se de um acordo firmado entre Ministério Público e o réu, onde o órgão acusador barganhará a condenação do acusado com base nos elementos informativos presentes no inquérito policial.

No Brasil, caso seja aprovado o modelo negocial proposto no pacote, irá ser inserido o artigo 395-A no Código de Processo Penal, o qual seu texto abranje sua aplicação em qualquer tipo de crime, não havendo limitação de espécie ou gravidade.

Com efeito, é salutar o teor punitivista carregado na proposta ministerial. Tão absurdo quanto afastar o crivo do magistrado sobre a apreciação das provas, é reduzir a atuação do mesmo a apenas dois momentos, quais sejam: um inicial, referente ao recebimento ou não da denúncia, e outra no final, que diz respeito a homologação do acordo realizado entre as partes.

¹ Bacharel em direito pela Faculdade Ruy Barbosa. Advogado.

Nesse contexto, o presente artigo tem como objetivo analisar a estrutura do novo modelo de negociação proposto no pacote anticrime, de modo a restar demonstrado que sua aplicação é um retrocesso do atual sistema acusatório, ou como gosta de chamar o jurista Aury Lopes Jr. – neoinquisitorial, ao ultrapassado sistema inquisitorial.

Para fins de melhor articulação, de modo a criar uma sucessão de argumentos contrapostos a estrutura da barganha ministerial, se faz necessário realizar também a seguinte indagação: Existe lealdade processual no sistema acusatório brasileiro?

2. O DESEQUILIBRIO PROCESSUAL ENTRE AS PARTES NO ACORDO JUDICIAL

Os atos de investigação, como classifica o jurista Aury Lopes Jr., não se referem a uma afirmação, mas a uma hipótese. Nesse sentido, serão esses elementos que irão fundamentar a *iudicium accusatoris*, que por sua vez irão justificar o recebimento da denúncia. Dessa forma, na investigação preliminar não há ampla discussão a respeito das informações colhidas, pelo contrário, esse momento serve apenas para verificar a probabilidade de algum fato ter acontecido.

Nesse momento, ao se deparar com a denúncia, caberá ao magistrado avaliar os critérios atinentes a essa fase processual, que por sua vez limitam-se apenas justificar a probabilidade da ocorrência de um crime. Logo, conclui-se que para que seja aceita a denúncia e iniciada a fase negocial, bastará que a polícia judiciária, ou o próprio órgão acusador, reúna um conjunto de elementos informativos suficientes que atestem a possibilidade de autoria e materialidade.

Por certo, em que pese a ineficácia da aceitação da denúncia como limitadora do poder de acusação estatal, é imperioso ressaltar o peso que a investigação preliminar possuirá na barganha processual. Isso por que, além do contraditório e ampla defesa apresentarem aspectos extremamente limitados², o legislador restou por permitir que o inquérito policial integrasse os autos do processo.

Nesta senda, caso não haja alteração legal, haverá uma cristalina disparidade de forças entre as partes, sobretudo devido à ausência de dialética processual na fase de investigação preliminar. Afinal, como podem os únicos elementos que sustentarão o acordo processual serem colhidos somente por uma das partes?

2 Nesse sentido, ao contrário do que afirma grande parte da doutrina, existe sim direito de defesa e contraditório na investigação preliminar, contudo, sua eficácia é insuficiente, restringindo-se ao direito do investigado tomar nota das informações colhidas nos autos, ou exercer o direito constitucional de permanecer em silêncio.

Ademais, um dos pressupostos para o acordo é a dispensa da produção de provas e sua apreciação pelo órgão julgador. Dessa forma, o réu, condenado em pena mínima, sequer terá a possibilidade de obter um julgamento a respeito de sua culpabilidade, haja vista que nem na fase investigativa, nem na fase negocial, houve um procedimento condizente com o sistema acusatório de caráter democrático.

Em síntese, os elementos produzidos no momento do inquérito serão os mesmos que irão fundamentar o acordo realizado entre o Ministério Público e o acusado. Quer dizer, enquanto o sistema processual atual permite que o réu através da defesa técnica produza meios de prova e seja considerado inocente até que se prove o contrário, no modelo negocial o réu será considerado culpado a partir do momento em que o juiz atestar o recebimento da denúncia e iniciar a fase negocial.

Sendo assim, a negociação de pena representará uma verdadeira violação ao estado de direito que atualmente sustenta a justiça brasileira, visto que cairá por terra o direito de contraditar a acusação e, dessa forma, violará um dos princípios fundamentais da democracia que é a Presunção de Inocência. De forma mais simples, é dizer que a possibilidade de barganhar a condenação do réu através dos elementos de informação colhidos na fase investigativa, afastará por completo do ordenamento jurídico brasileiro o Princípio do *in dubio pro reo*.

O tema é inegavelmente polêmico, porém, após essa breve explanação, pretendemos seguir analisando a confissão do réu como condição para o acordo entre as partes. É o segundo argumento utilizado pela corrente pró plea bargain – CONAMP/FONAJUC³, – já que a primeira é o recebimento da denúncia, como condição para que seja estabelecida a barganha processual.

3. A (IN)EFICÁCIA DA CONFISSÃO DO RÉU COMO CONDIÇÃO PARA O ACORDO JUDICIAL

Consoante explica a exposição de motivos do CPP, não há hierarquia entre as provas, como já se permitiu em outro momento da história especificamente no sistema legal. Na vigência do sistema legal de provas, a confissão possuía caráter absoluto e não permitia que juízes realizassem a valoração através do seu crivo subjetivo.

Embora essa concepção autoritária e irracional tenha caído por terra, com o novo modelo de negociação a ser adotado dar-se-á início a um retrocesso no

3 Associação Nacional de Membros do Ministério público e Fórum Nacional de Juízes Criminais

sistema processual brasileiro, visto que passará a ser tacitamente autorizada a produção de provas ilegítimas.

Por certo, uma das condições para que se estabeleça a negociação da pena é a confissão do réu. Logo, após a aceitação da denúncia – primeira condição – bastará apenas que o réu confesse nos autos para que esteja autorizado ao Ministério Público barganhar sua condenação e o acusado perca o direito constitucional de responder a um processo penal.

Conforme adverte HASSAN CHOUKR, consoante expõe Aury Lopes Jr., a confissão só pode ser valorada quando feita com plena liberdade e autonomia do réu, “que ele tenha sido informado e “compreendido substancialmente” seus direitos constitucionais” (LOPES, 2019, p 452), e, complementando o raciocínio, que a confissão esteja em consonância com as provas produzidas nos autos.

A modernização da maneira de se fazer justiça não está amparada com os ideais da presunção de inocência e devido processo legal. O retrocesso do direito é refletido na ausência de leis que limitam o poder de coação estatal, sobretudo no que tange a atuação do órgão acusador. A consequência direta desse novo sistema é a coibição do pólo passivo, que se encontrará enfraquecido e carente de proteção legislativa.

Dessa forma, é imperioso que se leve em consideração a maximização das chances do acusado confessar um crime que não cometeu, por medo de acabar sendo condenado a cumprir pena mais severa.

Frise-se, o representante do *parquet* se valerá dos elementos de informação levantados sobre o suposto crime, que são elementos colhidos na fase investigativa e que não possuem o condão de comprovar os fatos, e sim, apenas levantar hipóteses.

O réu não terá a liberdade e autonomia suficiente para decidir a respeito de confessar ou não o crime. Para a corrente minoritária, contrária a implementação do novo modelo, está certo o perigo de condicionar a barganha da pena à confissão do réu, não obstante tal modelo seja inspirado no atual sistema norte-americano de se fazer justiça.

Por certo, apesar do plea bargain ser aplicado desde a década de 20 nos Estados Unidos, o que não faltam são opositores para criticarem de maneira veemente sua estrutura procedimental. São inúmeras as injustiças comprovadas nesse sistema, sendo levantada numa recente pesquisa realizada pela organização “Projeto Inocência”⁴ os principais motivos que levaram inocentes a confessarem crimes que não cometeram.

4 Organização norte-americana especificamente voltada a enfrentar a grave questão das condenações de inocentes nos Estados

Um artigo divulgado pelo jurista João Ozorio de Melo, baseado nas pesquisas feitas pela referida organização, sintetizou esses motivos e alerta ao perigo de se crer cegamente na confissão do acusado.

Dentre os principais motivos que levam pessoas inocentes a confessarem estão a pressão, a coerção, o desconhecimento da lei, o medo da violência e a ameaça de uma sentença mais dura. Seja pela demora excessiva dos interrogatórios, seja pela falsa ideia de que se confessarem poderão ser soltos, a pressão quando não é física, é psicológica, e o réu que não detém o mínimo de conhecimento sobre seus direitos, não encontra escapatória a não ser ceder.

Recentemente foi lançado na NETFLIX uma minissérie americana chamada “Olhos que condenam”, a qual retrata a história de 5 jovens que foram presos na década de 80 e somente após 13 anos presos descobriram que os meninos eram inocentes. A luz de tudo que foi dito até agora, a série retrata muito bem a realidade do sistema punitivo americano que, como verdadeiros lobos atrás de um cordeiro, tenta extrair de toda forma a confissão dos réus.

Tanto o “Projeto Inocência”, quanto a minissérie “Olhos que condenam”, protestam contra as injustiças proferidas pelo sistema penal americano, o qual foi o precursor do modelo negocial plea bargain cujos brasileiros pretendem importar.

Para contextualizar, além do mecanismo da barganha representar um verdadeiro contrassenso ao equilíbrio entre as partes, o modelo, diferente do norte-americano, será implantado numa realidade muito menos guarnecedora e compromissada com o respeito as garantias fundamentais do cidadão.

Não se pode olvidar a diferença entre a realidade brasileira e americana. No Brasil, os efeitos vinculados ao poder de barganha farão do nosso sistema carcerário um forte pretendente a se tornar o maior do planeta. Isso por que o modelo apresentado no pacote anticrime engloba delitos comuns de todas as espécies e gravidades, enquanto os norte-americanos limitaram o alcance da barganha para crimes cuja pena máxima fosse de até cinco anos.

A versão brasileira alcançará pessoas que em sua maioria são carentes de educação e discernimento. Isto é, retirar a confissão dessas pessoas não será tarefa difícil, visto que muitas não entendem como funcionam o mecanismo da justiça brasileira e se sentirão pressionadas a aceitarem a condenação de pena mínima.

Nesse sentido, em que pese o argumento referente ao patrocínio de uma defesa técnica, é salutar que o futuro modelo de justiça não condicionará as par-

Unidos. A instituição conseguiu inocentar inúmeras pessoas com base no exame de DNA, comprovando estatisticamente que um a cada quatro inocentes é preso injustamente no sistema plea bargain.

tes a uma igualdade de armas. Afinal, como a defesa poderá sustentar suas teses quando no processo o que se vê é uma série de elementos informativos retirados do inquérito policial? Onde houve oportunidade de reação da defesa se manifestar, afim de garantir o respeito das garantias fundamentais da pessoa sob seu patrocínio?

O risco de não aceitar o acordo será grande, ainda mais em um modelo de justiça no qual o legislador para não correr o risco de não condenar, preferiu-se estabelecer uma pena mínima.

4. A HOMOLOGAÇÃO DO JUIZ É SUFICIENTE PARA COIBIR A POSSÍVEL EXTRAPOLAÇÃO DE PODERES DA ACUSAÇÃO?

Como já falado, há uma tendência mundial de simplificação do processo penal. Os juízes e promotores responsabilizam a complexidade da justiça brasileira como fator da insegurança jurídica, principalmente no que diz respeito a sensação de impunidade. Contudo, indaga-se: o Brasil está preparado para implementar o modelo de justiça negocial de inspiração norte-americana? Existe lealdade processual no sistema acusatório brasileiro?

Cuida-se, primordialmente, tratar a respeito da influência de caráter inquisitorial do código de processo penal na atuação do juiz. Nesta senda, com a implementação do modelo negocial, a disparidade entre as partes será apenas um pequeno detalhe frente a construção da figura heroica do juiz brasileiro.

Na atual estrutura montada pelo legislador processual, existe um reducionismo legal consistente na aceitação ou rejeição total da peça acusatória, sem que haja a possibilidade de o magistrado exercer algum tipo de filtro sobre a atuação ministerial⁵.

Em que pese não ser o melhor dos mundos uma atuação proativa do julgador, pior ainda por necessitar que o mesmo entre em contato com os autos da investigação preliminar e acabe por macular sua imparcialidade, o modelo de negociação de pena só permitirá que o magistrado se manifeste novamente no final do acordo, onde haverá um cotejo entre as provas apresentadas e a condenação aceita pelo réu.

Até que se chegue na homologação, a acusação agirá livremente através do seu poder de barganha, e ainda com uma certa (enorme) vantagem sobre a

5 Não existe no ordenamento jurídico brasileiro o ato do juiz aceitar parcialmente a denúncia ou realizar algum tipo de filtro sobre a denúncia ministerial. O CPP não veda expressamente, porém condiciona tal possibilidade apenas a sentença, conforme assevera o artigo 383, do CPP.

defesa, uma vez que estará lastreada com os elementos de informação extraídos do inquérito policial.

Por certo, não obstante um dos pressupostos para o estabelecimento do sistema acusatório seja a figura do juiz-espectador, ou seja, aquele que se mantém passivo diante da produção de provas imbuídas pelas partes, o que ocorre no ordenamento jurídico brasileiro é justamente o contrário: predomina a figura do juiz-ator, que através de atos investigatórios não apenas produz provas de ofício, como também manda prender sem requerimento do Ministério Público ou representação da autoridade policial.

Ao relacionar esse contexto do código de processo penal com o poder de barganha, fica ainda mais difícil acreditar na imparcialidade do juiz brasileiro. Antes mesmo de homologar o acordo, o próprio magistrado já terá entrado em contato com a fase de investigação preliminar, cujos atos possuem valor probatório extremamente reduzidos e de viés persecutório. É dizer, além do juiz ter poderes de investigação, sua imparcialidade subjetiva estará comprometida.

Ademais, sem levar em consideração (muito menos confiar) a figura de fiscal da lei atribuída ao representante do *parquet*, a realidade brasileira apresenta o juiz como uma figura predominantemente punitivista, não apenas pela influência do próprio código de processo penal, como também da sociedade brasileira.

São diversos os exemplos que retratam a predominância do discurso de ódio. Contudo, mais lamentável ainda é a influência que a opinião do povo possui nas atividades do Poder Judiciário. Trata-se de um verdadeiro exemplo do que antes se denominou como justiça retributiva, representado pelo excesso de exposição midiática, pelo uso indevido de algemas, apreensão desmensurada de documentos, interceptação telefônica sem restrição temporal etc.

Por certo, mudar as leis é apenas o ponto de partida, o caminho a ser iniciado. O objetivo não é apenas construir um ordenamento jurídico de viés garantista, com um processo penal condizente com os preceitos constitucionais, é também, e mais importante ainda, mudar a cultura jurídico-social do Poder Judiciário brasileiro.

Felizmente, existem aqueles que não se deixam influenciar pela opinião pública. O viés punitivista da cultura brasileira é tão evidente que quando um juiz garantista se depara com um caso de maior repercussão, os próprios noticiários tratam de repercutir.

Um exemplo foi a recente decisão proferida pelo então presidente da sexta turma do Superior Tribunal de Justiça, que através de um brilhantismo sem precedentes decidiu a favor da liberdade do ex-presidente Michel Temer ressaltando tal direito como regra e não exceção.

O Ministro Nefi Cordeiro, na votação do HABEAS CORPUS Nº 509.030 - RJ (2019/0128782-2), foi o último a votar pela liberdade do ex-presidente. O magistrado resumiu de maneira extraordinária o que se deve esperar da atuação de um juiz que atua em um sistema de viés acusatório. Diante do brilhantismo das palavras, vale a pena mencionar um pequeno trecho do seu voto:

“Mesmo eventualmente grave, manter solto durante o processo não é impunidade como socialmente pode parecer. É sim garantia somente afastada por comprovados riscos legais. Aliás, é bom que se esclareça ante eventuais desejos sociais de um juiz herói contra o crime, que essa não é, não pode ser função do juiz. Juiz não enfrenta crimes, juiz não é agente de segurança pública, não é controlador da moralidade social ou dos destinos políticos da nação. O juiz criminal deve conduzir o processo pela lei e Constituição com imparcialidade e, somente ao final do processo, sopesando adequadamente as provas, reconhecer a culpa ou declarar absolvição. Juiz não é símbolo de combate à criminalidade. É definidor da culpa provada sem receios de criminosos, sem admitir pressões por punições imediatas”.

Observa-se que a própria estrutura judiciária brasileira encarrega a um juiz ou outro a necessidade relembrar aos demais julgadores a verdadeira finalidade do sistema acusatório pátrio.

A verdade é que, enquanto o Ministério Público estiver ao lado do juiz e o defensor abaixo dele, o processo não estará fazendo jus ao equilíbrio das partes, dificultando a atuação da defesa e a coibição dos poderes do órgão acusador.

Como assevera CARNELUTTI, “a tarefa do Processo Penal é saber se o acusado é inocente ou acusado”. Para isso, necessariamente as partes devem ser parciais, pois é através do peso que cada uma carrega dentro de seus argumentos que fará o juiz alcançar o ponto de equilíbrio na balança da justiça. Nesse sentido, não é a parcialidade do órgão acusador que se questiona, e sim, a disparidade de forças que existem entre as partes, a qual por si só quebra a lógica processual de se perquirir no processo a materialidade e a autoria do crime objetivado.

6. CONCLUSÃO

A realidade do sistema processual brasileiro não compatibiliza com a importação do sistema jurídico norte-americano. Aplicar o acordo judicial da maneira como foi proposta no pacote anticrime configura-se um verdadeiro retrocesso para a sociedade civil.

A barganha processual gerará um abismo ainda maior entre as partes e os argumentos favoráveis à sua implantação não são suficientes para evitar que o sistema processual brasileiro se torne novamente inquisitorial.

Até o momento pós recebimento da denúncia, os únicos atos realizados foram os investigatórios. Como é sabido, seus elementos não possuem como função provar fatos, e sim, levantar hipóteses. Serão com base nessas hipóteses que o juiz irá homologar um possível acordo. Onde estará o *in dubio pro reo*?

No que tange o recebimento da denúncia, este não é suficiente para sub-rogar o direito do acusado de responder a um processo penal. Visto que resumir a atuação do juiz a somente dois momentos não demonstra preocupação do legislador com as garantias constitucionais, sobretudo, a do devido processo penal.

Ademais, condicionar negociação à confissão do réu não é nem de longe um argumento pertinente para se tornar o acordo entre as partes viável. Uma breve, porém, sincera análise nas delegacias e varas criminais brasileiras, já é o suficiente para se notar a pressão, as vezes física, as vezes mental, que recai naqueles que são apontados como suspeitos de cometer um crime.

Por fim, conclui-se que, estabelecer o mínimo como pena para ter a certeza da punição é perder de vista a justiça que a lei outrora amparou ao juiz a liberdade para decidir.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

LOPES Jr., Aury. Direito Processual Penal. 16. Ed. – São Paulo: Saraiva Educação, 2019.

CARNELUTTI, Francesco. As Misérias do Processo Penal. 3ª. Ed – 5ª triagem, Lemer/São Paulo. CL EDIJUR, 2019.

DE MELO, João Ozório. Instituição Estuda Por que Inocentes Confessam. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2012-set-08/instituicao-estuda-porque-pessoas-confessam-crimes-nao-cometeram>.

AZEVEDO, Victor Hugo. Plea Bargain: sem medo de propor uma justiça moderna, mais ágil e efetiva. Disponível em: <https://www.conamp.org.br/pt/biblioteca/artigos/item/2355-plea-bargain-sem-medo-de-propor-uma-justica-moderna-mais-agil-e-efetiva.html>.

MURRIETA, Manoel Victor Sereni. Plea Bargain: medo da mudança ou da eficiência? Disponível em: <https://www.conamp.org.br/pt/biblioteca/artigos/item/2450-plea-bargain-medo-da-mudanca-ou-da-eficiencia.html>.

COELHO, Gabriel. Manter solto não é impunidade, diz Nefi Cordeiro sobre Temer. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2019-mai-14/manter-solto-nao-impunidade-nefi-cordeiro-temer>.

ENTRAVES PARA O PROCESSO PENAL DEMOCRÁTICO: IMPACTOS DA LIBERDADE DE IMPRENSA NA PERPETUAÇÃO DA SELETIVIDADE PUNITIVISTA

FERNANDA OLIVEIRA DOMINGOS¹

*“A gente só sabe bem daquilo que não entende” João Guimarães Rosa, in “Grande Sertão Veredas”.
(Edt. Nova Fronteira; Edição Comemorativa, 2015).*

I. INTRODUÇÃO

Tratar de democracia na contemporaneidade vai além de conceituar seu significado, ou enquadrar suas características; nesses tempos, é preciso superar tais etapas, e visualizar a necessária concretização dos direitos fundamentais do Estado Democrático de Direito (BOBBIO, 1997). Em termos de Processo Penal, esses direitos são visíveis como uma tentativa de evitar a vingança, resguardando ao acusado o direito ao Devido Processo Legal, a presunção de inocência, legalidade, contraditório, e todos aqueles previstos no artigo 8º do Pacto São José da Costa Rica, de caráter internacional democrático.

A mídia, entretanto, alimentada pela logística punitivista do direito penal, finda por alimentar- criando uma relação de simbiose- a cultura do ódio e da estigmatização de indivíduos, não raro, já vítimas de uma sociedade seletiva, com cicatrizes de uma descolonização tardia, e cuja democratização não coaduna com a superação da desigualdade social, econômica e racial.

Na sociedade brasileira atual, Direito Penal e Mídia possuem uma relação muito próxima. As pessoas se interessam por informações que dizem respeito à burla das regras penais. A imprensa, portanto, não tem como ficar alheia ao interesse causado pelo crime, mesmo porque a imprensa é o “olho da sociedade”. Jornais impressos, revistas, o noticiário televisivo e radiofônico dedicam significativo espaço para este tipo de notícia. Acontece que, muitas vezes, a divulgação reiterada de crimes e a abordagem sensacionalista dada por alguns veículos de comunicação acabam por potencializar um clima de medo e insegurança. A criminalidade ganha máxima e a sociedade começa a acreditar que está assolada pela delinquência. Cria-se uma falsa realidade que foge aos verdadeiros números da criminalidade (ALMEIDA, Judson Pereira, 2007, p. 33).

¹ Bacharela em Direito pela Universidade Federal da Bahia. Advogada

Ocorre que, em tempos de propagação de notícias em ampla escala, sobretudo com a comunicação virtual, mascaradas pelo propósito de publicizar atos da vida pública para a segurança coletiva, seja divulgando fotos ou vídeos, ou meras informações sem provas suficientes, acabam por expor momentos de humilhação e invasão de privacidade, maculando a imagem daquele que foi exposto.

Consolidou-se, assim, seletivamente, uma identificação da criminalidade com “a” criminalidade dos baixos estratos sociais (dominantemente recortada pela seletividade de gênero e racial), a qual, amalgamada com a ideologia da periculosidade e dos sujeitos e/ou grupos perigosos, acabou por estabelecer uma identificação com “a” violência, fazendo este conceito se subsumir integralmente naquele. Daí resulta que a consolidação dos estereótipos de criminalidade e de criminosos (perigosos) e do medo e do sentimento de insegurança contra estes, numa sociedade cada vez mais comandada pelo poder do espetáculo midiático, foi um passo. Aliás, torna-se sempre um passo para a construção de novas emergências. (ANDRADE, Vera Regina, 2013, p. 340)

Constrói-se, dessa forma, uma animalização de pessoas, compondo um verdadeiro circo de horrores para distrair e alimentar o ódio do telespectador- nesse Processo Penal do Espetáculo (CASARA, Rubens, 2017). Afinal, o inimigo em comum une grupos de pessoas, gera um sentimento em comum que se alimenta de mais ódio, gerando ciclo infinito que se perpetua pela história (MBEMBE, Achille, 2016). É notória, portanto, a existência de um sistema penal punitivo que mantém o condenado, a sociedade e o sistema num emaranhado de violência; pautado em argumentos similares de constatação da ineficácia da conjuntura penal seletiva e maniqueísta.

II. O PROCESSO PENAL DEMOCRÁTICO

O sistema penal condizente com um Estado Democrático de Direito, coaduna com a concretização de direitos e garantias às partes que compõem um processo penal. Isso se faz através da efetivação de princípios basilares para conduzir um processo adequado, com limitação do poder de punir estatal e vedação à violação de provas ilícitas, sem direito a manifestação e ampla defesa, sem ciência prévia do acusado, por exemplo.

Mesmo porque o Direito Penal se faz funcional justamente para garantir que a punição ocorra da mais justa quanto possível, mas também efetiva para aqueles cujo bem jurídico foi violado por quem cometeu o ato delitivo, contudo, afastando o teor vingativo, visto que, não fosse assim, um crime seria combatido com outro.

Nessa senda, o que o Processo Penal Democrático anseia é o tratamento sem violação de direitos fundamentais do acusado, do acusador, e de todos os ritos processuais necessários, evitando arbitrariedades e ilegalidades no curso do processo e também no cumprimento de sentença, caso esse venha a se fazer necessário; e o faz através de seus princípios materiais e processuais outrora citados.

III. LIBERDADE DE EXPRESSÃO MIDIÁTICA E SEUS IMPACTOS

A liberdade de imprensa, vertente clássica do direito de informar (CONCEIÇÃO, Lourivaldo, 2016, p. 412) é direito constitucionalmente previsto no artigo 220 da Carta Magna de 1988 do Estado Democrático de Direito brasileiro e, quase 30 anos antes dessa constitucionalização, sua reserva de direitos já era prevista pela Lei 2.083/53. Desde a Revolução Francesa no século XVIII, a luta pela liberdade de expressão foi pauta relevante para uma democracia com justiça e participação popular. Portanto, os meios de veiculação de notícias gozam do direito de difundir material relevante para a sociedade sem abusos de limitação do Estado, mostrando-se, assim, faceta indispensável de poder popular diante do Estado.

Talvez seja essa uma das mais importantes funções das liberdades de expressão e de imprensa na democracia. O livre tráfego de ideias e a diversidade de opiniões são elementos essenciais para o bom funcionamento de um sistema democrático e para a existência de uma sociedade aberta. [...] Não se pode afirmar, porém, que o constituinte de 1988 tenha concebido a liberdade de imprensa como direito absoluto, insuscetível de restrição, seja pelo Judiciário, seja pelo Legislativo. O texto constitucional não admite uma interpretação tão simplista ou simplória. É certo que ao constituinte não passou despercebido que a liberdade de informação haveria de se exercer de modo compatível com o direito à imagem, à honra e à vida privada (CF, art. 5º, X), deixando entrever a legitimidade de intervenção legislativa com o propósito de compatibilizar os valores constitucionais eventualmente em conflito (MENDES, 2011)

Noutra perspectiva, contudo, não raro esse direito de publicizar incorre na violação de direito de outros sujeitos. Historicamente, técnicas tidas como de tortura são, há tempos, utilizadas, sendo que essas muitas vezes se consolidaram por expor e constranger o acusado. Na Idade Média, quem fosse acusado de roubo era aprisionado em uma pequena gaiola de ferro suspensa e posta em praça pública até chegada a sua morte, fosse por fome, doenças ou ataques. De qualquer modo, além da tortura física, tem-se também a característica da exposição e ridicularização de tal pessoa; hoje mais difundida e dissimulada.

Assim, a sociedade das mídias e do compartilhamento em tempo real não ficaria imune à espetacularização da vida alheia. Não obstante a questão estrutural (ou desestrutural), diante de violações constantes a direitos fundamentais, inclusive dignidade e integridade física; há de se pontuar o problema conjuntural da sociedade que estigmatiza o indivíduo. Proliferando, conseqüentemente, um ciclo de sofrimentos pautado em ideais deturpados de vingança, retroalimentando-se por uma espécie de entretenimento proporcionado pelos sensacionalismos midiáticos.

“O Direito Penal, mesmo nos países onde predomina a despenalização, é inevitavelmente estigmatizante- não importa que o crime praticado seja de pequena potencialidade ofensiva, o tratamento que o infrator recebe é o de criminoso. [...] A sociedade não é menos implacável do que a Administração Pública; aos seus olhos, aquele que já foi preso, nem que tenha sido por alguns minutos e até injustamente, será estigmatizado e sobre si sempre pairarão desconfian-

ças.” (GAZOTO, Luís Wanderley, p. 489)

Isso porque, mesmo para os que respondem em liberdade, sua exposição midiática como criminoso já é uma antecipação da pena, consoante a noção de criminalização primária e secundária abordadas por Zaffaroni. Sendo esta, por sua vez, incontestável violação aos Princípios do Devido Processo Legal e da Presunção de Inocência. A estratégia meio de veiculação de informação se justifica pelo seu fim precípuo: a segurança pública.

“A ação punitiva exercida sobre pessoas concretas, que acontece quando as agências do Estado detectam pessoas que se supõe tenham praticado certo ato criminalizável primariamente e as submetem ao processo de criminalização, correspondidos, como já mencionado, pela investigação, prisão, judicialização, condenação e encarceramento”. (ZAFFARONI, BATISTA E ALAGIA, 2003, p. 43).

Vivenciamos, destarte, a manifestação inescrupulosa do fenômeno de espetacularização do Processo Penal, fator esse que se potencializa quando conjugado com um Direito Penal de emergência, de *prima ratio* e que, portanto, enaltece a figura do punitivismo e do eficientismo, legitimados por um público telespectador que anseia por punições. É criado um verdadeiro fascínio pela punição. O acusado, nesse teatro, é mero objeto de entretenimento, coisificado, desconsiderada sua humanidade, importando, então, a busca pelo sensacional e pelo espetacular. “Assim, a massa não conhece nem a dúvida nem a incerteza. Ela vai logo ao extremo: a suspeita manifestada logo se transforma em certeza irrefutável.” (FREUD, Sigmund, p. 19)

Realmente, a informação como forma de obtenção de conhecimento, como meio de poder controlar os fatos que ocorrem no meio ambiente em que o indivíduo atua é hoje mais que um direito: é uma necessidade irrenunciável, sem a qual não há participação, não há liberdade, desmorona-se a igualdade, obstaculiza-se a existência da democracia e afasta-se a possibilidade de alcançar-se uma sociedade justa e participativa, por propiciar uma indesejável e mesmo inaceitável exclusão – consistente em excluir a possibilidade de o indivíduo interagir socialmente, de forma tal que lhe seja permitido entender a própria sistemática de funcionamento social e de agir criticamente – afrontando a Constituição Brasileira em seus próprios fundamentos. (DE SOUZA, Sérgio Ricardo, 2008, p. 103).

É claro, todavia, que há o outro lado da moeda: uma conjuntura social que deposita suas esperanças de resolução de conflitos e do fim da desigualdade social e da violência em um eficientismo penal e um senso comum, alimentado pela sensação de impunidade, de fraqueza e incapacidade de repressão do Estado; justificando o sofrimento humano como castigo justo, reforçando uma função meramente neutralizadora da estrutura penal. Toda essa arquitetura institucional da segurança pública vem se construindo no Brasil desde a chegada da família imperial portuguesa e da instituição da polícia militar, desde esse momento ocupada em perseguir minorias específicas, ora pois, conjuntura que não se modificou muito nos tempos atuais, nos quais permanece enraizado o pensamento colonizador.

“Assim são as sutilezas, violências, persistências do que chamamos etnocentrismo. Os exemplos se multiplicam nos nossos cotidianos. A “indústria cultural” – TVb, jornais, revistas, publicidade, certo tipo de cinema, rádio – está freqüentemente fornecendo exemplos de etnocentrismo. No universo da indústria cultural é criado sistematicamente um enorme conjunto de “outros” que servem para reafirmar, por oposição, uma série de valores de um grupo dominante que se auto-promove a modelo de humanidade. Nossas próprias atitudes frente a outros grupos sociais com os quais convivemos nas grandes cidades são, muitas vezes, repletas de resquícios de atitudes etnocêntricas.” (ROCHA, Everardo P. Guimarães, p. 10)

A palavra de ordem passa a ser, neste contexto, o agravamento das medidas extremas, supostamente proporcionais ao aumento da violência, exigido por uma emergência e a necessidade de se punir. Essa aclamação pela punição se materializa através da racionalidade penal moderna, que propõe a resolução do problema da criminalidade através da intensificação ao seu combate. Os discursos criminalizadores, por sua vez, criam base social através da mídia, que por meio da exposição de um sentimento de insegurança propõe a expansão punitiva. E, uma vez legitimados os referidos discursos, dá-se aval para a licença de matar do Estado em prol de um falso aparente bem comum: a busca paradoxal pela paz e pela justiça.

Ademais, faz-se prudente analisar que, muito embora hajam previsões legais que limitam a liberdade de expressão em razão dos direitos de outrem, essa análise é aplicada em uma ótica menos ampla do que deveria, por resguardar direitos como a privacidade, não restringindo a postura ofensiva com a qual de manifesta os meios de comunicação referendados.

Nessa consonância, segue também o julgado: “(...) Liberdade de expressão. Garantia constitucional que não se tem como absoluta. Limites morais e jurídicos. O direito à livre expressão não pode abrigar, em sua abrangência, manifestações de conteúdo imoral que implicam ilicitude penal. 14. As liberdades públicas não são incondicionais, por isso devem ser exercidas de maneira harmônica, observados os limites definidos na própria Constituição Federal (CF, artigo 5o, § 2o, primeira parte). O preceito fundamental de liberdade de expressão não consagra o ‘direito à incitação ao racismo’, dado que um direito individual não pode constituir-se em salvaguarda de condutas ilícitas, como sucede com os delitos contra a honra. Prevalência dos princípios da dignidade da pessoa humana e da igualdade jurídica.” STF, Pleno, HC 82.424/RS, Relator para o Acórdão Ministro Maurício Corrêa, DJ de 19.03.2004.

De certo, a par dos benefícios dos meios de comunicação em massa, observa-se também uma dissipação, por vezes pouco zelosa, do acompanhamento de investigações e processos criminais, com cunho seletivo no que tange à exposição de determinados grupos sociais; bem como equívocos quanto às opiniões emitidas, levando em consideração o papel de influência social que os meios midiáticos dispõem à sociedade.

Por esses motivos, contrastam-se a liberdade de imprensa e o processo penal, mesmo porque aquele sequer deveria emitir influência acerca desse. Assim, é preciso repensar como se efetiva a concretização de garantias democráticas no processo penal sem rever todas as esferas que retroalimentam a logística inqui-

sitória, não mais compatível com o Estado Democrático de Direito e com as garantias e liberdades individuais.

IV. REFLEXÕES FINAIS

Logo, ainda que as diversas formas de divulgação de informação em tempo real possam ser úteis para organização e segurança pública. Tais instrumentos, no entanto, devem ser utilizados com cautela, zelando não só pela sociedade civil a que se busca informar e proteger, mas também por aquele que será prejudicado pela exposição. Para tanto, deve se ter em vista que a circulação informatizada e televisiva de conteúdos se propaga rapidamente, atingem o público alvo momentaneamente, mas permanecem na memória e na estigmatização de quem é diretamente afetado, seja o eventual acusado, seja seu entorno afetivo.

Destarte, há uma conturbada atividade ao se concretizar direitos fundamentais no contexto democrático do Estado de Direito, isso porque, se de um lado é crucial afastar obscuridades típicas de Estados repressivos, e a mídia é, desta maneira, um instrumento fundamental para o equilíbrio de informações, por outro lado, também pode ser uma arma letal quando ilimitadas são as restrições de publicidade de informação.

Em resumo, o Estado democrático e popular não é o nosso inimigo; o processo penal é um instrumento necessário à aplicação da Direito Penal (que se deseja democrático). A toda evidência, a aplicação do Direito Material deve tutelar valores outros diversos, frutos do processo civilizatório. Não é valioso punir a qualquer preço. (JARDIM, Afranio Silva, 2014)

O que se vislumbra em um processo penal democrático, enfim, é garantir para todos os seus envolvidos, independente da fase processual, os direitos fundamentais mínimos existentes para uma condição digna da vida em sociedade, a qual inclui a honra e a reputação dos sujeitos. E, para isso, é preciso que hajam limites éticos e morais da exposição midiática, cuja influência deverá ser mínima, em razão da justiça imparcial, de modo a não ferir, sob quaisquer alegações de defesa de outros direitos, as garantias fundamentais previstas no ordenamento jurídico.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALBUQUERQUE, F. S. ; GOMES, M. A. M. **Mídia, medo e expansão punitiva**. In: Ana Cláudia Bastos de Pinho, Marcus Alan de Melo Gomes, Jean François Yves Deluchey. (Org.). *Tensões contemporâneas da repressão criminal*. Editora Porto Alegre: Livraria do Advogado; 1ª edição, 2014.

ALMEIDA, Judson Pereira de. **Os meios de comunicação de massa e o Direito Penal: a influência da divulgação de notícias no ordenamento jurídico penal e no devido processo legal**. Monografia Científica em Direito na FAINOR-Faculdade Independente do Nordeste, Vitória da Conquista-BA, 2007.

ANDRADE, Vera Regina. **A Mudança do Paradigma Repressivo em Segurança Pública: reflexões criminológicas críticas em torno da proposta da 1º Conferência Nacional Brasileira de**

- Segurança Pública.** Revista Seqüência (Florianópolis), n. 67, p. 335-356, dez. 2013.
- CASARA, Rubens. **Estado Pós- Democrático: Neo-obscurantismo e gestão dos indesejáveis.** Editora Brasileira, 1ª Edição, 2017, Rio de Janeiro.
- CONCEIÇÃO, Lourivaldo. **Curso de Direitos Fundamentais.** Editora da Universidade Estadual da Paraíba, 21ª Edição, 2016.
- _____. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988.** Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 02 de jun. 2019.
- Convenção Americana Sobre Direitos Humanos.** Conferência Especializada Interamericana sobre Direitos Humanos, San José, Costa Rica, em 22 de nov. de 1969). Disponível em: https://www.cidh.oas.org/basicos/portugues/c.convencao_americana.htm. Acesso em: 15 de jun. de 2019.
- FREUD, Sigmund. **Psicologia das Massas e Análise do Eu e Outros Textos.** In: Obras Completas Vol. 15. Editora Cia das Letras; 1ª edição, 2011. Disponível em: <https://psiligapsicanalise.files.wordpress.com/2014/09/freud-sigmund-obras-completas-cia-das-letras-vol-15-1920-1923.pdf>. Acessado em 13 de julho de 2019.
- GAZOTO, Luís Wanderley. **O sistema punitivo brasileiro e os anseios populares.** In: Revista do Tribunal Regional Federal 1ª Região, Brasília, v. 9, n. 1, jan/mar. 1997
- JARDIM, Afranio Silva. **Garantismo no Processo Penal: breve e parcial reflexão.** Revista Eletrônica de Direito Processual – REDP. Volume XIV. ISSN 1982-7636. Periódico da Pós-Graduação Stricto Sensu em Direito Processual da UERJ. Disponível em: <http://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/redp/index>. Acessado em 13 de julho de 2019.
- _____. **Lei da Liberdade de Imprensa.** Lei nº 2.083, de 12 de novembro de 1953. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L2083.htm. Acessado em 13 de julho de 2019.
- MBEMBE, Achille. **Necropolítica: biopoder, soberania, estado de exceção, política da morte.** In: Revista Arte & Ensaios, n.32, 2016.
- MENDES, Gilmar Ferreira. **O significado da liberdade de imprensa no Estado Democrático de Direito e seu desenvolvimento jurisprudencial pelas Cortes Constitucionais: breves considerações.** Observatório da Jurisdição Constitucional Ano 4, Brasília: IDP, 2010/2011.
- NORBERTO, Bobbio. **O futuro da Democracia: Uma defesa das regras do jogo.** 6ª Edição, Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1997
- ROCHA, Everardo P. Guimarães. **O que é etnocentrismo?.** Editora Brasiliense, 5ª edição, 1988.
- SOUZA, Sérgio Ricardo de. **Controle Judicial dos Limites Constitucionais à Liberdade de Imprensa.** Lumen Juris, Rio de Janeiro 2008.
- ZAFFARONI, Eugenio Raúl; BATISTA, Nilo; ALAGIA, Alejandro; SLOKAR, Alejandro. **Direito Penal Brasileiro: primeiro volume – Teoria Geral do Direito Penal.** Editora Revan, São Paulo, 2003.
- ZAVERUCHA, Jorge. **Polícia, Democracia, Estado de Direito e Direitos Humanos.** In: Revista brasileira de Direito Constitucional, n. 3, 2004.

A SOBREVITIMIZAÇÃO FEMININA NO CRIME DE ESTUPRO: VIOLÊNCIA INSTITUCIONAL NA MARCHA DE CONSTRUÇÃO DA VERDADE NO PROCESSO PENAL

*THE FEMALE OVER-VICTIMIZATION IN THE RAPE
CRIME: INSTITUTIONAL VIOLENCE IN THE MARCH OF
CONSTRUCTION OF THE TRUTH IN THE CRIMINAL PROCESS*

FRANCINE TEODORO MATOS¹

1. INTRODUÇÃO

A incorporação da dominação masculina na sociedade reflete a ideia de subordinação da mulher e de poder do homem, sendo esta revelada como fruto de um processo histórico de construção cultural e religiosa. Este poder concentra-se em instituições que operam a valorização do homem sobre a mulher há muitos anos e, a despeito dos consideráveis avanços culturais e legislativos, ainda nota-se sua presença com clareza em relações sociais, de trabalho, afetivas e muitas outras.

A mulher continua sendo descrita como objeto de serviço e satisfação masculina ou intelectualmente menos competente que os homens e com mais limitações sociais, adequando a sua existência às condições extenuantes que o poder masculino as impõe. Por outro lado, os homens, por compreenderem-se nesse posto de domínio, geram estratégias para manutenção desse poderio de diversas maneiras, sendo a violência sexual uma das mais extremas. Esse fenômeno de manifestação de poder dá ao estupro a característica de violência de gênero, uma vez que tem como prerrogativa a subserviência imaginada da mulher, e contribui para difusão da criminalidade decorrente da violência sexual.

A criminologia tem voltado atenções ao fenômeno da culpabilização da vítima nos crimes de estupro. A identificação da vítima de violência sexual com atributos negativos, do tipo: mulher sem honra, prostituta, leviana, dentre outras são a face mais exposta da influência do poder masculino para a depreciação fe-

1 Bacharela em Direito pela Universidade Ruy Barbosa. Pós-graduanda em Ciências Criminais pela Faculdade Baiana de Direito. E-mail: francineteodoro.adv@gmail.com

minina. Tais rotulações têm impactado, inclusive, o âmbito jurisdicional oportunizando a sobrevitimização feminina, justificando indiretamente uma violência institucional na necessidade de construção da verdade no processo.

Fazendo uso do método dedutivo propõe-se a reflexão sobre a revitimização pelo viés da criminologia sexual. Nesse sentido, entende-se que a ordem masculina, ainda dominante, tem sido compreendida simbolicamente como legítima pelas instituições da justiça, ocasionando, em diversas instâncias, a desigualdade de gênero e, de certo modo, legitimando o abuso desse poder, uma vez que é visível o crescimento de várias formas de violência e vitimização.

Em virtude da complexidade do tema e de sua relevância, para melhor abordagem das questões que o permeiam, este artigo está dividido em duas seções. A primeira seção abordará a influência dos padrões culturais no ato de violência sexual; enfatizando a problemática da vítima na teoria do delito penal e os processos de vitimização estudados pela criminologia. Na segunda seção será analisada a influência do sexismo na construção da verdade no processo penal o estabelecendo como marco para vitimização secundária.

A partir dos apontamentos presentes nas seções, constata-se a influência dos padrões sociais de discriminação de gênero no processo de construção da verdade e suas consequências para com as mulheres vítima do crime de estupro.

2. A INFLUÊNCIA DE PADRÕES CULTURAIS NO ATO DE VIOLÊNCIA SEXUAL: O ESTUPRO COMO VIOLÊNCIA DE GÊNERO

As assimetrias de gênero que se revelam nas relações sociais atuais simbolicamente; seja por restrições que são impostas a figura da mulher, por ausência de representatividade ou, até mesmo; por “manifestações culturais” machistas diversas que ridicularizam, objetificam ou retratam de maneira inferior a mulher, servem de alicerce a violência sexual.

Não só o fato criminoso em si, mas também o tipo penal que o descreve sofrem reflexo da cultura de dominação do homem sobre a mulher. Para confirmar essa premissa, o histórico legislativo do crime de estupro, desde o Código do Império até o Código de 1940, observando suas atualizações, mostra ser evidente a carga discriminatória com relação à mulher implantada nas plataformas estruturais da sociedade.

O termo “mulher honesta” esteve presente no tipo penal do estupro desde o Código do Império (1830) até o Código Penal de 1890, deixando a honestidade da mulher de ser citada apenas no Código de 1940. No mesmo sentido se pode observar que as sanções estipuladas para o crime praticado contra a mulher pública ou prostituta era inferior àquele da mulher dita honesta. Depreende-se,

portanto, que se levava em consideração a moral sexual da vítima que era balizada nos estereótipos sociais. Essa construção de estereótipo moral era tão forte que servia como parâmetro para a sanção estipulada para o crime.

O advento da lei 12.015/09 passou a tutelar a dignidade sexual da mulher e não mais os costumes sociais. No entanto, tais alterações não foram suficientes para proporcionar a redução nas estatísticas referentes à violência contra mulher no Brasil, uma vez que a cultura machista ainda permanece arraigada, em descompasso com as alterações propostas pelo dispositivo. Amparando essa ideia, Safiotti coloca que:

Estruturas de dominação não se transformam meramente através da legislação. Esta é importante, na medida em que permite a qualquer cidadão prejudicado pelas práticas discriminatórias recorrer à justiça. Todavia, enquanto perdurarem discriminações legitimadas pela ideologia dominante, especialmente contra a mulher, os próprios agentes da justiça tenderão a interpretar as ocorrências que devem julgar a luz do sistema de ideias justificador do presente estado de coisas. (SAFFIOTTI, 1987, p. 15-16)

É preciso mais do que alterações legislativas, é necessário que ocorra uma efetiva mudança cultural. Os pilares do poder machista só poderão ser afetados quando ações como as operacionalizadas pelas mudanças na Lei sejam acompanhadas de outras, capazes de educar para a igualdade entre homens e mulheres e se instaurar uma nova ordem social. Segundo Safiotti quando o homem desfruta de uma posição de poder nas relações sociais, este age, de acordo com a ideologia dominante, ocupando a função de caçador que deve perseguir a sua presa, objeto de seu desejo. Não importando se o objeto de seu desejo (mulher) não é naquela relação sujeito desejante; basta que esta consinta em ser usada por ele como objeto. (SAFIOTTI, 1987, p.18). Esse é, portanto, o princípio tácito da violência sexual, que objetifica a mulher; contra o qual se deve lutar.

A mulher é posta como ser que não tem direito de desejar, que precisa ter seus impulsos sexuais controlados por terceiros. Essa dinâmica se nota tanto no âmbito sexual quanto em todas as outras esferas nas quais as mulheres estão inseridas. Pierre Bourdieu, em sua obra, *A dominação masculina* aborda a questão e diz:

[...] o próprio ato sexual é pensado em função do princípio do primado da masculinidade. A oposição entre os sexos se inscreve na série de oposições mítico-rituais: alto/baixo, em cima/ embaixo, seco/úmido, quente/frio [...] Resulta daí que a posição considerada normal é, logicamente, aquela em que o homem “fica por cima” [...] a posição amorosa na qual a mulher se põe por sobre o homem é também explicitamente condenada em inúmeras civilizações. (BOURDIEU, 2012, p.27)

A relação sexual para os homens consiste em uma expressão de dominação através da “posse” da mulher. Tal perspectiva é construída sobre um primado do homem como ser ativo e da mulher como passivo, daí a distância entre as expectativas e a significação do ato sexual para estes; as mulheres foram conduzidas a perceber o sexo como um momento carregado de afetividade e, que não se resu-

me à cópula em si. Já para o homem o ato sexual é caracterizado pela conquista, vitória e dominação. (BOURDIEU, 2012, p.30)

O caso mais extremo da manifestação do poder do homem para com a mulher, ainda de acordo com Safiotti, se dá com a caracterização do crime de estupro. A violência masculina diante da resistência feminina se dá não somente pela impossibilidade de satisfação do desejo, mas engloba uma dimensão de desafio à estrutura de poder, um vez que diante da negativa feminina, o macho se vê contrariado e desafiado em sua posição de dominante, nascendo desse conflito uma punção de violência para manutenção da estrutura hierárquica então desafiada. Assim, submeter aquela que antes era tida como sujeito não desejante a condição de sujeito sem escolha é a expressão mais pura do “poder do macho”, consolidação da supremacia do homem. (SAFIOTTI, 1987)

Nesse sentido, é possível compreender que o crime de estupro tem origem considerável no fato de a ordem cultural predominante ser masculina e conseqüentemente pregar a submissão da mulher, o que o transforma em violência de gênero essencialmente.

3 A PROBLEMÁTICA DA VÍTIMA NA TEORIA DO DELITO: OS PROCESSOS DE VITIMIZAÇÃO E A VITIMODOGMÁTICA COMO “ANTECEDENTES DA VÍTIMA”

A vitimologia, dentre outros temas, estuda o fenômeno denominado processo de vitimização que, de acordo com Monica Silva (2017, p. 261), teoricamente pode ser decorrente de episódios alheios à intervenção humana ou decorrente direta da prática de um delito. É o caso da vitimização objeto desse estudo.

A vitimização, como preceitua Lélío Braga Calhau (2011, p. 41), pode ser classificada como primária, secundária ou terciária. Ao se tratar de vitimização primária compreende-se os prejuízos derivados do crime praticado, ou seja, reflexos do delito perpetrado contra a vítima que podem ser psicológicos, físicos, materiais ou morais. Já a sobrevivitização ou vitimização secundária é decorrente da violência institucional que a vítima vem a sofrer no sistema de justiça criminal (Poder Judiciário, Ministério Público, Delegacias de policia) ou da violência advinda das esferas de controle informais - sociedade em geral).

Em alguns casos a vítima é tratada como acusada, seja na fase investigativa ou judicial, estas tem sua palavra confrontada e muitas vezes levada a descrédito. (NASCIMENTO, 2003, p. 166) Tal fator, serve como exemplo de vitimização secundária institucional. Por fim, a vitimização terciária que é compreendida como desamparo da vítima, a ausência de receptividade com relação a esta e sua estigmatização frente à sociedade. (OLIVEIRA, 1999, p. 114). Monica Silva

destaca que o processo de vitimização secundária e terciária nos crimes sexuais (em especial o crime de estupro) são determinantes para ensejar culpabilização da vítima:

A sociedade e o Estado, no processo de apreensão simbólica da vítima de delitos sexuais, criam a simbologia da vítima ideal, e, por conseguinte, tendem a rejeitar, até mesmo de forma inconsciente, a subsunção de pessoas valoradas negativas. (SILVA, 2017, p. 262)

Ao se traçar perfil de “vítima sexual” perfeita, seja na sociedade ou nas esferas de controle social formal, corre-se o iminente risco de seletividade das vítimas. Aquelas que adequam-se ao padrão estipulado serão acolhidas pelo sistema, enquanto as que não se moldam a este perfil serão, até mesmo, involuntariamente desamparadas, gerando o confronto entre o que a vítima espera receber e a realidade oferecidas pelas instituições.

A vitimologia é marcada como ciência que estabelece estudos mais aprofundados sobre a vítima na teoria do delito. Segundo Monica Silva (2017, p 262) o desenvolvimento desses estudos enseja o surgimento na doutrina da vitimodogmática, esta apresenta como objeto a valoração de incidência do comportamento da vítima na realização do tipo penal. Ao citar Silva Sánchez aponta a autora duas correntes dentro da vitimodogmática:

Para a primeira corrente (majoritária), o comportamento da vítima deve ser considerado apenas quando da determinação judicial da pena, podendo, no máximo atenuá-la. Por outro lado, a segunda corrente considera a possibilidade de o comportamento da vítima ser capaz de excluir a responsabilidade do autor, com base no princípio da autorresponsabilidade. (SILVA apud SILVA SÀNCHEZ, 2017, p. 262)

No sistema jurídico brasileiro há previsão de utilização do comportamento da vítima para fins de aplicação da pena, não sendo aderida legalmente a ideia de autorresponsabilidade da vítima. O artigo 59 do Código Penal prevê que o magistrado, quando da aplicação da pena, deverá levar em consideração alguns elementos; dentre estes, está elencado o comportamento da vítima.

Quando se analisa o tipo penal do estupro pode-se observar que para configuração deste é necessário que haja ausência de consentimento por parte da vítima. O não consentimento da vítima deverá ser analisado de maneira menos subjetiva possível; assim o seu comportamento perante a sociedade, sua vida pregressa ou até mesmo o seu silêncio não deverão ser compreendidos como consentimento por parte da mesma, nem tampouco utilizados para redução da pena do agente ou para autorresponsabilização da vítima.

Existe um processo complexo na construção da figura da vítima que vai para além da subsunção, do puro juízo de imputação, se estendendo aos juízos de valor que se encontram enraizados nas ideias previamente concebidas pelo autor da decisão. (SILVA, 2017, p. 265)

A vítima de estupro antes de levar a informação da violência às autoridades competentes questiona-se sobre seu comportamento e analisa internamente se há enquadramento de sua conduta no padrão exigido socialmente.

Os padrões culturais enraizados na sociedade, o processo de objetificação da mulher, as violências simbólicas que se desencadeiam de maneira velada e quase imperceptível, os estereótipos e as rotulações sociais criam a figura do “ser estuprável”, como menciona Monica Silva (2017, p. 270), ou seja, constrói-se a figura imaginária da mulher que pode ser considerada vítima de estupro e ao mesmo tempo daquela que pode ser violentada, mas não considerada vítima ante a sociedade e as instâncias de poder.

São duas faces de uma mesma moeda, o “ser estuprável” pode ser considerado tanto como aquela mulher de conduta exemplar que se molda aos padrões culturais sociais e assim pode ser considerada vítima, quanto aquela que está a margem do que a sociedade exige e apesar de violentada, terá seus “antecedentes” analisados e sopesados ao comportamento do autor no processo de construção da verdade, e não será considerada vítima por não enquadrar-se nas exigências sociais.

4. A CONSTRUÇÃO DA VERDADE NOS CRIMES DE ESTUPRO E O PROCESSO DE VITIMIZAÇÃO SECUNDÁRIA

A verdade real está elencada dentre os princípios norteadores do processo penal e, tem por intuito assegurar que o juiz busque conhecer dos fatos como estes procederam na realidade, não se resignando com a verdade formal constante nos autos; nesse sentido, o Art. 156, do Código de Processo Penal faculta ao Juiz, determinar, mesmo antes de iniciada a ação penal a produção antecipada de provas que sejam consideradas urgentes/tenham relevância e no curso da instrução criminal ou, antes de proferir a sentença, a realização de diligências necessária a dirimir dúvidas sobre questões pertinentes, sendo que o magistrado não precisará ser motivado para assim proceder, podendo agir de ofício.

Como forma de sustentar essa busca pela verdade real argumenta-se que o direito penal tutela interesses de extrema relevância e a gravidade de suas questões são o suficiente para justificar uma busca de maior amplitude e intensidade pela verdade; o citado princípio acabou por disseminar uma cultura inquisitiva que atingiu todos os órgãos do sistema de justiça criminal, fazendo nascer então à crença de que a verdade encontra-se ao alcance do Estado, gerando por tanto, uma necessidade de persecução dessa verdade. (PACELLI, 2015, p. 333)

Nesta perspectiva, elucidada o jurista Aury Lopes Junior, ao tratar a verdade real como um mito que estabelece vinculação direta com a estrutura do sistema inquisitório em que o juiz atuava no processo, inclusive na produção de provas:

O mito da verdade real está intimamente relacionado com a estrutura do sistema inquisitório; com o “interesse público” (cláusula geral que serviu de argumento para as maiores atrocidades); com sistemas políticos autoritários; com a busca de uma “verdade” a qualquer custo (chegando a legitimar a tortura em determinados momentos históricos); e com a figura do juiz-ator (inquisidor). (LOPES JR., 2018, p. 372)

A terminologia “Verdade Real” já foi questionada e até mesmo rejeitada por parte da doutrina que defende a substituição pela expressão “Verdade processual”, alegando que as verdades ali referidas são construídas no curso processual, tratando-se de certeza exclusivamente jurídica, estas por sua vez, podem não corresponder com a realidade dos fatos, que já tendo ocorrido, tornam-se inacessíveis em sua plenitude, trata-se de uma verdade reconstruída que dependerá da contribuição das partes e que, por vezes, sofrerá influência das certezas do Juiz. (PACELLI, 2015, p. 333)

No crime de estupro esse processo de construção da verdade se depara com dificuldades ainda maiores, visto que, como preleciona a socióloga Daniella Georges Coulouris (2014, p.1), a lógica de desenvolvimento desses processos é específica. É difícil comprovar uma denúncia de estupro, pois como a maioria dos crimes sexuais, este normalmente é praticado em lugares isolados, de pouca ou nenhuma movimentação, longe dos olhos das testemunhas. Nesse sentido, as testemunhas processuais não são oculares, não presenciaram o fato, podendo apenas contribuir “oferecendo sua opinião, baseada no que viram ou no que sabem sobre fatos anteriores ou posteriores ao crime em si”.

O exame de corpo de delito, que é comumente utilizado para comprovação da conjunção carnal nesses casos, não pode ser considerado como prova concreta a atestar materialidade do fato típico. O mesmo poderá atestar a ocorrência do ato sexual e, até mesmo, detectar a existência de esperma (a depender do lapso temporal entre a relação sexual e a realização do exame); no entanto, não será possível confirmar se aquela relação se deu forçosamente ou de maneira voluntária, muito menos será possível ao perito afirmar se o acusado foi ou não o homem envolvido na relação sexual. (COULOURIS, 2014, p.1-2)

O processo, portanto, será desenvolvido basicamente a partir de análise das declarações feitas pelas vítimas. A investigação agora já não gira em torno da reconstrução dos fatos, mas da reconstrução comportamental da vítima e do suposto autor. O que formará o convencimento do juiz no processo será o perfil das partes que foi construído no decorrer das investigações

Pode-se observar que no decorrer do processo penal é desempenhado um julgamento moral da vítima e do acusado, que tem sua vida pregressa analisada “em conformidade com os papéis tradicionalmente determinados a homens e mulheres.” Sendo que, na prática, apesar já não constar positivada a expressão “mulher honesta”, das vítimas é exigido o enquadramento nesse perfil, prevale-

cendo o exame da moral sexual da vítima em detrimento de questões mais objetivas e racionais. (PIMENTEL, SCHRITZMEYER e PANDJIARJIAN, 1998, p. 64)

As demandas femininas estão sempre sujeitas ao que Andrade (2005, p. 93) traduz como sendo a “hermenêutica da suspeita”, a mulher é constrangida e humilhada no curso do inquérito policial e do processo penal.

(...) vasculham a moralidade da vítima (para ver se é ou não uma vítima apropriada), sua resistência (para ver se é ou não uma vítima inocente), reticente a condenar somente pelo exclusivo testemunho da mulher (dúvidas acerca da sua credibilidade) (ANDRADE, 2005, p. 93).

A palavra da vítima, apesar de assumir um papel especial nos crimes de estupro, em decorrência das circunstâncias fáticas em que se dá a violência, precisa ancorar-se em outros elementos probatórios e, o que pode-se compreender, observando o discurso dos operadores do direito e a práxis jurídica, é que estes “outros elementos probatórios” são, na verdade, a vida pregressa da própria vítima, sua moral sexual que deve ser ilibada, o recato e pudor de suas ações. (ANDRADE, 2005, p. 92)

O conceito do crime de estupro que atualmente se constrói no imaginário dos agentes jurídicos deve ser tido como a principal referência para que ocorra essa desconfiância com relação à palavra da vítima. Considera-se estupro o ato de violência do autor perpetrado contra a vítima afim de com esta manter conjunção carnal ou praticar ato libidinoso diverso; esse agente, preferencialmente deve ser desconhecido e agressivo e a vítima, “mulher inocente”, aplicando-se aqui o termo inocente não como o desconhecimento do ato sexual, virgindade ou castidade, mas como aquela mulher que não demonstrou indícios de aquiescência e em que não há vestígios de sedução. (COULOURIS, 2014, p. 6)

A mulher deve deixar evidente em suas palavras ou ações a ausência de consentimento. De acordo com Daniella Coulouris (2014, p.6) o não consentimento deve mostrar-se com clareza, pois somente as marcas de violência externa servirão para comprovar, o não consentimento da mulher. “Se não há grave violência, não há estupro: ou a mulher é vítima e seu comportamento e/ou as marcas de agressão comprovam sua passividade, ou a mulher é cúmplice de sua própria denúncia.”

6. CONSIDERAÇÕES FINAIS

A influência da cultura e dos padrões sociais estabelecidos, assim como os valores relacionados à moral de uma determinada comunidade refletem e indicam o ato de violência do agente criminoso, o tratamento das instâncias de controle e conseqüentemente exercem influência sobre o olhar da própria vítima para consigo mesmo e para com a violência que lhe foi perpetrada.

Nota-se que houve um avanço social aparentemente considerável, que inclusive motivou mudanças legislativas no crime de estupro, assim como naqueles que envolvem algum tipo de violência sexual contra mulher, no entanto, esta não foi suficiente, frente ao fato de que a sociedade ainda possui estruturas de dominação que se encontram veladas e se manifestam por meio de simbolismos, gerando a desigualdade de gênero e a consequente violação dos direitos femininos.

Nesse contexto, as alterações legislativas apesar de positivas, não são suficientes a transformar essas estruturas de dominação. E enquanto houver presente na sociedade resquícios de uma cultura machista, predominantemente masculina, que propicia a segregação e a hierarquização de gênero, os próprios operadores do direito, assim como a sociedade em geral, tenderão a interpretar e julgar o crime de estupro sob influência desta cultura, que não só discrimina a mulher, mas também contribui para a concepção do crime de estupro como uma violência de gênero; na qual o ato sexual é interpretado como uma demonstração de poder do homem para com a mulher.

Essa estrutura cultural de segregação, além de oportunizar o crescimento da violência sexual, atua de maneira a selecionar as vítimas, considerando-as sob o prisma da adequação moral aos padrões socialmente estabelecidos. A mulher que não se adequa aos estereótipos criados para o “ser feminino”, além de sofrer a violência advinda do crime, será culpabilizada culturalmente e passará pela seletividade do sistema de justiça criminal para com as vítimas de violência sexual e será, mais uma vez vitimizada, agora pelo sistema que deveria lhe prestar acolhimento o que, do ponto de vista vitimológico gera o fenômeno da vitimização secundária; violência perpetrada pelas instituições que deveriam atuar de modo a prestar aparato à mulher vulnerada.

Desta maneira pode-se depreender que o sistema não fornece proteção a mulher vítima de estupro, ao contrário, este atua de maneira a fomentar a violência institucionalizada por meio da revitimização.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BRASIL. **Decreto n. 847, de 11 de outubro de 1890**. Disponível em: <<http://legis.senado.gov.br/legislacao/ListaTextoSigen.action?norma=389719&cid=14444059&cidBinario=15629240&mime=application/rtf>>. Acesso em: 22 Set. 2018.

_____. **Decreto-Lei n. 2.848, de 7 de dezembro de 1940**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del2848.htm>. Acesso em: 22 Set. 2018.

_____. **Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Decreto-Lei/Del3689.htm>. Acesso em: 25 Nov. 2018

_____. **Lei nº 12.015 de 7 de agosto de 2009**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2007-2010/2009/Lei/L12015.htm>. Acesso em: 22 Set. 2018.

_____. **Lei de 16 de dezembro de 1830**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/lim/LIM-16-12-1830.htm>. Acesso em: 22 Set. 2018.

_____. **Lei nº 6.578, de 11 outubro de 1978.** Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/1970-1979/L6578.htm>. Acesso em: 22 Set. 2018.

_____. **Lei nº 8.069, de 13 DE julho de 1990.** Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8069.htm>. Acesso em: 22 Set. 2018.

_____. **Lei nº 8.072 de 25 de julho de 1990.** Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L8072.htm>. Acesso em: 22 Set. 2018.

_____. **Lei nº 9.281 de 4 junho de 1996.** Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L9281.htm>. Acesso em: 22 Set. 2018.

_____. **Lei nº 12.845, DE 1º de agosto de 2013. Disponível em:** <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/ Ato2011-2014/2013/Lei/L12845.htm>. **Acesso em: 25 Nov. 2018.**

ANDRADE, Vera Regina Pereira de. A soberania patriarcal: O sistema de justiça criminal no tratamento da violência sexual contra a mulher. **Revista Sequência**, Florianópolis/SC nº 50. Vol. 26, p. 71-102, jul.2005.

BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de direito penal**; Parte Geral 1. 20ª ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

BOURDIEU, Pierre. **A dominação masculina**/Pierre Bourdieu; tradução Maria helena Kühner. 11ª ed. Rio de janeiro: Bertand Brasil, 2012.

CALHAU, Lélío Braga. **Resumo de Criminologia**. Ed. 6º. Niterói/RJ: Impetus, 2011.

CERQUEIRA, Daniel; COELHO, Danilo de Santa Cruz. **Estupros no Brasil: uma radiografia segundo os dados da Saúde (versão preliminar)**. IPEA, 2014.

COULURIS, Daniella Georges. A construção da verdade nos casos de estupro. **Anais do XVII Encontro Regional de História – O lugar da História**. ANPUH/SPUNICAMP. Campinas, Set. 2004.

LOPES JR., Aury. **Direito processual penal**. Ed. 15º. São Paulo: Saraiva Educação, 2018.

NASCIMENTO, Braga Flavio José. **Curso de Criminologia**. Ed. 1º. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2003.

OLIVEIRA, Ana Sofia Schmidt de. A vítima e o direito penal: uma abordagem do movimento vitimológico e de seu impacto no direito penal. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, 1999.

PACELLI, Eugênio. **Curso de processo penal**. 19ª ed. São Paulo: Editora Atlas, 2015.

PIMENTEL, Sílvia; SCHRITZMEYER, Ana Lucia Pastore; PANDJIARJIAN, Valéria. Estupro: direitos humanos, gênero e justiça. **Revista USP**, São Paulo (37): 58-69, Março/Maio 1998.

SAFFIOTI, Heleieth. **O poder do macho**. São Paulo: Moderna, 1987.

SILVA, Monica Antonieta Magalhães da. A culpabilização das vítimas de crimes sexuais: uma questão cultural. **Revista a Barriguda**, Campina Grade, p. 255 – 274, Maio- Ago. 2017.

O DIREITO FUNDAMENTAL À IMPARCIALIDADE DO JUIZ: UMA ANÁLISE CONTINGENCIAL DA PRODUÇÃO DE PROVAS À LUZ DO PRINCÍPIO DA ISONOMIA DAS PARTES

IANCA PEREIRA BRITO¹

1. INTRODUÇÃO

No século XIII foi instituído o Tribunal da Inquisição ou Santo Ofício, para reprimir as manifestações contrárias aos ditames eclesiásticos. Vigorava nessa época, o Sistema Inquisitivo, onde a sentença não produzia coisa julgada, e o estado de prisão do acusado no transcurso do processo era uma regra geral. Com a Inquisição, são abolidas a acusação e a publicidade, e a figura do juiz-inquisidor, senhor soberano do processo, atua de ofício e em total sigilo, sem nenhuma estrutura dialética, nem contraditória.

No início do século XIX, quando a Revolução Francesa trouxe a nova ordem de valorização do homem e dos movimentos filosóficos, o Sistema Acusatório, vem à tona, e caracteriza-se pela clara separação entre juiz e partes, mantendo-se durante todo o processo para garantia da imparcialidade e efetivação do contraditório.

O sistema misto nasce com o Código Napoleônico de 1808, mantendo uma divisão do processo em duas fases: pré-processual e processual, sendo a primeira de caráter inquisitório e a segunda, acusatório. O processo tem por finalidade buscar a reconstituição de um fato histórico, de modo que a gestão da prova é a espinha dorsal do processo penal, estruturando e fundando o sistema, permitindo a imparcialidade do juiz, sem esquecer-se do contraditório.

A adoção da Carta Magna pelo sistema penal acusatório no processo penal (mesmo que não haja expressa previsão no texto constitucional) é evidenciada quando se consagra o princípio da presunção de inocência, que tem como objetivo respeitar a dignidade e os direitos essenciais da pessoa humana. Entende-se

¹ Bacharelada do 9º semestre de Direito pela Universidade do Estado da Bahia (2019).

por esse sistema, aquele em que o juiz é uma figura passiva, separado das partes, que soluciona o conflito, com base em sua livre convicção.

Do princípio da presunção de inocência, origina-se o *in dubio pro reo*², que busca garantir que, sem provas suficientes, mesmo que o fato seja típico e ilícito, não seja possível a aplicação de pena. O ônus probatório compete ao acusador, e com a insuficiência de provas pode restar claras dúvidas sobre a culpa do acusado. Subsistindo a objeção quanto ao fato, sem demonstração cabal, não há sentença condenatória, afinal, *nulla poena sine culpa*³.

O que denota a importância deste trabalho é a real necessidade da plena realização dos direitos fundamentais promulgados constitucionalmente, sobretudo, aqueles que garantem para a parte acusada, a presunção de inocência, e as que requerem do julgador a equidistância das partes. Para isso, procurar-se-á discorrer acerca dos embates principiológicos, evidenciando sua importância, sempre ligado ao sistema processual penal brasileiro. Em seguida, abordar-se-á o direito fundamental à imparcialidade do juiz nos processos, garantido por meio da Carta Magna, identificando como é a construção do devido processo legal.

2. O DIREITO FUNDAMENTAL À IMPARCIALIDADE DO JUIZ

A Carta Magna de 1998 garante que o processo jurisdicional obtenha um juiz natural, imparcial, comprometido com a máxima eficácia e que verdadeiramente desempenhe sua função de garantidor no processo penal, pois o acesso à jurisdição é premissa material para a efetividade dos direitos fundamentais. O artigo 5º, inciso XXXVIII da CF, reconhece inclusive a instituição do júri, assegurando a plenitude da defesa.

Na obra “*Acesso à Justiça*” (1988) de Mauro Cappelletti, o autor leciona que o sistema deve ser acessível de forma análoga a todos, produzindo resultados individuais e justos:

O enfoque do acesso à justiça tem um número imenso de implicações. Poder-se-ia dizer que ele exige nada menos que o estudo crítico e reforma de todo o aparelho judicial. (CAPPELLETTI, 1988, p. 75)

O juiz deve estar acima de quaisquer espécies de pressão ou manipulação, ou seja, ser neutro, e possuir condições de formar sua livre convicção. A legitimidade democrática dele deriva do próprio caráter da Constituição, legitimando a independência do Poder Judiciário, bem como, sua função de garantidor dos direitos fundamentais.

2 Na dúvida, a favor do réu.

3 Não há pena sem culpa.

O processo penal está intrinsecamente ligado a evolução da pena, o que denota o momento que surge a obra “*Dos delitos e das penas*” (1764) de Cesare Beccaria, no auge da Revolução Francesa e seus ideários iluministas, abordando a nova conjuntura de valorização do homem e dos movimentos filosóficos. O Sistema Acusatório vem à tona nesse período, caracterizando-se pela clara separação entre juiz e partes, mantendo-se durante todo o processo para garantia da imparcialidade e efetivação do contraditório.

Quando o sistema aplicado mantém o juiz afastado da iniciativa probatória (da busca de ofício da prova), fortalece-se a estrutura dialética e, acima de tudo, assegura-se a imparcialidade do julgador. (LOPES JR., 2016, p. 40)

Segundo Aury, o princípio do juiz natural – consagrado pela CF/88 no artigo 5º, inciso LIII, estabelece que “ninguém será processado, nem sentenciado senão pela autoridade competente” – não é um mero atributo, mas sim, um pressuposto para sua própria existência, sendo este um juízo imparcial, não significando que ele está acima das partes, e sim, buscando o interesse das mesmas. A Constituição é clara quando aduz que o juiz não pode manter contato com qualquer parte do processo, seja acusação ou defesa, fora dos autos e da audiência, tudo deve ser público e transparente.

O fato de o juiz ler e estudar os autos da investigação preliminar, na fase do inquérito policial, para decidir se recebe ou não a denúncia, ou para decidir se decreta ou não a prisão preventiva, forma uma imagem dos fatos, mas só posteriormente na fase de instrução e julgamento, é que ele passa a buscar por confirmação dessas hipóteses, o que implica em:

[...] uma ameaça real e grave para a imparcialidade a atuação de ofício do juiz, especialmente em relação à gestão e iniciativa da prova (ativismo probatório do juiz) e à decretação (de ofício) de medidas restritivas de direitos fundamentais (prisões cautelares, busca e apreensão, quebra de sigilo telefônico etc.), tanto na fase pré-processual como na processual. (LOPES JR., 2016, p. 61 e 62)

O processo tem por finalidade buscar a reconstituição de um fato histórico, de modo que a gestão da prova é a espinha dorsal do processo penal, estruturando e fundando o sistema, permitindo a imparcialidade do juiz, sem esquecer-se do contraditório, como assinala Aury:

É necessário que se mantenha a separação para que a estrutura não se rompa e, portanto, é decorrência lógica e inafastável que a iniciativa probatória esteja (sempre) nas mãos das partes. (LOPES JR., 2016, p. 42)

O Código de Processo Penal é claro no sentido de que é suspeito o juiz que tiver aconselhado quaisquer das partes (artigo 254, inciso IV), o que acarreta em nulidade absoluta, não restando outra solução, que não o da anulação penal *ab ovo*⁴. Ou seja, a posição do juiz é o ponto cerne da questão, visto que somente

4 Desde o começo.

haverá condições para a imparcialidade quando existir, além da separação inicial das funções de acusar e julgar, um afastamento do jurista na atividade investigatória. Ademais, é preciso não esquecer que a Constituição de 1988 define um processo penal acusatório, fundando no contraditório, na ampla defesa, na imparcialidade do juiz e nas demais regras do devido processo legal.

3. O PRINCÍPIO DA ISONOMIA DAS PARTES NA CONSTRUÇÃO DO DEVIDO PROCESSO LEGAL

Encontram-se no Direito, normas que devem garantir a isonomia dos indivíduos, e dentre elas, se faz presente a efetividade, que por sua vez, deve representar o dever ser normativo e o ser da realidade social, tornando notória a luta que é travada entre a imposição da norma e o cumprimento por ela almejada. É possível verificar a qualidade de um sistema processual através do seu nível de observância, ou eficácia.

A Carta Magna do Brasil consagra valores que devem ser seguidos para o bom funcionamento do ordenamento jurídico, como por exemplo, o artigo 5º, *caput*, da CF, onde “todos são iguais perante a lei”. Ademais, quando se trata de questão processual, também é assegurada às partes a igualdade de tratamento, prevista no artigo 139, inciso I da Lei nº 13.105 de 16 de março de 2015 (novo Código de Processo Civil).

Há vários princípios que regem a produção de provas, sendo um deles o princípio da presunção da inocência, crucial no sistema penal e assegurado no artigo 5º, inciso LVII, da CF, que prevê que “ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença condenatória”. A Declaração Universal dos Direitos Humanos promulgada pela Organização das Nações Unidas, em 1948, também assegurou tal garantia ao referir que:

Art. XI. Toda pessoa acusada de um ato delituoso tem o direito de ser presumida inocente, até que a culpabilidade tenha sido provada de acordo com a lei, em julgamento público, no qual lhe tenham sido asseguradas todas as garantias necessárias à sua defesa. (DUDH, 1948)

Tal dispositivo assegura ao acusado o direito de ser considerado inocente até que sentença condenatória venha a transitar em julgado. Em caso de dúvida, a decisão deve ser tomada em prol do acusado, visto que para que haja uma decisão justa, deve-se ter um lastro mínimo de certeza. Sendo que o ônus probatório é exclusivamente da acusação (prova do fato típico, incluindo dolo e culpa), restando à defesa a demonstração de excludentes de ilicitude e culpabilidade.

A Constituição da República também em seu artigo 5º, inciso LV, assegura o contraditório e a ampla defesa, com os meios e recursos inerentes a processos judiciais e administrativos, além da garantia à informação, que obriga o julgador

a informar à parte contrária os atos praticados no processo. Contudo, vem ocorrendo sérios embates jurisprudenciais acerca do posicionamento do jurista.

O contraditório deve ser analisado em dois momentos: o primeiro é na parte de conhecimento, onde estar-se-ia de frente com o direito à informação; já o segundo é o quando ocorre a participação das partes, oportunizando a paridade de armas. E para que haja o eficaz controle do contraditório, todas as decisões tomadas pelo juiz, devem ser motivadas.

A motivação serve para o controle da racionalidade da decisão judicial. Não se trata de gastar folhas e folhas para demonstrar erudição jurídica (e jurisprudencial) ou discutir obviedades. O mais importante é explicar o porquê da decisão, o que o levou a tal conclusão sobre a autoria e materialidade. A motivação sobre a matéria fática demonstra o saber que legitima o poder, pois a pena somente pode ser imposta a quem – racionalmente – pode ser considerado autor do fato criminoso imputado. (LOPES JR., 2016, p. 87)

A motivação das decisões judiciais é uma garantia prevista na Constituição Federativa (artigo 93, inciso IX), sendo manobra fundamental para avaliar se há racionalidade na decisão proferida e se foi observada as regras do devido processo legal, cuja eficácia plena legitima o poder do ato decisório.

4. O PRINCÍPIO DO *IN DUBIO PRO REO* E A PRODUÇÃO DE PROVAS DE OFÍCIO

O magistrado imparcial é aquele que busca nas provas a verdade dos fatos, com objetividade e fundamento, mantendo ao longo de todo o processo uma distância equivalente das partes, visto que somente haverá tais condições quando existir, além da separação inicial das funções de acusar e julgar, um afastamento do juiz da atividade investigatória.

Com o advento da Lei nº 11.690/2008, o artigo 156 do Código de Processo Penal Brasileiro, dispõe no inciso I que é facultado ao juiz de ofício “ordenar, mesmo antes de iniciada a ação penal, a produção antecipada de provas consideradas urgentes e relevantes, observando a necessidade, adequação e proporcionalidade da medida”. A nova redação é um claro retrocesso, histórico e democrático, sendo latente sua inconstitucionalidade.

A imparcialidade do juiz fica evidentemente comprometida quando estamos diante de um juiz-instrutor (poderes investigatórios) ou quando lhe atribuímos poderes de gestão/iniciativa probatória. É um contraste que se estabelece entre a posição totalmente ativa e atuante do instrutor, contrastando com a inércia que caracteriza o julgador. Um é sinônimo de atividade, e o outro, de inércia. (LOPES JR., 2016, p. 55)

O sistema da livre convicção afasta o perigo do despotismo judicial, mas é preciso estar claro que livre convencimento difere de capricho de opinião, por isso é necessário que o juiz profira suas decisões motivadamente. Não existe uma

hierarquia de provas no nosso código processual penal, da mesma forma que não pode o julgador decidir de acordo com conhecimentos que possa ter *extra autos*.

Mas tudo isso cai por terra quando se atribuem poderes instrutórios (ou investigatórios) ao juiz, pois a gestão ou iniciativa probatória é característica essencial do princípio inquisitivo, que leva, por consequência, a fundar um sistema inquisitório. A gestão/iniciativa probatória nas mãos do juiz conduz à figura do juiz-ator (e não espectador), núcleo do sistema inquisitório. Logo, destrói-se a estrutura dialética do processo penal, o contraditório, a igualdade de tratamento e oportunidades e, por derradeiro, a imparcialidade – o princípio supremo do processo. (LOPES JR., 2016, p. 54)

Mesmo que se fale que a fase processual não é acusatória, e sim, inquisitória, a gestão da prova está na mão do juiz, como exemplo o *caput* do artigo 156, do CPP: “a prova da alegação incumbirá a quem a fizer, sendo, porém, facultado ao juiz de ofício”. Por outro lado, em redação dada pela Lei nº 11.690/08, o artigo 386, também do CPP, leciona:

Art. 386. O juiz absolverá o réu, mencionando a causa na parte dispositiva, desde que reconheça: VI – existirem circunstâncias que excluam o crime ou isentem o réu de pena (arts. 20, 21, 22, 23, 26 e § 1º do art. 28, todos do Código Penal), ou mesmo se houver fundada dúvida sobre sua existência.

No juízo singular, a condenação do acusado pressupõe a convicção do julgador. Assim, realizadas, pelo advogado de acusação, todas as provas possíveis, se ainda persistir a dúvida no espírito do julgador, não há outra solução senão aplicar o princípio *in dubio pro reo*, porém com a adoção do artigo 156, não é assim que tem ocorrido.

Nesse contexto, o art. 156 do CPP funda um sistema inquisitório, pois representa uma quebra da igualdade, do contraditório, da própria estrutura dialética do processo. Como decorrência, fulminam a principal garantia da jurisdição, que é a imparcialidade do julgador. (LOPES JR., 2016, p. 55)

Entretanto, existem opiniões divergentes, alegando ser perfeitamente aceitável a disposição do artigo 156 do CPP, sobre o fundamento do qual “a prova da alegação incumbirá a quem a fizer”. Justificativa esta, inaceitável frente a todo aparato constitucional demonstrado anteriormente.

Dispensando-se todas as teorias sobre imparcialidade, presunção de inocência, garantismo jurídico, etc., ao réu importa que, quando for levado à presença de um magistrado, terá diante de si alguém que não investiga e não acusa, pois não cabe ao juiz exercer tarefas de outros entes, mesmo que o aconselhamento entre juristas e procuradores esteja se tornando algo “normal” no ordenamento jurídico brasileiro.

5. CONCLUSÃO

Em um processo inquisitorial, a mesma pessoa investiga o ato e indivíduos, apresenta denúncia em juízo e julga os atos cometidos por outrem. A Constitui-

ção Federal de 1988 inaugurou uma sociedade democrática, em que o sistema criminal deixa de ser inquisitório para adentrar num sistema acusatório, onde, não se confundem a função do investigador (Autoridade Policial) com e do autor da ação (Ministério Público) e nem mesmo com a do julgador (Juiz), sendo vedado ao magistrado condutas instrutórias, sob pena de invalidar o contraditório, a ampla defesa, a paridade de armas, a imparcialidade do juiz, e outros princípios constitucionais necessários para se obter a prestação jurisdicional democrática.

Um dos maiores escândalo do judiciário brasileiro eclodiu nos país, após o vazamento de conversas privadas de aplicativos de mensagens pelo jornal *The Intercept Brasil e Folha de São Paulo*, baseado em uma *notitia criminis* inqualificada, ou vulgarmente conhecida como denúncia anônima. Foram levantados debates como: a) pode um juiz aconselhar a parte? b) pode um juiz receber informação no processo e repassá-las informalmente para uma das partes? De acordo com os princípios consagrados pela Carta Magna de 1988, não! O juiz não pode participar de forma ativa no processo em que julga.

Pela Teoria dos frutos da arvore envenenada (*fruits of the poisonous tree*), as provas ilícitas podem ser usadas em benefício dos réus, ou seja, quem eventualmente foi condenado com base ou através delas, pode postular a anulação dos processos, pois estas provas contaminam todo o arcabouço instrutório, e por conseguinte as decisões judiciais. É por este motivo que a separação de funções no processo, garante a lisura do sistema penal investigatório.

O judiciário brasileiro, além ser um dos mais caros, ineficientes e corruptos do mundo pode perder toda sua credibilidade, ficando desmoralizado perante todos, se continuar a permitir que seus membros abusem de suas prerrogativas para perseguir e destruir lideranças políticas, ao arrepio da lei e violando os princípios fundamentais da Constituição e do Estado Democrático de Direito, se demonstrada a quebra da imparcialidade, e conseqüentemente, a falência da justiça.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

A gestão da prova pelo juiz no sistema penal acusatório. Disponível em: < <https://jus.com.br/artigos/67709/a-gestao-da-prova-pelo-juiz-no-sistema-penal-acusatorio>>. Acessado em: 10 de maio de 2019.

BECCARIA, Cesare. **Dos delitos e das penas.** Tradução: Torrieri Guimarães. 7ª ed. São Paulo, Martin Claret Ltda., 2000.

BRASIL. **Código de Processo Civil.** Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm> Acessado em: 11 de maio de 2019.

_____. **Código de Processo Penal.** Decreto Lei nº 3.689, de 03 de outubro de 1941. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689compilado.htm> Acessado em: 07 de maio de 2019.

_____. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil.** Brasília, DF: Senado Federal: Centro Gráfico, 1988.

CAPPELLETTI, Mauro. **Acesso à Justiça**. Tradução: Ellen Gracie Northfleet. Fabris, 1988.

LOPES JR., Aury. **Direito Processual Penal**. 13ª ed. Saraiva, 2016.

Não, não é “normal” a promiscuidade entre juiz e parte. Não é, mesmo! Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2019-jun-20/senso-incomum-nao-normal-promiscuidade-entre-juiz-parte-nao-mesmo>>. Acessado em: 25 de junho de 2019.

ONU. **Declaração Universal dos Direitos Humanos**. 1948. Disponível em: <<https://nacoesunidas.org/wp-content/uploads/2018/10/DUDH.pdf>> Acessado em: 11 de maio de 2019.

O princípio constitucional da presunção de inocência, o in dubio pro reo e a aplicação do in dubio pro societate na decisão de pronúncia. Disponível em: <http://ambitojuridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=13622&revista_caderno=22>. Acessado em: 07 de maio de 2019.

PESSÔA, Eduardo. **Dicionário Latim Forense: terminologias mais usadas no dia a dia forense**. 5ª ed. Rio de Janeiro, Quileditora, 2011.

A DIGNIDADE DA MULHER NO ÂMBITO DA EXECUÇÃO PENAL: ABOLICIONISMOS E RESISTÊNCIAS

KAREN PRISCILA ARAÚJO BARAÚNA¹.

1. INTRODUÇÃO

Ser mulher é fazer parte de uma minoria política. No âmbito social é possível presenciar as diferenciações entre o dominante e a subalternizada. Quando essa relação de poder é observada em um cenário de privação da liberdade, há uma intensificação. É que, todas as desigualdades sociais, e todas as formas de repressão são reforçadas no momento do cárcere. O paradigma patriarcal provoca, lamentavelmente, implicações significativas na esfera social.

É inequívoca a imprescindibilidade em realizar a diferenciação entre o tratamento recebido pelo homem e o sofrido pela mulher. No entanto, não são os marcadores de gênero os únicos relevantes. A lógica de dominação racial é extremamente importante para que haja uma análise minimamente coerente do sentido do sistema criminal.

É importante discutir a legitimidade dos sistemas criminais, e analisar os discursos declarados e não declarados do Direito Penal, questionando as reais finalidades dessa lógica repressiva. Deve-se examinar a (des)necessidade da existência dos sistemas penais na atual conjuntura. Essa análise é de suma importância, visto que essa área do Direito produz impactos diretos no âmbito social.

2. SEGREGAÇÃO DE GÊNERO E EXECUÇÃO PENAL

Na sociedade, algumas características são exaltadas, e quem não se encaixa nesses atributos é considerado fora do padrão. E é nesse sentido que o simples fato de ser mulher acaba por interferir na atuação dessas pessoas na sociedade. As mulheres não ocupam uma posição equivalente a do homem, e isso é uma consequência da construção social que ditou a regra da aristocracia misógina.

A atitude de negligenciar a necessidade de haver uma discussão sobre essa estrutura resulta em uma manutenção dessa lógica machista, e isso preserva a naturalização dessas práticas, intensificando, ainda mais, a dominação e exploração

¹ Graduada em Direito pela Faculdade Baiana de Direito em 2018. Advogada.

já existentes (SAFFIOTI, 2011, p. 56). E esse menosprezo à mulher é reconstruído a cada momento histórico, e vai se adequando ao arcabouço sociocultural. Mas o cenário que não muda é o qual as cidadãs fazem parte de uma camada subalternizada, vista como submissa pelo detentor do poderio, o qual atua com base no machismo e misoginia, características centrais de um sistema patriarcal.

Seguindo a sistemática baseada no androcentrismo, a estrutura do cárcere também foi pensada para o homem, não sendo levadas em consideração as peculiaridades da mulher. Desse modo, há um déficit no que tange ao tratamento das presas no sistema carcerário, porquanto elas vivem em um ambiente que não está preparado para recebê-las. Essa é uma realidade que corrobora com a afirmação de que as mulheres, de modo geral, sofrem uma negligência da sociedade.

O encarceramento da mulher possui uma seletividade ainda mais intensificada quando comparada com o do homem (BOITEUX, 2016, p. 2). Todo o conjunto criminal causa um abalo nessas presas, produzem e reproduzem a discriminação de gênero, com a conseqüente marginalização dessas detentas (REDE, 2016, p. 16).

É cediço que há lutas diversas dentro desse contexto, avaliando, para além da questão de gênero, as questões de classe, raça, orientação sexual, dentre outras peculiaridades, as quais irão verticalizar, cada vez mais, as lutas dessas mulheres. No entanto, o simples fato de ser mulher já coloca a pessoa em uma posição de inferioridade.

3. ENCARCERAMENTO DA MULHER

O fato de ser imputado um crime a alguém já é motivo o suficiente para produzir uma mácula no ser social. E o indivíduo encarcerado, já desinteressante para o sistema, torna-se ainda mais invisível pelo simples fato de ser mulher (BORGES, 2018, p. 90).

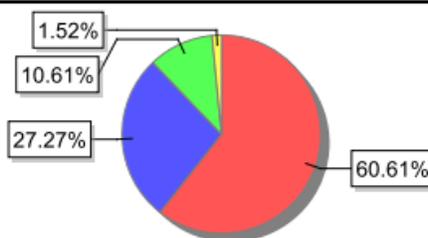
Para além desse descrédito oferecido à presa, uma realidade vigente é o abandono sofrido por elas. Em um primeiro momento ela é desamparada pelo próprio Estado, que deveria prestar uma tutela minimamente eficiente; logo em seguida, a detenta sofre com o descuido da família, mais especificamente da pessoa que convive com ela, quando é um companheiro, e com o afastamento dos seus filhos, que são retirados delas (BOITEUX, 2016, p. 2).

Foi realizada uma visita à Penitenciária Feminina de Salvador – Complexo da Mata Escura – com o objetivo de explicitar as condições nas quais vivem essas mulheres com o direito de ir e vir mitigado.

Importa salientar que a maioria dessas mulheres é composta por pretas e pardas.

16 - Raça

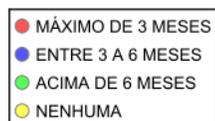
NEGRA	40	60.61%
PARDA	18	27.27%
BRANCA	7	10.61%
OUTRA	1	1.52%



Um aspecto lamentável é a quantidade de presas que são desamparadas no cárcere. Os relatos sobre o sentimento de solidão eram frequentes. Foi observado um abandono sofrido por parte dos seus companheiros. Quando o tópico da família era referido, as narrativas eram no sentido de haver a impossibilidade de os familiares comparecerem à prisão por dificuldade de locomoção, ou por consequência da rotina, visto que a maioria precisaria compatibilizar os horários e dias das visitas ao complexo penitenciário com a agenda do trabalho. Ademais, muitos parentes das detentas laboram para sustentar os filhos das mulheres encarceradas.

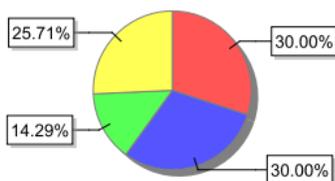
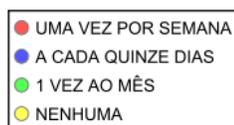
6 - Em quanto tempo são realizadas as visitas íntimas?

MÁXIMO DE 3 MESES	32	45.71%
ENTRE 3 A 6 MESES	7	10.00%
ACIMA DE 6 MESES	1	1.43%
NENHUMA	30	42.86%



15 - Com que frequência se dá o contato com os familiares através das visitas?

UMA VEZ POR SEMANA	21	30.00%
A CADA QUINZE DIAS	21	30.00%
1 VEZ AO MÊS	10	14.29%
NENHUMA	18	25.71%



Ainda, é possível observar que o simples fato de ser mulher é motivo para que haja discriminação. Durante as conversas com as presas, foi observado que o tipo de trabalho oferecido – serviços típicos de “dona do lar” – não agradavam as detentas, visto que elas demonstraram a vontade de laborar em outras atividades que fugiam desse padrão, mas que não lhes eram ofertadas.

8 - Há alguma restrição por conta do gênero (ser homem/ser mulher) para o ingresso em alguma oficina de trabalho?

SIM	40	57.14%
NÃO	30	42.86%



Uma das garantias fomentadas pela LEP é a da possibilidade de realização do trabalho por parte da pessoa condenada, o qual deve ser remunerado, e esse valor não poderá ser inferior a $\frac{3}{4}$ do salário mínimo vigente (art. 29, LEP) (BRASIL, 1984). Apesar dessa previsão, ao analisar os dados do Infopen mulheres (INFOPEN, 2018, p. 73-74), observa-se que 20% das presas não recebem qualquer remuneração; e 43% percebem menos que $\frac{3}{4}$ do salário mínimo vigente. No Estado da Bahia, 64% das detentas não ganham qualquer remuneração pelas atividades laborais realizadas.

Ademais, ocorreram diversas críticas no sentido da insuficiência de materiais de higiene, e sobre oferecerem às detentas esses produtos fora da validade.

9 - Os materiais de higiene oferecidos suprem as necessidades pessoais?

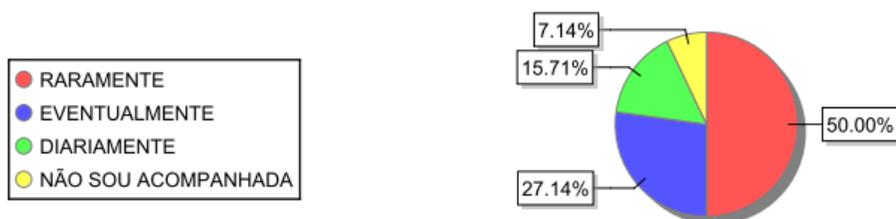
SIM	13	18.57%
NÃO	57	81.43%



É notória a falta de preocupação para com essas mulheres presas. Elas não possuem um acompanhamento eficiente por parte de seus advogados ou defensores, os quais não realizam uma explanação sobre o andamento do processo. A realidade observada foi de indignação sobre a negligência sofrida.

11 - Como se dá o acompanhamento processual feito pelo advogado (a) ou defensor (a) público (a) titular designado?

RARAMENTE	35	50.00%
EVENTUALMENTE	19	27.14%
DIARIAMENTE	11	15.71%
NÃO SOU ACOMPANHADA	5	7.14%



É cediço que o encarceramento da mulher é dotado de peculiaridades, e dramas específicos que só acontecem com essa parcela populacional.

4. DIÁLOGO ENTRE GÊNERO E RAÇA

As lutas travadas por pessoas de um mesmo gênero não são, necessariamente, iguais. Há outras questões envolvidas, como raça e classe. Categorias essas demasiadamente relevantes para que possa ser observada a forma de repressão sofrida por cada parcela, e a intensidade dessa opressão. A cada grupo marginalizado que a pessoa faz parte, a coerção sobre o seu corpo aumenta. Desse modo, se o simples fato de ser mulher já oferece risco suficiente para que haja violência,

uma mulher negra padece mais intensamente, visto que o sexismo desumano vai ser somado ao racismo perverso.

Para o feminismo conseguir gerir as diversas demandas existentes, representar as necessidades dos mais heterogêneos grupos de mulheres, e pugnar pelos interesses de todas, faz-se necessário haver a conscientização das mulheres brancas, as quais possuem o privilégio na esfera racial. E, desse modo, haver o combate, pelo próprio movimento feminista, ao racismo (CARNEIRO, 2003, p. 121). O ideal feminista deve interseccionar as lutas para possibilitar uma aproximação às melhores condições para todas as mulheres.

Avaliando essa conjuntura, o feminismo foi passando por um processo de reestruturação, onde começou a abarcar diversos panoramas (BISPO, 2014, p. 57), trabalhando não só com a estrutura e problemática da mulher branca e burguesa. Estreou novos moldes de discussão, trazendo, na sua essência, preocupações de mulheres de todas as camadas, acolhendo essas pessoas, analisando os aspectos para além do gênero, mas também a raça, etnia, classe, sexualidade, idade, entre outras particularidades. O que se compreende ao trabalhar na lógica da interseccionalidade, é justamente a imprescindibilidade de visibilizar sujeitos os quais estão naturalmente invisíveis aos olhos da sociedade, e que possuem suas experiências e vivências negligenciadas (SILVA, 2016, p. 2).

A execução penal é apenas mais uma das fases que explicita essa realidade. Essas mulheres pretas e pobres não possuem um respaldo eficiente do Estado quando estão fora das penitenciárias, assim como não possuem o apoio estatal no momento em que fazem parte do contingente carcerário. O tratamento oferecido a essas encarceradas não é o ideal, visto que não há o cumprimento das noções básicas de subsistência que deveria ser oferecida a uma pessoa, estando ela encarcerada, ou não.

Sobre a clientela carcerária, Nana Queiroz alega que “são, na maioria, negras e pardas” (QUEIROZ, 2015, p. 63). Pode-se inferir, então, que a raça, de maneira geral, é um coeficiente fundamental para a apuração do contingente que fará parte do sistema penitenciário (BORGES, 2018, p. 90).

Assim, quando se trata das mulheres, esse fator será somado ao gênero e, desse modo, causará uma zona de intersecção, na qual conterà uma parcela de marginalizadas e maltratadas pelo sistema carcerário.

5. A DIGNIDADE DA MULHER NO ÂMBITO DA EXECUÇÃO PENAL: ABOLICIONISMOS E RESISTÊNCIAS

Torna-se inviável realizar análises críticas sobre a natureza da execução penal sem discutir raça, gênero e classe (REDE, 2016, p.16), porquanto no âmbito

de cada uma dessas categorias, individualmente, há uma relação de dominante e dominado. Ao executar a junção entre todos esses grupos, é observada a camada populacional que mais padece os efeitos da marginalização, discriminação e repressão. E esse contingente específico é o de mulheres pretas e pobres.

A Constituição Federal de 1988 assegura a igualdade, seja no sentido formal ou material (BRASIL, 1988). No entanto, na sociedade brasileira esses conceitos tendem a passar despercebidos, tendo em vista a frequência de atos que exaltam a desigualdade.

O relatório de gestão do Conselho Nacional de Justiça apresenta a questão dos Direitos Humanos nos presídios:

O Estado de Direito brasileiro, cujos elementos basilares são a democracia e o republicanismo, possui como um de seus objetivos a promoção do bem de todos (art. 3º, IV, da CF) e como fundamento a dignidade da pessoa humana (art. 1º, III, da CF), além de preconizar a não submissão a tortura ou tratamento desumano ou degradante (art. 5º, III, da CF) e a tutela da integridade física e moral das pessoas presas (art. 5º, XLIX, da CF). Cabe ao Juízo da Execução o poder-dever de zelar pelo correto cumprimento da pena (art. 66, VI, da LEP), impedindo práticas atentatórias aos direitos humanos das pessoas presas. Esse é o panorama normativo da relação entre as penas e os direitos fundamentais (CNJ, 2017, p. 37).

Apesar das previsões explanadas, esses direitos não são percebidos. A realidade é de falha na efetivação dessas prerrogativas constitucionais. Há, portanto, uma relativização dos direitos fundamentais do ser humano no âmbito da sistemática penal.

O Estado brasileiro demonstra a sua ineficiência em prestar auxílios necessários para oferecer uma existência digna aos cidadãos no momento em que sacrifica direitos fundamentais da parcela populacional do cárcere. Desse modo, são ignorados elementos bases de uma sociedade democrática, na qual os seres humanos possuem prerrogativas garantidas constitucionalmente.

O Direito Penal é a área do direito que mais limita direitos fundamentais. No ordenamento jurídico brasileiro a sanção mais extrema é o cerceamento da liberdade. A função de reeducar, e, conseqüentemente, ressocializar o indivíduo, disciplinando-o para um bom convívio no meio social é uma questão puramente ideológica (BARATTA, 2011, p.193).

Angela Davis reitera a visão do sistema prisional como um instrumento indevido quando afirma que ele retira a responsabilidade que a sociedade, de modo geral, possui no que tange ao envolvimento de questões sociais (DAVIS, 2003, p. 16). Os problemas mais impactantes, nesse sentido, são relacionados ao capitalismo exacerbado e ao racismo. Desse modo, o corpo social ignora esse contexto problemático e horrendo ao exaltar a instituição prisional.

E é justamente nesse arcabouço que a supressão do Direito Penal passa a ser cada vez mais defendida. Existe, então, um questionamento do conjunto do

sistema penal, afirmando a desnecessidade dessa estrutura organizacional ser a alternativa para dirimir conflitos. O que é defendido aqui é o desaparecimento desse tipo de organização. O abolicionismo possui como essência a defesa da conduta libertária, e a conseqüente extinção da punição que visa ao cerceamento da liberdade do indivíduo (ANITUA, 2012, p. 19). É exaltada a necessidade de uma eventual abolição do sistema prisional (MATHIESEN, 2006, p. 145).

A deslegitimação dos sistemas penais, no âmbito do abolicionismo, é, de certo modo, uma constatação dos seus objetivos reais, que são aqueles não declarados por quem gere o sistema ao exercer o poderio estatal. Os que percebem que os sistemas penais não possuem legitimidade para dirimir os conflitos presentes na sociedade são aqueles que chegaram a compreender o caráter injusto, genocida, e de incapacidade no que tange a resolução dos problemas na ordem social.

Assim, os piores transtornos do crime nas sociedades contemporâneas não seriam as condutas criminosas, mas sim o combate a elas, porquanto esse enfrentamento pode ocasionar o incremento de regimes totalitários (CHRISTIE, 2000, p. 15-16). A prisão possui a função de intensificar desigualdades entre membros de classes distintas, estigmatizando, dessa maneira, os participantes de um grupo determinado.

É notória a incapacidade de efetivar os objetivos que legitimam a sua manutenção, entre os quais podem ser citados: proteção aos bens jurídicos e combate à criminalidade através das penas estabelecidas pelo Código Penal, reiterando, sempre, a sua – falsa – capacidade para implementar uma política de segurança pública eficiente (ANDRADE, 2006, p. 171). No entanto, esses são os objetivos declarados. Há, ainda, os não declarados, que consistem em manter um cenário de seletividade, criminalizando, ainda mais, aquela população já marginalizada, contribuindo para uma política genocida.

A abolição do Direito Penal não afasta a necessidade de haver a resolução dos conflitos os quais, atualmente, possuem a denominação de “crimes”. O que é defendido é a reestruturação do sistema, uma desconstrução do paradigma atual para que haja o progresso no sentido de possibilitar uma melhor organização e composição na solução dessas situações conflituosas no âmbito da sociedade. É defendido a remodelação dos vínculos que possuem relação com o aspecto solidário da sociedade (ZAFFARONI, 2012, p. 104), sem haver a necessidade da continuação da vigência do modelo atual de caráter punitivo formal.

O cárcere não a/carreta em melhorias para a sociedade, ou para a vítima, ou para o agente ativo do delito. O funcionamento do sistema prisional é abastecido pela violência (BORGES, 2018, p. 96). Não há, então, uma justificativa minimamente plausível para a sua manutenção. Desse modo, é possível afirmar que o controle criminal não protege, nem auxilia os cidadãos (HULSMAN; CELIS, 1993, p. 115).

Os sistemas penais foram produzidos e são gerenciados para servir como instrumentos de segregação. Não há, dessa forma, uma crise desse instrumento repressivo, visto que a sua existência jamais foi para dirimir conflitos ou tutelar bens. A sua função é de manter as hierarquias no âmbito social, as quais são construídas com base nos conceitos de gênero, classe e raça. É evidente, então, que o ato de retirar a liberdade de um ser humano, o qual passa a ser vigiado no cárcere, é a manutenção, pelas classes hegemônicas, de uma lógica tirânica (FOUCAULT, 1999, p. 134).

Portanto, nesse cenário, faz-se importante considerar o ideal abolicionista para que possa haver uma quebra desse paradigma, e para que a possibilidade de uma reforma no que tange ao próprio sistema penal seja avaliada.

6. CONSIDERAÇÕES FINAIS

O propósito dessa máquina de punir é realizar a segregação social, racial e de gênero. Desse modo, ele jamais pretendeu solucionar, ou, ao menos amenizar as problemáticas sociais. Essa ordem penal realiza o papel não apenas de mantenedor das desigualdades, mas, também, e principalmente, de intensificador dessa disparidade manifesta na sociedade. É que, essa assimetria no corpo social é uma vantagem para quem faz parte de uma supremacia que devasta sutilmente, através de discursos falsificados, aqueles que não possuem o poder.

A mulher, independentemente da cor da sua pele, é considerada um ser inferior, já é vítima da discriminação de gênero. Em um cenário onde uma mulher possua uma cor de pele escura, ela sofre, para além do sexismo, o racismo. A exclusão e repressão suportada por esse grupo populacional bem específico é bastante violenta. Em uma conjuntura na qual essas pessoas sejam, para além de mulheres e negras, pobres, elas farão parte de uma minoria completamente marginalizada.

Sendo assim, percebe-se que a manutenção desse sistema é um meio encontrado pela sociedade capitalista de se desobrigar da responsabilidade existente para com o corpo social. A inutilidade da máquina criminal, no que tange ao oferecimento de benefícios à população, é notória. Portanto, há uma necessidade urgente de eliminar esse instrumento.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ANDRADE, Vera Regina Pereira de. Minimalismos, abolicionismos e eficientismo: a crise do sistema penal entre a deslegitimação e a expansão. *Revista Sequência*, n. 52, p. 163-182. Florianópolis, 2006. Disponível em: <<https://periodicos.ufsc.br/index.php/sequencia/article/view/15205/13830>>. Acesso em: 30 maio. 2019.

ANITUA, Gabriel Ignacio. Fundamentos para la construcción de una teoría de la no pena. In:

- POSTAY, Maximiliano E. *El abolicionismo penal en América Latina*. 1. ed. Buenos Aires: Editores del Puerto. 2012.
- BARATTA, Alessandro. **Criminologia Crítica e Crítica do Direito Penal**. Tradução Juarez Cirino dos Santos. 6. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2011. Tradução de: Criminologia crítica e crítica del diritto penale.
- BISPO, Silvana Santos et al. Mulheres negras ativismo e paradoxos na luta antirracista e antissexista na Bahia. **Coleção Bahianas: Mulheres e movimentos: estudos interdisciplinares de gênero**, n. 16, p. 43-68. Salvador. Edufba: NEIM, 2014.
- BOITEUX, Luciana. Encarceramento Feminino e Seletividade Penal. **Rede Justiça Criminal**, p. 2, 2016. Edição 9. Disponível em: <<https://redejusticacriminal.org/pt/portfolio/encarceramento-feminino-e-seletividade-penal/>>. Acesso em: 23 maio. 2019.
- BORGES, Juliana. **O que é encarceramento em massa?**. Belo Horizonte: Letramento: Justificando, 2018, p. 90.
- BRASIL. Constituição Federal, de 05 de Outubro de 1988. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF: Senado 1988 Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaoconsolidado.htm>. Acesso em: 23 maio. 2019.
- BRASIL. Lei n. 7.210 11 de julho de 1984. **Institui a Lei de Execução Penal**. Brasília. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/l7210.htm>. Acesso em: 23 maio. 2019.
- CARNEIRO, Aparecida Sueli. Mulheres em movimento. **Estudos avançados**, n. 49, v. 17, p. 117-132. São Paulo, 2003. Disponível em: <<https://www.revistas.usp.br/eav/article/view/9948/11520>>. Acesso em: 05 jun. 2019.
- CHRISTIE, Nils. **Crime Control as Industry**. London: Routledge, 2000.
- CNJ. Conselho Nacional de Justiça. **Relatório de Gestão: supervisão do departamento de monitoramento e fiscalização do sistema carcerário e do sistema de execução de medidas socioeducativas – DMF** 2017.
- DAVIS, Angela Y.. **Are prisons obsolete?**. New York: Seven Stories Press, 2003.
- DEPEN. INFOPEN mulheres. 2. Ed. Brasília: Ministério da Justiça, 2018. p. 40 et seq. Disponível em: <http://depen.gov.br/DEPEN/depen/sisdepen/infopen-mulheres>. Acesso em: 25 maio. 2019.
- FOUCAULT, Michel. **Vigiar e Punir: história das violências nas prisões**. Tradução Raquel Ramallete. 20. ed. Petrópolis: Vozes, 1999. Tradução de: Surveiller et punir. Disponível em: <https://social.stoa.usp.br/articles/0037/3030/Foucault_Vigiar_e_punir_I_e_II.pdf>. Acesso em: 05 jun. 2019.
- HULSMAN, Louk; CELIS, Jacqueline Bernat de. **Penas perdidas: O sistema penal em questão**. Tradução Maria Lúcia Karam. 1. ed. Niterói: Luam, 1993. Tradução de Peines perdues. Le système pénal em question.
- MATHIESEN, Thomas. **Prison On Trial**. 3. ed. Winchester: Waterside Press, 2006.
- QUEIROZ, Nana. **Presos que menstruam: A brutal vida das mulheres - tratadas como homens - nas prisões brasileiras**. 7. ed. Rio de Janeiro: Record, 2015.
- REDE, Justiça Criminal, 2016, p. 16. Edição 9. Disponível em: <<https://redejusticacriminal.org/pt/portfolio/discriminacao-de-genero-no-sistema-penal/>>. Acesso em: 30 maio. 2019.
- SILVA, Isadora Brandão Araujo da. Lendo gênero e raça no sistema de justiça criminal a partir da interseccionalidade. **Rede Justiça Criminal**, p. 2, set 2016. Edição 9. Disponível em: <<https://redejusticacriminal.org/pt/portfolio/lendo-genero-e-raca-no-sistema-de-justica-criminal-partir-da-interseccionalidade/>>. Acesso em: 30 maio. 2019.
- ZAFFARONI, Eugenio Raúl. **Em busca das penas perdidas**. Tradução Vânia Romano Pedrosa, Amir Lopes da Conceição. 5. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2012. Tradução de: En busca de las penas perdidas.
- ZAFFIOTTI, Heleieth I. B.. **Gênero, patriarcado, violência**. São Paulo: Graphium Editora, 2011.

A AUDIÊNCIA DE CUSTÓDIA: UMA ANÁLISE SOBRE A GARANTIA DA ORDEM PÚBLICA COMO FUNDAMENTO DA PRISÃO PREVENTIVA

MADSON DA SILVA SOUSA¹

INTRODUÇÃO

O presente artigo tem por objetivo analisar de forma clara e precisa a importância de audiência de custódia a partir da visão processual, abrangendo o estudo da prisão preventiva, com observação da garantia da ordem pública para decretação da prisão preventiva.

A escolha desse tema adveio do inconformismo ante as decisões proferidas pelos diversos juízes Tribunais com termos genéricos e conceitos vagos. Posto que o requisito da ordem pública pode ser irrestrito quanto ao argumento da decisão, podendo ferir de forma irremediável direitos fundamentais.

Cumprido destacar, que a presente pesquisa não adentrará em maiores discussões sobre a audiência de custódia suas características e procedimento que deve ser seguido. Ficará adstrita a discussão formal sobre decretação da prisão preventiva e a garantia da ordem pública.

Inicialmente serão feitas breves considerações a respeito da audiência de custódia, englobando conceito, sua forma de implementação da audiência de custódia no Brasil, conforme os documentos internacionais, normativas nacionais em respeito aos direitos e garantias fundamentais.

Nesta banda, será feita uma abordagem relativa à prisão em preventiva, considerando a seus pressupostos e requisitos para fundamentação, destacando a garantia da ordem pública.

Igualmente, nos debruçaremos sobre o preceito de garantia da ordem pública, trazendo o debate sobre suas noções, e a flexibilidade conceitual que pode levar a uma possível violação a direitos fundamentais como a liberdade, presunção de inocência e culpabilidade e segurança jurídica.

¹ Graduando do 10º semestre do Curso de Direito da Universidade Católica do Salvador (2019).

É questionável, nesse sentido, se as garantias constitucionais estariam sendo respeitadas, em que pese às garantias individuais intrínsecas a sistema processual, além de verificar se as decisões dos magistrados respeitam a legalidade.

Será utilizada uma metodologia qualitativa, tendo como enfoque a pesquisa por meios de obras jurídicas, jurisprudências dos tribunais brasileiros. Não será feito nenhum trabalho de campo, ficando restrita a pesquisas bibliográficas e algumas decisões judiciais.

1. BREVES CONSIDERAÇÕES ACERCA DA AUDIÊNCIA DE CUSTÓDIA

1.1 CONCEITO

Audiência de custódia (ou de apresentação) constitui-se na condução do detido à presença de uma autoridade judicial, rapidamente, a qual deverá analisar a legalidade da ou ilegalidade da prisão, bem como a necessidade de sua manutenção.

Nas lições do professor, (LOPES Jr., 2016, P. 48.) “a audiência de custódia é o momento para analisar o aspecto formal do auto de prisão em flagrante, bem como a legalidade ou ilegalidade do próprio flagrante, mediante a análise dos requisitos do art. 302 do CPP”.²

Segundo o Conselho Nacional de Justiça (2015) o “Projeto Audiência de Custódia” consiste na criação de uma estrutura multidisciplinar nos Tribunais de Justiça que receberá presos em flagrante para uma primeira análise sobre o cabimento e a necessidade de manutenção dessa prisão ou a imposição de medidas alternativas ao cárcere.

Para o Defensor Público (PRADO, Daniel Nicory, 2017, Pág. 21) “A audiência de custódia é um procedimento mais adequado para a tutela do direito individual à liberdade, na sua perspectiva de não intervenção indevida do Estado (...)”³

Ora, tais argumentos e teorias expostos contribuem para o fortalecimento da realização da audiência de custódia enfatizando o respeito às garantias constitucionais.

1.2 DA IMPLEMENTAÇÃO DA AUDIÊNCIA DE CUSTÓDIA NO BRASIL

A instituição dessa ferramenta teve por base o Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos (PIDCP)⁴, recepcionado pelo Brasil por meio do Decreto

2 LOPES Jr, Aury, **Prisões cautelares** – 5ª. Ed. rev., atual. e ampl. – São Paulo : Saraiva, 2017. Pág. 48

3 PRADO, Daniel Nicory, **A Prática da Audiência de Custódia** – Salvador: Faculdade Baiana de Direito, 2017. Pág. 21.

4 BRASIL. Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos (PIDCP) <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decre-

nº 592, de 6 de julho de 1992, assim como a Convenção de Americana sobre Direitos Humanos (CADH)⁵.

O primeiro reflexo sobre a audiência de custódia no Brasil consistiu na aprovação do Projeto de Lei do Senado nº 554, de 2011⁶, que pretende, dentre outras alterações, a inserção das audiências de custódia no processo penal brasileiro, com a alteração do art. 306, §1º do Código de Processo Penal, para determinar o prazo de vinte e quatro horas para a apresentação do preso a uma autoridade judicial, contudo o referido projeto se encontra em tramitação nos dias de hoje na coordenação de arquivo da Câmara dos Deputados, onde foi tombado sob a forma do Projeto de Lei nº 6.620/2016⁷.

Algumas Unidades da Federação já estavam realizando as audiências de custódia, mas ainda de forma localizada, restrita ou pouco articulada. Tome-se como exemplo o Estado de São Paulo, que, desde fevereiro de 2015, já realizava as audiências de custódia na capital, São Paulo. O procedimento baseava-se no Provimento Conjunto nº 3/2015 da Presidência do Tribunal de Justiça de São Paulo e da Corregedoria-Geral de Justiça do Estado de São Paulo⁸. Tal expediente foi objeto de análise pelo Supremo Tribunal Federal na Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 5.240 proposta pela Associação dos Delegados de Polícia do Brasil⁹. Na inicial, entendia-se que o instituto da audiência de custódia carecia de previsão em lei ordinária e, considerando-se a competência privativa da União para legislar em matéria processual penal, o provimento que autorizava a realização das audiências em São Paulo deveria ser declarado inconstitucional.

Por maioria, o plenário do Supremo, em 20 de agosto de 2016, julgou improcedente a ação proposta, declarando que o instituto das audiências de custódia é constitucional.

Em 9 de setembro de 2015, o Plenário do Supremo Tribunal Federal julgou a Medida Cautelar na ADPF nº 347, de relatoria do Ministro Marco Aurélio¹⁰. O STF reconheceu o chamado “Estado de Coisas Inconstitucional”, além

[to/1990-1994/d0592.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/D0678.htm)> Acesso em 29 de abril de 2019.

5 BRASIL. Convenção Americana sobre Direitos Humanos (CADH) http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/D0678.htm > - Acesso em 29 de abril de 2019.

6 BRASIL. Projeto de Lei do Senado nº 554, de 2011 - Altera o § 1º do art. 306 do Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941 (Código de Processo Penal) <https://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/102115> — Acesso em 29 de abril de 2019.

7 BRASIL. Projeto de 6620/2016 - Altera o Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941 (Código de Processo Penal), para dispor sobre a prisão em flagrante. <https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=2120017> — Acesso em 13 de maio de 2019.

8 BRASIL. PROVIMENTO CONJUNTO Nº 03/2015 - PRESIDÊNCIA DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA E CORREGEDORIA GERAL DA JUSTIÇA <http://www.tjsp.jus.br/Download/CanaisComunicacao/PlantaoJudiciario/Provimento-Conjunto-0003-2015.pdf> — Acesso em 21 de maio de 2019.

9 BRASIL. Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI 5240) em que a Associação dos Delegados de Polícia do Brasil (Adepol/Brasil) - <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=298112>. Acesso em 21 de maio de 2019.

10 BRASIL. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (Med. Liminar) - 347 - <http://www.stf.jus.br/portal/>

de determinar o chamado “descontingenciamento” do Fundo Penitenciário Nacional (FUNPEN) – significando, em breves palavras, a desburocratização do acesso, pelas Unidades da Federação, do orçamento reservado pela União para a realização de políticas públicas penitenciárias – e, especialmente o que interessa a este trabalho, instituiu as audiências de custódia em todo o Brasil.

Após o julgamento da Medida Cautelar na ADPF nº 347, o Conselho Nacional de Justiça expediu a Resolução nº 213, de 15 de dezembro de 2015, que “dispõe sobre a apresentação de toda pessoa presa à autoridade judicial no prazo de 24 horas”¹¹. Enquanto não há lei ordinária regulamentando as audiências de custódia, os Tribunais de Justiça estaduais e os Tribunais Regionais Federais têm utilizado a resolução como orientação para os protocolos das audiências.

Neste cenário, verificou-se que as audiências de custódia estão previstas em diplomas legais brasileiros e que há uma decisão cautelar do Supremo Tribunal Federal determinando a sua realização, além de uma decisão de mérito em Ação Direta de Inconstitucionalidade no sentido de declarar a audiência de custódia como um instituto constitucional, por trata-se de um procedimento muito relevante para o cumprimento de uma norma fundamental do sistema processual brasileiro, que se diz acusatório: a prisão deverá ser considerada exceção, sendo a liberdade individual a regra, evidenciando o princípio da presunção de inocência.

2. CONSIDERAÇÕES CONSTITUCIONAIS

2.1 FUNDAMENTO CONSTITUCIONAL DA PRISÃO

Nossa atual Carta Republicana enraíza em nosso sistema as necessárias restrições à liberdade, para a própria preservação desta. Dispõe o artigo 5º, LXI¹², da Constituição Federal que “ninguém será preso senão em flagrante delito ou por ordem escrita e fundamentada da autoridade judiciária competente, salvo nos casos de transgressão militar ou crime propriamente militar, definidos em lei”.

Nas palavras do constitucionalista, Dirley da Cunha (JÚNIOR, Dirley da Cunha, 2015, Pág. 557), a liberdade de locomoção “é uma das liberdades públicas fundamentais que há muito íntegra a consciência jurídica geral da sociedade e que repele qualquer atividade não autorizada pela Constituição de cecear o trânsito das pessoas”¹³.

peticaoInicial/verPeticaoInicial.asp?base=ADPF&cs1=347&processo=347. Acesso em 21 de maio de 2019.

11 BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. Aprovada a resolução que regulamenta as audiências de custódia. Disponível em: <http://www.cnj.jus.br/noticias/cnj/81192-aprovada-resolucao-que-regulamenta-as-audiencias-de-custodia>. Acesso em: 16 de maio de 2019

12 BRASIL. Constituição Federal de 1998 – Site do planalto - de1988http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm- Acesso em 22 de maio de 2019.

13 CUNHA, Dirley Jr. **Curso de Direito Constitucional**. 9ª ed. rev. ampl. e atual.2015, Salvador. JusPODIVM, 2015. P. 557.

Se por um lado permite-se a prisão como medida extrema para a preservação da liberdade, de outro lado, a Carta Magna procurou se precaver de eventuais excessos porventura praticados pelo próprio Estado.

Neste contexto, o pensamento da audiência de custódia se torna uma medida necessária ao processo penal, restando coerente com garantia dos direitos fundamentais esculpidos na Constituição Federal de 1988. Coaduna com esse entendimento (PRADO, Daniel Nicory, 2017, pág.7), “a audiência de custódia, instrumento próprio ao processo penal, se consubstancia na rápida apresentação da pessoa presa em flagrante a um (a) juiz (a)”, para que seja verificada a oportunidade da privação de liberdade (...)”¹⁴.

3. PRISÃO PREVENTIVA

3.1 CONSIDERAÇÕES GERAIS

A prisão é a constrição do direito de liberdade do indivíduo através de uma decisão motivada da autoridade competente com o objetivo de manter e resguardar a administração da justiça. A prisão preventiva, por outro lado, é uma espécie de prisão, cuja natureza é de medida cautelar provisória. Segundo Eugênio Pacelli (2017, p. 260) “revela a sua cautelaridade na tutela da persecução penal, objetivando impedir que eventuais condutas praticadas pelo alegado autor e/ou por terceiros possam colocar em risco a efetividade da fase de investigação e do processo”¹⁵. Ela poderá ser aplicada durante o inquérito policial ou durante o processo penal, porém somente quando presentes os requisitos autorizadores de sua decretação e quando se relevarem inadequadas as medidas cautelares diversas da prisão.

Trata-se de uma espécie de prisão cautelar decretada pela autoridade judiciária durante as investigações ou no curso do processo penal, quando presentes os *fumus commissi delicti* – existência do crime e indício de autoria ou participação - e *periculum libertatis* para garantir a ordem pública ou a ordem econômica ou a conveniência da instrução criminal ou aplicação da lei penal, conforme artigos 312 e 313 do Código de Processo Penal.

Assim, conclui-se que a prisão preventiva somente será decretada se preenchido seus requisitos legais necessários, ocorrerem os motivos que a autorize e caso as medidas cautelares diversas da prisão se mostrem insuficientes.

14 PRADO, Daniel Nicory, **A Prática da Audiência de Custódia** – Salvador: Faculdade Baiana de Direito, 2017. Pág. 7.

15 PACELLI, Eugênio, **Curso de Processo Penal** -21ª, Ed. ver. Atual. e ampl. São Paulo; Atlas, 2017. Pág. 260.

3.2 PRESSUPOSTOS NECESSÁRIOS PARA DECRETAÇÃO DA PRISÃO PREVENTIVA

É cediço que a prisão preventiva somente será decretada em casos de extrema necessidade. Assim, é essencial haver provas robustas que comprovem o cometimento de crime (comprovação da materialidade) e indícios que indiquem a sua autoria (indícios de autoria). Tais pressupostos são segundo o professor Norberto Avena (2017, p. 972)¹⁶ “a existência de *periculum in mora* (ou *periculum libertatis*) e *fumus boni iuris* (ou *fumus commissi delicti*)”.

Deste modo, indispensável a demonstração de provas concretas, de modo que não restem dúvidas acerca da materialidade do crime, bem como indícios de autoria, não necessitando, neste caso, haver a certeza da autoria do delito.

Para arrematar, esclarece o ilustre Lopes JR. (2017, p.48) “E mais, a fundamentação deverá apontar – além do *fumus commissi delicti* e o *periculum libertatis* – os motivos pelos quais o juiz entendeu inadequadas e insuficientes as medidas cautelares diversas do art. 319, cuja aplicação poderá ser isolada ou cumulativa”¹⁷.

Assim, toda decisão cerceadora da liberdade do indivíduo deve ser baseada em fatos concretos e não em meras especulações de perigo. Neste sentido devem os Tribunais Superiores devem buscar fundamentos fáticos para sustentar a garantia da ordem pública, garantia da ordem econômica, garantia da aplicação da lei penal e garantia da conveniência da instrução criminal para fins de decretação da prisão preventiva.

4. GARANTIA DA ORDEM PÚBLICA

4.1 NOÇÕES

Uma das quatro vigas mestras que sustentam a prisão preventiva é a garantia da ordem pública, que, por sua vez, dentre as quatro circunstâncias autorizadoras da custódia preventiva é a mais polêmica, disparadamente, além de ser a mais usada na prática pelos magistrados.

Diante da dificuldade de conceituar a garantia da ordem pública, é um risco enorme à liberdade e segurança jurídica.

16 AVENA, Norberto, **Processo Penal**. 9ª Ed. rev. e atual. – Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: MÉTODO, 2017. Pág. 972.

17 LOPES JR, Aury, **Prisões cautelares** – 5ª. Ed. rev., atual. e ampl. – São Paulo : Saraiva, 2017. Pág. 48.

De um modo cintilante ressaltamos o entendimento exposto por (RANGEL, Paulo, 2017, pág. 1041) “a vagueza e a imprecisão não estão no conceito de ordem pública, mas na decisão do magistrado que não demonstra onde a ordem pública está ameaçada e agredida com a liberdade do acusado”¹⁸.

4.2 A FLEXIBILIDADE DA GARANTIA DA ORDEM PÚBLICA

A garantia da ordem pública, por ser um conceito vago e indeterminado para sociedade em geral, pode presta-se a qualquer senhor, diante de uma maleabilidade conceitual triste, destinado à crítica. Não sem razão, por sua vagueza e abertura, é o fundamento preferido, até porque ninguém sabe ao certo o que quer dizer.

A prisão preventiva não pode se travestir em prisão para execução antecipada da pena sob pena de constrangimento ilegal, visto que nenhuma cautelar pode conter resquícios de antecipação da pena, é o que nos ensina Lopes JR. (2017, p. 54) “O perigo gerado pelo estado de liberdade do imputado deve ser real, com um suporte fático e probatório suficiente para legitimar tão gravosa medida”¹⁹.

Portanto, a prisão preventiva decretada com base na garantia da ordem pública não pode funcionar como indevida modalidade de cumprimento antecipado da pena, ou seja, como uma medida cuja função fosse somente a de proteger a coletividade, sem se preocupar com os direitos e garantias fundamentais pertencentes ao acusado.

5. CONSIDERAÇÕES FINAIS

A presente pesquisa e trabalho buscou elucidar de forma objetiva, sobre a necessidade da audiência de custódia como parte do aparelho processual penal brasileiro, fazendo um paralelo com a prisão preventiva e o fundamento da garantia da ordem pública.

Inicialmente foi demonstrada o que vem a ser a audiência de custódia segundo documentos internacionais fazendo referencia a garantias inerentes a qualidade do ser humano. Ainda, fora registrado os diplomas legais que contribuíram para instituição de tal ferramenta no Brasil.

Logo em seguida forma abordadas informações constitucionais pertinentes à pesquisa, visto que por trata-se da liberdade, um direito fundamenta que deve

18 RANGEL, Paulo, **Direito processual penal** – 25. ed. rev. e atual. – São Paulo: Atlas, 2017. Pág. 1041.

19 LOPES JR, Aury, **Prisões cautelares** – 5ª. Ed. rev., atual. e ampl. – São Paulo : Saraiva, 2017. Pág.54.

ser analisado com cautela e respeito para constatar a necessidade de uma prisão provisória.

Ademais, a prisão preventiva foi um dos objetos da pesquisa, passando a exibir a necessidade do decreto prisional evidenciar o fundamento legal e concreto sobre delito, ressaltando que não se considera a futurologia ou clamor público como justificativa cabível.

Por fim, no avançar dos debates salientou que o requisito da garantia da ordem pública apesar de não ter um conceito definido ou de fácil compressão, este não pode sobressair para legitimar tão gravosa medida que é a prisão preventiva.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

AVENA, Norberto, **Processo Penal**. 9ª Ed. rev. e atual. – Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: MÉTODO, 2017. Pág. 972.

BRASIL. Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI 5240) em que a Associação dos Delegados de Polícia do Brasil (Adepol/Brasil). Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=298112>. Acesso em 21 de maio de 2019.

BRASIL. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental - (Med. Liminar). Disponível: <http://www.stf.jus.br/portal/peticaoInicial/verPeticaoInicial.asp?base=ADP-F&s1=347&processo=347>. Acesso em 21 de maio de 2019.

BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. **Aprovada a resolução que regulamenta as audiências de custódia**. Disponível em: <http://www.cnj.jus.br/noticias/cnj/81192-aprovada-resolucao-que-regulamenta-as-audiencias-de-custodia>. Acesso em: 16 de maio de 2019

BRASIL. Convenção Americana sobre Direitos Humanos (CADH). Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/D0678.htm > - Acesso em 29 de abril de 2019.

BRASIL. Constituição Federal de 1988 – Site do planalto - de1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm- Acesso em 22 de maio de 2019.

BRASIL. Pacto Internacional dos Direitos Cívicos e Políticos (PIDCP). Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/d0592.htm> Acesso em 29 de abril de 2019.

BRASIL. Projeto de Lei do Senado nº 554, de 2011 - Altera o § 1º do art. 306 do Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941 (Código de Processo Penal). Disponível em: <https://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/102115> — Acesso em 29 de abril de 2019.

BRASIL. Projeto de 6620/2016 - Altera o Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941 (Código de Processo Penal), para dispor sobre a prisão em flagrante. Disponível: <https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=2120017> — Acesso em 13 de maio de 2019.

BRASIL. PROVIMENTO CONJUNTO Nº 03/2015 - PRESIDÊNCIA DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA E CORREGEDORIA GERAL DA JUSTIÇA. Disponível em: <http://www.tjsp.jus.br/Download/CanaisComunicacao/PlantaoJudiciario/Provimento-Conjunto-0003-2015.pdf> > Acesso em 21 de maio de 2019.

CUNHA, Dirley Jr. **Curso de Direito Constitucional**. 9ª ed. rev. ampl. e atual. 2015, Salvador. JusPODIVM, 2015. P. 557.

LOPES Jr, Aury, **Prisões cautelares** – 5ª. Ed. rev., atual. e ampl. – São Paulo : Saraiva, 2017. Pág. 48

LOPES Jr, Aury, **Prisões cautelares** – 5ª. Ed. rev., atual. e ampl. – São Paulo : Saraiva, 2017. Pág. 54.

LOPES Jr, Aury, **Prisões cautelares** – 5ª. Ed. rev., atual. e ampl. – São Paulo : Saraiva, 2017. Pág. 48.

PACELLI, Eugênio, **Curso de Processo Penal** -21ª. Ed. ver. Atual. e ampl. São Paulo; Atlas, 2017. Pág. 260.

PRADO, Daniel Nicory, **A Prática da Audiência de Custódia** – Salvador: Faculdade Baiana de Direito, 2017. Pág. 7.

PRADO, Daniel Nicory, **A Prática da Audiência de Custódia** – Salvador: Faculdade Baiana de Direito, 2017. Pág. 21.

RANGEL, Paulo, **Direito processual penal** – 25. ed. rev. e atual. – São Paulo: Atlas, 2017. Pág. 1041.

VIOLÊNCIA POLICIAL, RACISMO INSTITUCIONAL E O GENOCÍDIO DA JUVENTUDE NEGRA: “CHACINA DO CABULA”, UM CASO PARADIGMÁTICO

PAULA RAMAIA NE MOTA PEREIRA¹

1. INTRODUÇÃO

A formalização do controle social é escorada em uma herança colonial marcada pela dominação e conveniência de subordinar pela violência os grupos etnicorraciais não europeus e identificados como inferiores. Pautando-se na elucidação dos sistemas penais foi observada a forma de operacionalidade das normas jurídicas, a forma apática como se apresentam diante de uma ideologia igualitária.

A abordagem metodológica se alicerçou na vertente jurídico-sociológico que propõe uma investigação no campo do Direito utilizando os fenômenos sociais, ou seja, os efeitos jurídicos nas relações sociais. Fez-se necessário ir à fonte da antropologia, sociologia e política para que a temática em questão fosse abordada.

A contextualização foi possível com análise do ocorrido na Vila Moisés, bairro periférico localizado na cidade de Salvador, que serviu como palco de uma chacina ocorrida após policiais militares invadirem a comunidade em busca de suspeitos. Através do acesso ao inquérito policial, onde através de conversas com o Delegado-Diretor do Departamento de Homicídios e Proteção à Pessoa. Bem como, a utilização de mídias audiovisuais transmitido pelos meios de comunicação.

2. VIOLÊNCIA E CRIMINALIZAÇÃO

2.1 ASPECTOS HISTÓRICOS

A contextualização social em que o Brasil está inserido sucede de uma herança colonial marcada pela conveniência da elite dominante, de origem euro-

1 Graduada em Direito pela Universidade Católica do Salvador – UCSAL. Pós-Graduada em Direito Civil pela PUC-Minas. Graduada do curso de Letras Vernáculas pela UFBA.

descendente, ser subordinadora e controlar as classes sociais e grupos étnicos negros e indígenas tidas considerados como inferiores, o que concebeu a ideologia voltada em proveito dos opressores. Desenvolvendo, assim, uma histórica política enraizada no controle, repressão e genocídio da população negra e indígena da América Latina.²

A referência inicial remonta ao “descobrimento” do Brasil pelos portugueses ou, como aponta o filósofo argentino Enrique Dussel,³ por uma invasão da América. Nesse sentido, a visão histórica de violência cultural, física e negação de identidade étnica e cultural concretizou a exploração da terra nova. Neste caso, vislumbrando uma conquista calcada de forma violenta em implantação do Estado colonial português e suas instituições jurídicas e políticas.⁴

As metodologias de punições ligadas ao modelo escravista, utilizadas na época do colonialismo são reafirmadas no autoritarismo policial. Porém, coordenado com novos elementos: a incidência de um controle urbano na figura de um novo feitor (Policiais) pertencente ao Estado e que antes era praticado pelo mandamento senhorial (Feitores), substituindo assim, as senzalas pelas ruas e, transferindo a ideia de quilombo a uma reunião de criminosos⁵.

Os discursos de democracia racial⁶ são utilizados como prevenções da elite que teme a novos confrontos decorrentes de insurreições negras, tendem a formular uma estratégia de suprimir os vestígios que derivou do processo de subordinação e que envolveu questões absolutamente raciais, a fim de evitar o alarme de racismo que obstruiria a amigável relação entre negros e brancos. Entretanto, é notório que o intento é naturalizar as desigualdades e substituir os privilégios direcionados a alguns como forma de direitos⁷.

2 O processo de dominação dos povos indígenas foi efetivado pela forma de controle violento e intolerante em face da cultura originária e imposição do estatuto de inferioridade, maximizado por assassínios mediante guerras e massacres, dos que ofereciam resistência ou contrariavam interesses econômicos e políticos.

3 (DUSSEL, Enrique apud SILVA FILHO, 2012, p.343) suprime o discurso de uma descoberta para transformar em uma visão de invasão das Américas.

4 Abdias do Nascimento (1978) menciona aristocracia para referir-se a classe dominadora, colonizadora, superior, a classe privilegiada que subordinava os escravos ao seu modelo de exploração. O interesse econômico e político-cultural do empreendimento colonial, em dinâmico processo de constituição do modelo econômico capitalista europeu, vislumbrou na escravização de africanos a mais eficaz resposta para o suprimento da mão-de-obra para sustentar as engrenagens predatórias dos rentáveis recursos do colonialismo. O negro surge como fator significativo da construção econômica do país, contribuindo por meio do uso da força corporal, isto porque o seu papel era de escravizado, o seu trabalho era estrutural para aproveitamento da aristocracia branca.

5 A Constituição Imperial de 1824 preservava o nexu colonial, que ao escravo só restaria cidadania no reconhecimento como sujeito, se penalmente responsabilizado, WEHLING (2011, p. 484) afirma que o “escravo sujeito ativo ou agente do crime era considerado pessoa e não coisa, o que significa dizer que respondia plenamente por seus atos, como imputável. Enquanto sujeito passivo, o mal a ele feito era considerado não dano, mas ofensa física”. Ao contrário ocorre frente à lei civil que o escravo é visto como coisa, onde não possuía direitos civis e nem políticos.

6 Essa lógica funciona, por exemplo, com a instituição da polícia militar quando ratifica as práticas violentas destinadas a uma juventude negra, através de uma continuidade do processo de naturalização nas mortes de corpos negros. A criminalidade vai sendo construída com base no enquadramento do perfil de suspeito padrão mesmo porque o aparato policial vê nestes jovens negros um inimigo do Estado a ser exterminados pelas suas ações.

7 O sistema escravocrata implantado pelo colonialismo português ganhou contornos institucionais cada vez mais sofisticados na busca de camuflar sua violência, crueldade e, por fim, sua natureza racista. Houve um intento de caracterizar como pacífico o

No presente os órgãos governamentais estruturantes da sociedade forjam uma democracia racial, mas potencializando um racismo institucional, podendo este ser compreendido como atos comissivos ou omissivos que podem ou não ter previsões em ordenamentos jurídicos que direcionam as desigualdades raciais, objetivando um projeto de subordinação e diferenciação biológica negra como também exaltando a supremacia branca. O racismo institucional difere do racismo individual.⁸

2.2 SISTEMA PENAL

O sistema penal é formado por grupo de instituições que, observando as normas jurídicas, é designado para realizar o direito penal, formalizada por 3 instituições: a judiciária, a policial e a penitenciária, tendo como objetivo o controle social. (NILO, 2007)⁹.

A elite detentora de uma ideologia racista assinala que a delinquência recai a determinados sujeitos reportados como inferiores e admite que o racismo é o plano de fundo substancial do sistema penal. Esse sistema é seletivo, pois não submete todos os crimes e criminosos, além de ser desenvolvido para atingir crimes cometidos por agentes vulneráveis. Ao acentuar sobre o tema, Zaffaroni¹⁰ traz a discrepância entre o poder que é idealizado para sua concretude e a capacidade de execução desses órgãos.

“Nossos sistemas penais reproduzem sua clientela por um processo de seleção e condicionamento criminalizante que se orienta por estereótipos proporcionados pelos meios de comunicação de massa. ” (ZAFFARONI, 2001, p.133). A lógica que sustenta o funcionamento do sistema penal é arqueada na população vulnerável, pois há uma perseguição em determinados indivíduos já delineados no perfil de suspeito¹¹.

saque do colonizador aos povos e terras, e a repressão e imposição da cultura e identidade portuguesa, ancorado pela força de controle social exercitado pelas instituições jurídico-políticas metropolitanas e, posteriormente, nacionais de forma a naturalizar as estratégias de controle social.

8 Diferentemente das manifestações racistas individuais, geralmente sustentadas pelo ódio e desprezo manifesto, bem como daquelas estruturadas em torno do discurso pseudocientífico de hierarquias e distinções biológicas definidas por raça, o Racismo Institucional costuma apresentar-se sob formas invisíveis, aparentemente desvinculadas da pretensão discriminatória, embora capazes de produzir efeitos raciais desfavoráveis aos grupos étnicos vulneráveis, mantendo-os subalternizados e naturalizando as manifestações de opressão, violência e genocídio. Professor Samuel Vida, 2017.

9 Ainda que a sua operacionalidade não se firme com o desempenho real, ele se apresenta como um sistema igualitário porque atinge a todos sem qualquer distinção, repressivo no que tange a prevenir irregularidades e seletivo para com a conduta de determinados grupos.

10 ZAFFARONI. Eugenio Raúl. Em busca das penas perdidas – A perda da legitimidade do sistema penal.5.ed. Tradução por Vânia Romano Pedrosa e Amir Lopes da Conceição. Rio de Janeiro: Revan, 2001, p.26.

11 Dentro do cenário de insegurança a operacionalidade dos sistemas penais é contraditória ao discurso jurídico-penal porque o planejamento é apoiado numa dada realidade, só que as agências destinadas a esse cumprimento atuam de forma diversa do programado. Mesmo reconhecendo os impactos desse modelo, ainda conservam os mesmos mecanismos antigos de segurança. É semeado no exercício do poder o controle fundamentado com nível elevado de violência que acentua mortes em massa.

É importante observar que a conjuntura do modelo de segurança atual fundamenta-se em elementos imaginários, discursos e ideologias criados ou transportados de outros modelos, sem ao menos lidar com dados da sua realidade social. Pois é muito mais vantajoso alcançar a realidade utilizando ideologias capazes de mascarar uma realidade almejada, retirando a visibilidade do sistema falho implantado.¹²

Ao reportar as ideologias comuns da escola clássica e da escola positivista tende a identificar que ambas constituíram o modelo de ciência penal pautada em aspecto na generalidade do homem e da sociedade, integrando os dois elementos em suas elaborações, mesmo que com visualizações de homem e sociedade de forma distinta. Ainda assim, é presente em ambas as convicções a “ideologia da defesa social, como o nó teórico e político fundamental do sistema científico”.¹³

O jovem que pertence a um determinado grupo social, que traja determinadas vestimentas ou mesmo que reflita a aparência da cultura periférica é imputado como um criminoso e mereça ser excluído do meio social. Os meios de comunicação contribuem na propagação de fotografias ou mesmo sentenciam antes mesmo do indivíduo ser submetido ao processo penal, simplesmente são estigmatizados por terem o contato com o sistema penal¹⁴.

3. SURGIMENTO DA POLÍCIA MILITAR

3.1 INSTITUIÇÃO DA POLÍCIA MILITAR

A instituição militar é um órgão pertencente à Administração Pública Direta do Estado, destinada a realizar o funcionamento da segurança pública. O art. 144, §5º da Constituição Federal de 1988¹⁵ preceitua a composição das polícias, suas funções e campos de atuação. A polícia militar tem por atividade a vigilância ostensiva e a garantia da ordem pública, ou seja, tem por destinação atuar na prevenção de infrações penais.¹⁶

12 As características estruturantes de todo poder exercido pelos sistemas penais se moldam em uma seletividade na contenção de grupos e não na repressão ao crime, em reprodução elevada de violência, constitui um modelo repressivo, estigmatizante, degradante nas relações comunitárias, violador de direitos, ainda apresenta uma corrupção institucionalizada, desigual no discurso jurídico penal e com a realidade operacional.

13 (BARATTA, 2002, p. 41).

14 Dentro dessa concepção o Estado tende a garantir as relações de sujeição legitimando o seu poder, e sendo assim, o sistema penal é tendencioso e violento para um determinado segmento de classes ou grupos étnicos subalternizados, direcionado aos vulneráveis, e resguarda o racismo biológico que supõe o criminoso natural como aquele que não se encaixa nos padrões biológicos do agrupamento branco.

15 A segurança pública, dever do Estado, direito e responsabilidade de todos, é exercida para a preservação da ordem pública e da incolumidade das pessoas e do patrimônio, através dos seguintes órgãos: § 5º As polícias militares cabem a polícia ostensiva e a preservação da ordem pública; aos corpos de bombeiros militares, além das atribuições definidas em lei, incumbe a execução de atividades de defesa civil.

16 As agências executivas institucionalizadas como não judiciais tem a função, no sistema penal, como aparelho de vigilância de natureza civil, entretanto existe uma militarização desses órgãos. Observa-se que o serviço policial de investigação criminal é de âmbito civil, enquanto que a atividade dos militares é ostensiva. No entanto ambos os serviços têm como característica a

As polícias são subordinadas aos governos estaduais e do Distrito Federal, assim como as polícias civis, corpo de bombeiros e as forças auxiliares e reservas do exército. Em tal situação as polícias são reforçadas pelos estados ao qual são submetidas, na Bahia sua Constituição Estadual fortalece no dispositivo 148, incisos I a V ¹⁷a funcionalidade desenvolvida pelo órgão militar¹⁸.

3.2 EVOLUÇÃO HISTÓRICA

A origem da polícia está intimamente ligada à chegada dos colonizadores portugueses ao Brasil, principalmente com a vinda de D. João VI no século XIX, que necessitou de uma articulação militar, tendo em vista que a conhecida Guarda Real de Polícia de Lisboa permaneceu em Portugal, e nas terras brasileiras uma estrutura similar foi montada afim de adotar o mesmo modelo de organicismo da guarda portuguesa, os mesmo trajes, as armas, a mesma estrutura militarizada, inclusive com uso de cavalaria.

O surgimento da polícia militar se acentua no ano de 1809 que se modela pela criação da Guarda Real passa a ser subordinada pelo Ministério da Guerra e da Justiça Portuguesa, toda a sua estrutura seguia os moldes do exército. Partindo para os anos de 1930 a subordinação passou a ser diretamente ao Ministério da Justiça, e no período em que constitui a guerra do Paraguai um marco modifica as atuações militares, os agentes passa a desenvolver serviços de infantaria e também a cada vez menos atuar nos serviços de proteção a sociedade. Contudo, essa proximidade acarretou práticas semelhantes entre as duas instituições, inclusive na adesão do nome militar¹⁹.

A União percebendo o desempenho das forças armadas criam a Lei 1.860 de 1909, e especificamente, nos artigos 7º e 32 determina o serviço militar como obrigatório, ao mesmo passo que posiciona as forças estaduais como auxiliares

militarização, os regulamentos próprios fadados em disciplinamento de cunho militar, sanções, uniformes etc. ZAFFARONI (2001, p. 137).

- 17 Art. 148 - À Polícia Militar, força pública estadual, instituição permanente, organizada com base na hierarquia e disciplina militares, competem, entre outras, as seguintes atividades: I - polícia ostensiva de segurança, de trânsito urbano e rodoviário, de florestas e mananciais e a relacionada com a prevenção criminal, preservação e restauração da ordem pública; II - Revogado; IV - a polícia judiciária militar, a ser exercida em relação a seus integrantes, na forma da lei federal; V - a garantia ao exercício do poder de polícia dos órgãos públicos, especialmente os da área fazendária, sanitária, de proteção ambiental, de uso e ocupação do solo e do patrimônio cultural.
- 18 Outrora, o resguardo flagrantado do intento de eliminação da população negra sempre foi o plano de fundo do racismo e produz efeitos determinantes nas relações episódicas de genocídios. A distinção realizada nas abordagens quanto aos estereótipos, às clientelas do sistema penal, são apenas exemplos de questões sociais que enfrenta a nossa política de segurança.
- 19 As policiais nessa época se destinavam a uma parcela do controle social, dirigiam suas habilidades à vigilância das classes perigosas, isto é, dos escravos, dos libertos e dos pobres livres. Na prática suas atribuições eram na repressão aos tumultos de rua, aos pequenos roubos e furtos e a outras condutas sociais indesejadas, como capoeira. A polícia republicana vai internalizando o seu papel de controlar a massa negra. O governo passa a aderir um modelo de polícia francês, com essa influência na formação policial brasileira ela começar a traçar um arcabouço hierarquizado, elas vão adquirindo disciplina, recebem remuneração que vai ser custeada pelo governo.

da guarda nacional. Em seguida a criação da lei n. 3.216 que torna as policiais militares vinculadas ao exército brasileiro²⁰.

Na Constituição de 1946 é consolidado as atribuições militares. A ação violenta é mantida como caráter de legitimidade e justiça. Com o Golpe Militar de 1964 o aparelho policial passa por lapidações na tentativa de promover uma nova ordem política, e a polícia seria de fundamental importância na construção e manutenção do regime autoritário.

3.3 LEGITIMIDADE NA CONDUTA POLICIAL MILITAR

Nessa premissa a violência disseminada pelos aparelhos policiais se direcionou a corpos brancos, isso foi considerado a primeira brutalidade da polícia, tendo em vista que não houve qualquer distinção entre negros e brancos, mas o que caracterizou foi à truculência. Não se trata de uma negativa que o aparato autoritário não incide sobre a população branca em estado de vulnerabilidade, a afirmativa é que os indivíduos negros sempre foram condicionados ao controle penal e reafirmados pelas polícias²¹.

A articulação dos centros urbanos pós-abolição estruturou-se mediante políticas urbanas higienistas e eugenistas que afastaram a população negra dos centros urbanos, e confinando-a nas periferias e favelas, sobrevivendo em meio às precariedades, estabelecendo-se um controle de erradicação que submeterá os negros a uma pobreza urbanizada²².

Foucault (2014, p.134) opera a ideia da “disciplina”²³, o domínio sobre os corpos dos outros, conseqüentemente fabricando corpos submissos e exercitados ou mesmo corpos docilizados. Em geral, os cursos de formação são conduzidos por um adestramento que origina desequilíbrios emocionais e psicológicos. Assim, os indivíduos se modelam disseminando violência e desumanidade para justamente expressar o pensamento do governo, servir a elite que os contratou.

20 Após serem conferidas como forças auxiliares, a participação da polícia militar nas lutas e movimentos de oposição contra o controle político da época, ocorriam revoltas pelos quatro cantos do Brasil, em especial na revolta de canudos onde fica evidente a atuação militar contra o povo negro que denunciava o modelo republicano que estava instituído no Brasil.

21 Vale atentar que o segmento branco dos imigrantes sempre concentrou prioridade de investimentos estatais seja dos nacionais ou das imigrações, porém o discurso de democracia racial estabelece a ideia de pobreza branca como reflexo de uma estruturação econômica mal organizada, enquanto que para os negros a pobreza era sinônimo de um contexto social que repercuta ao longo da história.

22 Neste panorama, os indivíduos recrutados para compor as agências executivas militarizadas são do mesmo grupo populacional, exatamente retirado dos locais onde produzem o público-alvo para criminalização e produção de vitimados. Eles são introjetados em uma formação policial sustentada pelo uso da força, isto porque a uma preferência em atributos físicos, sendo irrelevantes os requisitos intelectuais.

23 “Esses métodos que permitem o controle minucioso das operações do corpo, que realizam a sujeição constante de suas forças e lhes impõem uma relação de docilidade-utilidade, são os que podemos chamar as ‘disciplinas’”.

4. CHACINA DO CABULA

A região do Cabula teve sua história marcada por lutas e resistências. Os quilombolas que fundaram a localidade sempre se opuseram as estruturas raciais formuladas pelo Estado brasileiro. Assim ocorreu em 1807 quando o Quilombo do Cabula foi destruído, também no ano de 1996 foi realizada a Operação Beiru que 52 jovens negros foram assassinados pela polícia em um mês. No ano de 2015 tal ação se repetiu na Vila Moisés, com a operação da RONDESP que culminou na morte de 12 jovens com idades entre 17 e 25 anos.

A Vila Moisés é uma comunidade localizada nas imediações da Estrada das Barreiras, mas que integra o bairro do Cabula, na cidade de Salvador. É um lugar-rejo que tem uma arquitetura formada por becos, moradias simples e lajes. Suas vielas conduzem a um campo de futebol, ao fundo se tem a mata atlântica. Este campo foi palco de um episódio ocorrido na madrugada do dia 06 de fevereiro de 2015 após operação realizada pela Polícia Militar do grupamento da RONDESP (Rondas Especiais) que resultou na morte de 12 pessoas, estas identificadas de sexo masculino, jovens negros residentes daquela comunidade²⁴.

Nesse mesmo desfecho da versão apresentada pela polícia judiciária é ratificada pelo Secretário de Segurança Pública (SSP) Maurício Barbosa que na sua fala é convicto de que os 12 vitimados durante a operação da Polícia Militar pertenciam a uma quadrilha que atuava no bairro da Engomadeira e nas intermediações do Cabula. Afirmando que dos 12 envolvidos 9 apresentavam antecedentes criminais, posteriormente corrige afirmando que apenas 2 tinha registro na folha de antecedentes criminais.

Os familiares dos jovens, inclusive Organizações de Direitos Humanos, Movimentos Sociais, Ordem dos Advogados do Brasil, juristas e aplicadores do Direito entendeu a colocação do Governador como uma afronta aos direitos e garantias fundamentais dos indivíduos, tendo a polícia legitimidade para atuar conforme atribuições constitucionais, observando uso da força como em casos de necessidade. Porém Rui Costa intensificou a bravura da RONDESP na proteção das pessoas de bem, contra os criminosos violentos.²⁵

24 A versão da polícia foi relatada por meio do Delegado-Diretor do DHPP (Departamento de Homicídios e Proteção à Pessoa), que afirma que as investigações perduraram por 4 meses onde foi possível ouvir todos os envolvidos no episódio, bem como testemunhas oculares, moradores, inclusive foi realizada a reconstrução dos fatos que contou com a presença de membros do Ministério Público, da Defensoria Pública, das respectivas Corregedorias Militar e Civil, a participação do Representante da Secretaria de Segurança Pública e mesmo dos meios de comunicação que publicitaram apenas atos permitidos pela autoridade policial, dessa forma ficou concluído através de laudos que naquela madrugada houve um confronto entre policias e suspeitos de planejarem um possível delito em estabelecimento bancário

25 “A Polícia Militar que eu imagino e quero construir no estado é uma PM que respeite o cidadão e atue sempre dentro da legalidade. A polícia, assim como manda a Constituição e a lei, tem que definir a cada momento e nem sempre é fácil fazer isso qual o limite de energia e de força necessário para conter cada situação tem que ter a frieza necessária e a calma necessárias para tomar a decisão certa e a definição e a escolha muitas vezes não resta muito tempo são alguns segundos que precisa decidir. É como um artilheiro em frente ao gol que tenta decidir, em alguns segundos, como é que ele vai botar a bola dentro do gol, pra

Diante de uma exibição do programa Profissão Repórter da emissora Rede Globo de Televisão, foi ao ar no dia 24 de fevereiro de 2015, os moradores da localidade relatando fatos ocorridos na noite da execução de 12 jovens. Estes mesmos moradores não quiseram ser identificados e preferiram não aparecer permitindo somente o áudio da entrevista, pois temem represálias além de não ter coragem de ir até as unidades para relatar o que viram com medo de represálias.

Conforme o Promotor conta, o crime teve como fundamento uma ação ocorrida dias antes na mesma localidade que acabou ferindo um tenente. Acrescenta que “Dez dias antes da situação, houve uma operação policial mal sucedida que envolveu três dos suspeitos que estavam na mesma situação lá do Cabula. Como o tenente tomou um tiro no pé, esse fato desencadeou toda a ação”. Ele afirma que a ação não foi deflagrada pela corporação, mas por alguns policiais como forma de vingança. Testemunhas ainda afirmaram em depoimentos que ouviram muitos tiros disparados pelos PMs, e posteriormente ocorreram tiros espaçados. “Davam três ou quatro tiros e paravam. Depois mais três ou quatro tiros e paravam novamente”²⁶.

A magistrada Marinalva Almeida Moitinho que substituiu o então juiz Vilebaldo José de Freitas Pereira que se ausentou para usufruir férias, titular da Vara do Tribunal do Júri onde tramita o processo. A juíza substituta prolatou a sentença da qual fundamenta a ação dos nove policiais militares acusados por homicídio qualificado em legítima defesa.

A Chacina do Cabula demonstra a visão real de extermínio contra jovens negros dentro de um sistema apadrinhado pelos representantes do Estado²⁷ existe uma polícia violenta que tortura e mata com empenho de ser taxado herói, porque é dessa forma que a sociedade esboça. Contudo, em um Estado tabulado como democrático de direito, os marginalizados da sociedade devem ter o direito de defesa reconhecido. Até porque estaríamos resgatando a volta dos suplícios, onde a sociedade civil aplaudia as penas e execuções físicas em praças públicas²⁸.

fazer o gol. Depois que a jogada termina, se foi um golaço, todos os torcedores da arquibancada irão bater palmas e a cena vai ser repetida várias vezes na televisão. Se o gol for perdido, o artilheiro vai ser condenado, porque se tivesse chutado daquele jeito ou jogado daquele outro, a bola teria entrado. Nós defendemos, assim como um bom artilheiro, acertar mais do que errar. E vocês terão sempre um governador disposto a não medir esforços, a defender desde o praça ao oficial, a todos que agirem com a energia necessária, mas dentro da lei” – FALA DO GOVERNADOR.

26 O Ministério Público tem certeza que foi uma execução. Diante de toda a prova acareada aos autos, sobretudo a prova pericial dá conta de que, naquele dia, houve uma execução de vários seres humanos na qual resultou na morte de 12 pessoas e ferimento de mais seis. Os laudos de exame cadavérico descrevem as trajetórias das balas, o exame de balística, local do crime, trajetória de automóvel. Ou seja, o conjunto probatório de toda a prova pericial, aliada aos depoimentos de vítimas sobreviventes e de algumas testemunhas que nós ouvimos, mostram que foi execução.

27 Jornais de grande circulação na cidade de Salvador através de acessos a laudos periciais realizados divulgaram que alguns dos mortos na Chacina apresentam perfurações na palma das mãos, nos braços e antebraços, e que quatro baleados tinham vestígios de pólvora nas mãos e a maioria apresentavam pelo menos cinco marcas de tiros, alguns desses disparados eram a curtas distâncias (menos de 1,5 metro).

28 Os diversos grupos militantes que atuam contra as brutalidades policiais, a seletividade do sistema penal, bem como do genocídio da juventude negra repudiaram as ações policiais e saíram em defesa às vítimas daquele genocídio e seus familiares. Particularmente o movimento. Reaja ou Será Morto, nas palavras de Hamilton dos Santos evidencia que a polícia invariavelmente para justificar esses assassinatos - ela diz - que são bandidos e que tem passagem pela polícia, como se isso justificasse bandidos,

CONSIDERAÇÕES FINAIS

diante do exposto, o trabalho foi desenvolvido com a construção histórica que legitimou a polícia militar para as suas condutas lesivas. Tende a sistematizar a história do Brasil e sedimentar a estruturação dos períodos históricos que transcenderam a metodologia racista, opressora e genocida da elite branca. Com base no controle social direcionado aos negros, tidos como inferiores e desprovidos de direitos.

É dentro dessa linha expositiva que foi contextualizada as operações desastrosas de policiais militares, com a análise da chacina no Cabula uma das práticas genocidas que foi deflagrada pela PM com a aprovação dos gestores públicos, que viram na execução sumária uma forma de higienizar os negros enfatizando-os como criminosos.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

AZEVEDO, Celia Maria Marinho de. **Onda negra, medo branco: o negro no imaginário das elites – século XIX**. Rio de Janeiro: Paz e Terra, vol. 6, 1987

BATISTA, Nilo. **Introdução crítica ao direito penal brasileiro**. 11. Ed. Rio de Janeiro: Revan, 2007.

BORTONI, Larissa; OLIVEIRA, Nelson. **Papel e atuação da polícia militar são questionado pela sociedade e por estudiosos**. Disponível em <<http://www12.senado.leg.br/noticias/materias/2013/11/25/papel-e-atuacao-da-policia-militar-sao-questionados-pela-sociedade-e-estudiosos>> Acesso em 15 de maio. 2017, 20:15:46.

BRASIL. **ATLAS DA VIOLÊNCIA - Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada e Fórum Brasileiro de Segurança Pública 2017** Disponível em: <http://www.ipea.gov.br/portal/images/170602_atlas_da_violencia_2017.pdf> Acesso em 28 de maio. 2017, 20:08:05.

BRASIL. **CARTILHA DE ORIENTAÇÃO POLICIAL**: tatuagens: Desvendando segredos - Secretaria da Segurança Pública do Estado da Bahia: SILVA, Alden José Lázaro da. Tatuagem: desvendando segredos. / Alden José L. da Silva. – Salvador: Magic Gráfica, 2011.73 p.: il. Contém fotografias.1. Segurança Pública. 2. Tatuagem – tipificação criminal. 3. Tatuagem – facções criminosas. 4. Primeiro Comando da Capital – PCC. 5. Comando Vermelho. 6. Yakuza. 7. Máfia Russa. 8. Amigos dos Amigos.

BRASIL. Jurisprudência. Decisão da Juíza Marinalva. Disponível em: <<https://pt.scribd.com/document/273309707/Juiza-Marivalda-Moutinho-absolve-PMs-acusados-de-execucao-em-Salvador-na-chamada-Chacina-de-Cabula>> Acesso em 25 maio. 2017, 18:06:40

BRASIL. **PROJETO DE RESOLUÇÃO DE 2015** (Da Comissão Parlamentar de Inquérito destinada a apurar as causas, razões, consequências, custos sociais e econômicos da violência, morte e desaparecimento de jovens negros e pobres no Brasil - CPIJOVEM).

BREVE HISTÓRICO DA PMBA. Disponível em <http://www.pm.ba.gov.br/index.php?option=com_content&view=article&id=446&Itemid=429> Acesso em 01 maio. 2017, 10:00:00

CARDOSO, Aderivaldo Martins. **A polícia e a sociedade bandida. Desmilitarização das polícias, uma mudança cultural ou uma questão de sobrevivência?** 2007. Disponível em:< <https://>

peças que tem passagem pela polícia serem mortas, no Brasil, não se tem a pena capital, mas parece que está instituída intrinsecamente.

aderivaldo23.files.wordpress.com/2010/02/livro-de1.doc> Acesso em 28 abril. 2017, 19:31:00

CASA CIVIL: Constituição Estadual da Bahia. Disponível em: < <http://www.legislabahia.ba.gov.br/verdoc.php?id=73273>> Acesso em 10 de maio. 2017, 18:15:00

_____. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF: Senado, 1988.

COSTA, Arthur Trindade Maranhão. **Entre a lei e a ordem: violência e reforma nas polícias do Rio de Janeiro e Nova York**. Rio de Janeiro: FGV, 2004.

DE BARROS, Rodrigo Janot Monteiro – Secretaria de Comunicação da Procuradoria-Geral da República. **PGR pede federalização das investigações da Chacina do Cabula**. 23 jun. 2016. Disponível em: <http://www.mpf.mp.br/pgr/noticias-pgr/pgr-pede-federalizacao-das-investigacoes-da-chacina-do-cabula>. Acesso em 25 maio. 2017, 18:06:40

DO G1 BA. **SSP divulga áudios e diz que mortos no Cabula têm ligação com quadrilha**. Disponível em: <<http://g1.globo.com/bahia/noticia/2015/07/ssp-divulga-audios-e-diz-que-mortos-no-cabula-tem-ligacao-com-quadrilha.html>> Acesso em 20 de maio. 2017, 14:21:15.

DUARTE, Evandro C. Piza. **Criminologia e Racismo: Introdução ao processo de recepção das teorias criminológicas no Brasil**. Dissertação de Mestrado – Universidade Federal de Santa Catarina, Florianópolis: 1988.

FLAUZINA, Ana Luiza Pinheiro. **Corpo negro caído no chão: o sistema penal e o projeto genocida do Estado Brasileiro**. Dissertação de Mestrado - Universidade de Brasília, Brasília: 2006.

FOUCAULT, Michel. **Vigiar e Punir: nascimento da prisão: tradução de Raquel Ramallete**. 42. Ed. Rio de Janeiro - Petrópolis: Vozes, 2014.

GIL, Antonio Carlos. **Como elaborar projeto de pesquisa**. Ed. 4. Atlas: São Paulo, 2002.

NASCIMENTO, Abdias do. **O genocídio do negro brasileiro – O processo de um racismo mascarado**. São Paulo: Paz e Terra, 1978.

PRADO, Luiz Regis.; MAÍLLO, Alfonso Serrano. **Curso de Criminologia**. 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais.

PROFISSÃO REPÓRTER. **Mortes por PMs teve aumento de 80% em um ano em São Paulo**. 24 fev. 2015. Disponível em: <<http://g1.globo.com/profissao-reporter/videos/t/programas/v/mortes-por-pms-teve-aumento-de-80-em-um-ano-em-sao-paulo-parte-1/3990785/>> Acesso em 25 maio. 2017, 07:06:07.

REIS, Dyane Brito. **A marca de Caim: As características que identificam o “suspeito”, segundo relatos de policiais militares**. Caderno CRH, n 36, p. 181-196, jan/jun. 2002.

RELATÓRIO FINAL CPI ASSASSINATO DE JOVENS - Relator Senador Lindbergh Farias.

RODRIGUES, Nina. **As raças humanas e a responsabilidade penal no Brasil**. Salvador: Progresso, 1957.

SILVA FILHO, José Carlos Moreira da. Da “invasão” da América aos sistema penais de hoje: O discurso da “inferioridade” latino-americana. Cap.14, p. 343-391. In:

WOLKMWER, Antonio Carlos (org.). **Fundamentos de História do Direito**. 7. Ed. Belo Horizonte: del Rey, 2012.

SECOM – Governo da Bahia. **Rui Costa sobre operação da Rondesp na Estrada das Barreiras**. Youtube, 06 fev. 2015. Disponível em: <<https://www.youtube.com/watch?v=Im2YKABgMNo>> Acesso em 20 de maio. 2017, 14:54:15.

SOUZA, Adilson Paes de. **A educação em direitos humanos na polícia militar**. Dissertação de Mestrado – Universidade de São Paulo, São Paulo: 2012.

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DA BAHIA. **Sentença**. Disponível em: <<http://esaj.tjba.jus.br/esaj/portal.do?servico=190100>> Acesso em 25 maio. 2017, 18:50:40.

VIDA, Samuel. **Operação Quilombo e o republicanismo baiano**. O Jornal A Tarde de hoje, 09.04.2013, na página A5- <http://correionago.ning.com/profiles/blogs/opera-o-quilombo-e-o-republicanismo-baiano>.

VIDA, Samuel Santana. **Racismo Institucional e decolonialidade**. II Seminário Interno do Programa Direito e Relações Raciais – UFBA – (no prelo) – Salvador: 2017.

WEHLING, Arno. O escravo ante a lei civil e a lei penal no império (1822-1871). Cap. 18, p. 469-490. In: WOLKMWER, Antonio Carlos (org.). **Fundamentos de História do Direito**. 6. Ed. Belo Horizonte: del Rey, 2011.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl. **Em busca das penas perdidas: a perda da legitimidade do sistema penal**. 5. Ed. Rio de Janeiro: Revan, 2001.

A APLICAÇÃO DAS AUDIÊNCIAS DE CUSTÓDIA (APRESENTAÇÃO) NO ESTADO DO PIAUÍ: IMPLANTAÇÃO, LIMITAÇÕES E PERSPECTIVAS

PAULO VICTOR LEÔNCIO CHAVES¹

INTRODUÇÃO

A audiência de custódia, ou como prefere, de acordo com o ponto de visto técnico-teórico, alguma parcela da academia, audiência de apresentação, foi efetivamente introduzida, no ordenamento jurídico brasileiro, com a Resolução nº 213, de 15 de dezembro de 2015, do Conselho Nacional de Justiça, considerando, entre outros aspectos, o art. 9º, item 3, do Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos das Nações Unidas, o art. 7º, item 5, da Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica), e a decisão proferida pelo Supremo Tribunal Federal – STF no julgamento das medidas cautelares na Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 347.

No estado do Piauí, ela fora introduzida mediante a adesão, tanto do Governo do Estado, quanto do Tribunal de Justiça do Estado do Piauí, ao Termo de Cooperação Técnica n. 007/2015, celebrado entre o Ministério da Justiça, o Conselho Nacional de Justiça (CNJ) e Instituto de Defesa do Direito de Defesa (IDDD).

Entre as razões que a fundamentam estão a necessidade de fazer cumprir as disposições dos tratados internacionais de que é signatário o Brasil, que dispõem sobre o direito da pessoa presa ser conduzida à autoridade judicial para que esta afira as condições em que realizada a prisão e decida pela manutenção da construção cautelar ou pela concessão de liberdade provisória com ou sem aplicação de medida cautelar diversa da prisão.

Outro aspecto que fundamenta a regulamentação da referida audiência, este principalmente vertido no corpo da decisão proferida no julgamento das medidas cautelares da ADPF 347 pelo STF, é o de que a realização das audiências de apresentação/custódia poderia impactar positivamente na situação do sistema penitenciário com a expectativa de redução da população carcerária, mormente

1 Estudante da Graduação em Direito da Universidade Federal do Piauí – UFPI; Voluntário do Centro de Assessoria Jurídica Universitária Popular de Teresina – Projeto Cajuína e Discente do Programa de Iniciação Científica Voluntária – ICV, da Pró-Reitoria de Pesquisa e Inovação da UFPI; Membro do Núcleo Criminal da Assessoria Técnica em Direitos Humanos – Coletivo Antônia Flor. Servidor público federal. E-mail: pvictorlc@gmail.com.

a parcela submetida a prisões provisórias, isto é, sem condenação criminal, com ou sem trânsito em julgado.

Neste trabalho, buscar-se-á, a partir de uma análise de dados oficiais fornecidos tanto pelo Tribunal de Justiça do Estado do Piauí (TJPI), por meio de sua Central de Inquéritos, quanto pelos dados públicos disponibilizados pelo CNJ e pelo Departamento Penitenciário – DEPEN, vinculado ao Ministério da Justiça e Segurança Pública, apresentar resultados da implementação das audiências de custódia, com o respectivo delineamento de desafios e expectativas que podem advir da implantação.

O CONTEXTO DE IMPLANTAÇÃO E O PARADIGMA ATUAL

Desde a adesão do TJPI e do Governo do Estado do Piauí ao Termo de Cooperação Técnica n. 007/2015, em agosto de 2015, as audiências de custódia passaram a ocorrer no estado, inicialmente apenas na capital, a cargo do juízo da Central de Inquéritos de Teresina, nos dias úteis, e mediante escalas de plantões em feriados e finais de semana.

Posteriormente, a realização das audiências foi estendida para a comarca de Parnaíba, na região norte do estado, e, mais recentemente, com a edição da Resolução nº 128/2019, da Presidência do TJPI e da Corregedoria-Geral de Justiça, o modelo de realização das audiências em dias úteis foi estendido a todas as comarcas do estado.

Nesta resolução mais recente há disposição a respeito da realização das audiências de custódia aos finais de semana, que, no interior do estado, observarão o critério de regionalização, a ser eventualmente regulamentado de forma mais precisa pela Corregedoria-Geral de Justiça, haja vista a necessidade articulação de órgãos como o Ministério Público e a Defensoria Pública do Estado do Piauí.

Diferentemente de outras unidades da federação, como o Distrito Federal, por exemplo, há núcleo específico da Defensoria Pública do Estado do Piauí, bem como do TJPI, com atuação nas audiências de custódia que ocorrem nos dias úteis, sendo que as audiências ocorridas aos finais de semana e feriados seguem a sistemática de plantões, o que contribui de forma minimamente positiva com a prestação de assistência jurídica à pessoa presa, especialmente à pessoa pobre e que não pode custear advogado particular.

OS PRIMEIROS RESULTADOS

Em sede de análise de dados, levando em conta as informações oficiais disponibilizadas pelo DEPEN e pelo CNJ, e, tendo em vista um dos fundamentos principais para a execução do plano de pôr em prática a realização das audiências de custódia, qual seja, a redução dos índices de encarceramento, haja vista

a potencial redução de prisões provisórias, será observada, no presente artigo, a variação percebida desde o censo penitenciário anterior ao projeto (2014) até os dados mais recentes fornecidos pelo CNJ (2018).

Em dezembro de 2014, segundo dados do DEPEN, a população penitenciária era de 584.758 pessoas, dentre os quais 212.224 seriam presos sem condenação, representando, assim, cerca de 36,29% da população carcerária composta por presos provisórios. Em dezembro de 2015, já com o “Projeto Audiência de Custódia” em curso em algumas capitais do país, os dados do DEPEN indicam um quantitativo total de 663.155 pessoas no sistema penitenciário, sendo 226.323 de presos sem condenação, o que representa 34,12% de presos provisórios na população carcerária.

Já no primeiro comparativo, identifica-se algo que se pode considerar um “falso impacto positivo” eis que, inobstante tenha havido discreta redução no percentual de presos provisórios (cerca de - 2,17%), a elevação dos números absolutos (cerca de + 13,4%) conduz a conclusão exatamente oposta, sendo possível afirmar, na verdade, a elevação do número de prisões provisórias no Brasil (cerca de + 6,64%).

O Levantamento Nacional de Informações Penitenciária, atualizado até junho de 2016, aponta os seguintes dados:

Brasil - Junho de 2016	
População prisional	726.712
Sistema Penitenciário	689.510
Secretarias de Segurança/ Carceragens de delegacias	36.765
Sistema Penitenciário Federal	437
Vagas	368.049
Déficit de vagas	358.663
Taxa de ocupação	197,4%
Taxa de aprisionamento	352,6

Fonte: Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias - Infopen, Junho/2016. Secretaria Nacional de Segurança Pública, Junho/2016; Fórum Brasileiro de Segurança Pública, dezembro/2015; IBGE, 2016.

Ainda segundo os dados de 2016 do INFOPEN/DEPEN, das 726.712 pessoas privadas de liberdade, 292.450, o que representa 40,2 %, seriam presos

sem condenação, isto é, constrictos em decorrência de prisões provisórias, revelando, portanto, significativa elevação deste índice se comparado com os dados dos anos anteriores. Certamente as informações constantes do relatório de 2016, haja vista a maior completude, abrangência e complexidade dos registros, são dotadas de maior confiabilidade.

Ainda não há dados fornecidos pelo DEPEN sobre períodos posteriores a 2016, todavia, no ano de 2018, o CNJ disponibilizou documento intitulado “Cadastro Nacional de Presos”, proveniente do Banco Nacional de Monitoramento de Prisões (BNMP 2.0). Este relatório apresenta números da ordem de 602.217 pessoas privadas de liberdade, todavia, o próprio relatório menciona a imprecisão dos dados ali fornecidos haja vista estarem incompletos, considerando que estados como São Paulo e Rio Grande do Sul não teriam apresentado as informações ao tempo da disponibilização do documento.

Do total apresentado no BNMP 2.0, 40,14% (241.090) dos presos penais não possuem condenação, ou seja, estão presos cautelarmente. Dos demais, 24,72% (148.472) são presos condenados em cumprimento de “execução provisória da pena” e os restantes 35,15% (211.107) estão presos em cumprimento de execução definitiva de pena. Inobstante o *nomen juris* atribuído à natureza da prisão penal, pode-se observar que o total de presos provisórios no Brasil representa a parcela de 64,86% dos presos penais, considerando, aqui, prisão provisória aquela em que não passada em julgado a condenação imposta sobre a pessoa presa.

Releva observar, oportunamente, que os relatórios apresentados pelo DEPEN até o ano de 2016 não apresentam informações a respeito da chamada “execução provisória da pena”, fazendo-o apenas com a indicação de “presos sem condenação”, o que se presume a inclusão das pessoas em cumprimento provisório de pena nos índices remanescentes, isto é, “misturadas” com as pessoas em cumprimento definitivo de sentença condenatória.

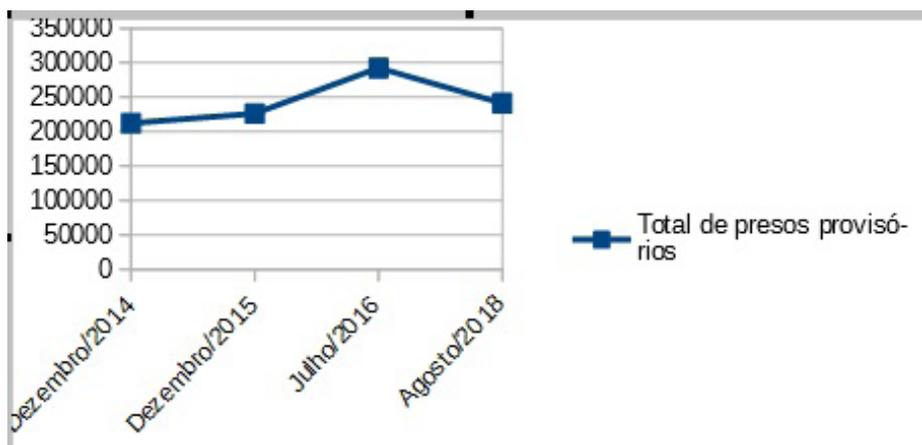
Voltando os olhos para a progressão da população prisional no tempo, até o ano de 2016, tínhamos a seguinte situação:



Fonte: Ministério da Justiça. A partir de 2005, dados do Infopen.

O relatório apresentado pelo CNJ em 2018 (BNMP 2.0) não apresenta variação similar. Acredita-se que se deva ao fato de ser relatório incompleto, como já antes mencionado, o que pode provocar deduções equivocadas desde os dados apresentados.

Centrando a análise especificamente sobre as prisões provisórias, desde dezembro de 2014 até agosto de 2018, temos a seguinte variação:



Fonte: elaboração própria, a partir dos dados do DEPEN e do CNJ.

Inobstante os dados apontem redução da quantidade de presos provisórios no período compreendido entre 2016 e 2018, vale ressaltar para a informação sobre a incompletude dos dados disponibilizados pelo CNJ no BNMP 2.0 de 2018. Importante é observar, no entanto que, de dezembro de 2014, período anterior ao Projeto Audiência de Custódia, aos períodos posteriores à instalação do projeto (dezembro/2015, julho/2016 e agosto/2018), verificou-se elevação do número de prisões provisórias, denotando-se, a priori, ineficácia das audiências de custódia como medida de descarcerização.

Os relatórios do DEPEN dos anos de 2014 e 2015 não apresentam informações por estado da federação, sendo possível analisar tal variação apenas entre o ano de 2016 e o ano de 2018. Neste período, em comparativo, em 17 (dezesete) estados, diminuíram-se os percentuais de presos provisórios, entre eles o estado do Piauí (55% em 2016; 44,74% em 2018). Em outros 08 (oito) estados e no Distrito Federal, os índices de prisões provisórias foram aumentados no período analisado². Ressalte-se, aliás, o alarmante índice de presos provisórios em função de processos que tramitam em tribunais federais que passou de 27,2%, em 2016, para 82,71%, em 2018.

² Não há dados para o estado do Rio Grande do Sul no relatório de 2018, disponibilizado pelo CNJ.

Ainda segundo os dados mais recentes, em 05 (cinco) estados, mais da metade da população carcerária é composta de presos provisórios. São eles: Alagoas (64,45%), Amazonas (57,51%), Ceará (53,37%), Rio de Janeiro (58,07%), Sergipe (62,83%). Com exceção de Alagoas e Rio de Janeiro, os demais registraram diminuição dos índices de encarceramento provisório no período analisado (2016-2018).

A respeito do estado do Piauí, objeto principal desta pesquisa, embora os dados gerais apontem redução do número de prisões provisórias, em comparação ao número total de pessoas presas, tem-se verificado elevado índice de decretação de prisões preventivas nas audiências de custódia.

Segundo dados fornecidos pela Central de Inquéritos do Tribunal de Justiça do Estado do Piauí, no período compreendido entre agosto de 2017 e julho de 2018, portanto, anterior ao relatório do CNJ, apenas na capital (Teresina), 1.119 prisões em flagrante foram convertidas em prisão preventiva, em um universo de 2.196, o que representa 50,96% de ocorrência de cerceamento cautelar corporal.

Considerando que o percentual estadual é inferior ao percentual da capital, ademais da variabilidade dos índices, isto é, o percentual de agosto de 2017 não é o mesmo de agosto de 2018, é possível concluir, no entanto, que o impacto produzido pelas audiências de custódia nas prisões provisórias no estado do Piauí foi pouco significativo. A conclusão é extensível ao resto do país.

PARADIGMAS, DESAFIOS E PERSPECTIVAS

Desde o julgamento das medidas cautelares da ADPF 347, pelo STF, e a edição da Resolução nº 213/2015, do CNJ, muito se tem discutido, no âmbito acadêmico, sobre as potencialidades e contribuições das audiências de custódia para a (re)construção de um caminho democrático no direito processual penal brasileiro, mormente com fundamento no paradigma da proteção dos direitos humanos.

Lopes Jr. & Paiva (2014) enunciam a audiência de custódia como uma faísca da evolução civilizatória do processo penal eis que ela se propõe a que “(i) se faça cessar eventuais atos de maus tratos ou de tortura e, também, (ii) para que se promova um espaço democrático de discussão acerca da legalidade e da necessidade da prisão”. A prevalência da necessidade de atuação diligente do Poder Judiciário na proteção dos direitos humanos é paradigma que deve reger a condução das audiências de custódia.

Em confronto com o caos característico do sistema penitenciário brasileiro, o manejo das audiências de apresentação exsurge como alternativa possível para o enfrentamento, já que a discussão na via democrática do contraditório pode

evitar decretações de prisão preventivas nas situações em que estas não sejam necessárias. Na avaliação traçada por Cordeiro & Coutinho (2018, pp. 79-80) “*a audiência de custódia é importante reforço ao enfrentamento do drama prisional. Isso porque determina que todo aquele que for preso em flagrante deve ser levado à presença da autoridade judicial, no prazo de 24 horas, para que esta avalie a legalidade e necessidade de manutenção da prisão*”.

Desafios e críticas, todavia, há para a plena implantação das audiências de custódia no país, os quais vão desde uma alegada inexistência de previsão legal para tanto até formulações de impressões pessoais sobre a desnecessidade do instituto e sua ineficácia constatável (NUCCI, 2015).

Efetivamente, das promessas declaradas para as audiências de custódia, a de diminuição da população prisional talvez seja a mais distante de se alcançar, mormente porque a opção pelo aprisionamento, no Brasil, anda longe de ser, de fato, a *ultima ratio*. As alterações havidas na sistemática de prisões preventivas no processo penal brasileiro remontam a 2011, no entanto ainda se vê a permanência do recurso à prisão, caracterizando, assim, a liberdade provisória como excepcional e a subutilização das medidas cautelares diversas da constrição física.

Os dados apresentados outrora revelam que, de fato, o impacto positivo desejado não ocorrera, mas, ao revés, verificou-se, em verdade, um incremento no número de prisões provisórias o que, realmente, conduz-nos a questionar sobre a efetividade do instituto, não na sua concepção, ante a necessária prevalência dos direitos humanos no estado democrático de direito, mas na sua execução, dadas as características do fazer judicial cotidiano, afinal, conforme aduz Ferreira (2017, p. 291), a audiência de custódia é ato processual, e, portanto, sujeito à criminalização secundária.

Ainda segundo esta autora, em pesquisa etnográfica sobre a aplicação das audiências de custódia no Distrito Federal, constatou-se que “*A cultura punitiva supera as expectativas de um encontro que deveria produzir novas informações, novos sentidos*” (FERREIRA, 2017, p. 296). Nesse sentido, as promessas declaradas pelo instituto não encontram resultado e efetividade na prática forense, funcionando mais como um mecanismo de reprodução de estereótipos, o que veladamente já tinha sido assumido³ por Nucci (2015).

3 É relevante aqui destacar o uso da palavra “assumido”, fazendo-o no sentido de “declarado”, afinal o autor aqui referenciado é, também, magistrado de carreira, e, nas suas palavras: “*De minha parte, continuarei a ler atentamente as peças escritas de habeas corpus e soltar quem considero merecer, seja pela ilegalidade da prisão, seja porque faz jus à liberdade provisória. E se for esta a vontade do STF, ouvirei sem problema o preso, mas continuarei mantendo a prisão cautelar ou concedendo liberdade provisória, de acordo com a lei – e não com lamúria de pessoa detida, por vezes, autora de crime grave.*” (NUCCI, 2015).

CONSIDERAÇÕES CONCLUSIVAS

Os resultados vistos têm demonstrado que o projeto de descarcerização não tem um bom futuro se não vier acompanhado de uma virada cultural e estrutural de funcionamento das instâncias de poder, especialmente aquelas responsáveis pelo processo de criminalização secundária, hoje destinatárias das audiências de custódia.

A perspectiva de diminuição dos índices de superencarceramento que assolam o Brasil, no entanto, não pode se perder nos primeiros resultados, afinal o Projeto Audiência de Custódia ainda não atingiu a sua plenitude de funcionamento (em todas as comarcas do país), aspecto que, uma vez ultimado, pode conduzir a novas reflexões, inclusive ao próprio sistema de justiça criminal, sobre seu funcionamento e as funções que presta à sociedade.

É preciso o fortalecimento permanente da cultura da liberdade e da excepcionalidade da prisão, e não o oposto. A declaração do sistema penitenciário brasileiro como um “estado de coisas inconstitucional” há de ser baliza para a atuação das instâncias de controle penal, especialmente o Poder Judiciário, que é o detentor de poder final nas decisões sobre prisão e liberdade.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- BRASIL. Bnmp 2.0 – Banco Nacional de Monitoramento de Prisões. Conselho Nacional de Justiça. *Cadastro Nacional de Presos*. Brasília: Cnj, 2018. 100 p.
- BRASIL. *Levantamento nacional de informações penitenciárias*: INFOPEN Atualização – junho de 2016 – Brasília, Ministério da Justiça e Segurança Pública. Departamento Penitenciário Nacional, 2017. 65 p.
- BRASIL. Resolução do Conselho Nacional de Justiça nº 213, de 15 de dezembro de 2015. Dispõe sobre a apresentação de toda pessoa presa à autoridade judicial no prazo de 24 horas.. Brasília, DF.
- CORDEIRO, Néfi; COUTINHO, Nilton Carlos de Almeida. A audiência de custódia e seu papel como instrumento constitucional de concretização de direitos. *Revista de Estudos Constitucionais, Hermenêutica e Teoria do Direito*, [s.l.], v. 10, n. 1, p.76-88, 27 abr. 2018. UNISINOS – Universidade do Vale do Rio Dos Sinos. <http://dx.doi.org/10.4013/rechtd.2018.101.06>.
- FERREIRA, Carolina Costa. Audiências de custódia: instituto de descarcerização ou de reafirmação de estereótipos? | Custody hearings. *Revista Justiça do Direito*, [s.l.], v. 31, n. 2, p.279-303, 6 set. 2017. UPF Editora. <http://dx.doi.org/10.5335/rjd.v31i2.7153>.
- LOPES JR. Aury Celso Lima; PAIVA, Caio. A audiência de custódia e a imediata apresentação do preso ao juiz: rumo à evolução civilizatória do processo penal. *Revista da Defensoria Pública do Estado do Rio Grande do Sul*, v. 1, p. 161-182, 2014.
- MESQUITA, Ivonaldo da Silva; PEREIRA, Natália Ila Veras. A audiência de custódia como direito humano fundamental à luz das garantias constitucionais e internacionais. *Revista de Direitos Humanos e Efetividade*, v. 1, n. 2, p. 19-42, jul.-dez./2015.
- NUCCI, Guilherme de Souza. *Os mitos da audiência de custódia*. 2015. Disponível em: <<http://www.guilhermenucci.com.br/artigo/os-mitos-da-audiencia-de-custodia-2>>. Acesso em: 22 maio 2019.

A INFLUÊNCIA DA TEORIA DO ETIQUETAMENTO NA DEMOCRACIA PENAL: UMA ANÁLISE BASEADA NO FILME A ESPERA DO MILAGRE

REBECA DE SOUZA VIEIRA¹

INTRODUÇÃO

O Direito e o cinema vem nas últimas décadas ganhando respaldo para estudos, neste sentido o presente trabalho propõe a análise do filme sob a ótica criminológica e de sua influência no processo penal democrático.

O filme em análise foi estreado em 1999, mas só chegou ao Brasil em março de 2000, ele foi dirigido por Frank Darabont, que baseou-se no livro que foi lançado em 1996, escrito por Stephen King.

O filme narra a história de Paul, diretor do corredor de execuções, a partir do seu encontro com John Coffe; logo o diretor descobre que Coffe é um verdadeiro milagre vivo. O encontro ocorreu, porque John foi condenado a pena de morte, por conta de um crime que não cometeu; durante o período que fica preso esperando a execução realiza alguns milagre, além de ter um poder telepático de sentir os outros.

O artigo abordará o resumo da obra para que o leitor entenda o que o filme relata; a narrativa do delito que ele foi imputado; a apresentação da teoria do etiquetamento, que visa a partir de ações sociais e jurídicas, tipificar condutas como marginais, criando nos indivíduos rótulos, incidido o rótulo em três esferas da criminalização, a primária que incide assim que a conduta é tipificada, a secundária quando o sujeito começa a sofrer o controle social e por fim quando ele é entra no sistema de sanção estatal.

Um outro parágrafo para arguir sobre a justiça retributiva, como ela está entranhada na noção de retribuir dor em favor da proteção do bens que já foi

1 Graduanda em Direito pelo Centro Universitário Jorge Amado, assessora do Patronato de Presos e Egressos do Estado da Bahia (PPEBA), membra do Grupo de Estudos Avançados - Sistema Penal e Necropolítica -IBCCRIM/BA- Instituto Brasileiro de Ciências Criminais (2019) , membra do grupo de iniciação científica Núcleo de Estudo sobre Justiça Restaurativa ? NEJUR no Centro Universitário Jorge Amado (2016- atual), membra do grupo de pesquisa em Direito Arte e Literatura na Universidade Federal da Bahia/UFBA (2018- atual), membra do Grupo de Estudo Estudos sobre Pierre Bourdieu e Antônio Bispo - Rompendo Fronteiras da Universidade Federal da Bahia/UFBA-2019, membra do Grupo de Estudo Estudos sobre Culpabilidade e Responsabilidade Penal na Universidade Federal da Bahia/UFBA-2019 membra do CCRIM - Centro de Ciências Criminais Professor Raul Chaves-2019.

violado; no outro parágrafo será abordado o processo penal democrático e por último como à teoria do etiquetamento influencia diretamente em princípios do processo penal.

Partindo assim para a conclusão, com o intuito de analisar o caso de John sob a ótica dos capítulos anteriores apresentados, expressando assim o objetivo do trabalho em responder ao questionamento.

Como no estudo sobre Direito e Cinema, ainda existem diversas controvérsias metodológicas, por ser análises novas para o âmbito das ciências criminais, e por não existir um consenso do entendimento metodológico, o trabalho adotou o procedimento bibliográfico dando subsídio para a pesquisas e o procedimento de estudo de caso, por analisar a obra e o caso exposto, partindo assim do método dedutivo indo da análise geral dos tópicos trazidos no texto, para chegar a resposta lógica ao questionamento, não querendo generalizar essa análise as demais obras cinematográficas, utilizando assim de uma abordagem qualitativa.

1. O FILME “A ESPERA DE UM MILAGRE”

A história de John Coffey é contada na velhice de Paul Edgecomb para Elaine, sua amiga no asilo, ele conta a ela do tempo que foi diretor de corredor verde,² na penitenciária da cidade de Louisiana, ele começa a contar como era o corredor até o dia da chegada John, ele era maior que qualquer um dos homens do batalhão, veio trazido por Percy, que é um dos oficiais, o inconsequente, indesejado e sádico; que vinham gritando no corredor “homem morto andando, temos um homem morto andando aqui”, se referindo a John, assim que ele entrega a Paul, recebe a ordem de sair do local, para que o diretor possa conversar com o novo prisioneiro, e ao sair quebrar três dedos de Eduard Delacroix³, com uma batida de porrete contra sua mão e a grade da cela.

Neste momento o diretor e os demais oficiais, os senhores Brutus Howell, Dean Stanton e Harry Terwilliger, seus fiéis amigos pessoais e colegas de trabalho, tem o primeiro diálogo com John, retirando dele as algemas e explicando que qualquer emergência, ele pode chamar um dos quatro, neste instante, ele os indaga sobre a luz, porque tem medo do escuro, e o diretor diz que as luzes do corredor ficam acesas a noite toda, e ele como forma de reconhecimento e acordo, faz sinal para apertar a mão do diretor, que se assusta, mas logo aperta a mão dele.

Paul pega a pasta e começa a ler o crime que Coffey; logo após ele tem uma conversa com o diretor da prisão Warden Hal Moores, que traz a guia de exe-

2 Local onde os homens condenados com pena de morte eram levados até a expedição da guia de execução, com data e horário para a morte.

3 Prisioneiro sentenciado a execução na cadeira elétrica e é apelidado de Del.

cução do Sr. Arlen, um condenado; na cena subsequente aparece os oficiais limpando uma cela, para que um rato vá embora, mas este acaba sendo domado por Del e que recebe o nome de Sr. Jingles. Acontece a execução do Sr. Arlen, após a execução Percy, faz piadas com o defunto é quando o oficial Brutus o repreende e diz “ ele pagou o que devia, estar limpo na casa de novo”.

Depois um outro homem, o Sr. Wild Bill é mandando para o corredor verde, esse tem uma ficha extensa de delitos, ele finge estar sedado e acaba fazendo várias desordem; no mesmo dia o Direto do corredor está tendo uma forte crise da infecção na bexiga e quando John o chama, o cura, absorvendo para si toda a infecção que depois é liberada pela sua boca; com o fato, Paul resolve ir atrás do advogado de defesa, para ver se Coffey é realmente culpado, pois começa a perceber que ele não é um homem mau, mas o advogado tem um posicionamento de que ele é o culpado. Paul começa agradar John, e ele começa a fazer amizade com Del, que passa a mostrar um bom comportamento, desde que começou a adestrar o Sr. Jingles, e apresenta ele para outros oficiais; Wild Bill começa a receber uma série de correções, para ser mais educado com os internos e os oficiais.

Dias antes da execução de Del, ele quer que o seu ratinho seja adotado, e o Diretor se compromete em ficar com ele, então Percy o esmaga, mas John o traz de volta à vida; chega o dia da execução de Del, e Percy vai comandar o momento da morte, como moeda de troca da sua transferência para outra unidade, e como forma de vingança, ele não molha a esponja, que passa a eletricidade direto para o cérebro, para que a pessoa não frite viva; desta forma Del tem uma morte longa e dolorosa, que se torna uma cena de horror até para os oficiais que já estavam acostumados em ver execuções, Jonh e Sr. Jingles sentem a dor de Del, o ratinho some e só aparece após a última execução que o diretor participa.

Paul ver a esposa do diretor geral do presídio e toma ciência da gravidade do tumor cerebral que ela tem, e tem a ideia de levar John para vê-la com a finalidade de poder ajudar, ele fala com os outros três oficiais que aceitam o plano; eles dopam Wild e trancam Percy na sala estofada, levam o Sr. Coffey até a casa do diretor geral, quando ele estava saindo, Wild toca no seu braço e ele ver os crimes cometidos por Wild; quando ele chega perto da esposa do direito a Sra. Melinda Moores, ele a beija e suga todo o tumor, ela o agradece e deixa com ele um medalhão, ele fica muito fraco e é levado de volta para sua cela.

Quando chegam no corredor verde, os oficiais soltam Percy, John o segura e libera algumas das coisas que absolveu, e ele se dirige até a cela de Wild e o executa com tiros, logo após, entra em estado vegetativo, então Paul, pergunta a Coffey, o porque que ele fez aquilo e ele diz que viu a maldade dos dois e mostra através do toque nas mãos, o que Wild tinha feito, e revela o verdadeiro assassino das meninas, que era o delinquente que tinha acabado de ser executado a tiros,

ele usou da confiança da família das meninas e da inocência das crianças para cometer o crime.

Paul toma total ciência de que Coffey não é o culpado e está condenado inocentemente e os outros oficiais também, então ele oferece a John a opção de escolher o que quer comer, e por fim oferece a oportunidade de fuga, pois a condenação já está próxima, mas ele recusa, pois se sente cansado de carregar o peso das dores dos outros e ser sempre sozinho, como não vai mudar de ideia, aceitar a condenação injusta e pede um único favor que é o de assistir pela primeira vez a um filme e os oficiais cumprem; então chega o dia da execução e os oficiais levam John, e ele vai contando o sonho que teve com as meninas e o ratinho no lugar de paz.

No momento da execução, os oficiais estão emotivos e a população que vai assistir está com raiva e ofendem Coffey, como em toda execução era usado o capuz preto na face, com ele não seria diferente, até o momento que ele pede ao capitão,⁴ que não coloque o capuz, porque ele tem medo do escuro, e seu desejo é assegurado, e ele é executado sem o capuz e gera grande comoção entre os oficiais, que colocam no seu corpo o medalhão da Sra. Melinda.

A história termina com Paul falando para sua amiga que já se passaram décadas e a morte não lhe chega, não só a ele, mas ao ratinho que herdou de John uma porção do dom da vida, que acaba sendo doloroso para ele, pois todas as pessoas do seu tempo já morreram e explica também que depois da execução ele e seus oficiais foram cuidar de jovens infratores.

1.1 A HISTÓRIA DO SUPOSTO CRIME DE JOHN

O crime é mostrado quando Paul, começa a ler a ficha de John, e o filme começa a materializar o relato em cenas, mostra as duas irmãs gêmeas de aproximadamente 8/9 anos, que somem no horário de almoço, com o desaparecimento, o pai das meninas desesperado, forma uma equipe de busca e quando atravessam o lago, acham as crianças mortas no colo de John, cada criança ensanguentada com a cabeça entre as pernas e o tronco dele, assim que ele ver que as pessoas chegando, se justifica dizendo que tentou desfazer, mas já era tarde, após ser encontrado, ele foi levado para ser julgado, e recebeu a condenação de pena de morte, com execução na cadeira elétrica, e foi para o “corredor verde”, para onde iam os homens que seriam executados.

4 Apelido que os internos davam a Paul- o diretor

2. TEORIA DO ETIQUETAMENTO SOCIAL

A teoria do etiquetamento⁵, é percebida em 1960, no Estados Unidos, ela se sustenta pelo estudo de outros fatores de relevância da construção social para criar o fundamento do rótulo, rompendo com a análise criminológica de Lombroso que buscava de forma biológica as respostas criminais.

Segundo Alessandro Baratta

segundo o interacionismo e a etnomedologia, estudar a realidade social (por exemplo, o desvio) significa, essencialmente, estudar estes processos, partindo dos que são aplicados a simples comportamentos e chegando até as construções mais complexas, como a própria concepção de ordem social (BARATTA, 1999, p.87)

Deste modo, a sociedade se configura pela manifestação da sua construção social, a forma como se organiza, se relaciona e cria suas normas vai delineando o que seria a conduta desviante; é a dinâmica social que cria os limites e diz o que é considerado com certo e errado, inicialmente essas condutas criam abismos simbólicos, caracterizando a exclusão social dos indivíduos, derivando para uma possível violências fáticas.

As fases da criminalização influenciam nessa dinâmica, a criminalização primária segundo Zaffaroni (2006, p.421)⁶, essa fase consiste em conceituar o tipo penal, de forma descritiva, fica configurado que as condutas delitivas não nascem por si só, mas o legislador as classifica segundo o interesse social do momento, o que faz com que alguns indivíduos passem a ser delinquentes, por conta de suas vulnerabilidades a algumas condutas e hábitos, que outrora não eram considerados crimes.

A criminalização secundária, pode ser explicada inicialmente segundo Becker (2008 , p.24)⁷, como a reação que as pessoas têm em relação a ação desviante, neste momento entra as formas de controle, que de forma primária é pelo contato com a família, o ambiente de educação, social e profissional, o segundo grupo de controle é formal, como a polícia, administração pública dentre outros órgão sancionador.

O que se caracteriza pela criminalização terciária, é o momento em que o rótulo é incorporado ao indivíduo, pois aqui ele já recebeu a condenação social, pela conduta delitiva, entranhando assim a identificação social e individual de

5 Também chamada de labelling approach, na língua inglesa.

6 ‘instrumento legal, logicamente necessário e de natureza predominantemente descritiva, que tem por função a individualização de condutas humanas penalmente relevantes’.

7 “Se um ato é ou não desviante [...] depende de como outras pessoas reagem a ele”

criminoso, indo para a esfera fática, recebendo assim seu castigo, como Becker (2008, p.45)⁸ se refere.

A criação de rótulos não fica entranhada só no indivíduo, mas na sociedade e no sistema, que são os fatores geradores desses rótulos, gerando assim, uma supressão do direito ao arrependimento, pois uma vez etiquetado, o indivíduo carrega consigo um outro olhar social estigmatizado.

3. A JUSTIÇA DA RETRIBUIÇÃO

A Justiça se caracteriza em abstrato pelo senso de que cada indivíduo ou grupo constrói e entende do que é o correto, seu conceito varia entre áreas do saber, localidades, profissões.

para Kant(2013, p. 169) a retribuição é de caráter moral, adotando assim uma justiça ética, que não aceita a utilização da função punitiva da pena. Para Hegel (2003, p. 85) o crime é a violação à própria ordem jurídica”O princípio conceitual de que toda a violência destrói a si mesma possui a sua real manifestação no fato de uma violência se anular com outra violência. É assim que se torna jurídica[...] é aquela segunda violência que suprime a primeira”

Deste modo para se restaurar o estado inicial deve a pena cumprir esse papel. Ferrajoli (2006, p. 205), traz que esses dois sistemas são uma forma de manter à crença e de perpetuar à vingança, expiação e falso reequilíbrio.

Porém o método de pena retributiva é adotado, uma vez que violada uma norma, alguma sanção é aplicada, sobre a ótica de proteger o bem jurídico e agir como um pagamento coercitivo para melhoria do indivíduo que delinuiu.

Pelo contrário, como já disseram alguns escritores, parece que a retribuição do mal com o mal, prescindindo do aspecto utilitário, não é mais que uma inútil repetição do mal. A retribuição não é mais que uma vingança, é a vingança coletiva em lugar da vingança individual. E a vingança é sempre vingança, mesmo que o Estado em substituição ao simples cidadão garanta que não haja excessos e arbitrariedades. ALIMENA,2007. p. 83)

Por mais, que pareça uma sanção mais humana, a pena ainda tem o caráter vingativo, de infligir dor e medo sobre o outro, a pena acaba não cumprindo com a função social de reintegrar o indivíduo na sociedade, que agora além de etiquetado está sendo usado como alvo da vingança pública e coletiva.

3.1 *UM PROCESSO PENAL DEMOCRÁTICO*

Para que o processo penal ocorra de forma democrática é necessário que a sociedade e o Estado tenham dinâmicas democráticas, visando à garantia de direitos fundamentais para todos os envolvidos.

8 “Assim, a detenção por ato desviante expõe uma pessoa à probabilidade de vir a ser encarcerada como desviante ou indesejável em muitos aspectos.”

O professor José Frederico Marques diz:

o processo é instrumento de atuação estatal vinculado, quase sempre, às diretrizes políticas que plasmam a estrutura do Estado. Impossível, por isso, subtrair a norma processual dos princípios que constituem a substância ética do Direito e a exteriorização de seus ideais de justiça”. (MARQUES, 1998, p. 37)

Desse modo, o processo penal é o próprio reflexo da sociedade e das legislações que a regem, quando se visa cegamente a busca por um culpado, mesmo que seja garantindo a devida dinâmica dos atos processuais, haverá a violação dos princípios que o tornam democráticos, como o do próprio convencimento do juiz, que deixa de ser motivado por provas e passa a ser provocado pelo etiquetamento, clamor social e pela hiper proteção dos bens jurídicos que já foram violados.

O retrocesso processual além de burlar o próprio sujeito processado viola a constituição e os princípios penais.

3.2 PRINCIPAIS PRINCIPIOS VIOLADOS PELA TEORIA DO ETIQUETAMENTO

Os Princípios são diretrizes para procedimentos e garantias, assumem várias ordem tando as procedimentais como as de segurança dos indivíduos envolvidos no processo, todos são importantes, mas alguns são atingidos diretamente quando se tem a análise penal sob a ótica do etiquetamento. Sendo os principais: o princípio do Estado de Inocência, que declara que ninguém será declarado culpado antes da sentença condenatória, esse princípios por si só já é contrário ao etiquetamento do processado; o Princípio do Contraditório, este princípio visa garantir a plena manifestação das partes sobre os atos processuais, porém quando ele é mitigado de forma negativa, as manifestações das partes ficam vinculadas ao desvio etiquetado.

O Princípio da Verdade Real, não busca reconstruir a verdadeira historia do fato de forma real, mas constrói à verdade, baseado nas provas e demais elementos levantados durante o processo, que assim como os demais, se corrompido deveria tornar o processo anulável ou anulado; o princípios da imparcialidade do Juiz é de crucial importância, aqui o juiz não deve tender a um lado sem fundada motivação, porém o etiquetamento é anterior ao próprio processo, esse princípio se torna uma coluna quebrada e será instrumento de motivação fundada em ideais pessoais do juiz, que influencia diretamente no Favor Réu, que é regido pela absolvição diante de qualquer dúvida que prove a falta da materialidade do fato pelo sujeito acusado.

CONCLUSÃO

Na narrativa vários personagens foram etiquetados, John quando foi encontrado com as gêmeas no colo, pelo sistema da época, já estava sendo etique-

tado pelas lentes da criminalização terciária, assim que ele é encontrado o xerife o ameaça, porém resolve levá-lo para o julgamento, mas todos que estavam no momento já sabiam da sentença, que ele receberia, pois segundo as suas características físicas, o ordenamento e a dinâmica social da época, ele era potencialmente um rótulo.

No último momento de sua vida ele pede perdão pelo que ele é, mas não pelo rótulo social, mas por seu um milagre vivo, e que isso causava dor não só nele, mas agora nas pessoas que sabiam que ele era inocente e estava morrendo por não aguentar mais; porém as pessoas que estão ali para assistir a execução, associaram a fala em relação ao delito que foi imputado a ele. John por mais que etiquetado, sabia o que ele era e tinha uma conduta discrepante do rótulo social que carregava, por conta de ser encontrado com os corpos das meninas.

Sr. Del rompe com o seu rótulo quando começa a se relacionar com o ratinho e com John, no dia da sua execução, se arrepende dos delitos e condutas socialmente não aceitas, mas como a sociedade só conhecia o seu lado estigmatizado ele morrer com o rótulo social.

Wild que já tinha um rótulo de delinquente inconsequente, mostrou ao longo da narrativa que seu rótulo na verdade não era o que os olhos viam dele, mas o que ele passava de si para a sociedade. John com seu dom, consegue ir além da análise externa do etiquetamento, ele conseguiu sentir o que as pessoas realmente eram.

Deste modo a análise criminológica do etiquetamento influência no processo penal democrático de forma indireta e direta, atacando seus princípios, por conta do clamor moral e social pela justiça e a retribuição de forma incansável, demonstrando assim que o estudo do processo penal não se dá de forma isolada, ele tem variáveis em outras áreas das ciências criminais.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALIMENA, Bernardino. Introdução ao direito penal. Tradução de Maria. F. C. Bottallo. São Paulo: Redeel, 2007.

BARATTA, Alessandro. Criminologia crítica e crítica do direito penal: introdução à sociologia do direito penal. Trad. Juarez Cirino dos Santos. 2ª ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos editora, 1999.

BECKER, Howard Saul. Outsiders: estudos de sociologia do desvio. Trad. Maria Luiza X. de A. Borges. 1. ed. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Ed., 2008.

FERRAJOLI, Luigi. Direito e razão: teoria do garantismo penal. Tradução de Ana Paula Zomer Sica e outros. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

HEGEL, G.W.F. Princípios da filosofia do direito. Tradução de Orlando Vitorino. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

KANT, Immanuel. Metafísica dos costumes. tradução [primeira parte] Clélia Aparecida Martins, tradução [segunda parte] Bruno Nadai, Diego Kosbiau e Monique Hulshof. Petrópolis, RJ: Vozes; Bragança Paulista, SP Editora Universitária São Francisco, 2013 Disponível em: <http://cabana-on>.

com/Ler/wp-content/uploads/2017/09/Metafisica-dos-Costumes-Immanuel-Kant.pdf Acesso em: 20 abr. 2019.

MARQUES, José Frederico, Elementos de Direito Processual Penal, Vol. I, Campinas: Bookseller, 1998.

SILVA E, Livia do Amaral. Teoria do etiquetamento: a criminalização primária e secundária. Conteúdo Jurídico, Brasília-DF: 07 ago. 2018. Disponível em: <http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.591136&seo=1>. Acesso em: 20 abr. 2019.

ZAFFARONI, E. Raúl & PIERANGELI, José Henrique. Manual de direito penal brasileiro: parte geral. São Paulo: Revista dos Tribunais, 6ª edição, 2006.

ABSOLVIÇÃO GENÉRICA A E A (IN) ADMISSIBILIDADE DO RECURSO DE APELAÇÃO PELO MINISTÉRIO PÚBLICO: UMA ANÁLISE DO HABEAS Nº 350.895 JULGADO PELO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

YURI TAINAN SANTOS ROZÁRIO¹

INTRODUÇÃO

A Constituição Federal, no artigo 5º, inciso XXXVIII, alínea “c”, menciona que a decisão do Conselho de Sentença possui natureza soberana. Destaca ainda que os jurados decidem de acordo com o livre convencimento e, apesar de estarem julgando em um Conselho, cada jurado vota individualmente e de forma sigilosa. Estes são os princípios destaques do procedimento especial do tribunal do júri.

A lei nº 11.689/2008 alterou diversos dispositivos do Código de Processo Penal atinentes ao rito especial do Tribunal do Júri. Nestas modificações houve a inserção do quesito genérico absolutório, previsto no artigo 483, §2º do Código de Processo Penal, o qual permite ao Conselho de Sentença absolver o acusado da imputação delituosa, sendo esta a 3ª pergunta obrigatória a ser realizada pelo juiz-presidente aos jurados. Antes da reforma, os jurados eram quesitados acerca de todos os elementos técnicos referentes à determinada tese defensiva e, caso fossem votados todos positivamente, o réu seria absolvido.

Assim, com o advento da alteração normativa, por ser a decisão dos jurados soberana, sigilosa, há discussões doutrinária e jurisprudencial se na hipótese de o Conselho de Sentença absolver o acusado no quesito genérico absolutório, o Ministério Público preencheria os requisitos de admissibilidade recursal (especialmente o do interesse de agir) para requerer a anulação do julgamento utilizando-se do fundamento que a decisão do Conselho foi manifestamente contrária à prova dos autos.

1 Graduação do 10º Semestre em Direito pela Universidade Católica do Salvador (2019).

Um dos argumentos desfavoráveis a possibilidade do Ministério Público utilizar-se do recurso de Apelação encontra-se albergue na ausência do requisito de admissibilidade recursal do interesse de agir, visto que a decisão da Corte Popular possui natureza soberana e, sobretudo, os jurados que julgam de acordo com suas íntimas convicções, através do livre convencimento. Por outro lado, o fundamento favorável para haver a possibilidade recursal refere-se ao princípio do duplo grau de jurisdição.

DESENVOLVIMENTO

O artigo 5º, inciso XXXVIII da Constituição Federal menciona expressamente os princípios condutores do procedimento do tribunal do júri. Dentre eles, verifica-se na alínea “c” do referido dispositivo o princípio da soberania dos veredictos, que conceitualmente significa que a decisão proferida pelo Conselho de Sentença é irreformável.

Em razão da decisão do Conselho de Sentença ser soberana, esta jamais poderá ser modificada pelo Tribunal Superior, seja porque entenda desacertada ou acertada em parte, havendo, assim, uma mitigação no alcance do recurso no âmbito deste procedimento. Contudo, a decisão emanada pelos jurados não é de toda absoluta, podendo excepcionalmente ser anulada através de recurso, com a designação de novo julgamento, nos moldes do artigo 593, §3º do Código de Processo Penal.

No contexto do procedimento do Tribunal do Júri, o sistema do livre convencimento motivado deixa de ser protagonista, visto que neste rito o sistema de valoração probatório é o do livre convencimento e íntima convicção do jurado. Assim, o Conselho de Sentença não precisa e nem pode motivar, fundamentar o seu voto ou explicar o porquê acolheu por determinada tese jurídica e não outra, se limitando a responder sim ou não aos quesitos, como prevê o artigo 482, parágrafo único do CPP.

O Processo Penal, no plano do procedimento comum ordinário e na primeira fase do rito do Júri, é regido pelo princípio da ampla defesa. Entretanto, na segunda fase do procedimento do Tribunal do Júri, o status da defesa é elevado de ampla para plena. Este preceito encontra-se albergado no artigo 5º, inciso XXXVIII, alínea “a” da Constituição Federal e conceitualmente significa que a Defesa técnica pode, para exercer o direito de defesa do acusado, utilizar-se de fundamentos jurídicos ou metajurídicos.

Neste sentido, a Defesa técnica é totalmente livre no plenário do Júri, inclusive possuindo o direito de inovar ou trabalhar teses não exploradas na primeira fase do procedimento, ou, até mesmo, solicitar que os jurados absolvam

o réu por piedade, clemência, sem necessariamente guardar consonância com a prova dos autos.

De outra parte, em plenário de julgamento serão sorteados os jurados e estes farão juramento nos moldes do artigo 472 do CPP: “Em nome da lei, concito-vos a examinar esta causa com imparcialidade e a proferir a vossa decisão de acordo com a vossa consciência e os ditames da justiça”. A intenção do legislador, sedimentada na literalidade do dispositivo citado, é que o jurado exerça o julgamento com imparcialidade e de acordo com os ditames da justiça, sem vincular-se somente às amarras, literalidade da norma.

Após este ato solene, explanação das teses pelas partes, o artigo 483 do CPP dispõe que os quesitos serão formulados aos jurados, e a estes indagados sobre: a materialidade do fato (artigo 483, inciso I); a autoria ou participação (artigo 483, inciso II); e se o acusado deve ser absolvido (artigo 483, inciso III). Precisa, ainda, o artigo 483, §1º do CPP que a resposta negativa, de mais de 03 (três) jurados, aos quesitos referentes à materialidade e a autoria ou participação, terá o condão de encerrar a votação e, conseqüentemente, implicará na absolvição do réu.

Isto significa que, na hipótese de os jurados, em maioria, entenderem pela votação negativa a apenas ao quesito da materialidade, por exemplo, a votação já será encerrada neste momento, sendo o acusado absolvido da imputação delitiva. Por outro lado, somente haverá a possibilidade de o Conselho de Sentença absolver o acusado, no quesito genérico absolutório, na hipótese de os quesitos concernentes à materialidade delitiva e autoria ou participação terem sido votados positivamente.

Antes do ano de 2008, todas as teses defensivas eram destrinchadas, em seus aspectos técnicos, e indagadas aos jurados. Por exemplo, se a tese defensiva fosse a legítima defesa, todos os elementos desta excludente eram quesitados aos julgadores e, caso fossem respondidos sim para todos eles, o acusado seria absolvido. Com advento da reforma do CPP em 2008, através da Lei 11.689/08, todas as teses defensivas foram unificadas em um único quesito obrigatório “o jurado absolve o acusado?”.

Há autores que entendem que este quesito apenas simplificou a quesitação aos jurados (PACELLI, 2017, p. 340). Existe outros, contudo, que sustentam que a inserção deste quesito serviu para condensar teses defensivas, além de permitir ao jurado absolver o acusado por motivo jurídico ou metajurídico (NUCCI, 2016, p. 757).

O artigo 483, §2º do Código de Processo Penal prevê que caso seja respondido afirmativamente, por mais de 03 (três) jurados, os quesitos concernentes à materialidade e a autoria ou participação, será formulado o quesito: “O jurado

absolve o acusado?”, ou seja, o jurado é questionado apenas se absolve o acusado, inexistindo, portanto, qualquer condição jurídica na norma processual para isto.

Apesar de a decisão do Conselho de Sentença possuir natureza soberana, o CPP prevê, no artigo 593, inciso III, alínea “d”, que caberá recurso de Apelação quando a decisão dos jurados for manifestamente contrária à prova dos autos. Contudo, pela interpretação literal do dispositivo percebe-se que não é qualquer decisão emanada do Conselho de Sentença que será passível de interposição do recurso de Apelação, sendo somente as decisões que, manifestamente, gritantemente contrariarem a prova dos autos, como preleciona Aury Lopes (JUNIOR, 2016, p. 898-899).

A priori, é mister esclarecer o objetivo precípuo do recurso. Ocorrerá possibilidade recursal quando a parte interpuser recurso para órgão hierarquicamente superior ao Juízo prolator da decisão, visando modificar ou anular determinado julgado, seja porque entende que, ao decidir, o Juiz não acolheu ao seu pedido jurídico, indeferindo-o, seja porque o pedido fora atendido apenas parcialmente.

A Constituição Federal, em seu artigo 5º, inciso LV menciona que todo litigante poderá se utilizar do duplo grau de jurisdição, seja em procedimento administrativo ou judicial, através de determinado recurso cabível.

O Código de Processo Penal dispõe de pressupostos objetivos e subjetivos aptos a legitimar os recursos. Somente com o preenchimento destes requisitos, o recurso será conhecido. No tocante aos pressupostos subjetivos de admissibilidade do recurso, destaca-se o interesse de agir.

O CPP, no artigo 577, parágrafo único, menciona que não se admitirá recurso da parte que não possuir interesse na reforma ou modificação da decisão. Isto significa que a parte somente terá interesse de agir quando o julgador negar, conceder parcialmente ou conceder de forma diversa aquilo que foi solicitado.

Nota-se, pois, ser requisito essencial para configuração do pressuposto subjetivo do interesse de agir que a parte tenha ciência de qual trecho da decisão o Juiz não julgou de acordo com o formulado em seu pedido. Somente após esta noção, devidamente fundamentada, a parte poderá se utilizar do recurso para os tribunais com objetivo de combater determinada parte do julgado.

Destarte, no rito especial do tribunal do júri, há um grave problema a ser enfrentado: pode o Ministério Público interpor recurso de Apelação, sob o fundamento que a decisão dos jurados encontra-se em manifesta contrariedade com a prova dos autos, sendo que o corpo de julgadores é soberano, julga de acordo com o seu livre convencimento, e, conseqüentemente, não há como ter a certeza de qual foi o real motivo (os) determinante (s) que cada julgador considerou para absolver o acusado no quesito genérico?

Existe, na verdade, um conflito entre a eventual possibilidade recursal do Ministério Público para com os institutos da soberania dos veredictos, íntima convicção dos jurados, regras do juramento, presunção de inocência e, sobretudo, a existência do quesito absolutório no texto do Código de Processo Penal.

Segundo Aury Lopes², existe uma conclusão lógica acerca da ponderação entre a possibilidade recursal e demais garantias do procedimento do Júri: a incompatibilidade da coexistência entre a possibilidade de o Ministério Público utilizar-se de recurso para combater a decisão absolutória genérica emanada pelo Conselho de Sentença, e a permissão normativa para que o jurado absolva o réu no quesito genérico.

A ponderação destes conflitos foi objeto de análise do julgamento do Habeas Corpus Nº 350.895, que tramitou no Superior Tribunal de Justiça, impetrado pela Defensoria Pública do Rio de Janeiro, com vistas a atender os interesses jurídicos de Nilson Felix da Silva, absolvido pela Corte popular no quesito genérico absolutório. Diante da interposição de recurso de Apelação (Nº 0010193-31.2013.8.19.0029) pelo Ministério Público, a decisão absolutória foi anulada pelo Tribunal de Justiça.

De acordo com a ata de julgamento, quando iniciados os debates em Plenário do Júri, o Ministério Público sustentou a tese condenatória baseada na denúncia. A Defesa técnica, por sua vez, posicionou-se pela absolvição do Acusado ante a ausência de provas no tocante à autoria do crime, pela absolvição no quesito genérico com base na clemência (tese expressamente constada em ata de julgamento a pedido da defesa técnica) e, subsidiariamente, caso o Conselho de Sentença entendesse que o réu foi o autor do crime, votasse não para a qualificadora do motivo fútil e optasse pelo reconhecimento da causa de diminuição de pena referente à participação de menor importância do Acusado.

Na votação, o Conselho de Sentença sinalizou positivamente tanto para o quesito referente à materialidade do crime quanto para a autoria delitiva à pessoa do Acusado, votou negativamente para a tese da participação de menor importância e, no quesito genérico absolutório, absolveu o senhor Nilson.

O Ministério Público, discordando do resultado do julgamento, interpôs recurso de Apelação utilizando-se do fundamento que a decisão absolutória emanada pelo Conselho de Sentença fora manifestamente contrária à prova dos autos. A defesa técnica, nas contrarrazões recursais, requereu que a decisão da Corte

2 JUNIOR, Aury Lopes. Limite penal tribunal do júri: a problemática apelação do artigo 593, III, 'd' do CPP. Disponível em: <<https://www.conjuc.com.br/2017-ago-18/limite-penal-tribunal-juri-problematca-apelacao-artigo593-iii-cpp>>. Acesso em: 12 de fevereiro de 2019.

popular fosse mantida em atenção aos princípios norteadores do rito especial do Júri, bem como pela legítima possibilidade de os jurados absolverem o Acusado.

O Tribunal de Justiça aceitou o pedido do Ministério Público e determinou que o senhor Nilson fosse a novo julgamento, valendo-se do fundamento de que a decisão do Conselho de Sentença foi manifestamente contrária à prova, haja vista que afirmou ter sido o Réu o autor do delito, mas, ao mesmo tempo, o absolveu.

A Defensoria Pública do Rio de Janeiro, inconformada com a decisão do Tribunal de Justiça, impetrou Habeas Corpus para o Superior Tribunal de Justiça requerendo que a decisão do Tribunal de Justiça fosse anulada, e consequentemente, prevalecesse o resultado do julgamento emitido pelo Conselho de Sentença, sob os fundamentos: que o reconhecimento da materialidade e da autoria pela Corte popular não impede a absolvição pelo quesito genérico; que somente há a votação do quesito genérico quando os jurados votam positivamente para a materialidade e autoria do crime.

O STJ, diante deste conflito de fundamentos jurídicos, por intermédio da Ministra Maria Thereza de Assis Moura e dos Ministros Rogério Schietti Cruz, Nefi Cordeiro, Sebastião Reis Júnior e Antonio Saldanha Palheiro, julgou o Habeas Corpus.

A Ministra Maria Thereza de Assis Moura não conheceu da possibilidade de o Habeas Corpus ser julgado pelo STJ porque entendeu que a discussão sobre o acerto ou o desacerto referente ao teor do acórdão demanda o reexame do conjunto das provas dos autos.

O Ministro Rogério Schietti Cruz, no voto, explanou que a instituição do júri, por ser peculiar, autoriza os jurados decidirem por sua livre e natural convicção, permitindo, portanto, que julguem fora da prova dos autos, de acordo com a conjuntura social, por exemplo.

O jurista explanou que se o jurado votar sim ao quesito genérico, por inúmeros fatores – desnecessidade da pena, falta de provas, clemência, inexigibilidade de conduta diversa -, não há necessidade e, na verdade, não pode o Conselho de Sentença explicar o motivo pelo qual optou por este posicionamento. Assim, entendeu que por conclusão lógica, a hipótese de absolvição do réu pela Corte popular no quesito genérico torna inviável a interferência do Tribunal sob o fundamento de que a decisão dos jurados foi manifestamente contrária à prova. Concluiu pela concessão da ordem.

O Ministro Antonio Saldanha Palheiro, em síntese, seguiu em grande parte o entendimento disposto no voto do Ministro Rogério Schietti Cruz. O jurista entendeu que como os jurados não fundamentam seus votos, é muito difícil

haver recurso desta decisão, justamente em razão da não ciência sobre qual foi o motivo, considerado pelo Conselho de Sentença, determinante para absolver o acusado, e indagou: “Ora, se posso decidir sem motivar, como questionar a decisão por ausência de motivação compatível?”. Concluiu, pois, pela concessão da ordem de Habeas Corpus.

Por outro lado, o Ministro Sebastião Reis Júnior entendeu que é possível o Tribunal de Justiça anular, por uma única vez, a decisão do Conselho de Sentença que absolve o acusado no quesito genérico. Contudo, destacou que a tese da clemência, para ser considerada legítima, deverá encontrar amparo em elementos fáticos relacionados à pessoa do acusado, devidamente comprovados.

A título de exemplo, o Conselho de Sentença estaria legitimado a absolver o réu, com base na clemência, caso ele fosse acometido de doença grave após a prática do crime, ou seja, a clemência deve estar associada a algum fato em concreto para legitimar a absolvição. Concluiu pela concessão da ordem.

Por fim, o Ministro Nefi Cordeiro, ao votar, explanou que como os jurados reconheceram a autoria delitiva à pessoa do acusado, realmente não poderiam ter, na sequência, o absolvido sem que existissem outras teses jurídicas da defesa. Assim, entendeu que agiu corretamente o Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro ao anular o julgamento. Votou pelo não conhecimento do Habeas Corpus.

Os fundamentos utilizados no corpo do Habeas Corpus foram acolhidos pela maioria dos Ministros, de modo que o Acórdão do Tribunal de Justiça foi anulado, sendo a ordem concedida para manter a absolvição do acusado.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

A incompatibilidade da coexistência entre a possibilidade recursal do Ministério Público e a absolvição do acusado no quesito genérico é manifesta. Desta forma, ou haverá possibilidade recursal do *Parquet* ou poderá o jurado absolver o acusado no quesito genérico. Constata-se, na verdade, uma ponderação entre a soberania dos veredictos, íntima convicção dos jurados, juramento do Conselho de Sentença, legítima possibilidade absolutória no quesito genérico absolutório, em detrimento da possibilidade recursal do Ministério Público, com base no duplo grau de jurisdição.

Neste sentido, a opção pela impossibilidade recursal do Ministério Público deve prevalecer porque a lei 11.689/08 inseriu no Código de Processo Penal um quesito que não prevê condição para que o jurado absolva o réu. Assim, o Conselho de Sentença pode absolver o acusado por motivos jurídicos ou metajurídicos diversos, afinal se a vontade do legislador fosse apenas simplificar os quesitos, o faria, por exemplo, indagando se o acusado agiu em legítima defesa, sendo res-

pondido sim ou não, como destacou o Ministro Antonio Saldanha Palheiro em seu voto.

De forma igual, no juramento, o jurado assume o compromisso em julgar o réu conforme os ditames da justiça, ou seja, exercer julgamento para além das amarras, limites da lei. Isto significa que o julgador está legitimado a absolver o acusado dissociado da prova dos autos, inclusive contrariando-a.

Inexiste, sobretudo, interesse de agir para que o recurso do Ministério Público seja conhecido, haja vista ser impossível a decisão do Conselho manifestamente contrária à prova, ante a impossibilidade de ter a ciência acerca qual foi o motivo determinante que cada jurado considerou para absolver o acusado, visto que o Conselho julga de acordo com sua íntima convicção.

Além da inadmissão recursal do Ministério Público, a decisão da Corte popular é soberana. Assim, a vontade do Conselho de Sentença deve ser respeitada e mantida. O legislador permitiu ao jurado absolver o acusado independente de motivo, sendo-lhe permitido julgar o réu utilizando-se de fundamentos metajurídicos, seja por clemência, seja pela desnecessidade da pena.

Neste mesmo sentido, nítido que somente haverá a quesitação aos jurados acerca da absolvição no quesito genérico, na hipótese de o Conselho de Sentença votar afirmativamente para a materialidade e para a autoria ou participação delitiva. Isto demonstra a legítima permissão do legislador, expressada no quesito genérico, em permitir a possibilidade de os jurados absolverem o acusado.

Logo, na ponderação entre os institutos norteadores do rito do Tribunal do Júri, a soberania dos veredictos, a íntima convicção dos jurados, o juramento do Conselho de Sentença e legítima possibilidade absolutória no quesito genérico absolutório em face da possibilidade recursal do Ministério Público, conclui-se pela supremacia dos preceitos garantidores do procedimento do Tribunal do Júri e a consequente inadmissão do recurso de Apelação interposto pelo Ministério Público em razão da ausência de interesse de agir recursal.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm>; Acessado em: 15 de março de 2019.

BRASIL. Decreto-Lei Nº 3.689. **Código de Processo Penal**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del3689Compilado.htm>; Acessado em: 10 de março de 2019.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Habeas Corpus nº 350.895 – Rio de Janeiro**. Relatora: Ministra Maria Thereza de Assis Moura. Pesquisa de jurisprudência, 03 de março de 2016. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/pesquisa/?src=1.1.3&aplicacao=processos.ea&tipoPesquisa=tipoPesquisaGenerica&num_registro=201600612236>; Acesso em: 20 de janeiro de 2019.

CARTAXO, Beatriz Rolim. **Princípios Constitucionais do Tribunal do Júri**. Disponível em:

<http://www.ambitojuridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=15328>; Acesso em: 02 de dezembro de 2018.

JARDIM, Eliete Costa Silva. **Tribunal do Júri - Absolvição Fundada no Quesito Genérico: Ausência de Vinculação à Prova dos Autos e Irrecorribilidade**. Disponível em: <<https://core.ac.uk/download/pdf/79129904.pdf>>. Acesso em: 06 de outubro de 2018.

JUNIOR, Aury Lopes. **Direito Processual Penal**. 13ª edição, ed. Saraiva, 2016.

_____. **É absurdo sustentar a ausência de duplo grau de jurisdição para acusação?** Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2018-dez-14/limite-penal-duplo-grau-jurisdiacao-nao-vale-acusacao>>. Acesso em: 07 de fevereiro de 2019.

_____. **Limite penal tribunal do júri: a problemática apelação do artigo 593, III, 'd' do CPP**. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2017-ago-18/limite-penal-tribunal-juri-problematiza-apelacao-artigo593-iii-cpp>>. Acesso em: 12 de fevereiro de 2019.

LIMA, Renato Brasileiro de. **Manual de Processo Penal**. 5ª edição, ed. JusPODIVM, 2017, Volume Único.

MAFRA, Francisco. **O direito e a Justiça**. <http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=870>; Acesso em: 17 de março de 2019.

MANSOLDO, Mary. **A técnica do sistema recursal penal**. Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=10334>. Acesso em: 05 de janeiro de 2019.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de Processo Penal e Execução Penal**. 13ª edição, ed. Forense, 2016.

PACELLI, Eugênio. **Curso de Processo Penal**. 21ª edição, ed. Atlas, 2017.

REZENDE, Guilherme Madi. Júri: **Decisão absolutória e recurso da acusação por manifesta contrariedade à prova dos autos – descabimento**. Disponível em: <http://www.madirezende.com.br/juri_decisao_absolutoria2.pdf>. Acesso em: 05 de dezembro de 2018.

SAN JOSÉ, Costa Rica. **Convenção Americana sobre Direitos Humanos**. Disponível em: <https://www.cidh.oas.org/basicos/portugues/c.convencao_americana.htm>; Acesso em: 10 de março de 2019.

SEGUNDO, Antonio de Holanda Cavalcante e SANTIAGO, Nestor Eduardo Arauna. Íntima convicção, veredictos dos jurados e o recurso de apelação com base na contrariedade à prova dos autos: necessidade de compatibilidade com um processo de base garantista. Disponível em: <http://www.mpsp.mp.br/portal/page/portal/documentacao_e_divulgacao/doc_biblioteca/bibli_servicos_produtos/bibli_boletim/bibli_bol_2006/RBCCrim_n.116.06.PDF>. Acesso em: 26 de novembro de 2018.

ARTIGOS DOS ASSOCIADOS

II. PRODUÇÃO DOS ASSOCIADOS EM 2019 E 2020

AUDIÊNCIA DE CUSTÓDIA E FUNDAMENTOS DAS DECISÕES JUDICIAIS: UMA ANÁLISE EM DOIS TEMPOS

DANIEL FONSECA FERNANDES¹
ELMIR DUCLERC RAMALHO JÚNIOR²

1. INTRODUÇÃO

Esta pesquisa analisa as possíveis repercussões da audiência de custódia nas fundamentações de decisões judiciais. As audiências de custódia têm sido encaradas como elemento essencial no contexto das reformas no processo penal brasileiro. Partindo desta premissa, as decisões proferidas em dois tempos distintos, permite uma leitura mais densa sobre possíveis consequências da implementação da audiência de custódia.

Foram comparadas as fundamentações de decisões anteriores à audiência de custódia, datadas de 2014, e decisões tomadas no curso das audiências, em 2016, buscando, em dados empíricos, as primeiras impressões que podem apontar as potencialidades, limites e desafios da audiência de custódia no Brasil. Deste modo, a partir da técnica de análise documental, busca-se desenvolver uma pesquisa qualitativa, explorando os fundamentos utilizados nas decisões.

A pesquisa se propõe a enfrentar a seguinte questão: é possível identificar mudanças nos fundamentos das decisões judiciais em razão da realização da audiência de custódia?

Num primeiro momento, o artigo busca situar a implementação da audiência de custódia na Bahia, remarcando as peculiaridades vivenciadas na capital do estado, a partir da implementação do Núcleo de Prisão em Flagrante, ainda em 2013.

A seguir, é destacada a importância da fundamentação judicial enquanto espaço privilegiado de pesquisa, dialogando com a tentativa de conceber um pro-

1 Doutorando no Programa de Pós-Graduação em Sociologia e Antropologia do Instituto de Filosofia e Ciências Sociais da Universidade Federal do Rio de Janeiro (IFCS/UFRJ). Mestre em Direito pela Universidade Federal da Bahia. Bacharel em Direito pela Universidade Federal da Bahia. Membro do Grupo Clandestino de Estudos em Controle, Cidade e Prisões. Membro do Instituto Baiano de Direito Processual Penal (IBADPP). Membro do Núcleo de Estudos sobre Sanção Penal (NESP/UFBA).

2 Professor Adjunto de Processo Penal na UFBA. Doutor em Direito pela Universidade Estácio de Sá. Membro do IBADPP. Promotor de Justiça do Ministério Público da Bahia.

jeto redutor de danos e buscando compreender o tema a partir do reconhecimento de uma cultura autoritária no exercício da jurisdição no Brasil.

Aborda-se, na sequência, a metodologia utilizada na coleta dos dados, buscando construir um panorama geral das amostras, ao descrever os dois conjuntos de decisões judiciais, dos anos de 2014 e 2016, respectivamente, em especial a partir da medida judicial adotada, do tipo penal imputado e da espécie de cautelar diversa da prisão.

Por fim, as fundamentações das decisões são analisadas em três eixos principais: (a) ordem pública, periculosidade e oralidade; (b) antecedentes criminais; e (c) presunção de inocência.

Deste modo, o artigo identifica pontos importantes a partir de reflexões teóricas, empiricamente sustentadas, buscando contribuir para o debate sobre as potencialidades e limites da audiência de custódia, tendo em vista a construção do processo penal a partir de uma dogmática redutora.

2. O NÚCLEO DE PRISÃO EM FLAGRANTE (NPF) DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DA BAHIA

O Tribunal de Justiça do Estado da Bahia, em agosto de 2011, publicou a Resolução nº. 9, que instituiu o Núcleo de Prisão em Flagrante (NPF), com os objetivos declarados de evitar a superpopulação carcerária, agilizar o procedimento de prisão em flagrante e extinguir, se possível, a custódia de presos nas carceragens das delegacias de polícia da capital.

O Núcleo só foi efetivamente instalado em setembro de 2013, apresentando-se como uma experiência inédita no país³. Inicialmente, foi instalado no Complexo Penitenciário de Salvador, próximo ao setor administrativo da Cadeia Pública. As pessoas presas aguardavam a análise dos autos de prisão em flagrante na triagem da própria Cadeia (como previsto no já revogado §4º do artigo 2º da referida resolução). Este procedimento, adotado à época, não envolvia a realização de audiência de custódia, o que só acontecia muito raramente por iniciativa do magistrado. Havia uma estrutura com juiz, promotor e defesa, mas não se pode dizer que havia audiência. O procedimento era basicamente desenvolvido pela apresentação das peças processuais no sistema eletrônico.

Com a publicação da Resolução nº. 213 do CNJ, em 13 de dezembro de 2015, a iniciativa do Núcleo foi fortalecida e sua estrutura normativa foi rapida-

3 Conforme informação do próprio Tribunal. Disponível em: <http://www5.tjba.jus.br/index.php?option=com_content&view=article&id=93055:tjba-inaugura-o-primeiro-nucleo-de-prisao-em-flagrante-do-pais&catid=55&Itemid=202>. Acesso em 10 set. 2016.

mente adaptada ao novo procedimento com a publicação da Resolução nº. 26 do TJBA, de 18 de dezembro de 2015. O Núcleo passou a se chamar “Núcleo de Prisão em Flagrante e Audiência de Custódia” e a apresentação da pessoa presa em até 24 horas depois da prisão foi expressamente prevista, bem como a participação do Ministério Público e da defesa em audiência.

Em janeiro de 2016, após dois anos de funcionamento dentro do Complexo Penitenciário, o Núcleo foi transferido para prédio anexo à Central de Flagrantes da Polícia Civil, no centro financeiro e comercial da cidade de Salvador.

Uma modificação importante na Resolução que regulamenta a audiência de custódia no Tribunal da Bahia foi realizada em fevereiro de 2016. A Resolução nº. 05/2016 voltou a permitir que o magistrado decretasse a prisão preventiva nos casos de autos de flagrante que chegassem após o horário de funcionamento, leia-se no plantão noturno. A resolução anterior havia restringido a hipótese de decisão sem audiência para casos de relaxamento e liberdade, o que acabou sendo revogado.

Em abril de 2016, o Tribunal publicou o Provimento Conjunto nº. 01, regulamentando a interiorização do procedimento para comarcas de entrância final e intermediária, reforçando a necessidade da apresentação da pessoa presa no prazo de 24 horas após a comunicação do flagrante (art. 5º) – nos termos da Resolução do CNJ – e inaugurando a aplicação do procedimento nos plantões judiciários de fins de semana e feriados, no turno matutino (artigo 13, §1º).

Merece destaque deste provimento conjunto a nova previsão de adiamento da apresentação do preso em situações excepcionais (artigo 5º, §1º), devidamente justificadas pela Autoridade Policial e com exigência de apresentação para a audiência quando cessar o impedimento, como no caso de internação hospitalar. A audiência de custódia, portanto, não pode ser dispensada, mas sim “suspensa”.

De maneira breve, este foi o percurso da regulamentação da audiência de custódia no estado da Bahia, que em razão da existência prévia do Núcleo acabou tendo sua implementação facilitada. Antes de passar à análise do material empírico, é preciso destacar uma questão específica a respeito dos dados dos possíveis efeitos da audiência de custódia em Salvador.

O CNJ divulgou, por determinado período, o *Mapa da Implementação da Audiência de Custódia*⁴, que trazia dados gerais sobre o número de prisões, restituições de liberdade, alegações de violência e encaminhamento para o serviço

4 Disponível em: < <http://www.cnj.jus.br/sistema-carcerario-e-execucao-penal/audiencia-de-custodia/mapa-da-implantacao-da-audiencia-de-custodia-no-brasil>>. Acesso em 12 set. 2016.

social. Os dados referentes à Bahia são os que apresentavam maior percentual de restituição da liberdade, em torno de 61%, até junho de 2017.

É importante observar este dado levando em conta que o estado da Bahia apresentava elevado percentual elevado de presos sem condenação verificados no estado. Conforme os dados do Ministério da Justiça (2016), referentes ao primeiro semestre de 2014, os presos não condenados representavam 65% da população carcerária do estado.

Uma observação importante a ser feita, dialoga com as pesquisas de Daniel Nicory do Prado (2015, 2016, 2017), que tem realizado pesquisas empíricas e atua como Defensor Público no Núcleo de Prisão em Flagrante. Em análise inicial dos dados sobre a restituição da liberdade, logo após a implementação da audiência de custódia, não houve redução significativa do número de liberdade concedidas em Salvador, no comparando com o período anterior à audiência, quando já funcionava o Núcleo de Prisão em Flagrante (PRADO, 2015, p. 2).

Prado (2016, p. 4) também indica que o prazo de 24h, a partir da comunicação do flagrante, adotado pelas resoluções do CNJ e do TJBA, estava sendo cumprido de forma geral, sendo de quase 90% o índice de realização de audiência em até dois dias da prisão. Observe-se que esta análise é contemporânea à determinação da realização das audiências de custódia nos fins de semana.

Contudo, para além das análises quantitativas sobre os percentuais de restituição da liberdade, é preciso analisar as potencialidades da audiência de custódia em relação a outros aspectos, a exemplo dos efeitos na fundamentação das decisões judiciais, sendo este o objeto desta pesquisa.

3. DECISÃO JUDICIAL E FUNDAMENTAÇÃO

Uma vez contextualizada a efetivação recente da audiência de custódia no direito processual penal brasileiro – e mais especificamente na cidade de Salvador/BA –, é necessário buscar meios empíricos adequados para avaliar possíveis efeitos qualitativos no uso judicial das prisões.

A análise de decisões revela-se como uma ferramenta importante para a compreensão do funcionamento do aparato de justiça penal e de seus agentes. A vigilância constante da atuação das instituições é o “preço do estado constitucional” (CARVALHO, L., 2012, p. 124).

“Decidir” significa fazer uma opção entre diversas alternativas, inseridas num contexto institucional e normativo, com comunicação do caminho percorrido para se chegar à conclusão, possibilitando seu controle (GOMES FILHO, 2013, p. 92). Portanto, “decidir não é sinônimo de escolher”, sendo a escolha um ato discricionário, sempre parcial, ao passo em que a decisão compromete-se com

algo que se antecipa, com a compreensão que a comunidade política constrói do direito, acessível através dos princípios constitucionais (STRECK; OLIVEIRA, 2012, p.15-17).

Segundo José Rodrigo Rodriguez (2013, p. 150-153), o controle do poder jurisdicional se dá pela análise dos modelos de racionalidade judicial e pelos constrangimentos institucionais. Esta análise precisa observar fundações históricas do sistema penal brasileiro, marcado por uma tradição de pensamento inquisitorial institucionalizada (CARVALHO, S., 2010, p. 74). Neste modelo, o magistrado tem o protagonismo na estrutura processual, concentrando poderes e direcionando sua atuação ao réu, que figura como verdadeiro objeto de prova do qual se deve extrair a verdade (CARVALHO, S., 2010, p. 76-78).

A partir da discussão do contexto geral das reformas processuais (RAMALHO JR.; FERNANDES, 2017), é preciso destacar que a estrutura legislativa do processo brasileiro não tem sido capaz de afastar uma lógica geral inquisitória e com desprestígio da oralidade.

Esta tradição judiciária, de base inquisitória, direcionada por raciocínios apodícticos, aspira à verdade absoluta, ao contrário do que seria uma concepção tópico-retórica do discurso jurídico, que lhe confere natureza argumentativa e segue um caminho da lógica razoável a partir do concreto (SANTOS, B., 1988, p. 6-8). Neste modelo, é possível perceber um “forte dirigismo das ideias”, em que a argumentação apresenta certo grau de fechamento que não deixa ao receptor qualquer margem para dúvidas sobre a verdade do emissor (CITELLI, 1994, p. 18).

A partir destes pressupostos, o sistema inquisitório exclui a ampla defesa, o contraditório e cria obstáculos ao estado inocência, potencializando as violências do processo penal nas atuações das agências punitivas (CARVALHO, S., 2010, p. 81). Em se tratando de um modelo essencialmente autoritário, o juiz não atua como garantidor, como zelador dos direitos constitucionais das pessoas submetidas ao sistema penal, mas como parte deste sistema que busca encontrar culpados, combater a criminalidade, como peça essencial da chamada *segurança pública*.

Essa tradição inquisitorial e autoritária tem influência direta na forma como se desenvolve a racionalidade e a argumentação das decisões judiciais. Neste sentido, José Rodrigo Rodriguez (2013, p. 15) aponta que parece haver uma “argumentação não sistemática, fundada na autoridade de juízes e tribunais, mais preocupada com o resultado do julgamento do que com a reconstrução argumentativa de seus fundamentos e do fundamento de casos anteriores”.

Realizando a crítica dos julgamentos nos tribunais, Rodriguez (2013, p. 63) denomina a jurisdição brasileira de “justiça opinativa”, pois sua legitimidade

estaria mais vinculada ao funcionamento institucional do Poder Judiciário do que na racionalidade da argumentação.

Para melhor caracterizar o modelo de racionalidade prevalente na jurisdição brasileira, o autor adota o conceito de zona de autarquia, que consiste no “espaço institucional em que as decisões não são construídas por um padrão de racionalidade, ou seja, não possuem fundamentação”. A existência destas zonas, segundo o autor, ajuda a evidenciar os espaços em que o discurso judicial serve como mero instrumento de dominação (RODRIGUEZ, 2013, p. 69-70).

Qualquer ato decisório comporta doses de subjetividade, pois cada interpretação carrega algo de próprio das condições do sujeito que fala e da interação estabelecida com o interlocutor. Contudo, em se respeitando padrões de racionalidade e apresentando de forma impessoal os argumentos e fundamentos, é possível ampliar a impessoalidade das decisões (RODRIGUEZ, 2013, p. 78-79). Dito de outra forma, como “não é possível excluir certa discricionariedade interpretativa” deve-se buscar assegurar pela exposição dos motivos um controle que permita verificar a legitimidade dos espaços de criação judicial (GOMES FILHO, 2013, p. 73).

A construção de um modelo democrático de jurisdição não tem como público alvo do seu discurso apenas as pessoas diretamente envolvidas no processo, é preciso ter a dimensão social da atividade jurisdicional, e isto nada tem a ver com ceder a apelos populistas do punitivismo ou incorporar discursos de defesa da sociedade pela punição. Significa que é necessário haver possibilidade de um controle social das decisões judiciais, a partir da avaliação dos fundamentos utilizados nas mesmas (RODRIGUEZ, 2013, p. 149-156). Portanto, a construção sistemática dos fundamentos – a motivação – é uma garantia política, na medida em que dá publicidade às razões de decidir e se submete a um “controle difuso e democrático” sobre a racionalidade ou arbitrariedade do poder (GOMES FILHO, 2013, p. 64/65). Esta controlabilidade é que permite avaliar se a decisão resultou de uma escolha arbitrária (GOMES FILHO, 2013, p. 75).

O processo decisório judicial deve sofrer diversos tipos de influências, como as comunicações propriamente jurídicas vindas da Constituição e outras de ordem política, econômica e social (CARVALHO, L., 2012, p. 89). O ato de julgar, nesta perspectiva, deve se perceber inserido em uma “dimensão histórica e intersubjetiva”, em uma sociedade plural e complexa (CARVALHO, L., 2012, p. 133).

Neste contexto, o problema dos fundamentos das decisões ganha centralidade. A simples indicação dos motivos (GOMES FILHO, 2013, p. 90) não atende à exigência constitucional e democrática de fundamentação das decisões. É necessário que a decisão apresente o procedimento argumentativo realizado

racionalmente, explicitando os fundamentos pelos quais se chegou à decisão. Assim, a motivação assegura determinado raciocínio decisório, levando o juiz a formular seu convencimento a partir de “razões confessáveis” (GOMES FILHO, 2013, p. 94).

Dada a importância do mecanismo da audiência de custódia e da fundamentação no processo decisório, optou-se por analisar provimentos judiciais de dois momentos distintos, buscando perceber possíveis alterações e continuidades na análise qualitativa dos provimentos. A análise do material empírico é conduzida pela seguinte questão: é possível identificar mudanças nos fundamentos das decisões judiciais em razão da realização da audiência de custódia?

4. COLETA DE DADOS E CARACTERIZAÇÃO DOS CONJUNTOS DE DECISÕES

Para análise do material empírico, é necessário realizar uma reconstrução dos caminhos percorridos pelo pesquisador, explicitando suas opções metodológicas e técnicas utilizadas.

A técnica de pesquisa para coleta dos dados foi a de documentação indireta, através da pesquisa documental de escritos jurídicos oficiais (MARCONI; LAKATOS, 2003, 174-175). O material empírico de análise consiste em dois conjuntos de decisões judiciais de juízes de primeiro grau da Comarca de Salvador, de anos diferentes (2014 e 2016), referentes à aplicação de medidas cautelares, prisão ou restauração da liberdade de pessoas não condenadas. O universo geral (PIRES, 2014, p. 164-165) da investigação, portanto, é composto pelo total de decisões proferidas por pelos magistrados de primeiro grau da comarca de Salvador, nestes períodos.

Buscando tornar a pesquisa viável e atentando às propriedades do método qualitativo, foram selecionados determinados blocos de decisões de cada período, a partir de critérios e métodos de coleta distintos, produzindo assim a amostra operacional do trabalho (PIRES, 2014, p. 164-165).

Na construção da amostra, buscou-se observar os princípios da diversificação e da saturação (PIRES, 2014, p. 196-198). A diversificação apresenta-se como a necessidade de fornecer uma espécie de retrato global no interior do universo de análise. Por esta razão, os dois conjuntos de decisões foram coletados, observando a máxima diversificação de magistrados e de datas possível. A saturação empírica também foi observada como delineador do número de julgamentos selecionados, pois na coleta dos documentos foi possível observar a partir de determinado momento a ausência de “informações suficientemente novas, ou diferentes, para justificar uma ampliação do material empírico” (PIRES, 2014, p. 198).

O primeiro conjunto é referente ao ano de 2014, sendo composto por decisões de todas as varas criminais comuns de Salvador-BA, somadas às três varas privativas de tóxicos e à de violência doméstica. As varas especializadas da infância e juventude, de auditoria militar e do júri não foram incluídas na pesquisa.

O material foi coletado através do site do Tribunal de Justiça da Bahia, no Diário da Justiça Eletrônico⁵. Foi definido de forma aleatória o período de uma semana (contados apenas os dias úteis), de 1º de setembro de 2014 até 05 de setembro de 2014, tendo sido mapeadas todas as decisões proferidas pelas varas apontadas e selecionadas aquelas referentes à aplicação de prisão ou de qualquer medida cautelar ou que versasse sobre a restituição da liberdade das pessoas acusadas. Todas as publicações das varas selecionadas foram checadas neste período.

As decisões coletadas foram proferidas por dezenove (19) diferentes magistrados e magistradas (identificados como “magistrado 1” a “magistrado 19”). Das vinte e uma varas pesquisadas, quinze proferiram decisão sobre o tema neste período. Com isso, foi atingido nível razoável de diversificação que permitiu uma visão mais ampla dentro do universo de análise. É importante observar também que as varas privativas de tóxico apresentam produtividade mais elevada, por contarem com dois juízes cada. Certamente, esta peculiaridade foi determinante para o elevado número proporcional, sendo que metade das decisões coletadas vem destas varas.

No total deste primeiro conjunto, foram coletadas quarenta e sete (47) decisões, tendo sido seis (6) posteriormente descartadas, por se tratarem de casos em que já havia sido revogada a prisão em momento anterior, restando um total de quarenta e uma (41) decisões.

Destaque-se que as decisões são todas do ano de 2014, mais de três anos após o início da vigência da lei que alterou o regime de cautelares. Portanto, a reforma processual das medidas cautelares (Lei n. 12.403/2011) não era desconhecida pelos atores do sistema penal.

O segundo conjunto de decisões foi coletado a partir da solicitação da pauta de audiência do Núcleo de Prisão em Flagrante e Audiências de Custódia, referentes ao período de abril a junho de 2016. A seleção das decisões, ao contrário da amostra de 2014, não foi totalmente aleatória, pois os magistrados tendem a ficar longos períodos seguidos atuando no núcleo (ao menos neste momento inicial), o que poderia prejudicar a diversificação da amostra. O pesquisador tomou conhecimento, através de contatos com os servidores do Núcleo, das datas em que diferentes magistrados atuaram nas audiências de custódia.

5 Acessível em: <http://www.tjba.jus.br/diario/internet/pesquisar.wsp#>.

Desta maneira, foi possível selecionar as datas a partir da verificação de qual magistrado proferiu a decisão, buscando manter um número próximo de julgados entre eles. O total de decisões foi proferido em seis (6) datas e por quatro (4) diferentes magistrados (identificados como “magistrado A” a “magistrado D”), já que a rotatividade no núcleo é baixa, tendo cada um deles proferido entre sete (7) e quinze (15) decisões. Deste modo, pôde-se realizar de maneira satisfatória a diversificação da amostra, a partir do universo de análise construído. A baixa rotatividade dos atores envolvidos nas audiências de custódia também foi constatada no relatório do Ministério da Justiça (2016, p. 38).

Neste segundo conjunto, foram coletadas quarenta e cinco (45) decisões, tendo sido descartados dois (2) casos, por estarem em segredo de justiça e não ser possível analisar seus fundamentos ou que medida foi adotada. Do restante, outros cinco (5) ainda apresentaram uma peculiaridade: não foi possível acessar os motivos das decisões, pois foram tomadas oralmente em audiência e os fundamentos não constam na ata, não sendo possível constatar se foram pronunciados ou não. No entanto, estes casos não foram excluídos pois servem à caracterização geral da amostra e revelam um aspecto peculiar a ser notado na dinâmica das audiências de custódia. Portanto, restou um total de quarenta e três (43) decisões analisadas no segundo conjunto.

Antes de passar à análise do conteúdo das decisões, é preciso fazer mais duas ressalvas acerca da metodologia adotada neste trabalho. A primeira observação consiste no trato de decisões que envolvem mais de uma pessoa presa. Como a intenção do trabalho não é realizar um quadro quantitativo, optou-se por considerar como uma única decisão nos casos em que para uma pluralidade de pessoas foi imposta uma mesma solução. No entanto, para os casos em que houve dispositivos diferentes, a decisão foi considerada duas vezes (ou quantas vezes fossem as medidas adotadas). A opção, portanto, independe do número de pessoas envolvidas, mas opta por destacar o encaminhamento dado pelo Judiciário, analisando seus fundamentos para cada uma das medidas impostas.

A segunda observação também tem relação com a escolha pela análise qualitativa das motivações apresentadas. Os fundamentos destacados não se restringem às categorias legais apresentadas no artigo 312 do Código de Processo Penal (CPP), aplicáveis à prisão e demais cautelares (garantia da ordem pública, garantia da ordem econômica, conveniência da instrução criminal, assegurar a aplicação da lei penal).

Uma característica geral do universo de análise pesquisado é que os argumentos são utilizados sem maiores cuidados e especificações, como meros instrumentos de um discurso que concebe a “realidade” como dado pré-constituído a ser descoberto. Deste modo, a amostra revela o discurso judicial atravessado

pelo “decisionismo”, alheio aos “controles públicos da linguagem”, que lhe conferem sentido e possibilitam a construção de uma retórica realista (ADEODATO, 2017, p. 21). No campo jurídico, Adeodato (2017) destaca a importância da doutrina enquanto elemento fonte do direito na construção desta realidade discursiva.

O que para alguns autores são circunstâncias que dão concretude à categoria “ordem pública” – como a gravidade concreta do delito e a participação em organização criminosa (NUCCI, 2013, p. 88) – nas decisões pesquisadas aparecem de forma autônoma e pouco articuladas em quase todos os casos. Por esta razão, os fundamentos foram categorizados de forma autônoma, tendo sido identificado no total quarenta e quatro (44) fundamentos diferentes.

As medidas cautelares também foram classificadas para além do rol taxativo do artigo 319 do CPP. Duas razões orientam esta escolha: a primeira é que a aplicação de cautelares não previstas em lei é um dado essencial para compreender a forma autoritária de decidir que marca o Judiciário brasileiro; a segunda é que há medidas cautelares previstas em legislação especial, em que se destaca o exemplo concreto das situações de violência doméstica, em que são impostas medidas protetivas de urgência da lei Maria da Penha (lei nº. 11.340/2006), como afastamento do lar (artigo 22, inciso II). Foram identificadas dezesseis (16) medidas cautelares distintas.

Buscando favorecer a análise dos fundamentos das decisões coletadas, é necessário ainda realizar uma caracterização geral de cada um dos dois conjuntos de decisões.

4.1 DECISÕES DAS VARAS CRIMINAIS DE SALVADOR EM 2014

O primeiro conjunto é referente ao ano de 2014 e apresenta um total de quarenta e uma (41) decisões. Três aspectos deste conjunto merecem ser destacados: a quantidade de casos de prisão ou aplicação de cautelar diversa, os tipos penais imputados às pessoas presas e quais medidas cautelares foram impostas.

Quanto ao primeiro aspecto, foi verificada a existência de vinte e duas decisões (22) aplicando a prisão preventiva (54%), dezessete (17) impondo medidas cautelares diversas (41%) e duas (2) relaxando a prisão (5%), sem imposição de qualquer restrição à liberdade. A prisão, portanto, foi a medida mais adotada ao passo em que apenas duas decisões não impuseram qualquer restrição à liberdade.

Em relação aos tipos penais atribuídos, só se levou em conta a pluralidade de pessoas (concurso de pessoas) quando houve dispositivo diferente. Quando houve mais de um delito imputado (concurso de crimes) no mesmo caso, foram contados todos os crimes uma vez, independente do número de pessoas presas.

Os crimes referentes ao tráfico de drogas – aqui colocados numa mesma sessão os tipos de tráfico e de associação para o tráfico – representaram dezoito (18) casos (40%), seguidos do tipo de roubo com dez (10) decisões (22%). Este fato, ao mesmo tempo em que é característico da política criminal desenvolvida no país, também ocorre pelo fato de que as varas especializadas de tóxicos contam com mais juízes, promotores e defensores, buscando dar conta desta *demand*a político criminal.

Os crimes de ameaça e violência doméstica foram colocados numa mesma categoria, pois os casos analisados referem-se a ameaças realizadas no âmbito familiar e com aplicação da Lei nº. 11.340/2006, sendo importante para análise dos fundamentos e das medidas cautelares impostas. Estes tipos apareceram em três (3) diferentes oportunidades (7%).

Como terceiro aspecto relevante, destaca-se quais e quantas medidas cautelares diversas da prisão foram aplicadas nos casos analisados. As medidas mais aplicadas são: proibição de ausentar-se da comarca treze (13) vezes (21%), comparecimento periódico em Juízo onze (11) vezes (18%), proibição de frequentar determinados lugares nove (9) vezes (14%), comparecimento aos atos do processo sete (7) vezes (11%) e recolhimento domiciliar noturno seis (6) vezes (10%). Estas informações vão ser especialmente importantes para realizar a comparação com as decisões da audiência de custódia e também para a análise dos fundamentos.

4.2 DECISÕES DO NÚCLEO DE PRISÃO EM FLAGRANTE EM 2016

O conjunto do ano de 2016 é composto por decisões proferidas no Núcleo de Prisão em Flagrante de Salvador-BA. Também é necessário caracterizar estas decisões quanto ao número de prisões e cautelares diversas aplicadas, os tipos penais atribuídos e quais cautelares foram aplicadas.

Quarenta e três (43) decisões compõem o conjunto, sendo que em vinte e duas (22) foram fixaram medidas cautelares pessoais diversas (51%), dezoito (18) impuseram prisão (42%) e três (3) determinaram o relaxamento da prisão sem qualquer restrição (7%). Nota-se que, no maior número de casos, não houve privação de liberdade, mas é baixo o número de vezes em que não houve alguma medida restritiva.

Algumas características são importantes neste conjunto a respeito do uso de cautelares e prisões sem condenação. A primeira delas é que com a instauração do sistema cautelar de 2011, praticamente deixou de existir a concessão da liberdade pura e simples, que não foi verificada em nenhuma das amostras. Este dado pode ser um indicativo de como rol de medidas cautelares, pensadas como instrumento de redução do encarceramento, tem servido à ampliação do controle

da justiça penal, sendo aplicadas como alternativa à restituição da liberdade. Na primeira análise do IDDD (2016, p. 27) sobre a implementação das audiências em São Paulo, constatou-se que apenas em 0,3% dos casos foi restituída a liberdade sem qualquer restrição. Estes números revelam os usos do sistema de medidas cautelares, que adquirem função complementar à prisão e não alternativa.

Outro aspecto importante a ser observado é o baixo número de relaxamentos de prisão, que se manteve estável nas análises dos dois conjuntos de decisões, tendo sido verificados dois casos em 2014 e três casos em 2016. Este dado revela que a grande maioria das prisões realizadas são tidas como legais pelos magistrados, o que é curioso observar já que uma das motivações da implementação da audiência de custódia é justamente o reconhecimento de uma situação grave e contínua de prática de violência policial e tortura.

Prado (2015, p. 3) verificou que o número de relaxamentos no Núcleo de Prisão em Flagrante em Salvador apresentou uma pequena redução em relação ao período anterior à implementação das audiências de custódia. A percepção apresentada por este autor e verificada na amostra coletada neste trabalho – de que não houve favorecimento a um maior controle judicial da legalidade da prisão – não foi encontrada no primeiro relatório sobre as audiências de custódia em São Paulo (IDDD, 2016, p. 26), em que se verificou um aumento gradativo do percentual de relaxamento, especialmente em relação aos casos de tráfico de drogas.

Os tipos penais com maior incidência neste conjunto são o de tráfico/associação para o tráfico, com doze (12) ocorrências (25%) e de roubo, também com doze (12) aparições (25%). É notável neste grupo de decisões a grande proporção dos casos de violência doméstica, presente em oito (8) casos (17%).

A despeito da diferença entre os conjuntos quanto ao número de casos de violência doméstica, é importante ter em vista novamente a dinâmica da audiência (realizada em seguida ao flagrante, via de regra) e o baixo índice de prisão dos acusados ao longo do processo⁶, favorece um maior número de casos no conjunto de 2016 em relação ao de 2014, que analisou decisões de fases processuais distintas.

Em relação às medidas cautelares diversas da prisão impostas nas decisões das audiências de custódia, verifica-se que as mais recorrentes foram: comparecimento periódico em Juízo, em dezessete (17) casos (35%), recolhimento domiciliar noturno, em onze (11) casos (23%), afastamento do lar, em seis (6)

6 O Anuário do Observatório da Prática Penal da DPE/BA (2017) aponta que em média as prisões cautelares duram 27 dias nas varas de violência doméstica, ao passo em que duram em média de 151 dias no total das varas criminais.

casos (12%), proibição de aproximar-se da vítima, em cinco (5) casos (10%), e comparecimento aos atos do processo, em três (3) casos (6%).

É possível perceber na comparação entre os dois conjuntos de decisões uma pequena variação entre o número de prisões e medidas cautelares diversas decretadas. A quantidade de decisões coletadas e a dimensão desta diferença não permite concluir que haja uma inversão na lógica da quantidade de prisões impostas. No entanto, é perceptível que, em ambos os casos, o número de relaxamentos de prisão é baixo.

Em relação aos tipos penais, nota-se que os conjuntos apresentam prevalência dos delitos de tráfico/associação para o tráfico e roubo, havendo uma variação da quantidade de tráfico muito provavelmente em razão do grande número de decisões das varas especializadas na amostra de 2014, como já destacado.

No conjunto de 2014, não há nenhum caso de furto, enquanto no de 2016 é o quarto tipo penal que mais aparece. Pode-se imaginar que esta diferença se deva ao fato de se tratar de um crime com penas baixas, que, via de regra, não permite prisão preventiva (inovação da Lei nº. 12.403/2011⁷), e à estrutura da audiência de custódia, como observado nos casos de violência doméstica, que são analisados logo após a prisão em flagrante, ao passo em que as decisões de 2014 são de momentos processuais diversos.

De maneira geral, analisando os dois conjuntos, a medida de comparecimento periódico em Juízo parece ser a mais valorizada pelos magistrados.

5. ANÁLISE DOS FUNDAMENTOS DAS DECISÕES EM DOIS TEMPOS

A análise comparativa dos conjuntos de decisões desenvolvida nesta seção, busca identificar permanências e descontinuidades entre os fundamentos, na tentativa de responder à pergunta sobre as possíveis influências da audiência de custódia nestas decisões.

Como já sinalizado, foram encontrados 44 (quarenta e quatro) fundamentos diferentes nas decisões coletadas. Nem todos os fundamentos foram expostos nos Gráficos 7 e 8, em razão da grande diversidade de argumentos registrados.

7 Código de Processo Penal: Art. 313. Nos termos do art. 312 deste Código, será admitida a decretação da prisão preventiva: I - nos crimes dolosos punidos com pena privativa de liberdade máxima superior a 4 (quatro) anos [...].

Gráfico 1 – Fundamentos no conjunto de 2014

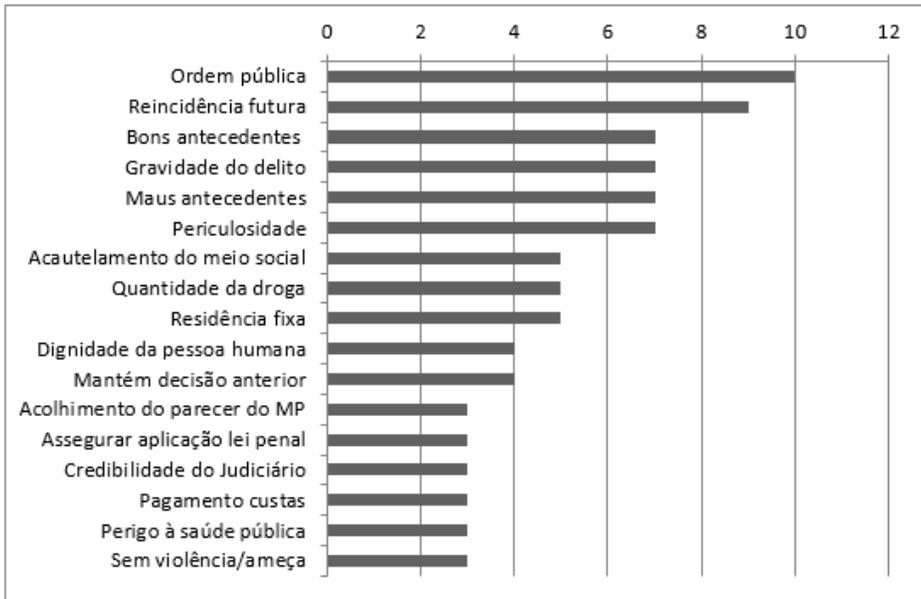
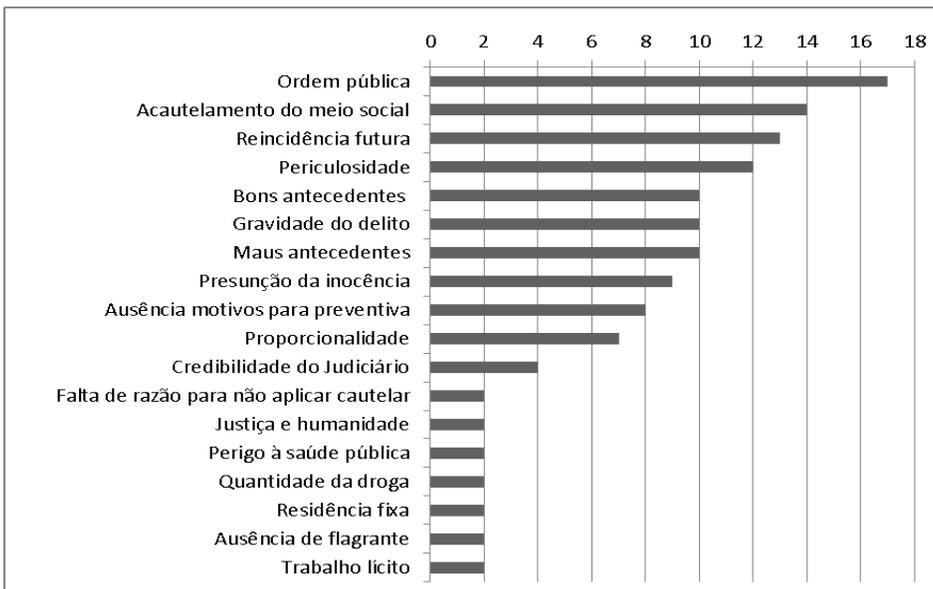


Gráfico 2 – Fundamentos no conjunto de 2016



No Gráfico 1, referente às decisões de 2014, dada a grande diversidade de fundamentos, não constam aqueles que foram utilizados uma ou duas vezes. Alguns fundamentos não poderiam se repetir em razão da especificidade da fase

processual, a exemplo do “não pagamento de custas processuais” (decisão nº. 40 de 2014), “excesso de prazo” (decisão nº. 46 de 2014) e “manutenção da decisão anterior” (decisões nº. 17, 24, 33 e 37 de 2014). No Gráfico 2, das decisões de 2016, tomadas na audiência de custódia, não foram incluídos os fundamentos utilizados uma única vez.

Da análise destes gráficos, é essencial destacar que os sete fundamentos mais utilizados são os mesmos nos dois conjuntos de decisões, havendo apenas variação na quantidade e posição: ordem pública, acautelamento do meio social, reincidência futura, periculosidade, bons antecedentes, gravidade do delito e maus antecedentes. Outros fundamentos comuns aos dois conjuntos são possuir residência fixa, quantidade da droga, risco à saúde pública e preservação da credibilidade do Judiciário.

No relatório do IDDD (2016, p. 60-61), identificou-se como principais fundamentos a gravidade do delito, maus antecedentes, risco ao processo, risco à ordem pública, ausência de residência fixa e situação de trabalho, ressaltando que diversas vezes estas categorias são utilizadas em descompasso com a realidade material dos casos.

A análise dos principais fundamentos será feita em três blocos, na tentativa de identificar permanências, rupturas e possíveis influências da dinâmica da audiência de custódia.

5.1 ORDEM PÚBLICA, PERICULOSIDADE E PROCEDIMENTO ORAL

A primeira característica importante para a compreensão das decisões analisadas é o uso constante do fundamento de preservação da ordem pública, expressamente previsto no CPP (artigo 312). É importante retomar as críticas à previsão normativa, que viola a legalidade e não apresenta qualquer função efetivamente cautelar. Nas palavras de Aury Lopes Jr. (2013, p. 108), exige-se uma *cautelaridade qualificada*, sendo cautelar e constitucional somente o que *verdadeiramente servir ao processo de conhecimento*.

Também é importante observar que a ideia de ordem pública traz consigo espaço para acomodar os discursos calcados na noção de periculosidade, com fim declarado de evitar violações futuras, em geral sem qualquer indício material. Os fundamentos registrados sob o signo de “acautelamento do meio social” também cumprem esta função de indeterminação semântica e persistência retórica sem materialidade, justificando em nome da “proteção da sociedade” – no plano abstrato – o cerceamento da liberdade do indivíduo.

No conjunto de decisões de 2014, observa-se que em praticamente todas as dez oportunidades em que a ordem pública foi utilizada como fundamento

está acompanhada dos fundamentos de “periculosidade” e “reiteração futura”. Apenas em duas decisões não houve a utilização destes fundamentos de forma conjunta: na decisão nº. 15, o indivíduo estava em liberdade provisória por outra ação penal e o magistrado constatou que a ineficiência estatal em propiciar aplicação das cautelares justificaria a prisão preventiva; na decisão nº 16, a magistrada considerou que a existência de maus antecedentes e o crime de tráfico justificariam a imposição de prisão para garantir a ordem pública:

A razão da manutenção da prisão preventiva é justificável pela evidente ineficiência do Estado, o qual não cria mecanismos a fim de viabilizar a utilização de medidas cautelares à prisão. Nesse diapasão, a sociedade não pode e não deve sofrer com o sentimento de insegurança, impondo-se, ao presente caso, a segregação do agente, a fim de preservar a garantia da Ordem Pública. (decisão nº. 15 de 2014 – magistrado 9)

Com efeito, a quantidade de droga apreendida e as circunstâncias da prisão, considerando-se a disseminação do tráfico de drogas, associado, inclusive a outros crimes, são indicativos de que a prisão dos indiciados deve ser mantida para garantia da ordem pública. (decisão nº. 16 de 2014 – magistrado 4)

No geral, entretanto, a garantia da ordem pública vem acompanhada de raciocínios definitivos sobre a periculosidade das pessoas presas e a certeza de sua reiteração futura:

Assim, resta justificada a medida de natureza gravosa, que é excepcional e que não pode ser utilizada amiúde, nem ser utilizada como cumprimento antecipado de pena, somente se justificado como no caso em apreço em que a periculosidade dos agentes e sua possibilidade de reiteração dos fatos e novo comprometimento da ordem e paz públicas são clarividentes. (decisão nº. 2 de 2014 – magistrado 2)

É preciso reforçar que estas categorias estão completamente deslocadas da ideia de cautelaridade processual – que consiste em garantir o resultado correto e preservar os atos do procedimento – e revelam a permanência de concepções típicas da criminologia positivista etiológica, que buscava identificar nos indivíduos características que revelassem sua condição de criminoso.

Quanto às decisões de 2016, pode-se perceber que todas aquelas que se fundamentam na ordem pública estão acompanhadas e/ou dos fundamentos de reiteração futura e periculosidade. A exemplo dos trechos citados a seguir.

Com efeito, responde o autuado responde (sic) a uma ação penal perante a 8ª Vara Criminal desta Capital por fato muito semelhante ao ora analisado e com o mesmo *modus operandi*, de modo que a reiteração delitiva específica revela ameaça à ordem pública. Diante dessa moldura fática, outra solução não se revela mais adequada ao caso concreto, senão a conversão da prisão em flagrante em prisão preventiva, nos termos do art. 312, *caput*, do Código de Processo Penal, como garantia da ordem pública, haja vista, repita-se, a evidente periculosidade do custodiado. (decisão nº 5 de 2016 – magistrado A)

Demais disso, o fato de ser primário (fls. 15) não garante ao detido o direito líquido e certo à liberdade provisória. [...]. A conversão da prisão precautelar em preventiva é medida que se impõe, a bem da ordem pública. Quando a gravidade concreta, o *modus operandi* e as circunstâncias do delito indicam a periculosidade real do agente ou, ainda, se da vida pregressa do infrator – evidenciada por sua extensa ficha de antecedentes criminais – sobressai fundado

receio de reiteração criminosa, resta plenamente legitimada a decretação ou a manutenção da prisão preventiva. Em tais situações, a constrição da liberdade ambulatoria objetiva proteger a sociedade de pessoas que, uma vez soltas, podem colocar em risco a coletividade e a paz social. (decisão nº. 10 de 2016 – magistrado B)

Como é possível perceber dos trechos das duas decisões destacadas, a *ligação perigosa* entre reiteração futura, periculosidade e ordem pública permanece presente na dinâmica da audiência de custódia. Os fundamentos são abarrotados nas decisões. As razões de decidir – legalmente e constitucionalmente plausíveis – são de difícil identificação no conjunto dos julgados, em especial nas que apelam à ordem pública.

Neste ponto, os resultados são próximos aos que Ana Luisa Barreto (2017) encontrou na análise das prisões das varas especializadas de tóxico da cidade de Salvador/BA, sendo a reiteração e a gravidade abstrata/repercussão social os argumentos mais frequentes para sustentar a ideia da ordem pública.

Patrick Mariano Gomes (2013), analisando o discurso do Supremo Tribunal Federal sobre a ordem pública nas decisões de prisão, identifica a relação estreita da ordem pública com a repressão política de influência fascista do Estado Novo (1937-1946). Com as mudanças de conjuntura, a ordem pública foi servindo a diferentes motivos políticos. A resposta dura à ameaça dos subversivos políticos se modifica com o passar dos *anos de chumbo* e passa a atingir acusados de roubo, furto, homicídio e tráfico de drogas.

Gomes (2013) identifica também que os discursos sobre a personalidade, os antecedentes e a reiteração delitiva, a partir dos anos 1980, passam a integrar de forma definitiva o fundamento da prisão pela preservação da ordem pública.

A partir destas constatações, é essencial ter em vista que o procedimento da audiência de custódia não tem sido capaz de fazer superar alguns problemas históricos graves da jurisdição brasileira. O relatório do Ministério da Justiça (2016, p. 45) aponta que as audiências podem estar ocorrendo muito mais voltadas ao cumprimento das formas do ritual do que para averiguar a real necessidade de manutenção da prisão.

Esta postura meramente burocrática relaciona-se com a tradição escrita do processo penal brasileiro, que afasta o magistrado da decisão e o aproxima das fórmulas prontas. Paiva (2015, p. 53) chama de “sistema cartorial” esta tradição escrita e altamente burocratizada tão viva no processo penal brasileiro.

Nas reformas processuais (CEJA, 2009, p. 23), a oralidade é uma marca central da mudança na forma inquisitorial de conceber o processo, que deixa de pertencer ao juiz e passa a ser construído discursivamente pelas partes.

Paiva (2015, p. 56) denominou de “fronteira do papel” a resistência à realização de um juízo oral e imediato, sem as fórmulas prontas dos modelos de decisão. O exemplo mais grave dos prejuízos desta fronteira encontrado no uni-

verso de análise diz respeito a dois casos distintos, decididos por juízes distintos em meses distintos que utilizam a mesma fundamentação para sustentar a necessidade de prisão pela ordem pública:

Diante disso, a conversão da prisão precautelada em preventiva é medida que se impõe, a bem da ordem pública. Efetivamente, quando a gravidade concreta, o *modus operandi* e as circunstâncias do delito indicam a periculosidade real dos agentes ou, ainda, se da vida pregressa do infrator evidenciada por sua ficha de antecedentes criminais sobressai fundado receio de reiteração criminosa, resta plenamente legitimada a decretação da prisão preventiva. Em tais situações, a constrição da liberdade ambulatoria objetiva proteger a sociedade de pessoas que, uma vez soltas, podem colocar em risco a coletividade e a paz social. (decisão nº. 23 de 2016 – magistrado C)

Diante disso, a conversão da prisão precautelada em preventiva é medida que se impõe, a bem da ordem pública. Efetivamente, quando a gravidade concreta, o *modus operandi* e as circunstâncias do delito indicam a periculosidade real do agente ou, ainda, se da vida pregressa do flagrantado – evidenciada por sua extensa ficha de antecedentes criminais – sobressai fundado receio de reiteração criminosa, resta plenamente legitimada a decretação ou a manutenção da prisão preventiva. Em tais situações, a constrição da liberdade objetiva tem por objetivo proteger a sociedade de pessoas que, uma vez soltas, podem colocar em risco a coletividade e a paz social. (decisão nº. 41 de 2016 – magistrado D)

Este exemplo revela a gravidade do uso de decisões pré-moldadas. No juízo escrito, cartorial, a abertura semântica inaceitável que é realizada por fundamentos como “ordem pública” passa por uma atribuição prévia de sentido, que não se permite ser construído discursivamente. Observe-se que na decisão nº. 23 de 2016 sequer há menção à existência concreta de “ficha de antecedentes criminais” ou qualquer outro indicativo de “vida pregressa” ligada a atividades ilícitas.

Este exemplo pode ser característico do que Abramovay (2016, p. 21) chamou de “banalidade do réu”, em que se tem como marca a “desconstituição do sujeito” e “mecanização do trabalho”. O relatório do IDDD (2016, p. 79) também indica o risco de “automatização do ato processual”, podendo haver uma espécie de atuação automatizada em que o protagonismo do réu é encoberto pelo girar das engrenagens do procedimento.

É possível perceber que a instauração de um procedimento basicamente oral não supera todos os entraves culturais na forma autoritária do fazer da jurisdição brasileira. Disputar a compreensão entre os profissionais do direito é atividade fundamental sem a qual não haverá instrumento normativo que possa modificar de forma radical a realidade do processo penal brasileiro. No entanto, no âmbito das audiências de custódia, parece essencial, neste momento, a adoção do juízo oral como forma de afastar as decisões de modelos pré-fabricados.

5.2 ANTECEDENTES COMO FUNDAMENTO DETERMINANTE E PERVERSÃO DO SIGNIFICADO DA MEDIDA CAUTELAR

A menção a antecedentes criminais também se apresentou como uma questão central no material empírico analisado. O conceito de antecedentes, utilizado

nesta pesquisa, é abrangente, envolvendo qualquer situação de inquérito policial, ação penal em curso ou finalizada e processo de execução penal em curso ou finalizado. Esta escolha segue a lógica adotada nas decisões judiciais analisadas. Os antecedentes são tidos como qualquer indício de que o indivíduo obtenha seu sustento pela prática de ilícitos ou que possa fundamentar as projeções de reincidência futura. Portanto, os antecedentes analisados não se identificam com o conceito estabilizado na doutrina e na jurisprudência, conforme sintetiza Juarez Cirino dos Santos (2012, p. 520-521). O relatório do IDDD (2016, p. 53-54) adotou o mesmo critério para análise das fundamentações.

É curioso observar que o fundamento, baseado nos antecedentes, aparece com frequência sob a forma de “bons antecedentes” e “maus antecedentes”, servindo à argumentação para decretar a prisão ou conceder a liberdade com cautelares diversas. As duas categorias foram contabilizadas em separado, pois servem de fundamento a decisões de diferente conteúdo. Caso tivesse optado por considerar bons e a maus antecedentes numa categoria única, este teria sido o fundamento mais utilizado nas decisões dos conjuntos de 2014 e 2016.

Na audiência de custódia, dada a amplitude do conceito de antecedentes adotada, corre-se o risco de criar uma espécie de “reincidência na audiência de custódia” (MINISTÉRIO DA JUSTIÇA, 2016, p. 48), mesmo quando legalmente primários, o que aliado à baixa rotatividade dos atores da cena processual pode levar a um juízo mais rigoroso em relação à pessoa presa.

Como dito na subseção anterior, o modelo cartorário e escrito leva a situações inaceitáveis em que a decisão afirma situações genéricas nas quais os indivíduos não se enquadram. Duas decisões do conjunto de 2016, proferidas em audiência de custódia, revelam o descompasso de decisões pré-moldadas com a situação fática em que o indivíduo se encontra. No primeiro caso (decisão nº. 12 de 2016), V.L.A.L. matou seu companheiro por envenenamento e em seguida tentou suicídio com os mesmos meios. No segundo caso (decisão nº. 17 de 2016), R.L.D. é suspeito de estar praticando tráfico de drogas ilícitas.

O princípio da presunção de inocência milita em favor dos que sofrem a persecução penal promovida pelo Estado (art. 5º, LVII, da CF/1988), cabendo também destacar, nesse diapasão, que V. L. é primária, não ostenta maus antecedentes criminais, conforme a ficha emitida pelo SAJ. [...]. A conversão da prisão precautelar em preventiva é medida que se impõe, a bem da ordem pública. Quando a gravidade concreta, o *modus operandi* e as circunstâncias do delito indicam a periculosidade real do agente ou, ainda, se da vida pregressa do infrator – evidenciada por sua extensa ficha de antecedentes criminais – sobressai fundado receio de reiteração criminosa, resta plenamente legitimada a decretação ou a manutenção da prisão preventiva. (decisão nº. 12 de 2016 – magistrado B)

As condições pessoais do atuado não lhe garante (sic) o direito líquido e certo para a concessão do benefício, conforme reiterados julgados do Superior Tribunal de Justiça. [...]. A conversão da prisão precautelar em preventiva é medida que se impõe, a bem da ordem pública. Quando a gravidade concreta, o *modus operandi* e as circunstâncias do delito indicam a periculosidade

real do agente ou, ainda, se da vida pregressa do infrator – evidenciada por sua extensa ficha de antecedentes criminais – sobressai fundado receio de reiteração criminosa, resta plenamente legitimada a decretação ou a manutenção da prisão preventiva. (decisão nº. 17 de 2016 – magistrado B)

No primeiro caso, há contradição evidente na decisão, ao afirmar que a pessoa presa não tem maus antecedentes, mas considera sua “extensa ficha de antecedentes criminais” para decretar sua prisão. No segundo, também há uma indicação positiva da valoração dos antecedentes de forma tácita, utilizando da mesma fórmula pronta para embasar o decreto prisional. Além da repetição dos modelos, é importante observar a incoerência grave que marca as decisões, que acabam por adotar fundamentos equivocados.

Outro ponto a ser observado consiste nos casos em que a mesma decisão é aplicada a mais de uma pessoa. Nestes casos, a existência ou não de antecedentes é determinante.

Analisando-se de forma criteriosa os presentes autos, não se vislumbra, *prima facie*, razão para que não se imponha cautelares diversas da prisão mesmo. Note-se que os autos revelam que o flagranteado não possui qualquer registro desabonador anterior. Ademais, os elementos extraídos dos autos não ensejam a impressão de que o flagranteado, solto, teria grande probabilidade de delinquir, o que aponta no sentido da concessão da liberdade provisória em seu favor, porém com a imposição de medidas cautelares diversas da prisão. [...] Ocorre que, no caso concreto, a imposição de medidas cautelares diversas da prisão não se revelam suficientes aos autuados F. e R., considerando-se, sobretudo, a vida pregressa dos mesmos noticiada nas certidões de fls. 30/31, demonstrando a intenção de reiteração na prática delitiva. (decisão nº. 6/7 de 2016 – magistrado A)

[...] M. N. S., não possui registro de prisão anterior, podendo ser concedido a ele a Liberdade Provisória, mediante as condições do art 319 do CPP, já que não reúne os elementos do art 312 para prisão preventiva; ao contrário de A. S. S., este não pode ter o mesmo destino, posto que encontra-se em andamento um processo criminal na 12 Vara Crime e um outro na 2ª Vara de Tóxicos, já sentenciado, portanto com vida pregressa pouco recomendável para que inicie a instrução solto. (decisão 38/39 de 2016 – magistrado D)

In casu, verifica-se após consulta ao SAJ, que o flagranteado A. P. é tecnicamente primário, sem antecedentes criminais, nesse sentido, não parece se tratar de agente delituoso potencialmente perigoso, nesta área de tráfico de drogas, embora vinculado em “tese” a prática de tráfico de drogas, em concurso, com risco de reiteração delitiva, deve-se proceder-se uma avaliação da necessidade e adequação primeiramente de aplicação das medidas cautelares. [...] Na hipótese vertente constata-se a inteira aplicação do aludido motivo autorizador da custódia, posto que ambos flagranteados já respondem a outros processos, havendo histórico de contumácia no crime de tráfico de drogas, já que respondem a processos nas Varas de Tóxicos, sendo que o flagranteado J. ainda responde pela prática de crime contra a vida, tudo conforme extratos do SAJ de fls. 38/39. (decisão nº. 42/43 de 2016 – magistrado D)

Na dinâmica da audiência de custódia, qual a importância de se analisar este tipo de fundamento? Ao menos duas razões podem ser apontadas. A primeira é que se a decisão for proferida oralmente (assim como tem sido as alegações da defesa e do Ministério Público, ao menos no NPF de Salvador), permite-se que a decisão seja imediatamente submetida às partes, que podem evitar equívocos como os relatados nas decisões nº. 12 e 17 de 2016. A ação da defesa pode inter-

vir, apontando o erro do fundamento sem que seja preciso aguardar os fluxos de circulação e disponibilização da decisão através dos mecanismos burocráticos (e a transferência da pessoa para o Complexo Penitenciário). A potencialização do controle dos atos jurisdicionais é um dos méritos da oralidade do procedimento.

A outra razão é a possibilidade para o próprio indivíduo preso apresentar diretamente ao magistrado, além de sua própria versão dos fatos, esclarecimentos sobre possíveis erros na averiguação rápida que é feita a respeito dos antecedentes criminais. A autodefesa também é elemento que potencializa o controle das decisões e pode evitar equívocos se conseguir romper a *barreira do papel*.

Mais duas questões devem ser pontuadas a respeito da valorização dos antecedentes para decretação da prisão ou de medidas cautelares. A primeira é a possibilidade e o dever da defesa em disputar o conceito jurídico de antecedentes, valendo-se da tradicional jurisprudência dos Tribunais Superiores (que já indica uma mudança mais flexibilizadora, mas esta é outra história). A audiência é oportunidade direta de contrapor-se ao uso de elementos meta-jurídicos e genéricos, sem prejudicar as estratégias de defesa da pessoa no processo de conhecimento. Este embate é dificilmente controlável nas fórmulas genéricas das decisões escritas pré-moldadas.

A outra questão está ligada a quase extinção da restituição plena da liberdade. Observa-se que as condições pessoais do agente são perversamente utilizadas para se aplicar medidas cautelares que vão proporcionar a restrição da liberdade. Outra interpretação possível é de que a decisão é tomada como se as cautelares não necessitassem de fundamentação específica.

Considerada, pois, em abstrato, a possibilidade de concessão de liberdade provisória, não se deve olvidar de que bons antecedentes, endereço fixo, ocupação lícita, por si só, não tem o condão de impedir a prisão preventiva do autor de fato delituoso. Em verdade, outros elementos devem ser analisados em conjunto, buscando uma conclusão segura acerca da necessidade, ou não, da medida extrema da privação da liberdade. Analisando-se, de forma criteriosa os presentes autos, não se vislumbra, *prima facie*, razão para que não se imponha cautelares diversas da prisão. (decisão nº. 1 de 2016 – magistrado A)

No entanto, a folha de antecedentes criminais acostada não contém indicativo da propensão do(a) flagranteado(a) à prática reiterada de delitos. As circunstâncias e o *modus operandi* da conduta ilícita estão inseridos na gravidade inerente ao próprio tipo penal. [...]. Nada sugere que a restituição do *status libertatis* redundará em risco para a ordem pública ou para o livre exercício de atividades econômicas. Não há que se falar em garantia da instrução criminal, porquanto a fase judicial sequer foi iniciada, sem olvidar que o suporte fático e probatório não contém qualquer demonstração do desejo do(a) autuado(a) de se evadir do distrito da culpa, para frustrar a execução de eventual pena. Enfim, não se percebe quaisquer dos motivos autorizadores da prisão preventiva, tampouco a excepcionalidade da medida se justifica para os fins do art. 313, parágrafo único, do CPP. [...]. Diante do exposto, e com amparo nos artigos 282, 310 e 319, I, todos do Código de Processo Penal, concedo **LIBERDADE PROVISÓRIA** a(o) flagranteado(a) E.S.S., devidamente qualificado(a), submetendo-o(a), todavia, ao cumprimento da medida cautelar de comparecimento bimestral em Juízo, para informar e justificar suas atividades, até ulterior deliberação do Juízo Criminal para o qual for distribuído o vertente

feito. (decisão nº. 9 de 2016 – magistrado B)

Ao que tudo indica as medidas cautelares diversas adquirem (perversamente) um *status* equivalente à liberdade. Perde-se de vista, ou há interesse em omitir, que as cautelares são *restrições graves à liberdade das pessoas*. O discurso judicial tenta fazer parecer que a imposição de uma medida cautelar é uma solução libertadora, quando na verdade é justamente o oposto. Se uma vez examinados os requisitos da prisão e demais cautelares e constatada a impossibilidade de sua imposição, por absoluto favorecimento das circunstâncias fáticas e pessoais, é a liberdade que deve ser restaurada. A aplicação de cautelares é fator impeditivo do gozo pleno da liberdade, exigindo manifestação fundamentada em circunstâncias concretas.

A audiência de custódia inaugura um campo específico para a disputa da narrativa sobre imposição de prisão e de outras cautelares, sendo uma oportunidade de fazer valer os contornos jurídicos dos fundamentos utilizados e contestar de forma expressa as informações equivocadas e padronizadas sobre as quais as decisões muitas vezes são tomadas.

5.3 PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA E AS CONDIÇÕES SOCIAIS DA PESSOA PRESA

Um dado importante da análise comparativa das fundamentações apresentadas nos Gráficos 1 e 2 diz respeito ao aumento do uso da presunção de inocência para restituir a liberdade à pessoa presa. Um dos objetivos centrais da instalação das audiências de custódia no país foi a redução do número de presos provisórios e o maior controle sobre a legalidade das prisões. No fundo, a busca é pela ampliação da efetividade do estado de inocência, evitando prisões arbitrárias e desnecessárias.

Nas decisões de 2014, verificou-se apenas um caso em que se utilizou a presunção de inocência/não culpabilidade para restabelecer a liberdade com aplicação de medidas cautelares (decisão nº. 21 de 2014)⁸. No conjunto de decisões de 2016, este fundamento está presente em nove diferentes situações, dado significativo, ainda mais se considerando que a variação foi baixa entre os argumentos mais comuns.

Há pelo menos duas hipóteses que podem indicar o crescimento considerável da garantia ao estado de inocência. Uma é que a audiência e os debates em torno de sua implementação têm surtido, ao menos em parte, o efeito esperado para amadurecer o debate acerca da importância das garantias constitucionais e

8 O fundamento sequer aparece no Gráfico 1, por ter sido utilizado uma só vez.

da conscientização sobre o uso absurdo das prisões sem condenação no Brasil. A outra, que não exclui a primeira, é que a possibilidade de contato pessoal com a pessoa presa e de escutá-la pode interferir na decisão do juiz.

Nesta perspectiva, duas ressalvas devem ser lembradas: as decisões tendem a ser padronizadas, especialmente quando escritas; a amostra das audiências de custódia contou com pouca variação de magistrados (em razão de sua própria estrutura do Núcleo), não permitindo uma generalização analítica muito ampla no conjunto de 2016. Na amostra pesquisada, verificou-se que oito das nove decisões foram proferidas pelo mesmo magistrado (B). No entanto, a média de imposição de prisão por este juiz, em relação às cautelares diversas, é similar à média dos outros magistrados. Estas ressalvas devem conter a empolgação de conclusões precipitadas, mas não impedem a elaboração de hipóteses otimistas que possam orientar futuras investigações.

É importante também ressaltar que a audiência de custódia permite adequar a aplicação de medidas cautelares à realidade social na qual se insere o indivíduo. Por exemplo: se o indivíduo trabalha no turno da noite (e se as perguntas da audiência de custódia foram bem feitas), dificilmente o magistrado vai impor a medida de recolhimento domiciliar noturno. Este aspecto também foi destacado no relatório do IDDD (2016, p. 58), pontuando a possibilidade de aproximação dos atores judiciais à realidade das pessoas presas.

No entanto, a questão do contato pessoal destes atores com as pessoas presas é complexa. Não se pode ignorar que os estereótipos através dos quais funcionam a criminalização das agências policiais são em grande medida compartilhados pelos atores judiciais. Neste sentido, determinados estigmas podem até mesmo impedir ou atrapalhar a restituição da liberdade. A forma de falar, de vestir, o uso de tatuagens, a oportunidade de perguntar sobre o uso de drogas, tudo isso pode afetar a decisão. Como variável central dos processos de criminalização, o racismo pode ser um entrave definitivo para a realização dos objetivos da audiência de custódia. É preciso estar vigilante e disputar de maneira crítica os instrumentos legais para contrapor-se à perpetuação dos estereótipos nas instituições, buscando reduzir a seletividade estrutural do sistema criminalizador.

Há ainda outros aspectos relevantes acerca da avaliação das audiências de custódia, que não foram abordados, em razão dos limites deste trabalho, como a pressão pelo uso da videoconferência, a presença de policiais, a efetividade da apuração dos casos de violência policial, dentre outros, que poderão ser objetos de pesquisas futuras.

6. CONSIDERAÇÕES FINAIS

O processo brasileiro passou incólume pelos movimentos de reforma do processo penal verificados na América Latina, ocorridos nos anos 1990 e 2000. A

reforma das medidas e prisões cautelares de 2011 não deu conta de frear o avanço acelerado das prisões no Brasil, não tendo havido mudanças no quantitativo mensurável, seja em números absolutos ou em valores percentuais.

Nesta pesquisa, buscou-se analisar as continuidades, inovações e potencialidades do procedimento da audiência de custódia através da análise de decisões judiciais. No atual momento, o procedimento ainda se encontra em processo de consolidação e os dados quantitativos não são definitivos e confiáveis, contudo, é possível, com algum rigor epistemológico, apresentar algumas considerações acerca do objeto de estudo.

A primeira consideração trata da constatação da permanência de um discurso judicial autoritário e do uso de categorias amplas com pouca sustentação material para aplicação das prisões e de medidas cautelares. Os fundamentos mais usados nos dados antes e depois da implementação da audiência, permaneceram os mesmos.

A segunda, consiste no baixo número de restituições de liberdades plenas e de relaxamentos de prisão, que podem ser reveladores de dois aspectos que a dinâmica da audiência não conseguiu afetar: maior controle judicial sobre a legalidade das prisões e impedir que as cautelares sirvam como substitutos à liberdade. Ao menos em relação ao controle da legalidade havia – e ainda há – grande expectativa em torno da audiência.

Um terceiro ponto a ser ressaltado é a necessidade de se ampliar a oralidade do procedimento da audiência, que não está totalmente desligada de uma lógica cartorial e escrita. O uso de decisões modelo, muitas vezes inadequadas e contraditórias, pode ser sinal da urgência desta mudança e da necessidade de que as decisões sejam pronunciadas diretamente pelo magistrado, facilitando o controle direto dos atores da cena processual em relação a possíveis erros.

O quarto aspecto refere-se à possibilidade de que o contato direto do magistrado com a pessoa presa, além de proporcionar ao indivíduo que apresente sua própria narrativa, pode fornecer elementos até então inacessíveis para influenciar na decisão (como esclarecimentos sobre informações de antecedentes no sistema). Deste contato, pode-se ainda destacar a possibilidade de adequação da medida cautelar a circunstâncias específicas das pessoas presas, como, por exemplo, necessidade de deslocamento intermunicipal ou noturno em razão do trabalho exercido.

É preciso encarar a audiência de custódia com certo otimismo desconfiado, tendo em vista que ainda se encontra em fase de consolidação pelo país, apesar do rápido avanço, sendo necessário acompanhar de perto os procedimentos adotados, buscando reconhecer suas limitações e potencialidades. As mudanças mais significativas no sistema de justiça criminal são obtidas a partir de mudanças

culturais dos atores envolvidos e de práticas que têm como objetivo ampliar a controlabilidade dos atos judiciais e policiais, com respeito à Constituição.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- ABRAMOVAY, Pedro. Banalidade do réu: um dia de observação das audiências de custódia. **Jota**, Brasília, jul. 2016. Seção Academia. Disponível em: <<http://jota.uol.com.br/banalidadereuumdiadeobservacaodasaudienciasdecustodia>>. Acesso em 24 jul. 2016.
- ADEODATO, João Maurício. Retórica realista e decisão jurídica. **Revista de Direitos e Garantias Fundamentais**, v. 18, n. 1, p. 15-40, jan./abr. 2017.
- ÁVILA, Gustavo de Noronha. A audiência de custódia e ilegalismo: reflexões iniciais sobre as práticas em Maringá (PR). In: ANDRADE, Mauro Fonseca; ALFLEN, Pablo Rodrigo. **Audiência de Custódia**: da boa intenção à boa técnica. Porto Alegre, FMP, 2016b, p. 157-194.
- BARRETO, Ana Luísa Leão de Aquino. **Urgência Punitiva e Tráfico De Drogas**: as Prisões Cautelares entre Práticas e Discursos nas Varas de Tóxicos de Salvador. 2017. 144 f. Dissertação (Mestrado) – Faculdade de Direito, Universidade Federal do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2017.
- CARVALHO, Luis Gustavo G. C. Estado de direito e decisão jurídica: as dimensões não-jurídicas do ato de julgar. In: PRADO, Geraldo; MARTINS, Rui Cunha; CARVALHO, Luis Gustavo G. C. **Decisão Judicial**. A cultura jurídica brasileira na transição para a democracia. Madri: Marcial Pons, 2012, p. 87-137.
- CARVALHO, Salo de. **O papel dos atores do sistema penal na era do punitivismo**: o exemplo privilegiado da aplicação da pena. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.
- CENTRO DE ESTUDIOS DE JUSTICIA DE LAS AMERICAS (CEJA). **Prisión preventiva y reforma procesal penal en América Latina, v. 1**. Evaluación y perspectivas. Santiago, 2009, 469 p.
- CITELLI, Adilson. **Linguagem e persuasão**. São Paulo: Editora Ática, 1994.
- COMISSÃO INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS (CIDH). **Relatório sobre o uso da prisão preventiva nas Américas**. Introdução e recomendações. [S.l.], 2014, 23 p.
- CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA (CNJ). **Cartilha Audiência de Custódia**. Brasília, 2015, 5 p.
- DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DA BAHIA. **Anuário Soteropolitano da Prática Penal**. Salvador, 2017. 76 p.
- FERNANDES, Daniel Fonseca. O grande encarceramento brasileiro: política criminal e prisão no século XXI. **Revista do CEPEJ**. Salvador, v. 18, p. 101-153, 2016.
- GOMES FILHO, Antônio Magalhães. **A motivação das decisões penais**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.
- GOMES, Patrick Mariano. **Discursos sobre a ordem**: uma análise do Discurso do Supremo Tribunal Federal nas decisões de prisão para garantia da ordem pública. 2013. 209 f. Dissertação (Mestrado) – Faculdade de Direito, Universidade de Brasília, Brasília, 2013.
- INSTITUTO DE DEFESA DO DIREITO DE DEFESA (IDDD). **Monitoramento das audiências de custódia em São Paulo**. São Paulo, 2016, 81 p.
- LOPES JR., Aury. **Prisões cautelares**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2013.
- MARCONI, Marina de Andrade; LAKATOS, Eva Maria. **Fundamentos de metodologia científica**. 5. ed. São Paulo: Atlas, 2003.
- MASI, Carlo Velho. **Audiência de custódia e a cultura do encarceramento no Brasil**. Porto Alegre: Canal das Ciências Criminais, 2016.
- MINISTÉRIO DA JUSTIÇA. **Implementação das audiências de custódia no Brasil**: análise de experiências e recomendações de aprimoramento. Brasília, 2016, 71 p.
- _____. Departamento Penitenciário Nacional (DEPEN). **Levantamento Nacional de informa-**

ções penitenciárias – Infopen – junho 2014. Brasília, 2015. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/files/conteudo/arquivo/2015/11/080f04f01d5b0efebfbcf06d050dca34.pdf>>. Acesso em 20 out. 2015.

MOREIRA, Rômulo de Andrade. A audiência de custódia e sua implementação no estado da Bahia. In: ANDRADE, Mauro Fonseca; ALFLEN, Pablo Rodrigo. **Audiência de Custódia: da boa intenção à boa técnica.** Porto Alegre, FMP, 2016, p. 157-194.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Prisão e liberdade.** De acordo com a Lei 12.403/2011. 3. ed. São Paulo: Editora RT, 2013.

PAIVA, Caio. **Audiência de custódia e o processo penal brasileiro.** Florianópolis: Empório do Direito, 2015a.

PIRES, Álvaro. Amostragem e pesquisa qualitativa: ensaio teórico e metodológico. In: POUPART, Jean et al. **A pesquisa qualitativa.** Enfoques epistemológicos e metodológicos. 4. ed. Petrópolis: Vozes, 2014.

PRADO, Daniel Nicory do. **A prática da audiência de custódia.** Salvador: Faculdade Baiana de Direito, 2017.

_____. Audiência de Custódia em Salvador: pesquisa empírica participante em seu primeiro mês de implementação. **Boletim IBCCRIM**, São Paulo, n. 276, p. 2-3, nov. 2015.

_____. O tempo da Audiência de Custódia: pesquisa empírica participante no Núcleo de Prisão em Flagrante de Salvador. **Boletim IBCCRIM**, São Paulo, n. 282, p. 3-4, mai. 2016.

RAMALHO JR., Elmir Duclerc; FERNANDES, Daniel Fonseca. A Audiência de Custódia na perspectiva de uma Teoria do Processo Penal Agnóstica. In.: SANTORO, Antonio Eduardo Ramires; GONÇALVES, Carlos Eduardo (Org.). **Audiência de Custódia.** Belo Horizonte: Editora D'Plácido, 2017, p. 239-261.

RODRIGUEZ, José Rodrigo. **Como decidem as cortes?** Para uma crítica do direito (brasileiro). Rio de Janeiro: Editora FGV, 2013.

ROMÃO, Vinícius de Assis. A violência estatal contra pessoas presas em flagrante e a observação de audiências de custódia em Salvador. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, São Paulo, v. 128, ano 25, p. 307-345, fev. 2017.

SANTOS, Boaventura de Sousa. **O discurso e o poder.** Ensaio sobre a sociologia retórica jurídica. Porto Alegre: Fabris, 1988.

SANTOS, Juarez Cirino dos. **Direito penal** – parte geral. 5. ed. Florianópolis: Conceito Editorial, 2012.

VASCONCELLOS, Fernanda Bestetti. **A prisão preventiva como mecanismo de controle e legitimação do campo jurídico.** Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2010.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl. **Em busca das penas perdidas.** 5. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2001.

ANEXO I – LISTAGEM DAS DECISÕES 2014

Nº de ordem	PROCESSO/ DECISÃO
1.	0190749-78.2008.8.05.0001
2.	0390804-69.2013.8.05.0001 (1)
3.	0390804-69.2013.8.05.0001 (2)
4.	0542836-25.2014.8.05.0001
5.	0526020-65.2014.8.05.0001 (1)
6.	0526020-65.2014.8.05.0001 (2)
7.	0534387-78.2014.8.05.0001

8.	0330853-13.2014.8.05.0001
9.	0318842-49.2014.8.05.0001
10.	0311676-97.2013.8.05.0001
11.	0540439-90.2014.8.05.0001
12.	0364352-22.2013.8.05.0001
13.	0398858-24.2013.8.05.0001
14.	0378944-71.2013.8.05.0001
15.	0539127-79.2014.8.05.0001
16.	0330835-89.2014.8.05.0001
17.	0330836-74.2014.8.05.0001
18.	0410635-06.2013.8.05.0001
19.	0542960-08.2014.8.05.0001
20.	0543023-33.2014.8.05.0001
21.	0325192-53.2014.8.05.0001
22.	0329365-23.2014.8.05.0001
23.	0542482-97.2014.8.05.0001
24.	0547254-06.2014.8.05.0001
25.	0546072-82.2014.8.05.0001
26.	0540913-61.2014.8.05.0001
27.	0542597-21.2014.8.05.0001
28.	0304898-77.2014.8.05.0001
29.	0398685-97.2013.8.05.0001
30.	0545023-06.2014.8.05.0001
31.	0546312-71.2014.8.05.0001
32.	0546392-35.2014.8.05.0001
33.	0330847-06.2014.8.05.0001
34.	0522390-98.2014.8.05.0001
35.	0511994-62.2014.8.05.0001
36.	0518654-72.2014.8.05.0001
37.	0543815-84.2014.8.05.0001
38.	0534899-61.2014.8.05.0001
39.	0546369-89.2014.8.05.0001
40.	0548307-22.2014.8.05.0001
41.	0331248-05.2014.8.05.0001
42.	0541952-93.2014.8.05.0001

43.	0544150-06.2014.8.05.0001
44.	0536291-36.2014.8.05.0001
45.	0542283-75.2014.8.05.0001
46.	0328125-96.2014.8.05.0001
47.	0533675-88.2014.8.05.0001

ANEXO II – LISTAGEM DAS DECISÕES 2016

Nº de ordem	PROCESSO/ DECISÃO
1.	0310276-43.2016.8.05.0001
2.	0310277-28.2016.8.05.0001
3.	0310280-80.2016.8.05.0001
4.	0310278-13.2016.8.05.0001
5.	0310289-42.2016.8.05.0001
6.	0310303-26.2016.8.05.0001 (1)
7.	0310303-26.2016.8.05.0001 (2)
8.	0310296-34.2016.8.05.0001
9.	0310313-70.2016.8.05.0001
10.	0310319-77.2016.8.05.0001
11.	0310321-47.2016.8.05.0001
12.	0310301-56.2016.8.05.0001
13.	0310121-40.2016.8.05.0001
14.	0310296-34.2016.8.05.0001
15.	0310313-70.2016.8.05.0001
16.	0310335-31.2016.8.05.0001
17.	0310342-23.2016.8.05.0001
18.	0310348-30.2016.8.05.0001
19.	0310359-59.2016.8.05.0001
20.	0310360-44.2016.8.05.0001
21.	0310893-03.2016.8.05.0001
22.	0310971-94.2016.8.05.0001
23.	0310972-79.2016.8.05.0001
24.	0310977-04.2016.8.05.0001
25.	0310990-03.2016.8.05.0001
26.	0310994-40.2016.8.05.0001
27.	0310435-83.2016.8.05.0001

28.	0311028-15.2016.8.05.0001
29.	0311029-97.2016.8.05.0001
30.	0311032-52.2016.8.05.0001
31.	0311041-14.2016.8.05.0001
32.	0311049-88.2016.8.05.0001
33.	0310518-02.2016.8.05.0001
34.	0311100-02.2016.8.05.0001
35.	0311130-37.2016.8.05.0001
36.	0317530-67.2016.8.05.0001
37.	0317531-52.2016.8.05.0001
38.	0317529-82.2016.8.05.0001 (1)
39.	0317529-82.2016.8.05.0001 (2)
40.	0317551-43.2016.8.05.0001
41.	0317587-85.2016.8.05.0001
42.	0317533-22.2016.8.05.0001 (1)
43.	0317533-22.2016.8.05.0001 (2)
44.	0317592-10.2016.8.05.0001
45.	0317593-92.2016.8.05.0001

TEORIA DOS JOGOS: UMA ANÁLISE DE SUA APLICAÇÃO EM FAVOR DO ACUSADO NO TRIBUNAL DO JÚRI

IARA MARIA MIRANDA DE SÁ¹
MAYANA SALES MOREIRA²

1. INTRODUÇÃO

O presente artigo tem como escopo discutir acerca da Teoria dos Jogos no Tribunal do Júri, esta que consiste numa ferramenta utilizada para a tomada de decisões entre sujeitos, na qual o resultado individual é submisso às decisões dos outros, sendo analisados cenários nos quais os interessados buscam otimizar seus ganhos, mesmo que conflituosos entre si. Nessa senda, buscar-se-á analisar em que medida a Teoria dos Jogos é aplicável, pela defesa, às decisões emanadas pelo Tribunal do Júri.

Para tanto, além da necessária análise do que consiste a Teoria dos Jogos, buscar-se-á identificar as estratégias utilizadas pela acusação e pela defesa quando em julgamentos perante o Tribunal do Júri, verificando os fatores que influenciam nas decisões emanadas do corpo de jurados e identificando a adequação da Teoria dos Jogos como estratégia processual de defesa.

A abordagem desses pontos, possibilitará verificar se a Teoria dos Jogos pode ser aplicada, pela defesa, às decisões oriundos do Tribunal do Júri e, principalmente, de que forma e intensidade essa aplicação pode ocorrer.

2. TRIBUNAL DO JÚRI

O momento exato do advento de um tribunal com competência para julgar os homens por intermédio de similares e não recorrendo ao juiz togado é desconhecido. Ainda assim, Bittencourt referiu-se à existência de registros históricos que apontam a existência de características do tribunal do júri, mesmo que embrionária, com origens gregas, romanas e hebraicas³.

1 Graduada em Direito pela Faculdade Fass.

2 Mestre em Direito (Universidade Federal da Bahia), Faculdade Fass.

3 BITTENCOURT, Fabiana Silva. **Tribunal do júri e teoria dos jogos**. Florianópolis: Emais, 2018. p. 15/16.

Na civilização grega, é possível identificar os institutos Heliéia, que decidia de fato e de direito, conforme a gravidade da infração a ser julgada, ou seja, cada caso era analisado sob uma óptica peculiar; e o Aerópago, que Bittencourt diz tratar-se de “um conselho de membros da aristocracia ateniense, geralmente guerreiros de elite, funcionava, na democracia grega, como o tribunal responsável pelo julgamento dos delitos de homicídio premeditado e demais sacrilégios”⁴.

Segundo Nucci: “(E)m Roma, durante a República, o Júri atuou, sob a forma de juízes em comissão, conhecidos por *quosteiones*. Quando se tornaram definitivos, passaram a chamar-se de *quosteiones perpetuae*, por volta do ano de 155 a. C.”⁵.

Tanto Nucci⁶ como Bittencourt⁷ citam o “Tribunal dos vinte e Três Homens” que havia ocorrido na Palestina em vilas nas quais a população fosse superior a 120 famílias. Os crimes julgados nestas Cortes tratavam-se de crimes puníveis com a pena de morte. Para composição deste conselho, eram escolhidos padres, levitas e principais chefes de família de Israel.

Em acréscimo, Bittencourt explana:

“É importante ressaltar que tais Tribunais apresentam características semelhantes ao atual Tribunal do Júri por serem tribunais colegiados, compostos por indivíduos tidos socialmente como idôneos, instituídos para julgamento de características embrionárias presentes no atual Tribunal do Júri. Contudo, ressalva-se, para se evitar anacronismos, que cada instituto deve ser compreendido de acordo com o contexto que está inserido, seu determinado momento histórico e suas respectivas peculiaridades”⁸.

Nucci afirma que o Tribunal do Júri, na sua estrutura atual, origina-se da Magna Carta Inglesa, de 1215⁹. Porém, o modelo deste instituto no Brasil aproxima-se mais do francês, em que “os jurados respondem a quesitos, não podendo comunicar-se entre si ou com terceiros quanto ao mérito da causa, e a decisão não precisa ser unânime, aplicando o juiz a pena”¹⁰.

Inicialmente, o corpo de jurados era composto por 24 cidadãos, que, segundo Nucci, deveriam ser “bons, honrados, inteligentes e patriotas”¹¹, e as decisões emanadas por este conselho só eram passíveis a revisão do Príncipe Regente. O formato atual de Conselho de Sentença composto por 7 (sete) jurados,

4 BITTENCOURT, Fabiana Silva. *Op. cit.* p. 15/16.

5 NUCCI, Guilherme de Souza. **Tribunal do Júri**. 4º ed. rev. ampl. atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015. p. 42.

6 *Ibidem*.

7 *Idem, ibidem*, p. 17.

8 *Ibidem*.

9 *Ibidem*.

10 CALVO FILHO, Romualdo Sanches. **Manual prático do júri**. São Paulo: Livraria e editora Universitária de Direito, 2009. p.31-32.

11 NUCCI, Guilherme de Souza. *Op. Cit.* p. 43.

segundo Calvo Filho (2009, p. 33)¹², foi estabelecido pelo Decreto-Lei n. 167 de 05 de janeiro de 1938.

Calvo Filho¹³ menciona que, embora haja um silêncio na Constituição de 1937 sobre o Tribunal do Júri, o Decreto Lei n. 167, de 1938, estabeleceu que tal instituição vigoraria em todo território nacional. Contudo, em 1941, com o advento do Código Penal Brasileiro tal decreto foi cancelado.

Mister mencionar que o Tribunal do Júri, quando mencionado nos textos constitucionais, estava junto aos capítulos pertinentes ao Poder Judiciário¹⁴. Contudo, na Constituição de 1934, este instituto ganhou espaço no capítulo referente aos direitos e garantias individuais, que, para Nucci, tratava-se de “uma autêntica bandeira na luta contra o autoritarismo”¹⁵.

A Constituição de 1967 manteve a instituição no capítulo dos direitos individuais (art. 150, §18), bem como a Emenda Constitucional de 1969 (art. 153, §18), como bem registra Calvo Filho:

A Carta outorgada em 1967 pelo regime que se implantou em 01 de abril de 1964 manteve em seu art. 150, §18, a instituição do júri entre os direitos e garantias fundamentais do cidadão, apesar de o regime ser ditatorial. A Emenda Constitucional n° 1 de 1969, igualmente, conservou o júri no seu art. 153, §18, apenas não prevendo, como fizera a anterior, a sua soberania, o que levou José Frederico Marques, feroz crítico da popular instituição, a afirmar que, em razão disso, todo recurso interposto contra a decisão dos jurados teria doravante efeito devolutivo, permitindo-se, dessa forma, ao órgão recursal reformar a decisão dos juízes leigos. Entrementes, em razão de não ter sido alterada a disposição do art. 593, § 3°, do CPP, aquele posicionamento ficou apenas na esfera da sugestão, continuando assim a soberania do júri a ser reconhecida pelos tribunais¹⁶.

A competência para julgar crimes dolosos contra a vida foi instituída na redação do art. 153, §18, da Emenda Constitucional de 1969.

E, finalmente, em 05 de outubro de 1988, quando a democracia retornava ao cenário brasileiro, com a promulgação da Constituição nova, a instituição do Tribunal do Júri é reconhecida em seu art. 5°, XXXVIII, juntamente com os direitos e garantias fundamentais do cidadão. Mais ainda, passa a considerar tal instituto como cláusula pétrea, como versa o art. 60, § 4°, IV, da CF/88.

Com o advento de uma Constituição Cidadã, Nucci afirma que os princípios da soberania dos vereditos e do sigilo de votações e plenitude da defesa, instituídos na Carta de 1946 passaram a vigor novamente¹⁷, mas que o regresso

12 CALVO FILHO, Romualdo Sanches. *Op. Cit.* p.33.

13 *Ibidem.*

14 NUCCI, Guilherme de Souza. *Op. Cit.* p. 43.

15 *Ibidem.*

16 *Ibidem.* p. 34.

17 *Ibidem.* p. 44.

destes princípios não foi fruto de estudos minuciosos, nem mesmo de necessidade crucial, apenas a necessidade de retornar ao *status quo ante*.

O Júri é um instituto temporário e especial do Poder Judiciário, que pertence à justiça comum, estadual ou federal, formado por um juiz togado e 25 cidadãos, com competência para julgar exclusivamente crimes dolosos contra a vida e os a eles conexos. Apesar de se tratar de órgão do Poder Judiciário, está previsto na Constituição Federal no art. 5º, XXXVIII, estando, portanto, entre o rol de direitos e garantias fundamentais.

Trata-se de uma das instituições mais democráticas do Poder Judiciário, principalmente por submeter o acusado a julgamento por seus semelhantes, e não pelo juiz togado ou de carreira. A resolução do processo se dá, portanto, com base na sabedoria popular, e não em consonância com a técnica dos tribunais¹⁸.

No Código de Processo Penal, o procedimento dos crimes dolosos contra a vida encontra-se elencado entre os procedimentos comuns, embora se trate, em verdade, de procedimento especial, dividido em duas fases. Na primeira fase, busca-se a formação da culpa, com aplicação tradicional do princípio do *in dubio pro societate*¹⁹, que, a despeito de sua aplicação tradicional, não possui previsão legal ou constitucional, conforme crítica reiterada da doutrina²⁰. Já na segunda fase encontra-se propriamente o juízo da causa²¹.

O Tribunal do Júri caracteriza-se, especialmente, além da competência exclusiva para julgamento de crimes dolosos contra a vida, pela soberania das decisões do conselho de sentença, pela plenitude de defesa e pelo sigilo das votações, estando todas essas garantias asseguradas constitucionalmente.

Entende-se por soberania dos veredictos a impossibilidade de substituição da decisão proferida pelo conselho de sentença por decisão de outro órgão. Assim, se a sentença foi absolutória, não pode o tribunal, em sede de apelação, reformá-la para condenar o acusado. De igual maneira, se a sentença for condenatória, não é possível a reforma da decisão, pelo tribunal ou por qualquer órgão, para absolver o acusado.

Não há óbice, entretanto, a que o tribunal anule a decisão, a reforme para corrigir a dosimetria da pena ou mesmo reconheça que o acusado merece ser submetido a novo plenário quando a decisão do conselho for manifestamente

18 PACELLI, Eugênio. **Curso de processo penal**. 21 ed. rev., atual. e ampl.. São Paulo: Atlas, 2017. p. 769.

19 No ponto, necessário destacar o recente e paradigmático julgamento do Agravo em Recurso Extraordinário de nº 1.067.392/CE, no qual o Ministro Relator Gilmar Mendes afirmou que: “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”.

20 LOPES JR. Aury. **Direito Processual Penal**. 15. ed. rev. São Paulo: Saraiva. 2018. p. 799

21 BADARÓ, Gustavo Henrique. **Processo Penal**. 6. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2018. p. 671.

contrária à prova dos autos, tudo conforme art. 593, inciso III, alíneas “a”, “b”, “c”, e “d” do Código Processual Penal. Assim:

“A soberania dos veredictos, não obstante a sua extração constitucional, ostenta valor meramente relativo, pois as decisões emanadas do Conselho de Sentença não se revestem de intangibilidade. Assim, embora a competência do Júri esteja definida na Carta Magna, isso não significa dizer que o órgão especial da Justiça Comum seja dotado de um poder incontrastável e ilimitado. As decisões que dele emanam expõem-se, em consequência, ao controle recursal do próprio Poder Judiciário, a cujos tribunais compete pronunciar-se sobre a regularidade dos veredictos. É que, tal hipótese, o provimento da apelação, pelo Tribunal de Justiça, não importará em resolução do litígio penal, cuja apreciação remanescerá na esfera do júri”²².

No que se refere à plenitude de defesa, significa dizer que, no tribunal do júri, a defesa sai dos limites da amplitude e ganha *status* de completude. Por essa razão é que, havendo discordância entre a defesa técnica e a autodefesa, devem ser incluídas na quesitação as teses defensivas apresentadas pelo acusado no momento de seu interrogatório²³.

Além disso, o advogado ou defensor público não precisa se limitar às questões técnicas e jurídicas, podendo apresentar aos jurados fundamentos de ordem emocional, social e de política criminal, posto que a defesa aqui é exercida em um grau maior do que aquele assegurado aos réus em geral²⁴.

Por fim, por força do sigilo das votações, ninguém saberá o teor dos votos de cada um dos jurados, que, aliás, não são fundamentados. Basta, para a conclusão de cada quesito, que se apure a maioria dos votos. A mesma garantia legitima a previsão da sala secreta, na qual os juízes leigos, que não gozam das mesmas prerrogativas constitucionais dos juízes togados, não se sentirão intimidados pelo acusado ou mesmo pela população presente durante o plenário²⁵.

Apesar de a votação ser feita em sala reservada, não há que se falar em ofensa ao princípio da publicidade, posto que os atos do poder judiciário podem ser praticados com publicidade restrita, nas hipóteses do art. 93, *caput*, IX, parte final da Constituição Federal. Assim, como estão presentes na sala, além dos jurados, o juiz presidente, o promotor de justiça e o advogado ou defensor público do acusado, o procedimento encontra-se em conformidade com a Carta Magna²⁶.

22 LIMA, Renato Brasileiro de. **Manual de processo penal**: volume único. 6. ed. ver., ampl. e atual. Salvador: Ed. JusPodivm, 2018. p. 1.354.

23 BADARÓ, Gustavo Henrique. *Op. cit.* p. 673.

24 *Ibidem*, p. 1.350.

25 *Ibidem*, p. 1.352.

26 BADARÓ, Gustavo Henrique. *Op. cit.* p. 673.

2.1 *ESTRATÉGIAS ADOTADAS PELOS AGENTES PROCESSUAIS NA DEFESA E NA ACUSAÇÃO*

Imprescindível falar sobre a ampla e plena defesa no Tribunal do Júri, afinal não são sinônimos. Cruz afirma que a “ampla defesa representa a viabilidade de o réu conhecer a acusação contra si imputada, para que possa acompanhar a produção da prova e, a partir de então, refutar tais elementos ou mesmo construir o próprio conjunto probatório”²⁷. Enquanto nos termos de Christóforo:

“A plenitude no Tribunal do Júri, onde poderão ser usados todos os meios de defesa possíveis para convencer os jurados, inclusive argumentos não jurídicos, tais como: sociológicos, políticos, religiosos, morais etc. Destarte, em respeito a este princípio, também será possível saber mais sobre a vida dos jurados, sua profissão, grau de escolaridade etc.; inquirir testemunhas em plenário, dentre outros”. (2009)²⁸.

O Código de Processo Penal, art. 261, em harmonia com a Constituição Federal, no seu art. 261, estabelece que “nenhum acusado, ainda que ausente ou foragido, será processado ou julgado sem defensor”. O que permite interpretar que a defesa técnica, aquela empregada por advogado ou defensor público de modo a desenvolver a melhor tese de defesa para o acusado é um direito indisponível do agente, enquanto a autodefesa é um direito disponível, pois é facultativo ao réu comparecer ou não a audiência de instrução, bem como a manter-se em silêncio no momento do seu interrogatório.

Em sede de julgamento no Plenário do Tribunal do Júri, a escolha dos jurados é, também, uma estratégia processual. Frisando-se que, embora o sorteio dos jurados seja prévio à sessão, é essencial que o agente trace subterfúgios para fazer a melhor escolha e ter um conselho de sentença com perfil, supostamente, favorável à sua tese.

Este conselho é composto por sete jurados de um grupo de vinte e cinco que já foram sorteados previamente. Assim, é possível que seja feita uma pesquisa prévia sobre a vida desses vinte e cinco para que, no dia da sessão, já se tenha uma noção de quem vai recusar ou não. A recusa injustificada que está prevista no art. 468, do CPP pode ser feita até três vezes por cada polo, acusação e defesa.

Parentoni faz uma breve análise do que se pode esperar dos jurados conforme sua religião, profissão e idade, vejamos:

Avalia-se, por exemplo, que engenheiros e contadores são calculistas e não dão margem à desvios de seus pensamentos metódicos e que sociólogos, psicólogos, filósofos seriam mais maleáveis devido ao seu convívio com as realidades sociais, vivências pessoais e pensamentos mais

27 CRUZ, Rogério Schiatti Machado. **Garantias Processuais nos Recursos Criminais**, São Paulo: Atlas, 2002. p. 128/129.

28 CHRISTÓFARO, Danilo F **Existe diferença entre plenitude de defesa e ampla defesa?** Disponível em: <https://lfj.jusbrasil.com.br/noticias/1460212/existe-diferenca-entre-plenitude-de-defesa-e-ampla-defesa-danilo-f-christofaro> Acesso em: 01 set 2019.

abertos. Cristãos seriam benevolentes pelo exemplo de Jesus que perdoou pecados. Advogados são (especialmente os criminalistas), obviamente, dispensados pela acusação. Professores, pelo papel de educador, e funcionários públicos, mais técnicos, seriam mais rígidos. Médicos são tidos como humanizados, mas não seria prudente numa causa em que críticas a procedimentos médicos e periciais fossem questionados. Em questão de idade, um jurado mais jovem pode ser inexperiente e impetuoso, enquanto o de meia idade ou idoso pode, por sua experiência de vida, ser mais compreensivo. Tudo, no entanto, são análises subjetivas e, assim, vão se fazendo avaliações, tanto pela defesa, quanto pela acusação, da melhor composição para o Conselho de Sentença, tentando moldar um júri favorável. (2016)²⁹.

Além destas informações, no momento da escolha, levam-se em consideração, também, alguns aspectos como a feição do sorteado, pois não há de se querer alguém insatisfeito para compor o conselho de sentença.

Forçoso dizer que tais critérios se tratam de estratégias, mas que jamais se pode, veementemente, afirmar que é sabido qual o lado processual o jurado irá escolher. Afinal, não há como saber o que se passa na mente humana.

Por fim, é importante atentar-se às possíveis nulidades dos atos processuais. Campos entende como nulidade um vício no ato processual que acarreta uma sanção como consequência³⁰. Para Moraes da Rosa, “a nulidade é o reconhecimento de que no trajeto para formação do ato houve violação ao *fair play*, com a contaminação das garantias estabelecidas pelo estado para condenação de alguém em uma democracia”³¹. Deste modo, analogicamente aos jogos e esportes, é como se houvesse um *dopping*, tratando assim de *dopping* processual, ou seja, uma trapaça nas regras processuais.

As nulidades são divididas em: relativa, absoluta e parcial. A nulidade relativa está ligada ao interesse da parte, devendo ser apontada no instante em que ocorrer, sob pena de preclusão. Enquanto a nulidade absoluta ofende os princípios constitucionais processuais e o interesse maior é de garantia da ordem pública. Diferente da nulidade relativa, a absoluta jamais preclui, pode ser reconhecida a qualquer momento, inclusive independe de manifestação das partes, podendo ser reconhecida *ex officio* pelo juiz. Por sua vez, a nulidade parcial, no âmbito do Tribunal do Júri, está relacionada a quesitação por ter sido decidido algo contrário ao que está nos autos.

Assim sendo, deter conhecimentos sobre os detalhes das informações contidas nos autos e o que está previsto na legislação permite que possa eliminar erros e/ou vícios contidos no processo que possam vir a prejudicar a sua atuação.

29 PARENTONI, Roberto. **Advocacia criminal**: a escolha dos jurados no Tribunal do Júri. Disponível em: <https://canalcienciascriminiais.jusbrasil.com.br/artigos/383442863/advocacia-criminal-a-escolha-dos-jurados-no-tribunal-do-juri> Acesso em: 12 de set. 2019.

30 CAMPOS, Walfredo Cunha. **Tribunal do Júri**: teoria e prática. 5. ed. São Paulo: Atlas, 2015. p. 450.

31 ROSA, Alexandre Moraes da. **Guia do Processo Penal conforme a Teoria dos Jogos**. 4. ed. Florianópolis: Empório do Direito, 2017. p. 585.

2.2 FATORES INFLUENCIADORES DAS DECISÕES EMANADAS PELO TRIBUNAL DO JÚRI

O Direito Penal faz parte da rotina dos cidadãos, está sempre em destaque nos telejornais, jornais impressos, *sites* e até mesmo nas telenovelas, filmes e seriados. Porém, dentre os crimes, os que atentam contra a vida estão à frente da inconformidade e busca pela justiça da população.

Crimes dolosos contra a vida, conforme prevê a Constituição Federal (CF) em seu artigo 5º, XXXVIII, “d”, são de competência das sessões do Tribunal do Júri. O artigo 74, § 1º, do Código de Processo Penal (CPP) diz que são crimes dolosos contra a vida: homicídio; instigação, induzimento e auxílio ao suicídio; infanticídio e o aborto.

Em sua obra *Guia do Processo Penal* conforme a Teoria dos Jogos, Alexandre Morais da Rosa considera a mídia como sendo um dos jogadores externos do processo³², o que corrobora com o entendimento de que esse veículo de informação é grande influenciador no desfecho processual.

Fazendo uma análise sobre a influência da mídia nas decisões emanadas pelo Conselho de Sentença, Freire afirma que:

“Os crimes de competência do Tribunal do Júri mencionados acima carregam consigo valores morais e éticos, que são os motivos pelos quais geram grande comoção por parte da população quando acontecem, sendo assim, ao tomar conhecimento do fato criminoso, a população prontamente busca explicações do fato abordado, a fim de requerer a devida justiça”³³.

Na busca de fornecer essas explicações que Freire se refere os noticiários que tratam sobre assuntos como crimes possuem as maiores audiências nas emissoras de televisão³⁴. Melo, neste diapasão, afirma que:

“O apelo popular nos crimes contra a vida é tão forte que foi criado um novo formato de programas televisivo com teor policial em diversas emissoras, espetacularizando o cárcere e fomentando um ódio cego ao crime e ao criminoso, e tendo por consequência uma sede por uma suposta justiça, que só se satisfaz através de uma vingança selvagem”³⁵.

Neste entendimento, a forma como as informações sobre os fatos delituosos é passada para a sociedade é preocupante. Afinal, são esses cidadãos que irão julgar os crimes dolosos contra a vida ao serem convocados para compor o Conselho de Sentença.

32 ROSA, Alexandre Morais da. *Op. cit.* p. 459.

33 FREIRE, Marcele. **Tribunal do Júri: a Influência da mídia nas decisões do Conselho de Sentença.** Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/64911/tribunal-do-juri> Acesso: 12 de set. 2019.

34 *Ibidem.*

35 MELO, Marcos Luiz Alves de. **A influência da mídia no Tribunal do Júri Brasileiro.** Disponível em: <http://www.justificando.com/2017/06/27/influencia-da-midia-no-tribunal-do-juri-brasileiro/> Acesso: 12 de set. 2019.

As decisões emanadas pelo Conselho de Sentença no Tribunal do Júri não precisam ser fundamentadas, logo, ao dar o direito a um cidadão de julgar um igual por supostamente ter praticado um crime contra a vida, o ódio e a sede de vingança podem aflorar, esvaindo-se, assim, toda a imparcialidade e sensatez necessária para o julgamento.

Detentos desse entendimento, no geral, promotores de justiça e assistentes de acusação, em sua atuação no Tribunal do Júri, estimulam, demasiadamente, esse sentimento de vingança dos jurados, a fim de conseguirem a condenação dentro do que foi denunciado. Restando assim prejudicada a defesa do acusado, seus direitos e garantias, e, acima de tudo, há nítida violação de princípios constitucionais.

Nucci considera a atuação da imprensa na divulgação de casos *sub judice*, principalmente na esfera criminal, maléfica, pois o jurado convocado para participar do julgamento, ao tomar ciência do caso pela mídia, já chega com a opinião formada, afinal o réu já foi “condenado” pela imprensa e opinião pública³⁶.

Importante destacar que a CF assegura a liberdade de imprensa, sendo esse um dos seus princípios, e que não é o foco deste artigo tal liberdade. Contudo, o ideal seria que o conhecimento transmitido através dos meios de comunicação não possuísse lado, que a imparcialidade reinasse e que houvesse a preocupação de se transmitir conteúdo com segurança e veracidade.

O jornalismo informativo, imparcial, objetivo e fiel à realidade, vem cedendo espaço a uma cultura que prima pela violência, que banaliza o que é justo, de forma apelativa e emotiva e, com isso, marginaliza a eficiência das decisões penais³⁷.

À vista disso, cabe à defesa convencer os jurados com base no seu discurso, também fator influenciador das decisões emanadas do Tribunal do Júri. Na premissa de que o direito de um se contrapõe ao direito do outro, aos operadores do direito é dada a função de concretizar a justiça. Para tanto, a argumentação se faz ferramenta basilar do Direito, termos em que afirma Rodríguez:

“No Direito, nada se faz sem explicação. Não se formula um pedido a um juiz sem que se explique o porquê dele, caso contrário diz-se que o pedido é desarrazoado. Da mesma forma, nenhum juiz pode proferir uma decisão sem explicar os motivos dela, e para isso constrói raciocínio argumentativo. Sem argumentação, o Direito é inerte e inoperante”.³⁸

36 NUCCI, Guilherme de Souza. **Tribunal do Júri**. 4ª ed. rev. ampl. atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.p. 31.

37 MACEDO, Raissa Mahon. **A influência da mídia no tribunal do júri**. 2013. Disponível em < <http://dspace.bc.uepb.edu.br/> >. Acesso em: 12 de set. 2019. p. 22.

38 RODRÍGUEZ, Víctor Gabriel. **Argumentação Jurídica: técnicas de persuasão e lógica informal**. São Paulo: Martins Fontes, 2005.

Em uma sessão do Tribunal do Júri, a palavra tem enorme destaque, tornando-se o maior recurso utilizado pelas partes. Observa-se que o uso da palavra é feito desde o sorteio do nome dos jurados, passando pelo momento de recusa ou não, discurso de abertura pelo presidente da sessão, magistrado(a), oitivas e interrogatórios, sustentação, réplica e tréplica das partes, quesitação e comunicação da sentença de mérito.

Há quem diga que uma sessão do Júri é como uma peça teatral, onde os discursos são acompanhados de expressões, sonorizações, gestos, emoções e até sedução, como nos termos da doutrinadora Andréa Reis:

“Por oportuno, vale acrescentar que a linguagem no Júri é um complexo de palavras, expressões, ritmos, tons, gestos, emoções, dicção, argumentações, conjecturas, sedução. Melhor dizendo, tal linguagem engloba um composto de recursos orais, físicos, intelectuais, sentimentais e psicológicos, sendo considerado, até mesmo, o silêncio como parte desta linguagem em Plenário, haja vista que este atua, na maior parte das vezes, como um forte recurso de persuasão, já que incita seus receptores à reflexão, ao choque e ao questionamento íntimo”³⁹.

Quando há a comunicação através do discurso, o agente está em busca de convencimento. Para tanto, é preciso que haja domínio sobre o que está sendo dito. Ademais, através da oralidade, é possível se interpretar a linguagem corporal e intuir sobre a veracidade ou não do que está sendo dito.

Contudo, em que pese o discurso vir acompanhado de expressões e gestos, o orador precisa saber o liame entre o ideal e o exagerado. Afinal, o excesso de artefatos ao longo da sustentação oral pode desviar o foco dos jurados, de modo que o discurso se torne longo e desinteressante, sem falar que, por se tratar de leigos, pode não atingir o entendimento desejado do que está sendo dito.

Reis lista alguns motivos pelos quais o orador pode se prejudicar no convencimento e na avença dos jurados, os quais são:

“(…) o perfume exagerado chega a incomodar e a provocar antipatia gratuita por parte dos jurados; a eloquência exacerbada ou o abuso nos gestos também pode provocar desagrado, não adesão, insegurança e desaprovação pelos mesmos; a voz baixa e a má dicção não ganham pontos entre os jurados, bem como o uso de palavras de baixo calão ou ofensivas, seja direcionadas à parte contrária, ao réu ou genérica; a caminhada de um lado para o outro do Plenário ou a permanência em um mesmo local e posição, igualmente, não representam atitudes positivas num discurso”⁴⁰.

Destarte, o discurso precisa obedecer a uma sequência lógica com introdução, desenvolvimento e conclusão. Além disso, o orador precisa atentar-se para os termos técnicos, visando sempre uma linguagem simples e acessível e, quando

39 REIS, Andréa dos Santos. **Análise crítica do Tribunal do Júri: uma abordagem sobre a influência do discurso na decisão dos jurados**. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/40082/analise-critica-do-tribunal-do-juri-uma-abordagem-sobre-a-influencia-do-discurso-na-decisao-dos-jurados> Acesso em: 12 de set. 2019.

40 REIS, Andréa dos Santos. *Op. cit.*

este termo se tornar imprescindível, deve o mesmo explicá-lo da maneira mais compreensível e sucinta que puder.

3. UMA BREVE ANÁLISE DA TEORIA DOS JOGOS

Primeiramente, é fundamental que seja dito que a Teoria dos Jogos se trata de uma teoria matemática. Sartini et. al afirma que essa teoria fora criada para modelar fenômenos observáveis através da interação de dois ou mais agentes tomadores de decisão⁴¹.

Os primeiros vestígios de análises técnicas adaptadas para o estudo das estratégias de jogos foram no ano de 1920, com o surgimento da teoria da probabilidade, como expressa Almeida a seguir:

“⁴²Os jogos de tabuleiros, dados, cartas, ou em geral, os jogos de salão, divertem a humanidade desde a formação das primeiras civilizações, por colocarem as pessoas em situações nas quais vencer ou perder dependem das escolhas feitas no início das partidas, sendo assim, o jogo se tornou uma ferramenta para o desenvolvimento das pessoas, mas só despertou interesse após muito tempo, com o surgimento da teoria da probabilidade”.

A Teoria dos Jogos teve o seu marco através dos estudos de John Von Neumann quando com o teorema minimax afirmou que “há sempre uma solução racional para um conflito bem definido entre dois indivíduos cujos interesses são completamente opostos”⁴³. Essa teoria, mais tarde, sofreu influência das pesquisas de Oskar Morgenstern e Émile Borel. Contudo, apenas em 1950, John Forbes Nash Junior, ainda segundo Almeida “provou a existência de ao menos um ponto de equilíbrio em jogos de estratégias para múltiplos jogadores, mas para que ocorra o equilíbrio é necessário que os jogadores se comportem racionalmente e não se comuniquem antes do jogo para evitar acordos”⁴⁴.

Embora exista a crença de que Nash elaborou a Teoria dos Jogos, é possível observar que o matemático apenas a aperfeiçoou, modificando a teoria proposta por Neumann, passando a expandir os conceitos matemáticos de modo que a sua aplicabilidade fosse possível nas ciências sociais. Afinal, a teoria proposta por Neumann era a nível individual e a de Nash em grupo:

“A ‘Teoria dos Jogos’, assim como o trabalho de Nash, é extremamente polêmica. Morgenstern e Neumann conceberam uma série de ‘jogos’ onde os ‘jogadores’ se defrontavam com situações em que tinham que realizar escolhas com base na escolha do outro ‘jogador’”⁴⁵.

41 SARTINI, Brígida Alexandre. **Uma introdução a Teoria dos Jogos**. Disponível em: <https://www.ime.usp.br/~rvicente/Intro-TeoriaDosJogos.pdf>. Acesso em 26 out 2019.

42 ALMEIDA, Alecsandra Neri de. **Teoria dos Jogos**: As origens e os fundamentos da Teoria dos Jogos. Disponível em: http://www.slnestorsantos.seed.pr.gov.br/redeescola/escolas/11/2590/17/arquivos/File/as_origens_e_os_fundamentos_da_teorias_dos_jogos.pdf Acesso em: 26 out. 2019. p. 1.

43 *Ibidem*.

44 *Ibidem*, p.2.

45 ALMEIDA, Alecsandra Neri de. *Op. Cit.* p. 2.

Marinho⁴⁶ afirma que, basicamente, a Teoria dos Jogos busca responder à seguinte pergunta: “o que é mais vantajoso para mim, tendo em mente que a minha decisão vai implicar em uma reação da (s) outra (s) parte(s): cooperar ou desertar?”.

Nesta senda, mister dizer que deserção se trata da escolha racional e um jogador independentemente da opção do outro. Na cooperação, o jogador decide pela opção mais vantajosa para o grupo, acreditando que o outro também irá tomar a mesma decisão.

Para Marinho, por si só o tema é complexo e o fato de ser estudado por grupos antagonicos é um agravante. Em acréscimo diz ainda que:

“Os matemáticos pertencem a um grupo diferente dos biólogos e dos cientistas sociais e, frequentemente, não se compreendem. Fora isto, quando os conceitos evolucionistas de Darwin se incorporam a esta salada, volta à tona a polêmica ética e religiosa com os criacionistas”.⁴⁷

No Direito, a Teoria dos Jogos tem ganhado espaço para que as concorrências públicas sejam mais cabais e justas. Inclusive, dentro do Direito Penal, aplica-se para que possam ser evitados crimes, como o de estupro.

Dentre as aplicabilidades da Teoria dos Jogos, um dos seus jogos mais conhecido é o “Dilema do Prisioneiro”. Por exemplo, duas pessoas são pegas praticando um crime, levados à delegacia e colocados em salas separadas para averiguação. Nesse instante, são apresentadas opções de decisões as quais são: ambos ficam em silêncio e cada um deles pode ser condenado por um período de um mês de prisão; caso apenas um acuse o outro, o acusador será posto em liberdade, enquanto o outro será condenado a um ano de prisão, por exemplo; e se houver traição mútua, os dois são condenados com a mesma pena.

A tomada de decisões é feita simultaneamente, porém, um prisioneiro não sabe a decisão do outro. O “Dilema do Prisioneiro” corrobora com o entendimento de que, em cada decisão, o prisioneiro pode desertar, satisfazer ao seu interesse, ou cooperar, visar ao interesse da coletividade.

Assim, se um jogador pensar sobre como o outro pensa, sobre a forma de pensar do outro, não se deve cooperar. Por acreditar que um vai julgar o outro como não cooperativo, antecipa-se a deserção, afinal, se ambos pensarem assim, os dois irão desertar. Podendo dizer então que a base do estudo de Nash é “eu penso que você pensa que eu penso”.

46 MARINHO, Raul. **Entenda as teorias do filme sobre John Nash Jr.** Disponível em: <https://exame.com/carreira/entenda-as-teorias-do-filme-sobre-john-nash-jr-m0059236/> Acesso em 05 de out. 2019.

47 *Ibidem*.

3.1 A TEORIA DOS JOGOS NO PROCESSO PENAL

É sabido que existe a necessidade de uma reforma na legislação penal brasileira, de modo que o Código Penal, de 1940, e o Código de Processo Penal, de 1941, estejam em plena consonância com a Constituição Federal de 1988 e, assim, ocorra a efetivação do Estado Democrático de Direito.

Em que pese a Constituição Federal (CF/88) ampare os Direitos Humanos, na esfera penal, há ainda um confronto entre características dos sistemas acusatório e inquisitório, mesmo que o inciso LIV, artigo 5º, da CF/88, preceitue que “ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal”.

Contudo, embora o legislador trate de “devido processo legal”, esse termo deixa margem a diversas interpretações e, muitas vezes, é possível ter a percepção de que ao Direito e o Processo Penal são aplicados regramentos distintos ao codificado. Assim, há uma pluralidade de discursos e muitas vezes a interpretação dada não é a mais democrática, sendo aplicado o que é mais conveniente para o agente processual.

Nesse viés, é possível entender que o Processo Penal possui a estrutura de um jogo com três participantes, em que cada um atuará em prol dos seus interesses, com regras que irão classificar as ações dos jogadores em superiores e inferiores em busca da garantia do direito do réu⁴⁸.

A dinâmica deste jogo processual é estruturada após cada jogada, sendo difícil fazer um juízo de valor quanto ao ganho ou perda do jogo antes que o processo se encerre. Afinal, a lacuna da legislação, no que tange à sua hermenêutica, faz com que as regras não sejam tão claras e suscetíveis a diversas interpretações. Logo, para que pudesse haver uma “previsibilidade” do ganhador deste jogo, seria essencial o firmamento nas normas, de modo que o jogo fosse democrático.

Mister clarificar que, ao falar de previsibilidade do ganhador, não se trata de uma regra, mas de uma análise no caso concreto. Afinal, o jogo do Processo Penal é norteado pela legislação, contudo pode sofrer influência do ambiente e de fatores externos.

Morais da Rosa⁴⁹ afirma que, para aplicar a Teoria dos Jogos no processo penal, é necessário ter um plano de ação parcial e dinâmico composto de alguns elementos, os quais são: a) definição da imputação e a tese defensiva; b) verifi-

48 FONSECA, Mey-Lin; REIS, Tâmisson Santos. A aplicação da Teoria dos Jogos no Direito Processual Penal. Disponível em: <https://emporiiododireito.com.br/leitura/a-aplicacao-da-teoria-dos-jogos-no-direito-processual-penal-por-mey-lin-fonseca-e-silva-e-tamisson-santos-reis>. Acesso em: 07 out. 2019.

49 ROSA, Alexandre Morais da. **Como usar a Teoria dos Jogos no processo penal?** Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2018-abr-13/limite-penal-usar-teoria-jogos-processo-penal> Acesso em: 07 de out. 2019.

cação dos possíveis pontos fortes e fracos, dentre outros; c) elaboração de um modelo de representação do jogo e; d) reavaliação constante do jogo.

Ainda nesse contexto, segundo o referido autor, o maior mérito da Teoria dos Jogos é poder precisar o curso do jogo, caso tenhamos jogadores racionais, mesmo que não seja descartada a possibilidade de influência das pressões e emoções no ato processual, de modo a serem estabelecidas expectativas de comportamentos. Para tanto, torna-se necessário que haja um conhecimento prévio dos demais jogadores, buscando, principalmente, conhecer a reputação dos mesmos, como agiram em jogos processuais anteriores⁵⁰.

Ademais, a preparação é essencial para furtar-se de imprevistos, nos termos de Morais da Rosa⁵¹:

“De qualquer modo, será necessária preparação, com tediosos exercícios de antecipação de jogadas, em árvores de decisão, que poderão nunca ser usados, mas que darão ao jogador a possibilidade de respostas rápidas em face das circunstâncias do jogo. A preparação e antecipação de comportamentos será sempre um ganho”.

Apesar da preparação é preciso recordar que o jogo processual é assimétrico de informação. Assim sendo, os jogadores não são detentores de todas as informações que irão compor o processo até o final, sendo necessárias reavaliações das táticas a serem utilizadas, conforme Alexandre Morais da Rosa⁵².

Em conclusão, fazendo uso das palavras de Coutinho: “se alguém imaginou que o processo penal visto pela Teoria dos Jogos é um estudo que incentiva o jogador a levar vantagem a qualquer custo, está enganado”⁵³. Logo, munir-se da Teoria dos Jogos no âmbito do Processo Penal é, antes de tudo, ser detentor dos limites legais.

3.2 A TEORIA DOS JOGOS APLICADA NO TRIBUNAL DO JÚRI COMO ESTRATÉGIA PROCESSUAL DA DEFESA

Assim como ocorreu quando da análise do conceito dos jogos, antes de discorrer sobre a estratégia processual da defesa, necessário trazer uma premissa básica, que aqui se traduz na indispensabilidade de observância às regras dos artigos 406 a 497 do Código de Processo Penal, que tratam do procedimento do Tribunal do Júri.

50 *Ibidem*.

51 *Ibidem*.

52 ROSA, Alexandre Morais da. **Guia de Processo Penal conforme a Teoria dos Jogos**. 5 ed. rev., atual., amp. Florianópolis: EMais, 2019.

53 COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. **O processo penal pela Teoria dos Jogos e o respeito às leis**. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2017-jun-02/limite-penal-processo-penal-teoria-jogos-respeito-leis>. Acesso em: 07 out. 2019.

Em que pese o Código de Processo Penal e a Constituição Federal estabelecerem regras processuais, estas não engessam o curso do processo, de modo que cada ação penal é um jogo singular, cabendo ao jogador-defesa sustentar as muralhas da fortaleza da inocência que o acusador pretende derrubar⁵⁴.

Superada a fase de conhecimento das regras processuais, é necessário que o jogador tenha preparo. Estando preparado, conhecendo as peculiaridades do processo, o *player* nutre respeito por parte dos outros agentes. Além disso, o *player* torna-se detentor de uma reputação favorável, fator este importante levando em consideração que, mesmo sendo o processo um jogo único, os jogadores podem se repetir em outros procedimentos.

Ademais, durante a defesa em plenário, é indeclinável a atenção quanto ao que fora produzido nos autos ao longo da primeira fase da instrução processual, quando, fazendo mais uma analogia aos jogos, o *player* passa por um momento de treino, no qual ambos os jogadores – defesa e acusação - podem ter uma noção prévia do que será arguido em plenário.

No ponto, não custa lembrar ainda que, não recaindo sobre a defesa qualquer ônus probatório, não raras vezes é imprescindível que o jogador-defesa não adiante a produção de provas ou mesmo as teses defensivas durante a fase de instrução processual. Até mesmo o silêncio do acusado, nos casos em que a decisão de pronúncia é anunciada pelas provas produzidas pela acusação, pode deixar em aberto o rol de teses defensivas a serem exploradas em plenário, ousando-se a dizer que é uma estratégia recomendada. O mesmo não se pode dizer, todavia, quando o que se almeja é uma decisão de desclassificação, por exemplo, quando o *player* verificar, até mesmo pelo conhecimento do atuar de cada um dos outros jogadores, a possibilidade de conseguir essa decisão com o término da primeira fase processual.

Em todo caso, importante não perder de vista o objetivo da aplicação da Teoria dos Jogos, que se vincula à análise de circunstâncias em que o resultado da ação de um agente está relacionado diretamente à ação da outra parte. Logo, podem ser estabelecidas expectativas de comportamentos de um sujeito racional, que, sob a óptica desse estudo, seria o promotor de justiça. Para tanto, devem-se respeitar os limites cognitivos, sabendo que enquanto jogador-defesa, por mais preparado que esteja e maior conhecimento das regras processuais e dos fatos, a Teoria dos Jogos é uma teoria formal, ou seja, supõe-se que estão sendo obedecidas as regras do jogo que, no caso do Processo Penal, estão dispostas na legislação.

54 *Ibidem*. p 462.

Importante atentar-se à necessidade de influenciar e focar no estímulo ao convencimento, pois não se trata de um exercício de manipulação. O jogador-defesa deve, por meio da sua preparação, antecipar as ideias do jogador-acusação e construir a sua tese para convencer aos jurados. Essa antecipação pode ser construída através de diversos exercícios, dentre eles, o de ao analisar o processo, colocar-se no lugar do promotor de justiça para que possa supor como a acusação faz a leitura processual. Contudo, para tanto, é preciso conhecer o mapa mental do jogador-acusação, sendo ideal que o jogador-defesa acompanhe a atuação daquele em outros processos. Essa é uma das vantagens de estar atuando na defesa do acusado, afinal, o promotor de justiça é quase que um jogador fixo nos processos, exceto nos casos de eventuais transferências ou alterações ante às promoções, escalas e substituições.

Conhecer o mapa mental do promotor de justiça mitiga as possibilidades de ser surpreendido. Assim sendo, a tese do jogador-defesa torna-se um contraponto à tese do jogador-acusação, o que dará maior credibilidade à defesa por sair à frente da parte adversária.

Ademais, além do conhecimento sobre as regras do jogo do devido preparo para o plenário, o discurso é essencial para convencimento do julgador, que, no caso do Tribunal do Júri, é o conselho de sentença, composto por sete jurados. A linguagem adotada no discurso deve ser de fácil compreensão, levando em consideração que está sendo formulado para pessoas leigas que, muitas vezes, são influenciadas por todos aqueles fatores externos supracitados.

Além disso, é comum que seja feito um pré-julgamento pelos jurados quanto à culpabilidade do acusado quando da explanação da acusação. Contudo, é papel do jogador-defesa desconstruir essa essência punitivista dos jurados e estabelecer uma relação fiduciosa com os mesmos a ponto de desestruturar a concepção de que o réu é culpado, salientando-se que somente se tornará culpado aquele que tiver uma condenação transitada em julgado.

Infelizmente, tradicionalmente, é aplicado, nos processos de competência do Tribunal do Júri, o princípio do *in dubio pro societate*, que não possui previsão constitucional ou legal, traduzindo-se em verdadeiro invenционismo doutrinário e jurisprudencial. Assim, mesmo nos processos que versam sobre crimes dolosos contra a vida, deve ser aplicado o princípio constitucional do *in dubio pro reo*, sendo certo que nenhuma dúvida relevante pode justificar uma condenação. Usar-se do *in dubio pro societate* é uma forma fraudulenta de justificar as decisões proferidas. As decisões devem ser tomadas racionalmente, pelo menos é o que se espera.

Outrossim, cabe ao jogador-defesa atentar-se a influência do Estado na sua atuação, sobretudo nos casos em que o réu estiver custodiado. Hipótese esta em

que o réu será conduzido através de escolta policial, algemado e com fardamento da unidade prisional em que se encontra, devendo, então, providenciar o *player* que, ao adentrar no Salão do Júri, o acusado esteja com um traje comum e sem as algemas. Afinal de contas, não deve se dar espaço para estímulos da acusação. Sobre o tema, Lopes Jr e Rosa discorrem que:

“Isso ocorre em qualquer processo criminal, mas mostra sua cara mais cruel no tribunal do júri, em que jurados leigos julgam, não só de capa a capa, mas pela “cara” do “réu” e sua trajetória de vida e até pela (im) postura durante o julgamento. Também advogados e promotores, como protagonistas do ritual judiciário, são constantemente avaliados, e, não raras vezes, sua simpatia ou antipatia pode gerar lucros ou perdas em relação ao resultado do julgamento. Tudo é muito sensível no plenário, tendo essa variável potencializada pela ausência de fundamentação dos jurados na decisão. A íntima convicção é um ranço medieval que deveria ser abandonada, constituindo o ápice do decisionismo”⁵⁵.

Neste desfecho, ressalta-se que a aplicabilidade da Teoria dos Jogos parte da premissa, como leciona Alexandre Morais da Rosa⁵⁶, de que o “desenrolar do provimento judicial dependerá do desenrolar correto dos atos e posições subjetivas previstos em lei, do *fair play*”. Logo, não havendo *dopping* processual, ou seja, trapaça, por parte dos demais *players*, há viabilidade de alcance do quanto pleiteado na tese defensiva.

4. CONCLUSÃO

Há de se concluir que, ao conhecer os seus adversários, o *player* prevê não só a atuação dele, como antevê as consequências que a atuação do oponente pode lhe causar. Contudo, para poder traçar esse perfil, é essencial que haja confiança. Mas, confiança no sentido de que o *player* opositor não está litigando de má-fé e, assim, se tratando de *fair play*.

Nesse sentido, traçar a estratégia processual, conhecer o mapa mental do promotor de justiça, antevendo os seus argumentos e atitudes é trabalhoso, exige dedicação e dispor de tempo. Sobretudo, *data maxima venia*, a maior consequência da não obtenção do êxito processual é do réu, tendo em vista que perderá a sua liberdade, bem jurídico de maior valor assegurado pelo Direito Penal, guardadas as devidas proporções à vida da vítima. Vejamos, o êxito processual referido está interligado a alcançar o quanto pleiteado na tese, podendo ser absolvição ou condenação justa dentro dos parâmetros da lei.

À vista disso, adotar a Teoria dos Jogos como estratégia processual, por mais dispendioso que seja, é inibir que fatores externos sobreponham a tese defensiva.

55 LOPES JR, Aury; ROSA, Alexandre Morais da. **A decisão tem razões que a própria razão desconhece**. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2017-abr-28/limite-penal-decisao-raozes-propria-razao-desconhece>. Acesso em: 29 de out. 2019.

56 ROSA, Alexandre Morais da. **Doping no Processo Penal ou Complexo de Lance Armstrong**. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2014-jan-11/diario-classe-doping-processo-penal-ou-complexo-lance-armstrong>. Acesso em: 29 de out 2019

Além disto, é romper com o paradigma de que a acusação se sobrepõe à defesa e que o jogador-acusação não deve se preocupar com o adversário.

Sendo assim, ante todos os argumentos expendidos anteriormente, observa-se que a Teoria dos Jogos aplicada ao Tribunal do Júri como estratégia processual da defesa do acusado acirra e enobrece a disputa em plenário em prol de uma absolvição ou condenação dentro das garantias estabelecidas pelo Estado.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- BRASIL. **Código de Processo Penal**. decreto lei nº 3.689, de 03 de outubro de 1941. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689.htm Acesso em: 01 set 2019
- ALMEIDA, Alecsandra Neri de. **Teoria dos Jogos**: As origens e os fundamentos da Teoria dos Jogos. Disponível em http://www.slinestorsantos.seed.pr.gov.br/redeescola/escolas/11/2590/17/arquivos/File/as_origens_e_os_fundamentos_da_teorias_dos_jogos.pdf Acesso em: 26 out. 2019.
- BADARÓ, Gustavo Henrique. **Processo Penal**. 6. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2018.
- BARRICHELO, Luiz Fernando. **Game theory for managers**: some review, applications and limitations of Game Theory. 2002. Trabalho de Conclusão de Curso (Especialização) – Carnegie Mellon University, Pittsburgh, 2002. Disponível em: <http://www.cienciaestrategia.com.br/teoriadosjogos/docs/teoriadosjogos-fernandobarrichelo.pdf>. Acesso em: 26 mar. 2019.
- BITTENCOURT, Fabiana Silva. **Tribunal do júri e teoria dos jogos**. Florianópolis: Emais, 2018.
- CAMPOS, Walfredo Cunha. **Tribunal do Júri**: teoria e prática. 5. ed. São Paulo: Atlas, 2015.
- CHRISTÓFARO, Danilo F. **Existe diferença entre plenitude de defesa e ampla defesa?** Disponível em: <https://lfg.jusbrasil.com.br/noticias/1460212/existe-diferenca-entre-plenitude-de-defesa-e-ampla-defesa-danilo-f-christofaro> Acesso em: 01 set 2019.
- COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. **O processo penal pela Teoria dos Jogos e o respeito às leis**. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2017-jun-02/limite-penal-processo-penal-teoria-jogos-respeito-leis>. Acesso em: 07 out. 2019.
- CRUZ, Rogério Schiatti Machado. **Garantias Processuais nos Recursos Criminais**, São Paulo: Atlas, 2002.
- ECO, Humberto. **Como se faz uma tese em ciências humanas**. 13. Ed. Trad. Ana Falcão Bastos e Luís Leitão. Milão: Presença, 1997.
- FONSECA, Mey-Lin; REIS, Tâmisson Santos. A aplicação da Teoria dos Jogos no Direito Processual Penal. Disponível em: <https://emporiadodireito.com.br/leitura/a-aplicacao-da-teoria-dos-jogos-no-direito-processual-penal-por-mey-lin-fonseca-e-silva-e-tamisson-santos-reis>. Acesso em: 07 out. 2019
- FREIRE, Marcele. **Tribunal do Júri**: a Influência da mídia nas decisões do Conselho de Sentença. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/64911/tribunal-do-juri> Acesso: 12 de set. 2019.
- LIMA, Renato Brasileiro de. **Manual de processo penal**: volume único. 6. ed. ver., ampl. e atual. Salvador: Ed. JusPodivm, 2018.
- LOPES JR, Aury; ROSA, Alexandre Moraes da. **A decisão tem razões que a própria razão desconhece**. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2017-abr-28/limite-penal-decisao-razoas-propria-razao-desconhece>. Acesso em: 29 de out. 2019.
- MACEDO, Raissa Mahon. **A influência da mídia no tribunal do júri**. 2013. Disponível em < <http://dspace.bc.uepb.edu.br/> >. Acesso em: 12 de set. 2019.
- MELO, Marcos Luiz Alves de. **A influência da mídia no Tribunal do Júri Brasileiro**. Disponível em: <http://www.justificando.com/2017/06/27/influencia-da-midia-no-tribunal-do-juri-brasileiro/>

Acesso: 12 de set. 2019.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Tribunal do Júri**. 4º ed. rev. ampl. atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

PACELLI, Eugênio. **Curso de processo penal**. 21 ed. rev., atual. e ampl.. São Paulo: Atlas, 2017.

REIS, Andréa dos Santos. **Análise crítica do Tribunal do Júri: uma abordagem sobre a influência do discurso na decisão dos jurados**. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/40082/analise-critica-do-tribunal-do-juri-uma-abordagem-sobre-a-influencia-do-discurso-na-decisao-dos-jurados> Acesso em: 12 de set. 2019.

RODRÍGUEZ, Víctor Gabriel. **Argumentação Jurídica: técnicas de persuasão e lógica informal**. São Paulo: Martins Fontes, 2005.

ROSA, Alexandre Morais da. **Guia do Processo Penal conforme a Teoria dos Jogos**. 4. ed. Florianópolis: Empório do Direito, 2017.

_____. **Procedimentos e Nulidades no Jogo Processual Penal**. Florianópolis: Emais, 2018.

_____. **Como usar a Teoria dos Jogos no processo penal?** Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2018-abr-13/limite-penal-usar-teoria-jogos-processo-penal>. Acesso em : 07 de out 2019

_____. **Doping no Processo Penal ou Complexo de Lance Armstrong**. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2014-jan-11/diario-classe-doping-processo-penal-ou-complexo-lance-armstrong>. Acesso em : 29 de out 2019

_____. **Tribunal do júri**. 6.Ed.rev.atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2015.

SARTINI, Brígida Alexandre. **Uma introdução a Teoria dos Jogos**. Disponível em: <https://www.ime.usp.br/~rvicente/IntroTeoriaDosJogos.pdf> Acesso em 26 out 2019

A CONTROVÉRSIA ENTRE OS INSTITUTOS DA PRISÃO EM SEGUNDA INSTÂNCIA FRENTE AO PRINCÍPIO DA PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA E SEUS EFEITOS JURÍDICOS

JAIRO PINTO SOUSA¹

INTRODUÇÃO

O presente artigo tem como objetivo abordar a questão envolvendo a constitucionalidade da Prisão em Segunda Instância ante a existência do Princípio da Presunção de Inocência.

Primeiramente, será trazida uma abordagem histórica correspondente às últimas alterações de entendimento em relação à matéria.

Posteriormente, destaca-se o Princípio Constitucional propriamente dito, analisando sua história e aplicabilidade e como estabelecer sua conexão com o ordenamento jurídico, especificamente com o processo penal.

Por fim, discorre-se sobre a problemática existente no que tange à legalidade ou não da permissão de execução antecipada da pena.

CONTEXTO HISTÓRICO

O amplo acesso à informação tem possibilitado que questões discutidas no mais alto escalão do judiciário brasileiro passem a integrar o cotidiano de toda a população.

Temas que, anteriormente, passavam despercebidos, hoje, são debatidos incansavelmente pelos brasileiros. E isso não é diferente com relação à temática da Constitucionalidade ou Inconstitucionalidade da Prisão em Segunda Instância.

Neste sentido, para possibilitar uma melhor compreensão do caso, faz-se necessária uma abordagem histórica dos fatos que originaram a polêmica.

1 Advogado, Empresário, Pós-graduando em Ciências Criminais pela PUC Minas, Membro do Instituto Baiano de Direito Processual Penal (IBADPP), Membro da Associação Brasileira dos Advogados Criminalista na Bahia (Abracrim-BA), autor de vários artigos publicados.

Nos últimos dez anos, vem-se buscando pacificar a discussão. Partindo-se de 2009, quando vigia o Art. 393 do Código de Processo penal, revogado em 2011 pela Lei Nº 12403, o qual dispunha que eram efeitos da sentença condenatória recorrível: ser o réu preso ou conservado na prisão, assim nas infrações inafiançáveis, como nas afiançáveis enquanto não prestar fiança; ser o nome do réu lançado no rol dos culpados.

Deste modo, verifica-se que bastava uma condenação em primeira instância para conduzir o réu à prisão. Independentemente da possibilidade de interposição de recursos. Posteriormente, o posicionamento fora modificado por força do julgamento do Habeas Corpus Nº 84.078. A partir de então, a prisão ficava condicionada ao Trânsito em Julgado da Sentença Penal Condenatória, ou seja, ao esgotamento de todos os recursos aplicáveis ao caso, inclusive aqueles interpostos perante o STJ e STF. Segue a decisão:

EMENTA: HABEAS CORPUS. INCONSTITUCIONALIDADE DA CHAMADA “EXECUÇÃO ANTECIPADA DA PENA”. ART. 5º, LVII, DA CONSTITUIÇÃO DO BRASIL. DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA. ART. 1º, III, DA CONSTITUIÇÃO DO BRASIL. 1. O art. 637 do CPP estabelece que “[o] recurso extraordinário não tem efeito suspensivo, e uma vez arrazoados pelo recorrido os autos do traslado, os originais baixarão à primeira instância para a execução da sentença”. A Lei de Execução Penal condicionou a execução da pena privativa de liberdade ao trânsito em julgado da sentença condenatória. A Constituição do Brasil de 1988 definiu, em seu art. 5º, inciso LVII, que “ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória”. 2. Daí que os preceitos veiculados pela Lei n. 7.210/84, além de adequados à ordem constitucional vigente, sobrepõem-se, temporal e materialmente, ao disposto no art. 637 do CPP. 3. A prisão antes do trânsito em julgado da condenação somente pode ser decretada a título cautelar. 4. A ampla defesa, não se a pode visualizar de modo restrito. Engloba todas as fases processuais, inclusive as recursais de natureza extraordinária. Por isso a execução da sentença após o julgamento do recurso de apelação significa, também, restrição do direito de defesa, caracterizando desequilíbrio entre a pretensão estatal de aplicar a pena e o direito, do acusado, de elidir essa pretensão. (...) (STF, Pleno, HC 84.078/MG, Rel. Min. Eros Grau, j. 05.02.2009)

Diante desse julgamento, ocorreram significativas alterações, culminando na revogação do, acima citado, ART. 393 e na reedição do ART. 283 do Código de Processo Penal, o qual preceitua:

Ninguém poderá ser preso senão em flagrante delito ou por ordem escrita e fundamentada da autoridade judiciária competente, em decorrência de sentença condenatória transitada em julgado ou, no curso da investigação ou do processo, em virtude de prisão temporária ou prisão preventiva.

Entre os anos de 2009 a 2016, este foi o posicionamento adotado, de maneira que a prisão somente se permitiria ao fim de todas as tentativas de se obter uma reforma da decisão judicial, a exceção à regra ficariam por conta de determinadas situações específicas como a prisão em flagrante, temporária ou preventiva, ocasiões em que existem motivos suficientemente contundentes para a aplicação de pena privativa de liberdade.

Contudo, em 2016, a questão retorna aos holofotes. Desta vez, inaugura-se um terceiro posicionamento. Abre-se espaço a um possível ponto de equilíbrio

entre a rigorosa punição em primeira instância e a quase interminável espera pelo exaurimento da via recursal. Trata-se, portanto, da autorização da prisão após a condenação em segunda instância. A inovação é trazida na decisão do Habeas Corpus 126292, do qual extrai-se a seguinte decisão:

EMENTA: CONSTITUCIONAL. HABEAS CORPUS. PRINCÍPIO CONSTITUCIONAL DA PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA (CF, ART. 5º, LVII). SENTENÇA PENAL CONDENATÓRIA CONFIRMADA POR TRIBUNAL DE SEGUNDO GRAU DE JURISDIÇÃO. EXECUÇÃO PROVISÓRIA. POSSIBILIDADE.

1. A execução provisória de acórdão penal condenatório proferido em grau de apelação, ainda que sujeito a recurso especial ou extraordinário, não compromete o princípio constitucional da presunção de inocência afirmado pelo artigo 5º, inciso LVII da Constituição Federal.

2. Habeas corpus denegado. (STF, Plenário, HC 126.929, Rel. Teori Zavascki, j. 15.12.2015)

Esperava-se que, diante desse novo cenário, aparentemente mais maduro, após alterações tão significativas, que se haveria de desfrutar um considerável período de paz relativamente a essa intrincada celeuma jurídica. Porém, o vulcão desperta em 2018, um novo HC impetrado pela defesa do ex-presidente Luís Inácio Lula da Silva, sob o Nº 152752, reacende-se a discussão. O Supremo Tribunal Federal mantém o entendimento de 2016 quanto à permissão da prisão em caso de confirmação da condenação em segunda instância. Entretanto, o assunto continua em pauta. Trata-se de ações declaratórias de constitucionalidade propostas pelo partido Ecológico Nacional, pelo Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil e pelo Partido Comunista do Brasil que buscam confrontar o Princípio Constitucional de Presunção de Inocência frente a legalidade da prisão antes da sentença final, questionando-se a constitucionalidade do artigo 283 do código de processo penal.

PRINCÍPIO DA PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA E PRISÃO EM SEGUNDA INSTÂNCIA

Toda a discussão concernente à legalidade da prisão em segunda instância possui seu fundamento no denominado Princípio da Presunção de Inocência, porém, antes que sejam tecidas maiores considerações sobre o referido princípio, é importante esclarecer o que são os princípios na Ciência Jurídica.

O princípio é o primeiro impulso, o fundamento, o alicerce de todo um sistema. Trata-se da base, do núcleo de uma estrutura.

Melo (2009, p. 882-883) define princípio como:

Mandamento nuclear de um sistema, verdadeiro alicerce dele, disposição fundamental que se irradia sobre diferentes normas compondo-lhes o espírito e sentido servido de critério para sua exata compreensão e inteligência, exatamente por definir a lógica e a racionalidade do sistema normativo, no que lhe confere a tônica e lhe dá sentido harmônico.

O ordenamento jurídico é fundamentado em inúmeros princípios, sendo muitos deles expressos no decorrer do Texto da Constituição Federal. Estas

premissas basilares lançam alicerces aos diferentes ramos do direito, dentre eles, o direito processual penal, o qual recebe alguns princípios específicos, inerentes à disciplina. É o caso do Princípio da Presunção de Inocência ou da Não Culpabilidade.

O ART. 5º da Constituição Federal de 1988 traz em seu inciso LVII o mencionado Princípio, dispondo que: “Ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória”.

Esta é uma garantia constitucional que, ao lado de outros princípios como o do Contraditório e da Ampla Defesa, além do Devido Processo Legal, conferem uma segurança de que nenhuma medida que tenha por objetivo privar alguém de sua liberdade, bens e direitos poderá ser tomada sem que antes seja percorrido um caminho estabelecido em lei, o que chamamos de processo.

Esse princípio fora trazido primeiramente há mais de duzentos anos, segundo Lima (2019), no art. 9º da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão (1789). A Declaração Universal de Direitos Humanos, aprovada pela Assembleia da Organização das Nações Unidas (ONU), em 10 de dezembro de 1948, em seu art. 11, dispõe: “Toda pessoa acusada de delito tem direito a que se presuma sua inocência, enquanto não se prova sua culpabilidade, de acordo com a lei e em processo público no qual se assegurem todas as garantias necessárias para sua defesa”.

Dispositivos semelhantes são encontrados na Convenção Europeia para a Proteção dos Direitos Humanos e das Liberdades Fundamentais (art. 6, no Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos art. 14 e na Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Dec. 678/92 – art. 8º, § 2º): “Toda pessoa acusada de delito tem direito a que se presuma sua inocência enquanto não se comprove legalmente sua culpa”.

O referido autor ainda ressalta que no ordenamento pátrio, o princípio passa a vigorar expressamente a partir da Constituição Federal de 1988, sendo trazido anteriormente de modo implícito como um elemento do Princípio do devido processo legal.

A jurisprudência brasileira denomina a garantia constitucional de duas maneiras, ora sendo chamado de Princípio da Presunção de Inocência, ora de Princípio da Não Culpabilidade, uma vez que o texto maior declara que ninguém deve ser considerado CULPADO, a palavra INOCENTE não compõe a norma. Assim, tal diversidade na nomenclatura pode suscitar divergências, contudo, referidas discussões não alteram a essência inerente ao preceito em apreço, de maneira que é incontestável o objetivo primordial do mesmo, qual seja o de assegurar que ninguém seja privado de sua liberdade, garantia máxima do cidadão, impedindo que o Estado possa restringir-lhe de modo arbitrário.

Frise-se, portanto, que a liberdade é a regra enquanto o encarceramento anterior à sentença penal condenatória é exceção, devendo se afigurar como medida de extrema necessidade, para isso uma série de procedimentos estabelecidos em lei devem ser seguidos sob pena de ilegalidade.

Note-se que a adoção de medidas cautelares não constitui ofensa à presunção de Inocência, dado seu caráter excepcional à luz de situações onde tais meios sejam indispensáveis à eficácia da prestação do serviço jurisdicional.

O princípio da Presunção de Inocência é bem claro, como destaca Távora (2017), não havendo margens para seu afastamento, vedando-se o início do cumprimento da pena antes da sentença penal condenatória, pois tal posicionamento ofende frontalmente a Constituição Federal, bem como ao art. 283 do Código de Processo Penal. De acordo com Távora, a ineficiência do judiciário em gerir sua demanda não pode ser invocada para infringir o Princípio em Comento.

Do princípio da presunção de Inocência derivam duas regras fundamentais: a probatória, segundo a qual, é dever de quem acusa comprovar a culpa do acusado, ao invés deste ter que provar sua inocência; além disso, tem-se a regra de tratamento, da qual infere-se que o réu somente será considerado culpado mediante condenação por sentença transitada em julgado.

Cumpra salientar que o entendimento que considera aceitável a prisão em segunda instância tem como base, entre outras razões, o fato de que, em regra, os recursos interpostos ao STJ ou STF não se proporem a tratar do mérito da ação. Tais recursos não possuem efeito suspensivo, de modo que a sentença atacada produz seus efeitos desde logo.

Nesse sentido, preceitua a Súmula 267 do STJ que determina: “A interposição de recurso, sem efeito suspensivo, contra decisão condenatória não obsta a expedição de mandado de prisão”.

Entendimento igualmente explicitado no art.637 do Código de Processo Penal, onde se lê: “O recurso extraordinário não tem efeito suspensivo, e uma vez arrazoados pelo recorrido os autos do traslado, os originais baixarão à primeira instância, para a execução da sentença”.

Desta maneira, vislumbra-se claramente a necessidade de solução de tamanho conflito, visando determinar qual a real abrangência e alcance do Princípio da Presunção de Inocência.

CONFRONTO DE IDEIAS

O país tem acompanhado os julgamentos históricos do STF onde a referida polêmica fora apresentada. Em 2016, no julgamento do HC 126292, prevaleceu o entendimento a favor da possibilidade do início do cumprimento da pena,

a partir da condenação em segunda instância, sob diversos fundamentos, dentre os quais destacam-se, segundo LIMA (2019):

A busca pelo equilíbrio entre o Princípio da Presunção de Inocência, frente à efetividade da função jurisdicional penal, que devem atender a valores caros não apenas aos acusados mas também à sociedade;

Os recursos extraordinários não admitem o reexame de provas e fatos, de modo que estas temáticas se exauram no duplo grau de jurisdição;

O fato de a própria Lei da Ficha Limpa elencar como causa de inelegibilidade, a condenação penal proferida por órgão colegiado;

Além das razões delineadas acima, cumpre salientar que em alguns países do mundo, após condenação em duplo grau de jurisdição, não se impõe a necessidade de aguardar o pronunciamento da corte suprema.

Sendo assim, o adiamento do início do cumprimento da pena acaba por suscitar a interposição de um número significativo de recursos, em sua maioria, com intuito manifestamente protelatório, com o objetivo de alcançar a prescrição da punibilidade.

Por outro lado, há quem defenda que tal interpretação seja inconstitucional, uma vez que a Carta Magna condiciona o Princípio da Presunção de Inocência ao trânsito em julgado da sentença penal condenatória. Nessa linha, infere-se, segundo Lima (2019) que, muito embora os recursos extraordinários não possuam o condão de reexaminar a matéria fática e probatória, pendentes tais recursos não se faz coisa julgada. Dessa maneira, não se encontra respaldo na Constituição Federal para a admissão desta possibilidade.

O mesmo ocorre na lei infraconstitucional, já que o art. 283 do Código de Processo Penal segue o mesmo entendimento, permitindo, unicamente, a concretização das prisões em flagrante, preventiva ou temporária, afora isso, há que se aguardar o trânsito em julgado para a efetivação da condenação.

Os defensores da não relativização do Princípio da Presunção de Inocência ressaltam que a morosidade da justiça, bem como o uso de recursos protelatórios não constituem fundamento suficiente para admitir a constrição da liberdade após condenação em segunda instância, sob o argumento de que as mazelas do sistema não devem ser solucionadas às custas do afastamento de garantias constitucionais.

A discussão ainda abarca várias outras questões, destacando-se que tal benesse seja de maior valia aos mais afortunados, capazes de arcar com os custos de brilhantes advogados que interponham quantos recursos forem possíveis, no intuito de adiar o deslinde do feito.

Toda essa conotação negativa é consequência do atual cenário político nacional, saturado de denúncias de corrupção. Deste modo, o debate jurídico e

o debate político encontram-se intimamente ligados e fortemente pressionados pelo clamor de uma população sedenta de uma decisão que ponha fim à sensação de impunidade.

Entretanto, na contramão daqueles que sustentam que o fim da possibilidade de prisão em segunda instância visa conferir benefícios aos economicamente bem sucedidos, notadamente aos que se encontram sendo processados pelos chamados Crimes do Colarinho Branco, afigura-se, contrariamente a este entendimento, um detalhado estudo que compila informações estatísticas do Sistema Penitenciário Brasileiro.

Trata-se do Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias (2016), o qual aponta que mais da metade da população carcerária em nosso país é composta por pessoas de baixa escolaridade, sendo de apenas 0,5% o número de presos com ensino superior completo. O estudo também revela que negros e pardos constituem 64% do total de aprisionados.

Ademais, destaca-se que os crimes que originaram a maioria das prisões são aqueles ligados ao tráfico de drogas, crimes contra o patrimônio e contra a vida. Logo, por todo exposto, é forçoso convir que a relativização do Princípio da Presunção de Inocência atinge frontalmente à parcela mais vulnerável da sociedade, serão milhares de negros e pobres tolhidos em seu direito de defesa. Pessoas que, muitas vezes, amargam uma prisão injusta, sem voz ou vez, vítimas de uma flagrante oposição à Constituição.

Em face do dilema que se delinea, o renomado jurista Lenio Luis Streck, fora convidado na condição de *Amicus Curiae* para expor seu parecer a respeito do caso. Suas considerações foram publicadas na Revista Consultor Jurídico (2019), donde se extraem aspectos essenciais a uma compreensão do tema, valendo-se de argumentos jurídicos que se sobrepõem claramente aos discursos contaminados pela guerra partidária que se instaurara no país.

Respeitando o CPP e a CF, o STF estará reafirmando a si próprio como guardião da Constituição. Na democracia, há que se fazer a coisa certa. A realidade constrange (limita, traça fronteiras) e mostra que os mitos são mitos porque... não são de verdade:

Mito 1: O reconhecimento da constitucionalidade do art. 283 manda 180 mil “bandidos perigosos” para as ruas. Falso. Mentira. Mito. Que feio inventarem isso.

Mito 2: A decisão pela presunção de inocência proíbe a prisão. Falso. Mentira. Mito. Também é feio inventarem isso.

Mito 3: Se o STF não der provimento às ADCs, as prisões em segundo grau serão automáticas. Falso. Pelo menos até o momento isso é mito. Só há dois votos nesse sentido, conforme explicitado na ADC 54, que ajudei a escrever.

Veja-se a formação de lendas urbanas. Assim como o sol “nascerá” amanhã, prisões preventivas e temporárias continuarão sendo absolutamente legítimas e, sobretudo, repito de outro modo para que fique claro, da presunção de inocência não decorre a proibição de prisão. O que fica é nada mais do que a obviedade: o art. 5º não obriga a prisão após segunda instância, como

tentou dizer o TRF-4 em súmula (n. 122), essa sim, inconstitucional.

Porque, na democracia, as coisas são o que são. E por trás de todos os mitos, de todos os argumentos consequencialistas-utilitaristas, por trás de todas análises econômicas e bayesianas e probabilísticas e tabelísticas e quejandos, o ponto é o seguinte: quem defende a tese da prisão tem o ônus de mostrar que a Constituição Federal obriga que se prenda após segunda instância.

De acordo com tal entendimento, torna-se evidente a necessidade de encarar os fatos do modo como eles são. Reconhecendo, dessa forma, a função primordial do Supremo Tribunal Federal como sendo o guardião da Constituição, a este órgão compete zelar pelo cumprimento da carta magna. Esta nobre missão não inclui a possibilidade de reescrita do seus preceitos. E, sabendo-se disso, a solução acertada é inequívoca, devendo a Suprema Corte decidir com base, não no clamor das ruas, mas, sobretudo, na solidez e autenticidade da Constituição Federal, a qual visa tutelar, através da garantia processual da presunção de inocência, a liberdade pessoal dos indivíduos, cabendo ao Estado a comprovação da culpa. A inobservância deste princípio configuraria verdadeiro retrocesso a uma condição de total arbítrio estatal.

A questão continuará a ser discutida no STF, tendo o seu término previsto entre os dias 6 e 7 de novembro de 2019. Agora, diferentemente das discussões anteriores, não foram os Habeas Corpus que suscitaram o debate, são as denominadas Ações declaratórias de constitucionalidade, (ADC). O objetivo destas ações é buscar a confirmação da constitucionalidade do art. 283 do Código de Processo Penal, o qual reafirma o disposto no princípio da Presunção de Inocência, admitindo, unicamente, a possibilidade de prisões cautelares em ocasião anterior ao trânsito em julgado. Não havendo posicionamento expreso, contudo, quanto à prisão em razão de execução antecipada.

Caso seja declarada a constitucionalidade deste artigo, o cenário retroagirá àquele existente entre 2009 e 2016, quando se observava o Princípio da Presunção de Inocência de modo literal, cabendo a condenação, tão-somente, após o trânsito em julgado da decisão.

CONCLUSÃO

Conclui-se, mediante toda a exposição aqui realizada, que uma análise do texto constitucional e da legislação infraconstitucional vigente não autoriza a execução antecipada da pena, pelo contrário, haverá que se aguardar o desdobramento de todo o processo até a obtenção do trânsito em julgado da sentença penal condenatória para que esta produza seus efeitos. Todavia, este artigo constitucional deve ser visto com cautela, uma vez que esse tratamento absoluto do Princípio da Presunção de Inocência vem ensejando discussões de forma a gerar uma insegurança jurídica acerca do tema a fim de beneficiar-se da prescrição ao invés de obter, efetivamente, a reforma da decisão recorrida.

Sendo assim, em que pese a clareza legal, é necessário encarar os fatos de maneira imparcial, afastando-se o viés político e moralista, inerente a esta situação, para que se busque uma solução na qual o interesse constitucional se sobreponha aos debates partidários.

Afinal, se os demais princípios da Constituição fossem invocados com tanta ênfase como tem sido em relação ao da Presunção de Inocência, com certeza, a realidade brasileira seria muito mais justa e igualitária, muito diferente do que se verifica em nossos dias.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BRASIL. **Código de processo penal**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689.htm>. Acesso em: 24/10/2019.

_____. **Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias**, 2016. Disponível em: <http://depen.gov.br/DEPEN/noticias-1/noticias/infopen-levantamento-nacional-de-informacoes-penitenciarias-2016/relatorio_2016_22111.pdf/view> Acesso em: 30/10/2019.

_____. **Constituição Federal**. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/ementa84078.pdf>> Acesso em: 24/10/2019.

_____. **Ementa para Publicação HC 84078**. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/ementa84078.pdf>> Acesso em: 24/10/2019.

_____. **Ementa para Publicação HC 126292**. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/pagina-dorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=10964246>> Acesso em: 24/10/2019.

_____. **Súmula 267 – STJ**. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/docs_internet/revista/electronica/stj-revista-sumulas-2011_20_capSumula267.pdf>. Acesso em: 25/10/2019.

LIMA, R. B. **Manual de Processo penal: volume único**. 7 ed. rev., ampl. e atual. Salvador. JusPodivm, 2019.

MELO, C. A. B. **Curso de Direito Administrativo**. 26 ed. São Paulo. Malheiros, 2009.

STRECK, L. L. Lendas e Mitos do Senso comum sobre a presunção da inocência. In: **Consultório Jurídico**. Revista eletrônica de 21 de outubro de 2019. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2019-out-21/streck-lendas-mitos-senso-comum-presuncao-inocencia>> Acesso em: 30/10/2019.

TAVORA, N. **Curso de direito Processual Penal**. 12 ed. ver. e atual. Salvador. Juspodivm. 2017.

A JUSTIÇA NEGOCIAL E O *PLEA BARGAIN* NA PROPOSTA DE REFORMA DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL CONFORME A TEORIA DOS JOGOS

JONATA WILLIAM SOUSA DA SILVA¹

INTRODUÇÃO

Diante do contexto de reformas processuais penais que vêm ocorrendo em toda a América Latina para efetivar um modelo processual efetivamente acusatório, se faz extremamente importante a discussão acerca de uma das principais mudanças que tem sido aventada no processo penal pátrio, que é a incorporação ao ordenamento jurídico brasileiro da justiça negociada, inspirada no modelo norte-americano de “*plea bargaining*” (barganha da culpa).

A proposta legislativa PL 8045/2010, em trâmite na Câmara dos Deputados e oriunda da PLS 156/2009 de autoria do Senador José Sarney (MDB/AP), encontra-se em trâmite e traz significativas alterações ao procedimento sumário (Título II, Capítulo III, artigos 283 e 284 do pretensão Novo CPP) possibilitando acordo entre acusador e acusado, requerendo aplicação imediata da pena para o crime cuja sanção máxima cominada não ultrapasse 8 (oito) anos.

Nada obstante, em 04 de fevereiro de 2019, o então Ministro da Justiça, ex-juiz federal, Sergio Fernando Moro, apresentou um projeto de lei com o dito propósito de ter mais efetividade no combate a três frentes principais, que seriam a corrupção, o crime organizado e os crimes violentos. Esse projeto ficou conhecido como “pacote de medidas anticrime”, sendo amplamente criticado por especialistas em direito penal e processo penal pela aparente inconstitucionalidade em diversos pontos.

É nesse contexto que a pesquisa objetiva, através de revisão bibliográfica e de método qualitativo, discutir o expansionismo do processo penal contemporâneo e o eficientismo como política criminal, aspectos econômicos e os custos do processo penal, os rumos do processo penal brasileiro, tendo por paradigma as reformas processuais penais na América latina, para então discutir a teoria dos jogos

¹ Mestrando em Direito Público pela Universidade Federal da Bahia. Especialista em Ciências Criminais pela Universidade Católica do Salvador. Bacharel em Direito pela mesma instituição. Membro associado ao Instituto Baiano de Direito Processual Penal – IBADPP.

no processo penal, trazida pelo professor Alexandre Morais da Rosa e a sua aplicação nos espaços de justiça negocial, trazendo as principais críticas a esse modelo e a importância do fortalecimento e valorização das partes no processo penal, objetivando apresentar alternativas à implantação desse sistema em coexistência com as garantias constitucionais do Acusado e em conformidade com o sistema acusatório.

1. O ACESSO À JUSTIÇA EM CIFRAS: A ANÁLISE ECONÔMICA DO DIREITO PROCESSUAL PENAL E OS MOVIMENTOS REFORMISTAS

Entre as décadas de 40 e 50, surgiu nos Estados Unidos um movimento conhecido por Análise Econômica do Direito (AED), buscando aplicar princípios econômicos a áreas do Direito intrinsecamente ligadas a economia. A evolução desse campo de estudo se deu em 60, inaugurando uma nova fase e expandindo essa interseção para partes do Direito Civil, além do Direito Penal e o Processo Penal. Nessa nova fase, tendo por precursor o economista Robert Coase, o jurista norte-americano Richard Posner se tornou um dos expoentes da teoria conhecida como “*Law and Economics*”, que pensa na perspectiva eficientista de alocação de recursos e a otimização dos gastos com o processo, passando a ser amplamente discutida e ganhando centralização nos debates da “Escola de Chicago”.

Neste ambiente acadêmico de perfil altamente liberal, em defesa do livre mercado e da não intervenção estatal em questões econômicas como forma de otimização dos custos de transação, a metodologia microeconômica aplicada ao direito ganhou força e condensou-se na obra *Economic Analysis of Law* de Richard Posner, um text-book lançado em 1973 para ser utilizado no curso de Law & Economics que ganhou imensa notoriedade na academia e se tornou a principal referência teórica da análise econômica do direito².

Esclarecida a origem da discussão, é de extrema importância que passemos a discutir as implicações da corrente “*Law and Economics*”, sobretudo as críticas feitas a esse sistema, que, a rigor, implicaria na supressão de garantias individuais em prol de uma maior eficiência, bem como trataremos do acolhimento cada vez mais contundente desta corrente na América Latina e a busca pela incorporação das práticas eficientistas no ordenamento jurídico brasileiro.

1.1 O NEOLIBERALISMO, A GLOBALIZAÇÃO E AS DEMANDAS DE REFORMAS PROCESSUAIS

Como brevemente marcado abordado acima, a discussão com o viés da corrente “*Law and Economics*” teve gênese em relação ao processo penal na década de 60 e se expandiu, sendo que, em paralelo, o neoliberalismo global como

2 ZANATTA, Rafael. *Desmistificando a Law & Economics: A receptividade da disciplina direito e economia no Brasil*. Revista dos Estudantes de Direito da Universidade de Brasília, 10ª ed, 2011. p. 11.

sistema político econômico começa a se instalar nos países centrais da Europa e América do Norte, passando por três fases, entre 1940 e 1960, depois 1970 e 1980 e, por fim, a fase que se inicia em 1990 e vige até hoje, conforme explicam Rosa e Marcellino Junior³.

Nesse contexto, em 1996, o Banco Mundial⁴ emitiu o documento técnico de número 319, trazendo “Elementos para a reforma do setor judiciário no Caribe e na América Latina”. No prefácio do referido documento, assinado pelo então diretor do departamento técnico SriRam Aiyer, temos o seguinte diagnóstico:

O Poder Judiciário, em várias partes da América Latina e Caribe, tem experimentado em demasia longos processos judiciais, excessivo acúmulo de processos, acesso limitado à população, falta de transparência e previsibilidade de decisões e frágil confiabilidade pública no sistema. Essa ineficiência na administração da justiça é um produto de muitos obstáculos, incluindo a falta de independência do judiciário, inadequada capacidade administrativa das Cortes de Justiça, deficiência no gerenciamento de processos, reduzido número de juízes, carência de treinamentos, prestação de serviços de forma não competitiva por parte dos funcionários, falta de transparência no controle de gastos de verbas públicas, ensino jurídico e estágios inadequados, ineficaz sistema de sanções para condutas antiéticas, necessidade de mecanismos alternativos de resolução de conflitos e leis e procedimentos enfadonhos.

Em seguida, com espectro introdutório, a nota técnica delinea os objetivos das recomendações, da seguinte maneira:

O presente trabalho propõe um programa para a reforma do judiciário remetendo-se especificamente aos principais fatores que afetam a qualidade desse serviços, sua morosidade e natureza monopolística. O programa de reforma também relaciona os aspectos econômicos e legais, como as raízes da ineficiência e injustiça do sistema. Apesar de não apresentar uma lista exaustiva de medidas, o documento discute os elementos necessários para garantir uma reforma, em direção a um poder eficiente e justo.

Percebe-se, portanto, uma articulação de proposta reformista objetivando a alteração não só do aspecto micro, ou seja, processual-individual, mas também na esfera macro, compreendendo a própria estrutura do Poder Judiciário, as atividades administrativas e funcionais, o ensino jurídico, dentre outras searas, propondo assim, ainda que indiretamente, uma reforma uma, buscando a globalização dos procedimentos na América Latina e Caribe.

As reformas propostas pelo Banco Mundial partem de uma perspectiva de “Law and Economics”, todavia, priorizam os preceitos e lógica econômicos em

3 ROSA, Alexandre Morais da; JUNIOR, Julio Cesar Marcellino. **O processo eficiente na lógica econômica: desenvolvimento, aceleração e direitos fundamentais**, UNIVALI, Santa Catarina, p.91.

4 Banco Internacional de Reconstrução e Desenvolvimento - em breve chamado de Banco Mundial - foi fundado em 1944 nos Estados Unidos atuando com empréstimos, primeiramente com o objetivo de reconstruir os países atingidos pela segunda guerra mundial, e atualmente objetivando apoiar países em desenvolvimento e erradicar a pobreza, de acordo com as informações contidas no site oficial: <http://www.worldbank.org/en/about/history>. Acesso em 07. mar. 2019.

detrimento dos valores processuais legais, como bem explicitam Moraes da Rosa e Marcellino Junior⁵:

Não há pudor ou eufemismo no recado dado pelo Banco Mundial através de seu receituário. O Documento Técnico n.º 319, de forma clara, bem enaltece que o Judiciário deve estar a serviço do mercado, viabilizando a eficiência na alocação de riquezas. O Judiciário, segundo o documento, não deve representar um desestímulo aos investimentos. Deve, pelo contrário, ser a instituição que represente a mola propulsora dos investimentos.

Assim, verifica-se que houve uma demanda por reestruturação do Poder Judiciário e dos sistemas processuais penais em uma lógica neoliberal, buscando a globalização e aceleração dos procedimentos, garantindo assim uma celeridade processual e uma previsibilidade das decisões como sinônimos de eficiência, de modo a aplacar a demanda social por respostas imediatas. Esta demanda por velocidade e as configurações das sociedades pós-modernas são pertinentemente trazidas, ainda por Rosa e Marcellino Junior⁶:

A velocidade constitui um fenômeno próprio de nossos tempos. Não se pensa, de modo geral, falar de um Estado eficiente que não esteja ligado à sedutora idéia de um Estado célere, e que ofereça as respostas instantâneas à sociedade. Tudo na sociedade de consumo gira com muita, muita rapidez. E pensa-se que a jurisdição necessita dar conta de toda a complexidade da nova realidade do ciber mundo. Querem, como visto, que os processos, as decisões judiciais, enfim, que a função judicante submeta-se a sistemas mecanizados de operacionalização de modo a fazer movimentar a rede de informações e respostas pleiteadas.

É perceptível, portanto, que a justiça nesse contexto teria em primeiro plano a eficiência e celeridade (*princípios não por acaso introduzidos na Constituição Federal, sendo o primeiro em 1998, através da emenda constitucional de número 019/98 e o segundo em 2004, através da Emenda Constitucional 45/2004*), de modo que as garantias individuais do Acusado passam a estar passíveis de mitigação ou ponderação, diante desses valores eficientistas constitucionalmente tutelados.

O documento técnico do Banco Mundial juntamente com as mudanças políticas e a predominância do neoliberalismo global, capitaneado pelos Estados Unidos, através do encontro conhecido como “Consenso de Washington”⁷, desta feita, orientou o processo de reformas processuais ocorridas na América Latina e no Caribe entre o fim do século XX e o início do século XXI, e o governo de Fernando Henrique Cardoso, durante a década de 90, esteve alinhado com a proposta globalista, promovendo privatizações, descentralização de atividades públicas em larga escala, fomentando o liberalismo econômico e introduzindo

5 *Op cit*, p.23.

6 *Op cit*, p. 27

7 “(...) Como forma de oferecer uma alternativa para países em desenvolvimento, especialmente os da América Latina, o economista John Williamson reuniu vários economistas em Washington para criar uma agenda de consenso que levasse a estabilização e ao crescimento. Disponível em: <https://www.institutoliberal.org.br/blog/economia/a-verdade-sobre-o-neoliberalismo-e-o-consenso-de-washington/>. Acesso em: 13. Mar. 2019.

também no ordenamento jurídico pátrio, medidas em sintonia com as recomendações do Banco Mundial e com os organismos internacionais que fomentavam essa integração, como explicam Rodrigues e Jurgenfeld⁸:

No governo FHC, houve o acirramento da abertura econômica, uma perda ainda maior de autonomia por parte do Estado com os desdobramentos do Plano Brady, a estabilização de preços com a implementação do Plano Real, que havia sido elaborado ainda no governo de Itamar, e o avanço das privatizações por meio do II Plano Nacional de Desestatização (II PND).

O Plano Real, cujo êxito no combate à inflação mostrava-se central para projetar FHC em sua reeleição, resultava de uma exigência internacional, dado que o afluxo de capital financeiro que começaria a emergir principalmente na década de 1990 requereria, para continuar seu movimento aos países periféricos, desregulamentação financeira e estabilidade econômica. Planos econômicos de estabilização de preços foram colocados em prática em vários países com elevados processos inflacionários principalmente na década de 1980. No Brasil não foi diferente.

Nesse diapasão, dada a profunda reforma econômica nos países periféricos na década de 90 e as propostas de reforma no sistema de justiça e da América Latina no mesmo período, é imprescindível que debruçemo-nos na análise da correlação entre eficiência e garantias fundamentais na prestação jurisdicional, especificamente no processo penal.

1.2 A JUSTIÇA COMO OBJETO NO CONFLITO ENTRE A EFICIÊNCIA E AS GARANTIAS FUNDAMENTAIS

Conforme discutido em tópico anterior, o documento técnico do Banco Mundial apontou a imperiosa necessidade de reforma do sistema processual visando maior segurança para o mercado e a estabilidade dos países em desenvolvimento para fomentar mais investimentos. Desde então, as críticas à morosidade, ao inchaço de demandas processuais nas Cortes de Justiça e os clamores por maior eficiência, celeridade e maior segurança nos julgamentos só tem crescido.

E o avanço tecnológico só contribuiu para a intensificação dessa demanda por velocidade e da apresentação da onda de punitivismo e da celeridade como solução para todos os males sociais. Nesse contexto, o professor Jesus-Maria Silva Sanchez⁹ traz uma divisão do processo penal em três velocidades, relacionando diretamente o aumento das velocidades com a supressão das garantias fundamentais. Para o referido autor, o Direito Penal de primeira velocidade seria o modelo tradicional, tendo por corolários os princípios e garantias fundamentais, se valendo, entretanto, da pena privativa de liberdade como principal forma de coerção.

8 RODRIGUES, Carlos Henrique Lopes; JURGENFELD, Vanessa Follman. **Privatizações no Brasil: a desnacionalização e a financeirização (de Collor ao primeiro governo FHC)**. Rio de Janeiro, 2017. pp. 4-5.

9 SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. **A EXPANSÃO DO DIREITO PENAL: Aspectos da política criminal nas sociedades pós-industriais**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

O direito penal de segunda velocidade, por sua vez, seria caracterizado pela flexibilização das garantias fundamentais em âmbito processual penal, somada à criação de punições que equivalem a sanções administrativas, como multas e penas restritivas de direitos, por exemplo, aumentando a abrangência da seara penal e intervinda também em aspectos outrora tutelados somente pelo Direito Administrativo.

Ocorre que, sob este prisma, o direito penal objetiva ampliar o alcance de tutela penal estatal através da mitigação de garantias, utilizando-se, por exemplo, de medidas como a responsabilização objetiva de administradores e/ ou proprietários de pessoas jurídicas incursas em condutas criminosas. Entretanto, neste modelo de Direito Penal, não há cominação de penas de prisão, mas tão somente de medidas de caráter administrativo.

E então, chegamos ao direito penal de terceira velocidade, que estaria em vigor no direito penal e na racionalidade penal moderna, tido como aquele que preza pela antecipação da tutela protetiva, com penas igualmente rigorosas a um direito penal de primeira velocidade, com a consequente flexibilização dos princípios e garantias jurídico-penais, conceituado por muito como sendo forma pura do Direito Penal do Inimigo, trazido por Günther Jakobs.

Essa ideia de velocidade aplicada na prestação jurisdicional, portanto, implica diretamente na supressão de elementos constituintes do debate democrático que permeia o procedimento em contraditório em nome dessa suposta eficiência, precarizando a atividade da defesa e a atuação processual do Acusado. Não sem razão, Morais e Marcellino¹⁰ criticam essa ideia de modo bastante incisivo, a ver:

A velocidade insensibiliza o Judiciário e subtrai dos jurisdicionados o que eles efetivamente buscam na jurisdição: garantias fundamentais, inclusive processuais. É por isso que, carregada pela mídia que insiste em lançar descrédito sobre o aparato estatal, especialmente o Judiciário, as empreitadas de privatização da justiça se mostram perigosamente atraentes, tendo como exemplos a arbitragem, a mediação, etc. Embora se reconheça alguns importantes avanços em alternativas de resolução conflitiva fora da lógica estatal, entende-se que o modelo majoritário de resolução alternativa hoje existente, voluntária ou involuntariamente, ainda serve aos interesses do econômico.

Todavia, a despeito das inúmeras críticas dessa supressão de direitos e garantias fundamentais no processo, vários projetos e propostas de cunho eficientistas circundam o processo penal brasileiro desde então. A lei 9.099/95, que instituiu os juizados especiais cíveis e criminais, traz os primeiros institutos de justiça negocial para o nosso ordenamento. Posteriormente, em 2009, foi proposto no Senado o Projeto de Lei nº 156 de 2009 pelo senador José Sarney, trazendo a reforma do Código de Processo Penal, que posteriormente foi enviado à Câmara

10 ROSA, Alexandre Morais da; JUNIOR, Julio Cesar Marcellino. **O processo eficiente na lógica econômica: desenvolvimento, aceleração e direitos fundamentais**, UNIVALI, Santa Catarina, p.28.

sob a numeração 8045/2010, e que atualmente está em trâmite e no seu bojo traz uma profunda reforma, introduzindo no Brasil o sistema de justiça negocial inspirada no sistema penal norte-americano.

Desta feita, se faz mister que analisemos a proposta de justiça negocial no processo penal brasileiro e as suas implicações sob uma perspectiva crítica, para que possamos então discutir a viabilidade e resultados esperados caso o projeto venha a se concretizar.

2. O P.L 8045/10: DO PROJETO DE REFORMA DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL E A PROPOSTA DE JUSTIÇA NEGOCIAL NO PROCEDIMENTO SUMÁRIO BRASILEIRO

Originado no Senado, o Projeto de Lei oriundo do Senado de número 156/09 protocolado em 22 de abril de 2009 relatado pelo Senador José Sarney (MDB/AP), teve por fito a reforma do Código de Processo Penal, e os motivos foram expostos no anteprojeto elaborado por uma comissão de juristas, coordenado pelo então Ministro do Superior Tribunal de Justiça (STJ) Hamilton Carvalhido e com relatoria do professor Eugênio Pacelli de Oliveira, que expuseram a imperatividade da reforma do Código de Processo Penal da seguinte maneira¹¹:

Se em qualquer ambiente jurídico há divergências quanto ao sentido, ao alcance e, enfim, quanto à aplicação de suas normas, há, no processo penal brasileiro, uma convergência quase absoluta: a necessidade de elaboração de um novo Código, sobretudo a partir da ordem constitucional da Carta da República de 1988. E sobram razões: históricas, quanto às determinações e condicionamentos materiais de cada época; teóricas, no que se refere à estruturação principiológica da legislação codificada, e, práticas, já em atenção aos proveitos esperados de toda intervenção estatal. O Código de Processo Penal atualmente em vigor - Decreto-lei nº 3.689, de 03 de outubro de 1941 -, em todas essas perspectivas, encontra-se definitivamente superado.

A incompatibilidade entre os modelos normativos do citado Decreto-lei nº 3.689, de 1941 e da Constituição de 1988 é manifesta e inquestionável. E essencial. A configuração política do Brasil de 1940 apontava em direção totalmente oposta ao cenário das liberdades públicas abrangidas no atual texto constitucional.

Em 08/12/2010, foi aprovado o parecer final da Comissão Temporária de Estudos da Reforma do Código de Processo Penal e, em 20/03/2011, foi encerrado o trâmite no Senado Federal e remetido para apreciação da Câmara dos Deputados através do Ofício nº 2427/2010 do Senado Federal, nos termos do artigo 65 da Constituição Federal, culminando no PL 8045/2010, que em essência trata do mesmo projeto do PLS 156/09.

Uma das principais alterações propostas é a de efetivação da justiça negocial no procedimento sumário brasileiro. A exposição de motivos do mencionado

11 BRASIL. Anteprojeto de reforma do Código de Processo Penal. 2009. Disponível em: <https://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/90645>. Acesso em: 13.mar.2019

projeto de lei¹² deixa bem claro o propósito desta alteração, tendo em vista uma maior celeridade e a eficiência, como já explicitado em tópicos anteriores, a ver:

De outro lado, e atento às exigências de celeridade e efetividade do processo, modifica-se o conteúdo do procedimento sumário, mantendo-se, porém, a sua nomenclatura usual, para dar lugar ao rito de imediata aplicação de pena mínima ou reduzida, quando confessados os fatos e ajustada a sanção entre acusação e defesa. A sumariedade do rito deixa de se localizar no tipo de procedimento para passar a significar a solução final e célere do processo, respeitando-se a pena em perspectiva, balizada pelo seu mínimo, com a possibilidade de ser fixada abaixo dele. A alternativa consensual não desconhece e nem desobedece, contudo, aos padrões de reprovabilidade já consagrados na legislação penal, limitando-se a possibilidade de sua aplicação aos delitos cuja pena máxima não seja superior a oito anos.

A demanda pelas reformas processuais já vem desde a promulgação da Carta Magna de 1988, que democratizou as relações institucionais no Brasil e, por óbvio, o judiciário, todavia a proposta de democratização encontrou acolhida parcial e pontual, e não estrutural como se pretendia.

Os países vizinhos na América Latina passaram e ainda vêm passando por essa adequação processual penal para abandonar os resquícios inquisitoriais no processo penal e acolher no ordenamento jurídico uma proposta acusatorial, sendo que o Brasil e a Argentina são os últimos países do bloco a efetivarem (*ou buscarem a efetivação*) desta proposta. O grande desafio, no entanto, é combater a sanha neoliberal e eficientista, que se adotada de modo açodado, pode vir a agravar ainda mais a crise no sistema penitenciário e as políticas de segurança pública, levando ao aprofundamento da crise que hoje vivemos.

É tendo em vista esse cenário que passamos a tratar das reformas processuais na América Latina e o posicionamento brasileiro no tópico subsequente, focando na adoção dos institutos de justiça negocial, e em especial as propostas de barganha da culpa (*plea bargaining*), que são objeto desta pesquisa.

2.1 DAS REFORMAS PROCESSUAIS PENAIAS NA AMÉRICA LATINA E O POSICIONAMENTO BRASILEIRO

Inicialmente, cumpre partir da premissa trazida que a matriz processual penal brasileira, bem como dos demais países da América Latina é autoritária e com raízes fascistas, que só passou a ser discutida e as alterações e reformas passaram a ser demandadas na contemporaneidade após o processo de (re)democratização dos países periféricos entre os anos 80 e 90.

Neste ponto, Langer explica muito bem e detalhadamente o processo de reformas que incidiu na América Latina, da seguinte forma:

12 *Op.cit.*

As reformas dos procedimentos penais cresceram rapidamente na América Latina. Durante os últimos 15 anos, 14 países latino-americanos e um número substancial de províncias e estados latino-americanos introduziram novos códigos de processo penal. Essas reformas são possivelmente as maiores transformações às quais os procedimentos criminais latino-americanos foram submetidos em quase dois séculos. Embora as reformas não tenham sido exatamente iguais entre as diferentes jurisdições nacionais, todas elas foram descritas pelos reformadores em termos semelhantes, ou seja, como um movimento de um sistema inquisitorial para um sistema acusatório ou adversarial.

Como tal, as reformas compartilham muitas características, incluindo a introdução de julgamentos orais, públicos; a introdução e/ou o reforço do cargo do promotor; e a decisão de colocar o promotor em vez de o juiz a cargo da investigação pré-julgamento. Outras mudanças incluem dar aos réus mais direitos nas fases policiais e de investigação pré-julgamento; introduzir o princípio do poder discricionário do Ministério Público; permitir a delação premiada [plea bargaining] e mecanismos alternativos de resolução de litígios; e ampliar o papel e a proteção da vítima durante o processo criminal¹³.

E assim, percebe-se que o Brasil é o último país do bloco que ainda não consolidou o projeto de reforma processual penal, embora tenha reestruturado a sistemática processual civil através da lei 13.105/2015. Todavia, as maiores autoridades em processo penal hoje já reiteram com veemência a necessidade de avanço e reforma no processo penal brasileiro, sendo que o professor José Frederico Marques *apud* Rômulo Moreira, há muito já diagnosticou, com precisão cirúrgica, a ineficácia do nosso Códex Processual Penal nos parâmetros atuais:

Este Código, elaborado sob a égide e “os influxos autoritários do Estado Novo”, decididamente não é, como já não era “um estatuto moderno, à altura das reais necessidades de nossa Justiça Criminal”, como dizia José Frederico Marques. Segundo o Mestre paulista, “continuamos presos, na esfera do processo penal, aos arcaicos princípios procedimentalistas do sistema escrito. A oralidade ficou reservada apenas para o processo civil. O resultado de trabalho legislativo tão defeituoso e arcaico está na crise tremenda por que atravessa hoje a Justiça Criminal, em todos os Estados Brasileiros. A exemplo do que se fizera na Itália fascista, esqueceram os nossos legisladores do papel relevante das formas procedimentais no processo penal e, sob o pretexto de por cobro a formalismos prejudiciais, estruturou as nulidades sob princípios não condizentes com as garantias necessárias ao acusado, além de o ter feito com um lamentável confucionismo e absoluta falta de técnica¹⁴.

Conclui-se, portanto, na discussão desse tópico, que a urgência da reforma processual penal é mais que evidente, e a transição para um modelo adversarial e que privilegie, de fato, o sistema acusatório é uma demanda intransponível, todavia, devemos tratar com maior minúcia dos impactos da barganha da culpa e do sistema de justiça negocial, trazendo as críticas e as formas de controle deste instrumento, eis que os movimentos legislativos atuais no Brasil apontam para uma inevitável adoção deste instituto no processo penal brasileiro muito em breve.

13 LANGER, Máximo. **Revolução no processo penal latino-americano: difusão de ideias jurídicas a partir da periferia**. Revista da Faculdade de Direito da UFRGS. Porto Alegre, p.5

14 MOREIRA, Rômulo Andrade. **As reformas processuais penais na América Latina – a visão de Alberto Binder**. Disponível em: <https://www.migalhas.com.br/depeso/293662/as-reformas-processuais-penais-na-america-latina-a-visao-de-alberto-binder>. Acesso em: 14. mar. 2019.

2.2 A BARGANHA DA CULPA COMO INSTRUMENTO DE TORTURA E SUPRESSÃO DE GARANTIAS FUNDAMENTAIS

É nesse contexto de expansionismo penal e de demandas de “aceleração” dos processos judiciais, buscando uma utópica celeridade em detrimento das garantias constitucionais e do respeito ao devido processo legal que, no ordenamento jurídico brasileiro, as reformas da legislação processual convergem no sentido de importação de institutos norte-americanos de “*plea bargain*”, consistentes em acordo entre o Acusado e o Ministério Público para encerrar o processo mediante confissão e abrandamento da pena imposta. A proposta de incorporação do referido instituto no ordenamento jurídico nacional está em trâmite na Câmara dos Deputados, no Projeto de Lei 8045/2010, compreendendo o Livro II (*Do Processo e dos Procedimentos*), Título II (*Dos Procedimentos*), Capítulo III (*Do Procedimento Sumário*), artigos 271 e 272.

As críticas à importação do sistema por parte dos especialistas na área criminal são numerosas e diversas, destacando-se a supressão de garantias do acusado em detrimento de um eficientismo penal; o exponencial aumento de pessoas encarceradas em virtude dos acordos celebrados, tendo os Estados Unidos, por exemplo, como país com maior população carcerária do mundo, sendo que aproximadamente 90% dos casos criminais são resolvidos através do sistema de barganha¹⁵; excesso de poderes do órgão acusador e pouca participação do magistrado; retrocesso com resquícios inquisitoriais de supervalorização da confissão em detrimento do devido processo legal; dentre outras tantas mazelas.

Nesse diapasão, o professor John Langbein faz a correlação entre o *plea bargain*, originado na América no século XX e o sistema de tortura medieval em voga na Europa da metade do século XIII à metade do século XVIII.

Definindo a *plea bargain* (barganha da culpa), o professor Langbein *apud* Gloeckner traz a seguinte conceituação:

O *plea bargaining* aparece quando o promotor induz um acusado de um crime a confessar sua culpa e renunciar ao seu direito de ser julgado em troca de uma sanção penal mais branda do que aquela que seria imposta caso o acusado fosse julgado culpado após o processo. O promotor oferece a redução, tanto direta, sob a forma de uma diminuição na acusação ou indiretamente, através do consentimento do juiz, sob a forma de uma recomendação para uma sentença reduzida que este seguiria. Em troca da obtenção do abatimento para o acusado, o promotor é dispensado da necessidade de prova da culpa do acusado e o tribunal é poupado de prolatar uma decisão. O tribunal condena o acusado com base na confissão, sem uma decisão prolatada por um juiz independente¹⁶.

15 ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. United States Courts. Criminal Cases. Disponível em: <https://www.uscourts.gov/about-federal-courts/types-cases/criminal-cases>.

16 GLOECKNER, Ricardo Jacobsen (org). **Sistemas processuais penais**. I ed. Florianópolis, SC, Empório do Direito, 2017. p. 137.

Pois bem, após a conceituação, estabelece-se um paralelo entre a finalidade e a coercitividade de ambos, o sistema de tortura medieval europeu e a *plea bargain*, visto que ambos são instrumentos de aceleração de procedimentos, onde um suposto excesso de garantias e do devido processo legal é visto como um entrave à aplicação da lei, de forma que são necessários instrumentos de aceleração em busca da eliminação da impunidade, com base em uma causa provável. Seguindo essa esteira, prossegue o professor Langbein¹⁷:

Nos Estados Unidos do século XX nós duplicamos a experiência central do processo penal europeu: nós nos movemos de um sistema de decisão para um sistema concessivo. Nós coagimos o acusado contra quem encontramos uma causa provável a confessar a sua culpa. Para ter certeza, nossos meios são muito mais elegantes; não usamos rodas, parafusos de polegar, botas espanholas para esmagar as suas pernas. Mas como os europeus de séculos atrás, que empregavam essas máquinas, nós fazemos o acusado pagar caro pelo seu direito à garantia constitucional do direito a um julgamento. Nós o tratamos com uma sanção substancialmente aumentada se ele se beneficia de seu direito e é posteriormente condenado. Este diferencial da sentença é o que torna o *plea bargaining* coercitivo. Há, claro, uma diferença entre ter os seus membros esmagados ou sofrer alguns anos a mais de prisão se você recusar a confessar, mas a diferença é de grau, não de espécie. O *plea bargaining*, assim com a tortura, é coercitivo.

É justamente tendo esta preocupação, de uma eventual violação de direitos e garantias em prol de uma eficiência desmedida e de economia monetária através da supressão de direitos, além de um prestígio exponencial a confissão e da utilização da negociação como instrumento de perpetuação de opressão e de reafirmação de seletividade do sistema penal, aumentando a vulnerabilidade daqueles mais suscetíveis a criminalização secundária explicada por Zaffaroni, que se busca, através da teoria dos jogos de Morais da Rosa, sintetizar e analisar, em perspectiva de causa e efeito, as consequências da incorporação do sistema de justiça negocial no ordenamento jurídico brasileiro, buscando alternativas objetivando preservar as garantias processuais e privilegiar um sistema verdadeiramente acusatório, em contraposição à busca por um eficientismo selvagem.

3. DA TEORIA DOS JOGOS NO PROCESSO PENAL E SUA APLICAÇÃO NOS ESPAÇOS DE JUSTIÇA NEGOCIAL

Diante de uma perspectiva de chegada da justiça negocial no processo penal brasileiro, aos atores da relação processual é imposto o conhecimento das opções e dos instrumentos mais adequados para melhor solução da demanda processual.

17 *Op. cit.*, p. 138

Cumpramos ressaltar que, conforme o entendimento de Giacomolli *et Vasconcelos*¹⁸, a Constituição Federal de 1988, em seu art. 98, I¹⁹, introduziu no ordenamento jurídico brasileiro a possibilidade da busca de soluções dialogadas ou consensuais no processo penal em contraposição às formas coativas e verticalizadas de resolução dos casos criminais, que se consolidou após a criação dos Juizados Especiais Criminais para resolução das demandas com menor potencial ofensivo a bem jurídico tutelado.

De lá pra cá, os espaços para resolução de conflitos através do consenso só se expandiu, e aliada a proposta eficientista, tendo por foco o melhor aproveitamento de aspectos econômicos e questões de tempo e aceleração como vetor positivo de bom aproveitamento do sistema de justiça criminal, como já discutido em tópicos anteriores, acarreta em uma mercantilização do processo penal propondo flexibilidade e funcionalidade como formas de combate a morosidade judicial, como bem trazido também por Giacomolli *et Vasconcelos*²⁰. O início foi com a transação penal e os instrumentos de consenso nos juizados especiais, evoluiu para a colaboração premiada e suas espécies hoje regulamentadas na lei de organização criminosa (lei 12.850/2013) e agora temos a discussão sobre o *plea bargain*, que é propriamente o objeto desta pesquisa.

É da percepção dessa investida de ampla expansão dos espaços de consenso e de justiça negocial do Brasil, que, da conjuntura dá a entender que inevitavelmente será incorporada nas reformas vindouras ao processo penal brasileiro que a teoria dos jogos²¹ exsurge como mecanismo essencial para que os atores do sistema de justiça criminal atuem com visão ampla das possibilidades e possam exercer plenamente o seu papel nessa nova configuração, não perdendo de vista os direitos e garantias do Acusado e rechaçando os aspectos autoritários que inevitavelmente virão com a incorporação da proposta em análise, como já discutido alhures.

O juiz e professor Alexandre Morais da Rosa, já multicitado nesta pesquisa, traz a aplicação da Teoria dos jogos no Processo Penal, compreendendo o processo como um todo na perspectiva de um jogo e explica que:

Diante das referências ao uso da Teoria dos Jogos no processo penal, cabe dizer que, para situar

18 GIACOMOLLI, Nereu. VASCONCELOS, Vinicius. **Justiça criminal negocial: crítica à fragilização da jurisdição penal em um cenário de expansão dos espaços de consenso no processo penal**. Revista Novos Estudos Jurídicos, 2015, p. 1113.

19 Art. 98. A União, no Distrito Federal e nos Territórios, e os Estados criarão:
I - juizados especiais, providos por juizes togados, ou togados e leigos, competentes para a conciliação, o julgamento e a execução de causas cíveis de menor complexidade e infrações penais de menor potencial ofensivo, mediante os procedimentos oral e sumaríssimo, permitidos, nas hipóteses previstas em lei, a transação e o julgamento de recursos por turmas de juizes de primeiro grau.

20 GIACOMOLLI, Nereu. VASCONCELOS, Vinicius. *op. cit*

21 Teoria dos jogos é uma teoria de matemática aplicada usada para entender e explicar os mecanismos que são utilizados quando pessoas tomam decisões. A teoria foi sistematizada pelo matemático John von Neumann e pelo economista Oskar Morgenstern em 1944.

a estratégia no contexto do jogo processual penal singularizado, será necessário que tenhamos ferramentas analíticas capazes de gerar plano de ação adequado, com sínteses, passos, caminhos, árvores de decisão, análise de cenários, pontos de discussão e lista de tarefas no decorrer de cada jogo.

(...) Embora toda decisão se sujeite às suas contingências, o jogo processual penal tem regras (normatividade), às quais nem aos jogadores nem ao julgador é dado trapacear, embora o façam. O jogo a ser jogado que aqui se fala é o jogo democrático, na perspectiva do *fair play*. O devido processo legal substancial, como diretriz, nada mais é do que a exigência da observância das regras do jogo, isto é, atribuir sentidos autênticos dentro de uma tradição na qual tanto os jogadores quanto o julgador estão inseridos. Cada tática ou estratégia deve analisar a estrutura subjacente²².

E daí que se infere que em um contexto de espaço de justiça negocial e dentro da barganha da culpa ou não, haverá um protagonismo ainda maior dos “jogadores” no processo de tomada de decisão, que terão impactos profundos na solução ou prolongamento da demanda processual frente aos direitos do Acusado e o cenário fático e processual delineados. Devemos prosseguir, portanto, na análise da “personagem principal” do jogo, quais sejam, o Acusado, e dos demais “jogadores” em campo, o que faremos nos tópicos seguintes.

3.1 DA NECESSIDADE DE CONTROLE DOS VÍCIOS DE VONTADE NA JUSTIÇA NEGOCIAL

Trouxemos à tona em tópicos anteriores a inclinação ao autoritarismo, supressão de direitos e garantias e mesmo aspectos intrinsecamente ligados a tortura propriamente dita como consequência direta de uma adoção irrestrita da justiça negocial e da barganha da culpa, e, tendo em vista que nessa espécie de procedimento, o acusado assume um protagonismo, eis que a condição *sine qua non* para a realização do acordo é a confissão total ou parcial, é de extrema importância que haja um rigoroso controle dos vícios de vontade, eis que se o acordo não for feito de forma livre, consciente e isenta de vícios, o acordo deve ser reputado nulo de pleno direito. Ou seja, deve haver um apego intransigível à forma e controle dos procedimentos nos espaços de barganha sob pena de configuração de inequívoco abuso de poder e de adoção de táticas medievais, consubstanciando inegável retrocesso no nosso processo penal.

Vale discutir ainda a crise de legalidade da implementação de um negócio jurídico processual no sistema de justiça penal brasileiro, eis que tais instrumentos devem se adequar aos princípios da legalidade estrita, a taxatividade, fragmentariedade, intranscendência da pena, bem como, reiterando o já dito, deve haver

22 ROSA, Alexandre Moraes da. Como usar a Teoria dos Jogos no processo penal?. Consultor Jurídico. 2018. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2018-abr-13/limite-penal-usar-teoria-jogos-processo-penal>. Acesso em: 19. mar. 2019.

uma rigorosa supervisão do Poder Judiciário visando coibir os abusos de poder e os vícios de consentimento nas propostas de *plea bargain*.

Sobre esse aspecto, uma das principais críticas ao sistema em análise é que há, inevitavelmente, uma concentração de poderes no órgão acusador, que bastante se assemelha ao juiz inquisidor, que outrora detinha os poderes de investigar, julgar e condenar. Cita-se, nessa esfera, o professor Langbein *apud* Gloeckner²³:

(...) A versão dominante do *plea bargain* americano faz exigências semelhantes: requer que o promotor usurpe as funções de determinação e sentenciamento, com isso se tornando o juiz de sua própria causa. Eu não posso enfatizar tão fortemente o quanto pode ser perigosa esta concentração dos poderes processuais. O promotor público contemporâneo comanda os vastos recursos do Estado para colher e gerar provas incriminatórias. Nós permitimos a ele este poder, em grande medida por que o processo penal interpõe a garantia de uma decisão contra o perigo de fazer recair tais recursos sobre um cidadão inocente – seja por conta de um erro de boa-fé, arbitrariedade ou pior.

Temos então um problema estrutural quando tratamos da adoção da justiça negocial e do sistema de *plea bargaining* no processo brasileiro que é a concentração de poderes na figura do titular da ação penal pública, o promotor de justiça, eis que o sistema de freio e contrapeso que pertenceria ao magistrado, em virtude da estrutura do sistema acusatório, acaba sendo mitigado eis que a perspectiva negocial confere o protagonismo às partes, o que, em tese, como já ocorre nos Estados Unidos, deixa a justiça criminal a cargo do órgão acusador, que indiretamente acaba decidindo as sentenças que serão impostas na maioria dos casos.

E partindo deste raciocínio, é imprescindível a valorização dos atores – ou jogadores – na sistemática processual negocial como forma de efetivo contrapeso aos árbitros, trapaças e falta de *fair play*, como discutiremos a seguir.

3.2 DA IMPORTÂNCIA DA VALORIZAÇÃO DOS ATORES PROCESSUAIS

Tendo em vista a proposta de adoção do instrumento de barganha da culpa como um dos elementos de transição do sistema inquisitório para o acusatório nos moldes até então discutidos, como forma de freio a uma concentração de poderes processuais na figura do promotor de justiça, que desequilibraria o balanço do “jogo”, transmutando a barganha em (mais) um instrumento autoritário de reforço a seletividade e ao controle social, a valorização dos atores processuais, ou jogadores, como nominado por Moraes da Rosa na Teoria dos Jogos, é medida de extrema importância nesta etapa de transição e nas subsequentes, sendo que para além das profundas reformas estruturais que serão demandadas, há uma premente necessidade de mudança político-cultural para que os novos institutos

23 GLOECKNER, Ricardo Jacobsen (org). SISTEMAS PROCESSUAIS PENAIIS. I ed. Florianópolis, SC, Empório do Direito, 2017. p. 146

processuais a serem implementados tenham verdadeiro acolhimento constitucional, conforme trazido por Lucas Carapiá Rios²⁴:

Não resta dúvida que a agudização desse quadro, sobretudo num país de baixos índices de desenvolvimento humano e grandes disparidades de renda, como o Brasil, impulsionada por uma racionalidade de e ciência neoliberal e associada ao incremento de violência (número absoluto de prisões e extermínio de garantias processuais), não pode ser o preço a ser pago pela implementação meramente adjetiva do sistema acusatório adversarial no país. A mudança cultural é, pois, condição inafastável para a implementação / ampliação de mecanismos negociais, alternativos ou diversos na esperada reforma do modelo processual penal brasileiro. Com efeito, estratégias nesse sentido e meios objetivos de controle do arbítrio devem ser pensadas e executadas como etapa preparatória e necessária no luxo de transição entre os modelos inquisitivo, ainda adotado no Brasil, e o adversarial, adotado nos demais países latino-americanos.

Como já dito, é justamente nesta demanda de controle do arbítrio que temos a necessidade de valorização da atuação do advogado de defesa e da defensoria pública, uma proteção absoluta à vontade livre do Acusado, bem como a garantia de prevenção aos vícios de consentimento e mesmo um controle maior do magistrado na supervisão das ofertas de “*plea bargaining*” como forma de contrapeso ao poder conferido ao órgão acusador.

Daí é que, de acordo com a teoria dos jogos de Morais da Rosa²⁵ a legitimidade do provimento jurisdicional está diretamente vinculada à estrita observância dos atos e posições subjetivas previstas em lei, que seria o *fair play*, sendo que a mácula procedimental ocorrida no início do processo contamina os demais atos subsequentes. É esta a lógica que se aplica ao procedimento de *plea bargaining* e as partes devem estar atentas às minúcias que envolvem a negociação, com a consciência das consequências e efeitos das escolhas racionais, buscando o pleno exercício da ampla defesa do Acusado e coibindo os abusos de poder decorrentes de uma negociação desleal, sem *fair play*.

Outro ponto que deve ser trazido neste instante é o projeto piloto do Juiz Federal estadunidense Jed S. Rakoff, uma das maiores autoridades em processo penal estadunidense, que propõe, como forma de redução do poder da acusação na condução da barganha da culpa, o envolvimento direto de um magistrado na etapa preliminar da negociação.

Rakoff²⁶ explica a proposta, que se daria nos seguintes moldes: Logo após o oferecimento da denúncia, o magistrado se encontraria separadamente com o promotor e o advogado de defesa, em procedimentos gravados digitalmente, mas mantidos sob sigilo, e os presentes teriam acesso às evidências e provas colhidas até aquele momento. Em circunstâncias especiais, o magistrado poderia colher o

24 RIOS, Lucas P. Carapiá. **Procedimentos abreviados e de negociação penal na implementação de um modelo adversarial de processo: os riscos da cultura inquisitiva e das aspirações neoliberais de eficiência**. Chile, 2018. p. 215.

25 ROSA, Alexandre Morais da. **Guia compacto do processo penal conforme a teoria dos jogos**. Rio de Janeiro, 2013. p. 59.

26 RAKOFF, Jed. *Why innocent people plead guilty*. New York, 2014. p. 09

depoimento de testemunhas ou analisar provas excepcionais (ainda em sigilo para não comprometer a estratégia de nenhuma das partes). [...] O promotor, durante esta fase, estaria proibido de fazer qualquer oferta de barganha enquanto o magistrado analisa o caso. Uma vez finda a análise, o magistrado se encontraria com as partes e faria uma recomendação como rejeição da denúncia ou absolvição sumária (se entendesse pela falta de provas suficientes), seguir para julgamento (caso entendesse haver provas suficientes), ou sugerir uma proposta de acordo penal em parâmetros por ele determinado, sendo que a proposta não teria efeito coercitivo.

A proposta do Dr. Rakoff traz, portanto, uma atuação maior das partes (defesa e acusação) e participação direta do magistrado (que seria magistrado diverso do juiz da instrução, caso não fosse celebrado acordo), garantindo assim maior valorização das partes e mais uma etapa na negociação, reduzindo assim, de certa forma, o risco de um abuso de autoridade na condução do *plea bargain*.

Diante de tudo quanto exposto até então, para além das críticas já trazidas a respeito dos perigos de uma incorporação açodada do instituto da barganha no processo penal brasileiro, nos moldes trazidos pelo projeto de lei 8045/2010, é o respeito às etapas processuais, o controle dos vícios de vontade e a valorização das partes processuais no contexto de justiça negocial, evitando um desequilíbrio e abuso de poder que exsurge como maneira racional de transição para um modelo que prestigie mais efetivamente o sistema acusatório em detrimento da mentalidade inquisitória ainda vigente no processo penal brasileiro.

4. CONCLUSÃO

Da análise do quadro que vem se delineando então, através do Projeto de Lei do Senado 156/09, posteriormente o Projeto de Lei 8.045/2010 e mais recentemente a proposta legislativa do atual Ministro da Justiça, que ficou conhecida como “pacote anticrimes”, em que a barganha da culpa vem como medida de eficiência e de aceleração do processo penal percebe-se que a tendência é de alteração da sistemática processual penal em breve, de modo que o estudo, as críticas e a proposição de medidas que privilegiem o sistema acusatório, salvaguardem os direitos e garantias do Acusado em uma perspectiva garantista e coíbam os arroubos autoritários, a seletividade e a guerra a inimigos fabricados, são medidas de extrema relevância.

Neste diapasão, é necessária uma ruptura das imposições econômicas e mercadológicas como prioridades nas políticas sociocriminais e a exaltação do devido processo legal, das garantias do Acusado e o zelo pelo bom emprego das regras do jogo no processo penal, eis que o arbítrio Estatal na prestação jurisdicional é a forma de abuso mais cruel de um Estado Democrático de Direito.

Não se ignora a urgente necessidade de reforma processual e da adequação do *Codex* Penal e Processual Penal à Constituição de 88, mas isso não se faz com a importação grosseira de institutos estrangeiros, com matrizes e contextos absolutamente distintos e que claramente não tem o resultado pretendido, mesmo em seu país de origem. A oxigenação das nossas legislações penais deve vir atrelada a um sistema de equidade entre as partes e freios e contrapesos aos arbítrios estatais, garantindo um processo amplo e justo, com verdadeiro contraditório e respeitando as vontades em contexto livre de vícios e com assistência qualificada e valorizada nos espaços de justiça negocial.

Muito se discute ainda sobre a receptividade da justiça negocial e dos acordos de barganha da culpa na Constituição Federal de 1988, mas se eventualmente ultrapassado este imbróglio e acolhido o referido instituto no ordenamento jurídico brasileiro, a luta deve ser para que o acolhimento seja feito com respeito ao sistema acusatório e com elementos que permitam uma insurgência das partes quanto aos abusos e os arroubos autoritários em desrespeito ao *fair play* esperado na condução do procedimento, além de que devemos trabalhar em uma mudança de mentalidade, eis que não só o nosso procedimento, mas o modo de agir dos atores no processo penal contemporâneo é típico de regimes inquisitoriais, com a busca pelo resultado positivo por parte da acusação (*que seria a condenação*), mesmo que decorrente de supressão de direitos (*sendo que os direitos e garantias são entendidos como empecilhos e atrasos à celeridade processual*).

Assim, resta claro que a tarefa é árdua e consiste em navegar contra o posto no imaginário popular, bem como contra o senso comum de uma onda punitivista, onde se preza pelo recrudescimento dos institutos penais e a aceleração dos processos judiciais, com vistas a “combater” a criminalidade e supostamente “restaurar” a ordem pública, através de medidas imediatistas. A crítica a esse fenômeno, portanto, se faz imprescindível, vez que a mera importação de institutos de sistemas jurídicos diametralmente opostos ao sistema brasileiro pode acarretar em sérios prejuízos ao nosso sistema de justiça a curto, médio e longo prazo, o que é justamente o caminho oposto à necessária democratização e oxigenação da legislação penal e processual penal que de há muito necessitamos.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- ANDRIGHETTO, Aline. **Análise econômica do direito e algumas contribuições.** Rev. Direito Econ. Socioambiental, Curitiba, v. 4, n. 1, p. 76-91, jan./jun. 2013
- BRASIL. Congresso Nacional. **Anteprojeto do novo Código de Processo Penal.** PL 8045/2010.
- GIACOMOLLI, Nereu. VASCONCELOS, Vinicius. **Justiça criminal negocial: crítica à fragilização da jurisdição penal em um cenário de expansão dos espaços de consenso no processo penal.** Revista Novos Estudos Jurídicos - Eletrônica, Vol. 20 - n. 3 - set-dez 2015.
- GLOECKNER, Ricardo Jacobsen (org). **Sistemas processuais penais.** I ed. Florianópolis, SC,

Empório do Direito, 2017.

LANGER, Maximo. **Revolução no processo penal latino-americano: difusão de ideias jurídicas a partir da periferia**. Revista da Faculdade de Direito da UFRGS, Porto Alegre, n. 37, p. 4-51, dez. 2017.

RAKOFF, Jed. **Why innocent people plead guilty**. The New York Review of Books. New York, 2014.

RIOS, Lucas P. Carapiá. **Procedimentos abreviados e de negociação penal na implementação de um modelo adversarial de processo: os riscos da cultura inquisitiva e das aspirações neoliberais de eficiência**. Chile, 2018. Desafiando a Inquisição: Ideias e propostas para a reforma processual penal no Brasil. Volume II. Centro de Estudios de Justicia de las Américas (CEJA)

RODRIGUES, Carlos Henrique Lopes; JURGENFELD, Vanessa Follman. **Privatizações no Brasil: A desnacionalização e a financeirização (de Collor ao primeiro governo FHC)**. Rio de Janeiro, 2017. XII Congresso Brasileiro de História Econômica & 13ª Conferência Internacional de História de Empresas. Associação Brasileira de Pesquisadores em história econômica.

ROSA, Alexandre Morais da. **Guia compacto do processo penal conforme a teoria dos jogos**. Editora Lumen Juris, Rio de Janeiro, 2013.

ROSA, Alexandre Morais da; JUNIOR, Julio Cesar Marcellino. **O processo eficiente na lógica econômica: desenvolvimento, aceleração e direitos fundamentais**. UNIVALI; FAPESC, 2012 – (Coleção Osvaldo Ferreira de Melo; 4).

SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. **A expansão do direito penal: Aspectos da política criminal nas sociedades pós-industriais**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

STRECK, Lenio. **Coluna Senso Incomum: Barganha penal que ameaça garantias é fast food processual**. Consultor Jurídico. 2019. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2019-jan-10/senso-incomum-barganha-penal-ameaca-garantias-fast-food-processual>

VASCONCELLOS, Vinicius Gomes de; LIPPEL, Mayara Cristina Navarro. **Críticas à barganha no processo penal: inconsistências do modelo proposto no projeto de código de processo penal (PLS 156/2009)**. Quaestio Iuris, Vol. 09, nº 03, Rio de Janeiro, 2016.

ZANATTA, Rafael A. F. **Desmistificando a Law & Economics: A receptividade da disciplina Direito e Economia no Brasil**. Revista dos Estudantes de Direito da Universidade de Brasília, 10ª ed, 2011.

POR UMA VALORAÇÃO INTERDISCIPLINAR DA PROVA TESTEMUNHAL: DIRETRIZES PARA A COLETA DE UM DEPOIMENTO EPISTEMICAMENTE QUALIFICADO

LARA TELES FERNANDES ¹

1. INTRODUÇÃO

A prova testemunhal é um dos meios mais utilizados no processo criminal brasileiro (LOPES JR., 2016, p. 74). A despeito disso, tanto a sua regulamentação legal quanto a produção acadêmica sobre o tema ainda são insuficientes, principalmente quando se considera a relevância do assunto, dada a repercussão prática.

A título de exemplo, o art. 212 do CPP² preconiza que o magistrado pode indeferir perguntas que venham a induzir a resposta, durante a inquirição das testemunhas. No entanto, a disposição legal não esclarece o que se caracteriza como indução, isto é, não estabelece parâmetros objetivos de impugnação, deixando ao alvedrio da subjetividade do magistrado a análise do protesto. Quando a pergunta indutiva parte do próprio juiz, então, o controle cognitivo da inquirição resta ainda mais dificultado, mormente quando se utiliza o coringa da “verdade real” como argumento justificatório de posturas antiepistêmicas³.

Ante um contexto de ausência de meios probatórios mais confiáveis, o depoimento forense e o reconhecimento de pessoas ganham especial destaque. Todavia, a dependência do sistema de justiça pátrio a esses meios probatórios não pode impedir um debate sério sobre a potencialidade de vícios na sua produção e valoração. Parte-se da premissa, neste trabalho, de que se rechaça o mito

1 Defensora Pública do Estado do Ceará. Mestre em Direito pela Universidade Federal do Ceará. Membro do Instituto Baiano de Direito Processual Penal. Autora do livro *Prova Testemunhal no Processo Penal: uma proposta interdisciplinar de valoração*. (EMAIS, 2020)

2 Art. 212. As perguntas serão formuladas pelas partes diretamente à testemunha, não admitindo o juiz aquelas que puderem induzir a resposta, não tiverem relação com a causa ou importarem na repetição de outra já respondida.

3 De acordo com o jurista e historiador Salah Khaled Jr., “a epistemologia inquisitória por excelência objetifica o acusado, ou quando não o faz, por excelência o trata como inimigo a ser perseguido a qualquer custo para satisfação de inesgotável ambição de verdade.” KHALED JR., Salah H. *A busca da verdade do processo penal para além da ambição inquisitorial*. São Paulo: Editora Atlas, 2013, p. 170.

da verdade real⁴ como argumento totalizante que possa vir a justificar práticas irresponsáveis na coleta de provas dependentes de memória. Os fins não podem justificar os meios. O anseio de combate à impunidade e o desejo de condenação a qualquer custo, como resposta social, não pode autorizar a flexibilização de direitos e garantias fundamentais, sobretudo quando esse esmaecimento pode ser a causa de um erro judiciário, já que a forma da produção é decisiva na qualidade do conteúdo, quando se trata de provas dependentes de memória.

Num processo penal que se pretende democrático, o conceito de “buscar a verdade” deve ser alvo de uma interpretação conforme, com a imposição de limites ao poder punitivo estatal, caso contrário, podem-se ultrajar os direitos e garantias fundamentais dos indivíduos, comprometendo-se o Estado Democrático de Direito, em prol do prestígio a um determinado paradigma de adequação social.

Dada tal contextualização, as falhas relacionadas às provas dependentes de memória devem ensejar um redimensionamento da determinação dos fatos no ordenamento pátrio, com investimento público em alternativas que envolvam menos riscos de erros judiciários, ao invés de simplesmente se ignorar as vicissitudes que a rondam, sob pena de se naturalizar a convivência com erros judiciários crassos.

Logo, o modo como o depoimento é coletado – de forma indutiva ou por narrativa livre e espontânea – é determinante na avaliação do grau de confirmação⁵ (ou uma determinada prova pode trazer ao caso concreto, de modo a satisfazer ou não o standard de prova⁶ que legitima uma condenação criminal.

Todavia, um estudo meramente dogmático⁷ das disposições sobre prova testemunhal e também de reconhecimento de pessoas é incapaz de fornecer dire-

4 “O sentido que se verifica nas entrelinhas do discurso da verdade real é o da incidência do *ius puniendi* a todo custo, a qualquer preço, além da adoção de uma concepção de necessidade inafastável da condenação de alguém”. GIACAMOLLI, Nereu José. Atividade do juiz criminal frente à constituição: deveres e limites em face do princípio acusatório. In: GAUER, Ruth Maria Chittró (Coord). **Sistema Penal e Violência**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006, p. 225-226. *APUD*. KHALED JR., Salah H. **A busca da verdade do processo penal para além da ambição inquisitorial**. São Paulo: Editora Atlas, 2013, p. 177.

5 Tal noção epistemológica de grau de confirmação ou *warrant*, concebida por Stephen Toulmin, integra o cerne da teoria da argumentação, e diz respeito ao nexo estabelecido entre uma afirmação, de caráter inicialmente hipotético, e as provas que atestem sua veracidade. TOULMIN, Stephen. **The Uses of Argument**. Updated Edition. Cambridge University Press, 2007, p. 91.

6 Marina Gascón Abellán, que considera os *standards* diretrizes para a valoração racional da prova e para a justificação da verdade no processo, define-os como critérios que indicam quando se considera suficientemente provada uma hipótese fática, de modo a admiti-la como verdadeira. O *standard* é atingido no momento em que o grau de confirmação da hipótese atinge o padrão de correção pré-determinado. ABELLÁN, Marina Gascón. **Sobre la posibilidad de formular estándares de prueba objetivos**. Disponível em: <http://www.biblioteca.org.ar/libros/200535.pdf>. Acesso em 17 jun. 2020, p.129.

7 Aqui entendido na esteira do pensamento de Tércio Sampaio Ferraz Júnior. FERRAZ JR., Tércio Sampaio. **Função social da dogmática jurídica**. São Paulo: Max Limonade, 1998, p. 84. Hugo de Brito Machado Segundo crítica a utilização dessa terminologia. Segundo o autor, é usual que os juristas utilizem o termo dogmática para nomear um estudo científico. No entanto, sob as lentes da epistemologia, a dogmática é concebida como um entrave à evolução da ciência, como algo acientífico. Nessa primeira acepção, o uso do termo diz respeito à descrição de normas postas, que não podem ser modificadas, como se o papel do cientista jurídico fosse somente descritivo. Nesse contexto, o fato é que, assim como os outros ramos do conhecimento científico, a ciência jurídica emerge de um trabalho de construção teórica, razão pela qual o seu conteúdo deve ser entendido

trizes adequadas para uma teoria da prova epistemologicamente comprometida, visto que as possíveis soluções para tal análise mais qualificada estão fora do âmbito do processo penal e sua teoria tradicional.

Neste artigo, pretende-se expor, de modo sucinto, oito parâmetros essenciais na valoração e também da produção dos depoimentos forenses e do reconhecimento de pessoas, de modo a que possam modificar o atual cenário de valoração, baseado no presuntivismo⁸, na confiança na intuição⁹ e na experiência profissional prévia.

Pelo recorte necessário, dar-se-á maior centralidade, neste trabalho, ao modo de coleta dos depoimentos forenses, de modo a que venham gozar de valor probatório mais abalizado, de fim reduzir a ocorrência de erros judiciais, sobretudo os que levam ao encarceramento de inocentes.

2. A FALTA QUE A FALTA DE DADOS FAZ

De acordo com Emily West e Vanessa Meterko, entre 1989 e 2014, 325 pessoas tiveram suas condenações revistas nos Estados Unidos, isto é, foram exoneradas e absolvidas, em razão do advento do exame de DNA, por atuação do *Innocence Project*. (WEST; METERKO, 2015, p.717)

Nesse contexto, 72% das condenações revistas a partir da atuação do projeto haviam sido fundamentadas em depoimentos testemunhais equivocados, isto

como passível de retificação. Em razão disso, o conhecimento científico é definido por exclusão, como todo aquele que não é ortodoxo ou dogmático. Portanto, a priori, de acordo com o autor, não seria possível se falar em uma ciência dogmática, em virtude de evidente contradição em termos. Não obstante, a teoria do Direito ainda costuma nominar a ciência do Direito como dogmática jurídica. Alguns, para tentar salvar a expressão, diferenciam a dogmática do dogmatismo, este sim contrário à ciência. Em outro viés, defende-se que a noção dogmática de partir da norma posta não afasta a cientificidade do estudo. Porém, vale ressaltar que partir da norma não significa que ela não pode ser questionada, vista como um dogma, até porque, até para os positivistas, a norma não é um dado pronto. Nessa seara, o autor defende o caráter não dogmático do estudo do Direito, seja pela característica do questionamento que é incompatível com a dogmática, seja pela impossibilidade de um conhecimento científico neutro e objetivo. Dessarte, a ânsia de tornar o Direito uma ciência, através de uma noção dogmática, foi o que o distanciou do conhecimento científico, cujas características inerentes são a crítica e o questionamento. Dessa forma, não há como se conceber compatível a noção de dogmática e ciência, vez que a visão dogmática do Direito, com enfoque no objeto norma, ignora o caráter tridimensional do Direito. Para saber mais: MACHADO SEGUNDO, Hugo de Brito. **Por que dogmática jurídica?** Rio de Janeiro: Forense, 2008.

8 Para Vitor de Paula Ramos, o presuntivismo baseia-se no pensamento de Reid, segundo o qual se deve atribuir veracidade à declaração testemunhal sempre que não houver motivos que suscitem dúvidas acerca do que é afirmado. RAMOS, Vitor de Paula. **Prova testemunhal: do Subjetivismo ao Objetivismo. Do Isolamento Científico ao Diálogo com a Psicologia e a Epistemologia.** Editora Revista dos Tribunais: São Paulo, 2018, 75.

9 Os processos mentais cognitivos associados à atividade comportamental abrangem o ato de decidir. Nesse contexto, destaca-se a pesquisa dos psicólogos Daniel Kahneman e Amos Tversky sobre vieses de cognição e heurísticas do pensamento, cuja base foi a concepção da existência de dois sistemas mentais com funções distintas. Segundo os autores, o Sistema 1 funciona de modo rápido e automático, com reduzido esforço e sem percepção de controle consciente, enquanto o Sistema 2 compreende as funções mentais mais complexas, que exigem mais esforço cognitivo e que se situam no nível da consciência. O Sistema 1 seria responsável pelas “impressões e sensações que são as principais fontes das crenças explícitas e escolhas deliberadas do Sistema 2”, sendo o 1 predominante, razão pela qual a maioria das decisões é proveniente de intuições, e não de escolhas racionais. TVERSKY, Amos. KAHNEMAN, Daniel. Julgamento sob incerteza: heurística e vieses. In: KAHNEMAN, Daniel. **Rápido e devagar: duas formas de pensar.** Apêndice A. Tradução de Cássio de Arantes Leite. 1. ed. Rio de Janeiro: Objetiva, 2012, p. 524.

é, cerca de três quartos das pessoas inocentadas haviam sido sentenciadas com lastro em prova testemunhal. WEST; METERKO, 2015, p.732)

Nos demais casos, 47% envolveram erros relativos à má utilização de perícias científicas, seguido de 27% com base em falsas confissões e 15% concernentes ao uso de informantes da polícia. A soma é superior a 100%, pois algumas situações envolveram mais de uma categoria probatória equivocada.

Assim, considerando que os erros judiciários que resultam em condenações de inocentes são considerados moralmente mais perturbadores que erros que ensejam a absolvição de culpados (EPPS, 2015, p. 1069), a revelação desses dados pôs em xeque, até mesmo para o senso comum e a opinião pública, as práticas do sistema de justiça na coleta de provas dependentes da memória, o que gerou repercussões práticas no modo de lidar com os depoimentos forenses e o reconhecimento de pessoas.

A título de exemplo, a Suprema Corte do Estado de Nova Jersey decidiu que fosse incluída nas instruções direcionadas aos jurados a informação de que pesquisas têm demonstrado que a memória não funciona como uma câmera de vídeo, sendo bem mais complexa e sujeita a falhas. (SCHACTER; LOFTUS, 2013, p.119)

Ao mesmo tempo, para além da produção de dados concretos, a Psicologia do Testemunho vem ganhando bastante espaço nos últimos 30 anos, sobretudo em países como os Estados Unidos, com uma grande expoente como Elizabeth Loftus¹⁰. A relevância das pesquisas desenvolvidas tem promovido alterações legislativas em muitos países, em prestígio aos avanços científicos dessa área do conhecimento¹¹.

No entanto, no cenário brasileiro, esse horizonte de compreensão não se reproduz de maneira suficiente. A interdisciplinaridade entre o Processo Penal e a Psicologia do Testemunho ainda é bastante tímida (STEIN; ÁVILA, 2015, p.19), a despeito de a práxis que gera erros judiciários guardar semelhança com o siste-

10 Elizabeth Loftus relata que, desde a década de 1970, conduziu, juntamente com seus estudantes, mais de 200 estudos envolvendo 20.000 pessoas, que explicitaram a potencialidade da memória humana a distorções. Nesses experimentos, as pessoas “recordaram-se” de ver vidros quebrados e fitas de gravação em cenas em que na verdade esses objetos não estavam presentes; viram um carro branco num experimento simulado, quando a cor correta do veículo era azul; contaram ainda terem avistado a *Minnie Mouse*, quando na verdade haviam sido expostas ao *Mickey Mouse*. LOFTUS, Elizabeth. *Creating False Memories. Scientific American*, 1997, Vol. 277, Seattle, Washington, Disponível em: < <https://staff.washington.edu/eloftus/Articles/sciam.htm>>. Acesso em: 17 jun. 2020, p.71.

11 O reconhecimento, da relevância dos conhecimentos produzidos nos últimos 30 anos pela Psicologia do Testemunho, tem levado muitos países ao redor do mundo a realizarem alterações legislativas 1 , para melhor se adequarem aos notórios avanços científicos produzidos por esta área, e, assim, permitir o aprimoramento da própria justiça.” STEIN, Lilian Milnitsky. ÁVILA, Gustavo Noronha de. **Avanços científicos em psicologia do testemunho aplicados ao reconhecimento pessoal e aos depoimentos forenses**. Brasília: Secretaria de Assuntos Legislativos, Ministério da Justiça (Série Pensando Direito, No. 59), 2015. Disponível em: <http://pensando.mj.gov.br/wp-content/uploads/2016/02/PoD_59_Lilian_web-1.pdf>. Acesso em: 17 jun. 2020, p. 19.

ma norte-americano, razão pela qual se faz válido utilizar os dados estrangeiros para questionar a realidade pátria.

Em outros termos, as causas desses erros se repetem, aqui e lá¹². Por isso, não se trata de um processo de americanização de categorias jurídicas, fenômeno bem alertado por Janaina Matida e Antônio Vieira, como ocorre com o BARD, pois, neste cenário, o que se tem são práticas viciadas assemelhadas, ao invés de importação de teorias sobre institutos jurídicos. (MATIDA; VIEIRA, 2015, p. 295).

Pode-se enumerar, por exemplo, a predominância do *show-up*¹³ no reconhecimento de pessoas, técnica que “possui maior probabilidade em provocar um falso reconhecimento, além de aumentar a chance de contaminar a memória de quem possui a informação de interesse das polícias/Judiciário”; e a preponderância de utilização de perguntas fechadas na coleta de testemunhos, estratégia que sujeita os depoentes à alta carga de sugestibilidade. (STEIN; ÁVILA, 2015, p.48),

Essa é falta que a ausência de dados compilados e sistemáticos sobre erros judiciário nos faz. Se o Judiciário brasileiro não erra ou somente erra em casos emblemáticos que, de vez em quando, surgem na mídia, qual a necessidade de mudar o status quo atual?

Prova disso é o entendimento do Superior Tribunal de Justiça de considerar o já frágil art. 226 do Código de Processo Penal¹⁴, que versa sobre o reconhecimento de pessoas, como mera recomendação, “cuja inobservância não causa, por si só, a nulidade do ato.” (HC 427.051/SC).

Impera, portanto, a imprescindibilidade de superação da teoria tradicional do processo penal, ainda baseada numa visão epistemológica da ciência moderna¹⁵, principalmente quando se envolve prova dependente de memória¹⁶.

12 Um exemplo é o caso do RHC nº 128096 do STF, no qual a prevalência da palavra da vítima em três instâncias, mesmo ante a contundência do exame de DNA, indica a cegueira dos Tribunais quanto à falibilidade desse meio probatório.

13 Denomina-se *show-up* a prática de reconhecimento de pessoas consistente no teste cognitivo baseado na forma sim-ou-não. O reconhecido é apresentado a um único suspeito, e é questionado se se trata do infrator. Em geral, esse modo é utilizado pela polícia ao localizar um suspeito logo após o crime. CLARK, Steven E. GODFREY, Ryan D. Eyewitness identification evidence and innocence risk. *Psychonomic Bulletin & Review*, v. 16, n. 1, p. 22-42, 2009, p. 23.

14 Analisado esse conjunto de fatores sobre a melhor forma de realização de reconhecimento de pessoas, observa-se o quão frágil e insuficiente é a previsão legislativa do artigo 226 do Código de Processo Penal, cujas únicas vantagens são a descrição prévia das características do suspeito pelo reconhecido (inciso I) e a preferência de procedimentos que contenham distraidores semelhantes aos suspeitos (inciso II).

15 Nesse sentido: “a possibilidade de se atingir as verdades absolutas e imutáveis já havia sido contestada. Na dinâmica clássica e na física quântica “as leis fundamentais exprimem agora possibilidades e não mais certezas. Temos não só leis, mas também eventos que não são dedutíveis das leis, mas atualizam as suas possibilidades”. A mecânica quântica, como a teoria dualística ondulatória-corpuscular da luz, sepultou a objetividade. Também podem ser citados o princípio da indeterminação, formulado por Heisenberg e, no âmbito matemático, a prova de Gödel. Por fim, a própria noção de espaço e tempo são postas em xeque, diante da teoria da relatividade de Einstein. Assim, o paradigma da certeza científica, que vigorou por séculos, entrou em crise, sendo assumido pela epistemologia contemporânea que a ciência também está privada da certeza. BADARÓ, Gustavo. **Editorial dossiê “Prova penal: fundamentos epistemológicos e jurídicos”**. Rev. Bras. de Direito Processual Penal, Porto Alegre, vol. 4, n. 1, jan.-abr. 2018, p. 51.

16 No entanto, Carmen Vázquez alerta que a definição de um padrão probatório não significa o regresso a um sistema de tarifação

Os conceitos clássicos de nulidade e as construções jurisprudenciais de necessidade de “provar o prejuízo” são incompatíveis com uma entidade probatória tão volúvel e subjetiva como a memória humana. Num reconhecimento de pessoas, por exemplo, os eventos são deveras complexos¹⁷ e a contaminação cognitiva decorrente de uma prática equivocada é uma sombra misteriosa para os operários do Direito. É preciso trabalhar com prevenção, pois a prova do prejuízo beira ao impossível, a não ser que se considere a possível ocorrência de erro judiciário como o próprio prejuízo.

Com o intuito de promover o aprofundamento da discussão, tendo como referencial teórico o conceito de verdade normativa de Ferrajoli¹⁸ e a rejeição do mito da verdade real e da verdade absolutizante¹⁹, propor-se-á nos próximos tópicos critérios de produção e valoração da prova testemunhal que atendam ao horizonte de compreensão da interdisciplinaridade²⁰.

legal, porque não há a definição de valor probatório apriorístico aos elementos de prova. VÁZQUEZ, Carmen. A modo de presentación. In: VÁZQUEZ, Carmen (ed.). **Estándares de prueba e prueba científica**. Ensayos de epistemología jurídica. Madrid: Marcial Pons, 2013, p.14.

- 17 De acordo com William Weber Ceconello, Gustavo Noronha de Ávila e Lilian Milnitsky Stein, as vulnerabilidades da prova do reconhecimento de pessoas se elevam à medida que ocorre a sua repetição, tendo em vista que fatores como “o possível esquecimento de informações, ou a inserção de informações posteriores ao evento, que modificam a memória original”, podem enfraquecer a sua fidedignidade. Assim sendo, as informações pós-evento (*post-event information*), como o *feedback* de policiais após o primeiro reconhecimento e conversas com outros reconhecedores, podem alterar a codificação original da memória, razão pela qual os autores defendem que “a repetibilidade da prova dependente da memória pode apresentar um risco de deteriorar essa evidência, ao invés de preservá-la”. Por isso, os mencionados autores concluem que o reconhecimento de um suspeito é uma prova irrepitível. Argumenta-se que, no ato do primeiro reconhecimento, o cérebro do reconhecer busca detectar a semelhança entre o rosto do suspeito e o rosto do real infrator (memória do fato). Portanto, “se a vítima identifica o suspeito como perpetrador do ato, esse rosto torna-se atrelado à memória do evento”, motivo pelo qual “há maior probabilidade que esse mesmo rosto seja identificado em um novo reconhecimento subsequente”. Ademais, a repetição do procedimento, sempre com a presença do suspeito, eleva o nível de familiaridade do reconhecedor com o rosto do acusado, o que ensaja a testemunha aumentar o seu nível de confiança sobre o infrator. Logo, “após múltiplos reconhecimentos, a confiança da testemunha não é resultante da memória original do fato, mas sim da repetição à exposição do rosto do suspeito, o que pode levar um suspeito inocente a ser reconhecido com alto grau de certeza”. CECCONELLO, William Weber. AVILA, Gustavo Noronha de. STEIN, Lilian Milnitsky. A (ir)repetibilidade da prova penal dependente da memória: uma discussão com base na psicologia do testemunho. **Rev. Bras. Polít. Públicas**, Brasília, v. 8, nº 2, 2018 p.1063.
- 18 “Essa verdade não pretende ser a verdade; não é obtida mediante indagações inquisitivas alheias ao objeto pessoal; está condicionada em si mesma pelo respeito aos procedimentos e às garantias da defesa. É, em suma, uma verdade mais controlada quanto ao método de aquisição, porém mais reduzida quanto conteúdo informativo do que qualquer hipotética “verdade substancial”, no quadrado sentido de que se circunscreve às teses acusatórias formuladas de acordo com as leis, de que deve estar corroborada por provas recolhidas por meio de técnicas normativamente preestabelecidas, de que é sempre uma verdade apenas provável e opinativa, e de que na dúvida, ou na falta de acusação ou de provas ritualmente formadas, prevalece a presunção de não culpabilidade, ou seja, da falsidade formal ou processual das hipóteses acusatórias.” FERRAJOLI, Luigi. **Direito e Razão**. Teoria do Garantismo Penal. 3. ed. Tradução de Ana Paula Zomer Sica, Fauzer Hassan Choukr e Juarez Tavares. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002, p.38.
- 19 A crença na capacidade de os sujeitos processuais chegarem a uma verdade absolutizante integra uma “concepção racionalista, mecanicista e meramente instrumental”. ACHUTTI, Daniel da Silva. RODRIGUES, Roberto da Rocha. **TEMPO, MEMÓRIA E DIREITO NO SÉCULO XXI: o delírio da busca da verdade real no processo penal**. Disponível em < https://www.academia.edu/2999123/Tempo_Mem%C3%B3ria_e_Direito_no_S%C3%A9culo_XXI_o_del%C3%ADrio_da_busca_da_verdade_real_no_processo_penal >. Acesso em: 19 fev. 2018, p. 145.
- 20 Alexandre Morais da Rosa e Paola Bianchi Wojciechowski alertam que há uma certa resistência da seara jurídica a essa interdisciplinaridade, em especial, no direito processual penal, “com receio de se inclinar à psicologia clínica de reflexos lombrosianos ou embalados mesmo por esse ideal de racionalidade que situa a razão — e somente ela — no centro do processo de tomada de decisão no âmbito jurídico”. ROSA, Alexandre Morais da; WOJCIECHOWSKI, Paola Bianchi. Entenda o que é a atuação contraintuitiva no processo dual. **Consultor Jurídico**, 09 mar. 2018. Disponível em <<https://www.conjur.com.br/2018-mar-09/limite-penal-entenda-atuacao-contraintuitiva-processo-dual>>. Acesso em: 17 jun. 2020.

3. NOVOS RUMOS: OS OITO PARÂMETROS DE CONSTRUÇÃO DO VALOR PROBATÓRIO DA PROVA TESTEMUNHAL.

Dada a contextualização anterior, parte-se da premissa de que o sistema atual carece de modificações, para que a valoração da prova testemunhal seja realizada com um novo olhar, atento à necessidade de redução da confiança do sistema de justiça na percepção, memória e julgamento humanos, com o escopo de reduzir a ocorrência de erros judiciários. (BENFORADO, 2015, p.259)

Faz-se necessário romper a tradição presuntivista de credibilidade apriorística dos depoimentos forenses, sobretudo aqueles que venham a favorecer a tese acusatória. Em seu lugar, propõe-se a construção do valor probatório, em cada caso concreto, de acordo com suas peculiaridades. Todavia, não basta taxar o status quo de errôneo e insuficiente sem oferecer uma nova teoria, que o substitua, conforme preconiza a lógica falsificacionista de Karl Popper. (POPPER, 2009, p.68)

Destruir sem edificar é uma postura que não contribui para o avanço da ciência. Ademais, desconstruir sem propor pode ensejar o relativismo e favorecer o subjetivismo e o decisionismo na valoração, que tanto se deseja prevenir, já que compromete a higidez do *standard* probatório.

Nesse contexto, Vitor de Paula de Ramos assevera que “há pouca clareza a respeito de quais fatores deveriam ser levados em conta na valoração da testemunha para que a apreciação do juiz pudesse ser prudente”. (RAMOS, 2018, p.53).

Portanto, dada essa lacuna e carência de sistematização doutrinária interdisciplinar, não somente na academia, mas também na jurisprudência e na praxis forense, desenvolveu-se no livro a Prova Testemunhal no Processo Penal: uma proposta interdisciplinar de valoração²¹ uma teoria com oito critérios de produção e valoração de provas dependentes da memória.

A utilidade dessa proposta estruturada nesses pilares se destina, na medida do possível, a auxiliar a aferição do *standard* probatório incidente na hipótese, na concepção da probabilidade baconiana²², o que pode vir a facilitar a apreciação pelo julgador da capacidade do grau de confirmação da prova testemunhal.

21 Para saber mais: FERNANDES, Lara Teles. **Prova Testemunhal no Processo Penal**: uma proposta interdisciplinar de valoração. Emais Editora: Florianópolis, 2019.

22 Jordi Ferrer Beltrán adota uma probabilidade lógica, que não admite o cálculo matemático e baseia-se num método de indução eliminativo, que considera que pode ser o esquema adequado para valoração da prova num processo judicial. De inspiração baconiana, essa teoria, a despeito de rechaçar o cálculo matemático, não descarta que se possa graduar e comparar o nível de suporte indutivo de cada hipótese, isto é, os graus de confirmação das hipóteses em conflito podem ser comparados, mas não se pode quantificar numericamente a probabilidade de cada uma delas BÉLTRÁN, Jordi Ferrer. **La valoración racional de la prueba**. Madrid: Marcial Pons, 2007, p.122.

Não se trata de um modelo com aplicação na lógica “tudo ou nada”, nem se pretende impor-lhe o rótulo de verdade absoluta. Com efeito, como se trabalha com o conceito de construção do valor probatório, a observância a mais ou menos critérios leva a uma gradação do valor do depoimento forense num determinado caso concreto. Para ilustrar, um testemunho produzido em inobservância a todos os critérios propostos gozará de menor valor probatório que outro depoimento coletado e valorado conforme a doutrina mais abalizada do Processo Penal interdisciplinar.

Como consequência dessa análise interdisciplinar, aduz-se que as restrições da cognição humana que importam ao processo penal ramificam-se em duas: as limitações da testemunha (FERNANDES, 2019, p.179), que podem consistir em falhas de percepção, armazenamento ou linguagem, – cuja descrição sobre determinado evento terá irremediavelmente como barreira a intermediação dos seus sentidos e dos seus aspectos linguísticos – e as limitações dos julgadores, principalmente no que diz respeito a sua suscetibilidade a vieses cognitivos, que podem macular a decisão judicial de estereótipos, preconceitos implícitos, à revelia da prova constante nos autos (FERNANDES, 2019, p.191).

O alerta dirige-se também aos membros do Ministério Público, que devem ter cautela com o viés de confirmação, e abandonar posturas como a de coletar preferencialmente informações ratificadoras da culpabilidade de um suspeito, atribuindo maior peso a provas que confirmem essa hipótese, em detrimento de outras evidências fortes em contrário que rebateriam essa tese de culpa (BURKE, p.515).

Após a exposição das premissas da necessidade de concepção de um processo penal interdisciplinar, vale reafirmar que o valor probatório do testemunho e seu grau de confirmação sobre um enunciado devem ser construídos – em vez de presumidos – no caso concreto, com observância aos oito parâmetros, que tem como sustentáculo o modelo híbrido de valoração²³.

São eles: 1) a credibilidade do depoente; 2) a confiabilidade da versão; 3) o filtro de falsas memórias; 4) o modo de coleta dos depoimentos; 5) o modo de realização do reconhecimento de pessoas e (in) existência dos fatores que minimizam sua precisão; 6) a ineficácia da repetição do reconhecimento de pessoas; 7) a excepcionalidade do *hearsay statement*; 8) a existência de um contraditório efetivo na produção da prova.

23 Floris Bex propõe um modelo híbrido, de combinação entre histórias e argumentos para correta valoração das evidências. BEX, Floris J. **Arguments, Stories and Criminal Evidence**. A Formal Hybrid Theory. Springer. Law and Philosophy Library 92, UK, 2011, p. 83.

No presente tópico, apresentar-se-ão, em linhas gerais, pela limitação de caracteres, sete dos oito parâmetros. O modo de coleta dos depoimentos, por ser enfoque central deste trabalho, será abordado no tópico seguinte.

A análise da credibilidade da vítima e da testemunha tem aspecto subjetivo e se dirige prioritariamente à avaliação das qualidades intrínsecas ao sujeito depoente, como idade, profissão, histórico de declarações falsas em juízo, e também o seu nível de interesse na causa, seja por ações penais com alguma correlação ao fato em análise – inclusive aquelas relacionadas a acordos de colaboração premiada – seja por causas cíveis, envoltas por conflitos familiares, patrimoniais ou trabalhistas, além da necessária análise da possibilidade de enviesamento inconsciente do depoente, ou ainda má-fé, exercida por mentiras intencionais e deliberadas. (FERNANDES, 2019, p.202).

O parâmetro valorativo da confiabilidade da versão narrada por testemunhas e vítimas possui cunho objetivo e caracteriza-se pelos seguintes elementos: coerência-consistência, relativa à ausência de contradições internas graves; coerência-plausibilidade, referente à correspondência da narrativa com as máximas da experiência e conhecimento de mundo do julgador; coerência-completude, que diz respeito à necessidade de a narração da testemunha possuir um início, um meio e um fim concatenados e coesos; e a compatibilidade com os autos, que se relaciona à inexistência de contradições relevantes com outros elementos probatórios. (FERNANDES, 2019, p.212).

Sobre o terceiro parâmetro valorativo, embora não se possa enumerar as hipóteses em que certamente o julgador estará diante de falsas recordações, é possível sistematizar alguns elementos potenciais causadores de falsas memórias: a presença de técnicas sugestivas de indução; considerável transcurso de tempo entre o evento e o relato; ampla cobertura midiática do caso, com veiculação de informações ou imagens do suspeito; compartilhamento de declarações da vítima ou da testemunha com outros depoentes; constatada influência de terceiros no caso; pessoas com maior potencialidade abstrata de submissão à influências externas, como crianças e idosos. Outros fatores como riqueza de detalhes e nível de confiança do declarante não se mostraram como decisivos para afastar a hipótese de falsas memórias. (FERNANDES, 2019, p.216).

Já o parâmetro de reconhecimento de pessoas divide-se em três balizas: a necessidade de preponderância do *line-up* em detrimento do *show-up*; a exposição de condutas que favorecem a precisão do *line-up*; e a enumeração de fatores que contribuem para a imprecisão do reconhecimento. Ao analisar esse meio probatório, o magistrado deve atribuir-lhe força justificatória a depender da observância dos aspectos listados. (FERNANDES, 2019, p.241).

Em primeiro lugar, o *show-up* é técnica intrinsecamente sugestiva e sujeita à influência, assim como outros reconhecimentos informais realizados em juízo com a presença isolada do réu, razão pela qual gozam de precário valor probatório. O *line-up* deve, então prevalecer, havendo a necessidade de respeito às regras não somente do art. 226 do CPP, mas também às que se seguem: a) registro audiovisual do procedimento, a fim de possibilitar a verificação do nível de indução do condutor; b) a presença de distraidores com características preferencialmente semelhantes ao suspeito; c) realização do procedimento presencialmente, e não por meio fotográfico; d) a apresentação sequencial de suspeitos, a fim de possibilitar julgamentos absolutos em detrimento dos relativos e) condução preferencialmente cega do reconhecimento, por profissional que não saiba a hipótese da investigação; f) o fornecimento de instruções prévias aos reconhecedores, com destaque para a informação de que o autor do delito pode não estar no alinhamento e que o reconhecedor não é obrigado a necessariamente apontar alguém. (FERNANDES, 2019, p.244).

Por fim, o julgador necessita considerar no momento da valoração fatores que minimizam a precisão do reconhecimento, quais sejam: as condições de observação e de iluminação, a velocidade do evento, a distância, a duração do crime, a idade do reconhecedor, a presença de arma, a utilização de álcool ou droga, o nível de estresse, a repercussão midiática do caso, o tempo transcorrido entre o crime e o reconhecimento, e a diferença de raça entre o reconhecedor e o suspeito. (FERNANDES, 2019, p.249).

Considerando que, em 79% dos casos de identificação errada por testemunha dos casos revelados pelo *Innocence Project*, haviam ocorrido múltiplos reconhecimentos positivos por parte do mesma pessoa, conclui-se que a repetição do procedimento é ineficaz para fins probatórios. Portanto, somente o primeiro reconhecimento goza de valor probatório, uma vez realizado de acordo com as diretrizes expostas no parágrafo anterior. A observância de boas práticas de reconhecimento somente em um segundo momento, portanto, não supre a má direção da primeira identificação, pois há houve a contaminação cognitiva do reconhecedor, irreversível, que pode vir a confundir a imagem mental do evento com a do reconhecimento prévio. Nesse contexto, a confiança da testemunha não é um parâmetro, em razão da ilusão de familiaridade, da consonância cognitiva e do efeito compromisso. (FERNANDES, 2019, p.251).

O testemunho por ouvir dizer ou *hearsay statement* não possui eficácia probatória, por si só, tendo em vista que a informação é repassada por terceira pessoa em contexto desconhecido, em que não é possível aferir como surgiu a discussão, em que tom e em que grau de certeza os dados foram informados, quais foram as condições de observação da testemunha ocular originária, dentre outras limitações. Pode-se dizer, portanto, que o uso do *hearsay statement* impede

que as partes debatam no processo todos os parâmetros valorativos anteriormente enumerados. Portanto, assim como a denúncia anônima, o *hearsay statement* pode ser admitido como evidência indireta, capaz de subsidiar investigações. Quando tomado isoladamente, sem corroboração por nenhum outro meio de prova, não goza de valor probatório, sobretudo quando não se aponta a testemunha ocular responsável pelo repasse da informação, que poderia vir a ser inquirida em juízo. Assim, o testemunho de ouvir dizer pode ser utilizado somente em situações excepcionais, como na fase de investigação preliminar, para subsidiar a coleta de outros meios probatórios, ou, em juízo, com o intuito de elucidar os dados de localização de alguma testemunha ocular que tenha presenciado o evento. Caso contrário, deve ser descartado nos moldes do modelo atomista-holista, em que, antes de integrar-se à história, o argumento (no caso, a prova) se submete a um crivo prévio de admissibilidade. (FERNANDES, 2019, p.258).

Por fim, o último parâmetro é a necessidade de observância de um contraditório efetivo no decorrer do processo, seja na fase de dilação probatória, seja na fase de alegações finais. Trata-se de ferramenta essencial para se conferir o devido valor a uma determinada prova. Nesse sentido, materializa-se no processo como direito ao confronto, pois somente com o constrangimento judicial proporcionado pela dialeticidade, uma mera evidência pode transformar-se em prova e fundamentar um veredito. Trata-se de um meta-parâmetro, pois, através dele, podem ser avaliados os outros quesitos acima enumerados. Como decorrência direta disso, não se pode atribuir eficácia probatória a elementos do inquérito policial, já que destituídos de sujeição ao confronto judicial. Por fim, ressalta-se que a o contraditório possui ainda importante função cognitiva, pois a oferta da versão defensiva vem para romper a consonância cognitiva até então reinante desse processo, desde a investigação preliminar. Essa duplicidade de hipóteses é importante para evitar decisões judiciais enviesadas. Ainda que acolha a versão acusatória, o julgador que confere o devido valor à observância do contraditório está mais apto a monitorar suas heurísticas do pensamento e tomar decisões menos contaminadas. (FERNANDES, 2019, p.263).

4. O MODO DE COLETA DOS DEPOIMENTOS FORENSES

Decidiu-se por recortar este artigo com enfoque no modo de coleta dos depoimentos forenses, tendo em vista que uma produção viciada de um testemunho possui significativo potencial de geração de erros judiciários, sobretudo quando existe uma tendência de se considerar a oitiva do inquérito policial como baliza da verdade, caso venha a se constatar discrepância entre os depoimentos da fase pré-processual e processual.

Transportar saberes da Psicologia do Testemunho para a tomada do depoimento forense é uma demanda deveras essencial, a fim de promover uma atuação

contraintuitiva das partes no processo criminal (ROSA, WOJCIECHOWSKI, 2018), de modo a que possam valorar com mais qualidade epistêmica a prova oral produzida, escapando-se do mero achismo ou subjetivismo.

Nesse sentido, fatores endógenos, advindos do próprio depoente, podem causar falhas na linguagem e na prestação da informação, em decorrência de erros na codificação ou decodificação de uma determinada memória.

Todavia, além de tais falhas endógenas, a linguagem da testemunha pode ser influenciada e conduzida pelo entrevistador, que empreende esforços para induzir o depoente a confirmar a hipótese que lhe favorece. Nesse sentido, “de nada adianta uma boa aquisição e retenção da memória se houver falha justamente no terceiro momento, isto é, na recuperação de uma lembrança” (GESU, 2019, p.200).

De acordo com Flaviane Baldasso e Gustavo Noronha de Ávila, a utilização da linguagem por quem está tomando o depoimento de uma testemunha ou de uma vítima pode resultar na criação de falsas memórias, de caráter exógeno, isto é, de origem externa à mente do depoente. (BALDASSO; ÁVILA, 2018, p. 375)

Portanto, a linguagem utilizada na realização de perguntas a uma testemunha pode ocasionar a expressão de informações inverídicas, que serão inevitavelmente agregadas ao processo, o que pode resultar em erros judiciais crassos.

A influência da linguagem na produção de informações foi demonstrada a partir de célebre experimento de Elizabeth F. Loftus e John C. Palmer. No estudo, participantes primeiramente viram filmes de acidentes de carro, e depois eram questionados sobre alguns eventos ocorridos na transmissão. Como resultado, apurou-se que aqueles que foram indagados sobre a velocidade do veículo no momento da colisão com a utilização de um verbo de semântica mais intensa (*smash*)²⁴ atribuíram velocidades superiores àqueles submetidos a outras expressões verbais menos sugestivas de impacto (*collided, bumped, contacted, hit*)²⁵. (PALMER; LOFTUS, 1974, p. 585).

Ademais, uma semana após a visualização do filme, aqueles sujeitos que tinham sido questionados com perguntas utilizando a expressão *smash*, que indica forte impacto, estavam mais propensos a responder positivamente à pergunta “Você viu algum vidro quebrado na cena?”, mesmo que não houvesse isso na cena.

Concluiu-se, então, que a forma de questionamento, mesmo através de uma única palavra, pode sistematicamente afetar a resposta de uma testemunha.

24 Em tradução livre, significa esmagar.

25 Em tradução livre, significam, respectivamente, colidir, abalroar, conduzir, bater.

No mesmo sentido, Daniel Kahneman assevera que “a exposição a uma palavra causa mudanças imediatas e mensuráveis na facilidade com que muitas palavras relacionadas podem ser evocadas”. (KAHNEMAN, 2012, p.69).

O fenômeno é denominado pelo psicólogo de efeito *priming*, que é derivado do Sistema 1 e influenciador de escolhas e julgamentos, sem que o agente tenha consciência sobre ele. O problema é que essas impressões intuitivas oriundas do efeito *priming*, muitas vezes, desencadeiam crenças, que podem dar azo a erros sistemáticos (KAHNEMAN, 2012, p.77).

Aplicando-se ao processo penal, o efeito *priming* no momento da coleta de depoimentos forenses pode advir de uma série de fatores, que contaminam o testemunho, quais sejam, o viés do entrevistador, a repetição de inquirições, a repetição de perguntas na mesma inquirição, a indução de estereótipos, o tom, a pressão e o status do entrevistador (GESU, 20019, p. 177), bem como o *feedback* repassado à testemunha ou à vítima logo após uma indagação (RAMOS, 2018, p.114).

Todos os aspectos acima citados estão relacionados ao viés de confirmação (*confirmation bias*) do inquiridor, que, ao abandonar uma postura imparcial, tende a manipular as perguntas, para adaptá-las à sua hipótese – em geral a acusatória (GESU, 2019, p.176), furtando-se a realizar questionamentos relativos a teses opostas, ou quando muito, ignorando as respostas a ela atinentes.

A situação é mais problemática quando o inquiridor indutor se tratar do magistrado, que adota uma postura ativa na busca elementos confirmatórios da hipótese acusatória, o que representa grave afronta ao sistema acusatório.

Vale ressaltar que as palavras não são o único meio de eivar uma inquirição de sugestibilidade, já que a entrevista pode ser enviesada também através de sorrisos, expressões faciais, tons de voz e gestos. (RAMOS, 2018, p.118).

Por isso, Malatesta indica que os meios orais devem preponderar sobre os escritos, sendo classificados como tais somente aquele que são oralmente reproduzíveis, pois a oralidade assegura a legitimidade, “afastando a suspeita de que possa derivar de sugestões violentas”, justamente por possibilitar a análise desses outros fatores. (MALATESTA, 2013, p.380).

A título de exemplo, Cristina di Gesu relata que pesquisas realizadas com crianças apontaram que o tom das perguntas afetava diretamente as respostas. Entrevistadores que adotaram tons mais imparciais obtiveram narrativas corretas, de acordo com a cena visualizada pela criança no experimento. Em contrapartida, quando se elevou o grau de indução, as respostas das crianças tenderam a se adaptar à hipótese demonstrada pelo entrevistador, relevada no modo de questionamento (GESU, 2019, p.179). Especialmente as crianças tem a tendência de

adaptar as respostas ao que o entrevistador quer ouvir, em vez de relatar somente o que recordam, razão pela qual se faz relevante evitar que a entrevista seja enviesada. (GESU, 2019, p.184).

Além do viés do inquiridor, outra consideração que merece destaque é a questão da repetição de entrevistas. De acordo com o que argumenta a jurista Carolina Navas Viana, “cada vez que uma memória é recuperada, existe o risco de ela ser modificada por sugestões internas e externas, fazendo com que pela repetição constante da lembrança contaminada, ela seja armazenada com erros e distorções” (VIANA, 2018, p. 1051). Assim sendo, não se recomenda a repetição de inquirições.

No entanto, a não repetibilidade da inquirição, especialmente no processo penal brasileiro, não é amparada pela legislação²⁶ e nem deveria ser, porque, em geral, a testemunha e a vítima são ouvidas pela primeira vez em sede de inquérito policial, contexto no qual não há a garantia do contraditório nem a possibilidade do controle do modo de coleta dos depoimentos, já que, na maioria das vezes, as entrevistas não são gravadas, o que dificulta a apreciação sobre o grau de sugestionabilidade advindo do inquiridor.

Inclusive, não é raro que testemunhas obtenham informações sobre o crime na própria Delegacia, com o próprio entrevistador no momento do depoimento, ressalva que, todavia, não costuma constar das declarações por escrito. Em virtude disso, não é correto atribuir valor maior à oitiva prestada na Delegacia em detrimento das declarações em juízo, sob o pretexto de que essas informações foram coletadas em momento próximo ao crime e teriam, em tese, maior fidedignidade, porque não se pode controlar o grau de sugestionabilidade. (GESU, 2019, p.180).

Por esse mesmo motivo, não se deve admitir depoimentos em juízo que se limitam a confirmar as declarações prestadas em sede de investigação preliminar. Para, Aury Lopes Jr., “não se pode considerar lícita a mera leitura pelo juiz, em audiência, das declarações prestadas no inquérito, para que a testemunha limite-se a “ratificar”. Isso não é produção de prova, mas uma fraude processual” (LOPES JR., 2018, p. 461), o que encontra amparo, inclusive na jurisprudência do STJ²⁷.

Nesse sentido, uma das principais manifestações do viés de confirmação do entrevistador é a realização de perguntas fechadas, com questionamentos sugestivos ou confirmatórios, em vez de se requerer o relato livre. Consoante alerta

26 Art. 155 do CPP. O juiz formará sua convicção pela livre apreciação da prova produzida em contraditório judicial, não podendo fundamentar sua decisão exclusivamente nos elementos informativos colhidos na investigação, ressalvadas as provas cautelares, não repetíveis e antecipadas.

27 Nesse sentido: (HC 183.696/ES, Rel. Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, SEXTA TURMA, julgado em 14/02/2012, DJe 27/02/2012)

Cristina di Gesu, “quanto mais se restringe a pergunta, maior a probabilidade de indução da resposta” (GESU, 2019, p.202). Assim sendo, os questionamentos fechados são prejudiciais porque adicionam novas informações ao relato do depoente, que pode confundir-se.

Numa situação em que o inquiridor pergunta à testemunha se o acusado chegou ao local do crime de moto branca ou moto preta, há um nítido acréscimo de informação: a testemunha agora foi sugerida que o suspeito estava de moto, quando, na verdade, tal veículo sequer poderia existir na cena do crime. A declaração seria mais fidedigna se a informação sobre o meio de transporte adviesse de uma narrativa livre, ou, então de uma pergunta complementar sobre como o acusado teria chegado ao local, em vez de se questionar já com a indicação da cor da moto.

Na práxis forense brasileira, segundo detectaram Lílian Stein e Gustavo Noronha de Ávila, há a preponderância de perguntas fechadas, sendo excepcional a utilização de narrativas livres. (STEIN; ÁVILA, 2015, p.51)

Nesse contexto, Gustavo Noronha de Ávila, além das perguntas fechadas, aponta a sistematização dos demais erros mais usuais dos entrevistadores forenses, que foram constatados por estudos prévios (ÁVILA, 2013, p.138):

- 1) Não explicar o propósito da entrevista; 2) não explicar as regras básicas da sistemática da entrevista; 3) não estabelecer rapport (empatia com o entrevistado); 4) não solicitar o relato livre; 5) basear-se em perguntas fechadas e não fazer perguntas abertas; 6) fazer perguntas sugestivas/confirmatórias; 7) não acompanhar o que a testemunha recém disse; 8) não permitir pausas; 9) interromper a testemunha, quando ela está falando; 10) não fazer o fechamento da entrevista.

As consequências desse modo errôneo de coleta de depoimento, em especial quando se trata do relato de uma vítima, pode produzir efeitos deletérios. Laura Klaming e Anton Vedder aduzem que umas das causas dos erros judiciais posteriormente desvendados pelo *Innoence Project* originaram-se justamente na maneira como as perguntas são feitas, com a utilização de questionamentos sugestivos e técnicas de imaginação guiada. (KLAMING; VEDDER, 2009, p.213).

Portanto, os atores do sistema judiciário não podem ignorar as preocupações de cunho linguístico quando da colheita e posterior valoração de um testemunho. Passa-se então a dispor sobre as diretrizes corretas que devem guiar a tomada de um depoimento forense.

5. DIRETRIZES PARA A CORRETA COLETA DE UM DEPOIMENTO FORENSE

O art. 212 do Código de Processo Penal²⁸ até proíbe que as partes – que, pelo sistema do *cross-examination*, dirigem as perguntas diretamente ao depoente

28 Art. 212 do CPP. As perguntas serão formuladas pelas partes diretamente à testemunha, não admitindo o juiz aquelas que puderem induzir a resposta, não tiverem relação com a causa ou importarem na repetição de outra já respondida

– façam-nas de modo indutivo, atribuindo tal controle ao magistrado. No entanto, não há uma descrição detalhada na legislação sobre o que se pode considerar “indutivo”, motivo pelo qual há pouca eficácia do referido dispositivo legal quanto a evitar a sugestibilidade.

O fato é que a inserção de todas essas restrições ao modo de coletar depoimento não tem por objetivo tolher o poder persecutório do Estado. Pelo contrário, o intento é buscar a maior fidedignidade possível das declarações, em vez de simplesmente se buscar a confirmação da hipótese acusatória, que pode ser errônea. Uma vez confirmada a partir do modo correto de coleta, o resultado garante uma maior legitimidade à condenação penal, e evita injustiças.

Logo, o escopo da inquirição é, sobretudo, obter dados relevantes e detalhados do evento (STEIN, ÁVILA, 2015, p.24). A função do entrevistador, nesse contexto, é estimular estabelecer uma escuta ativa, com o resgate somente de informações das quais o depoente possa se recordar (STEIN, ÁVILA, 2015, p.25).

Dado que “os recursos necessários ao processamento da informação são limitados, e um evento pode ser codificado de acordo com múltiplos códigos mentais e que o processo de codificação é idiossincrático” (ÁVILA, 2013, p.143), Gustavo Noronha de Ávila relata que, a fim de tentar reduzir danos, Ronald Fisher e Edward Geilseman, desenvolveram, nos Estados Unidos, em 1984, o método de entrevista cognitiva, baseada em princípios científicos da psicologia social e cognitiva, que buscam reduzir os ruídos na captação das memórias de uma testemunha, obter relatos mais fidedignos e também evitar sua revitimização. (ÁVILA, 2013, p.137),

Dada a sua relevância, não obstante a existência de algumas variações no método e alterações ao longo do tempo²⁹, impende destacar as principais fases desse método, que podem apontar caminhos para uma nova abordagem dos depoimentos forenses na práxis criminal brasileira.

Assim, a entrevista cognitiva divide-se em cinco etapas, quais sejam, a reconstrução do *rapport* (empatia), a recriação do contexto original, a narrativa livre, o questionamento em si, e o fechamento da entrevista. (GESU, 2019, p.204)

A fase de construção do *rapport* se destina a familiarizar o depoente com a entrevista, com a criação de um ambiente acolhedor e da personalização do momento, em que os principais objetivos são a transferência do controle do ato para o entrevistado e o ajustamento da linguagem do entrevistador à perspectiva

29 Nesse sentido: “No Reino Unido, em 2002, a EC foi inserida nas novas orientações governamentais, para entrevistar grupos vulneráveis (como crianças, por exemplo). Também várias forças policiais nos EUA, Alemanha, Austrália e Canadá seguem os procedimentos da EC.” ÁVILA, Gustavo Noronha de. **Falsas Memórias e Sistema Penal: a Prova Testemunhal em Xequê**. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2013, p.146.

do declarante. Para tanto, recomenda-se a utilização de questionamentos neutros, sem relação direta com o crime em si e a realização de agradecimento pelo comparecimento da pessoa para colaborar com a justiça, a fim de valorizar o seu papel. (GESU, 2019, p.204)

Esse modo de proceder é relevante na práxis criminal brasileira, principalmente porque se constatou, conforme exposto no tópico 3.2., que a pressão do ambiente do fórum e por parte dos próprios agentes do sistema de justiça intimidam os depoentes:

Olhe, eu não me lembro de um caso específico, mas eu já trabalhei com muitos, e, colegas, e, colegas Juízes, eu como promotor, que eles além de, como a lei manda fazer e prestar o juramento, o compromisso, eles faziam verdadeiras ameaças às testemunhas: “Vocês têm que falar a verdade, sob pena de ser preso, se vocês não falarem vocês vão sair daqui, e, algemados, direto pra cadeia, eu não vou dar a liberdade provisória a vocês”. Enfim, verdadeiras ameaças, não veladas, ameaças mesmo as testemunhas, ne. [Promotor de Justiça] (STEIN; ÁVILA, 2015, p. 60)

Em um segundo momento, deve-se criar o contexto original, por meio de um processo de instigação mental do depoente para imaginar-se novamente no evento, pois “quanto mais os sentidos forem explorados pela testemunha, maiores as chances de que sejam fornecidas pistas significativas à memória”. (GESU, 2019, p.206).

Por sua vez, a terceira fase é a da narrativa livre, para a qual o depoente deve ser suscitado a revelar espontaneamente todas as informações a que teve acesso, sem constantes interferências externas do entrevistador, que deve adotar uma postura atenciosa de escuta ativa. (GESU, 2019, p.206).

Já na quarta etapa, os questionamentos devem ser filtrados a partir das informações reveladas pela testemunha na narrativa livre, com o uso de uma linguagem compatível com o grau de cognição da pessoa declarante, sempre de maneira aberta, para evitar sugestionamentos. Deve-se, portanto, “evitar uma postura acusatória, dirigida tão somente a corroborar o acontecimento”. (GESU, 2019, p.206).

Por fim, na quinta e última fase, o fechamento da entrevista deve ser antecedido pelo alerta de que o depoente, caso queira ou se recorde, ainda pode realizar algum acréscimo às suas declarações, e pela construção de um ambiente positivo, com a demonstração de cuidado e preocupação com a pessoa do entrevistado. (GESU, 2019, p.208).

Nesse contexto, Cristina di Gesu propõe medidas de redução de danos no modo de coleta dos depoimentos, que devem ser consideradas tanto na fase de dilação quanto na de valoração probatória.

Portanto, ao lado das diretrizes ofertadas pela técnica da entrevista cognitiva, em especial quanto à preferência de narrativas livres e perguntas abertas, a

autora destaca a necessidade de oitiva em tempo razoável, a fim de evitar as distorções relativas ao efeito do tempo. (GESU, 2019, p.210).

Ainda, considera essencial a gravação dos depoimentos, não somente em juízo, mas também na fase pré-processual e em oitivas conduzidas por assistentes sociais e psicólogos, porque se consegue através das gravações se aferir o nível de imparcialidade do entrevistador e também se foram utilizadas ou não técnicas indutivas (GESU, 2019, p.210). Lilian Stein e Gustavo Noronha de Ávila consideram ainda que a gravação do registro das permite aos juízes de segundo grau a avaliação da observância de boas práticas nas inquirições. (STEIN; ÁVILA, 2015, p.71).

Por fim, é imprescindível que os inquiridores não se restrinjam, em suas perguntas, à uma única hipótese, mormente quando se tratar da acusatória, pois se faz necessária a inserção de parâmetros de outras versões em conflito na abordagem dos questionamentos.

Ademais, acrescenta-se que se deve evitar a leitura minuciosa da denúncia para a testemunha no início da audiência, bem como a disponibilização das declarações prestadas na investigação preliminar, dada a prejudicialidade dessas condutas em relação à predominância da narrativa livre. De nada adianta, por exemplo, pedir que, de início, o depoente relate livremente o que lembra se a primeira atitude do inquiridor foi informar à testemunha detalhes da dinâmica do evento, presentes na denúncia.

Outrossim, depoimentos em juízo, em que, logo de início, o órgão de acusação lê o teor das declarações prestadas no inquérito policial e pede para o depoente confirmar ou não os fatos consiste em prática que deve ser rechaçada.

Em suma, sob a égide do modelo híbrido de valoração, o modo de colheita da prova testemunhal é essencial para se atribuir um valor probatório a um depoimento, que pode vir ou não a integrar o arcabouço probatório da hipótese.

Para tanto, os parâmetros que devem ser analisados nesse pilar são a observância das balizas da entrevista cognitiva, com destaque para as narrativas livres e perguntas abertas; a não verificação de viés de confirmação por parte do inquiridor, manifestado por pressão, perguntas sugestivas, tom de voz, expressões faciais, *feedbacks* indutivos após as respostas dos depoentes, bem como pela presença ou não de questionamentos relativos a outras hipóteses, diversas da acusatória; a coleta dos depoimentos em tempo razoável, para evitar os efeitos deletérios do tempo; a gravação dos depoimentos, ou em caso de inexistência, a necessidade de questionamentos acerca da fonte da informação, se foram ou não fornecidas pelo próprio investigador; a não utilização de técnicas como a leitura minuciosa da denúncia e da mera ratificação depoimentos anteriores, logo no início da inquirição.

Quanto mais o depoimento for produzido de acordo com esses parâmetros, maior deverá ser a sua força justificatória, a ser considerada no momento da valoração. Assim, por exemplo, uma informação prestada pela testemunha no momento de narrativa livre ou de indagações abertas possui valor probatório superior àquelas oriundas de práticas sugestivas e de pressão.

6. CONSIDERAÇÕES FINAIS

A ausência de dados sistemáticos sobre erros judiciários reconhecidos pela Justiça brasileira constitui um entrave ao desenvolvimento da interdisciplinaridade na doutrina pátria do processo penal, o que possui repercussões na prática forense e na jurisprudência.

Nesse sentido, a produção e valoração da prova testemunhal ainda possuem um caráter eminentemente intuitivo ou presuntivo, isto é, presume-se que a testemunha está a reconstruir perfeitamente os fatos, como se a memória se tratasse de uma fotografia, mormente quando confirma a hipótese fática pré-concebida como verdade pelo inquiridor.

Todavia, a comoção social e o estarcimento com os erros judiciários não podem ser a única propulsão à modificação do paradigma atual de certeza científica e confiança cega na racionalidade e percepção humanas. Incumbe à ciência capitanear a construção de um processo penal interdisciplinar que tenha repercussão prática, que não se limite tão somente aos artigos científicos e compêndios jurídicos.

Nesse contexto, construíram-se os oito critérios de valoração e produção dos depoimentos forenses e reconhecimento de pessoas, que são 1) a credibilidade do depoente; 2) a confiabilidade da versão; 3) o filtro de falsas memórias; 4) o modo de coleta dos depoimentos; 5) o modo de realização do reconhecimento de pessoas e (in) existência dos fatores que minimizam sua precisão; 6) a ineficácia da repetição do reconhecimento de pessoas; 7) a excepcionalidade do *hearsay statement*; 8) a existência de um contraditório efetivo na produção da prova.

Urge que os atores jurídicos abandonem o viés meramente intuitivo no modo de coleta dos depoimentos e passem a aplicar os conhecimentos da Psicologia do Testemunho durante o *cross-examination*, e também na valoração da prova produzida, afinal os julgadores não são oráculos e “já é tempo de substituí-lo “há prova porque há convicção” por “há convicção porque há prova”. (MATIDA, 2019, p.95).

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ABELLÁN, Marina Gascón. **Sobre la posibilidad de formular estándares de prueba objetivos.**

Disponível em: <http://www.biblioteca.org.ar/libros/200535.pdf>. Acesso em 17 jun. 2020.

ACHUTTI, Daniel da Silva. RODRIGUES, Roberto da Rocha. **TEMPO, MEMÓRIA E DIREITO NO SÉCULO XXI**: o delírio da busca da verdade real no processo penal. Disponível em < https://www.academia.edu/2999123/Tempo_Mem%C3%B3ria_e_Direito_no_S%C3%A9culo_XXI_o_del%C3%ADrio_da_busca_da_verdade_real_no_processo_penal >. Acesso em: 19 fev. 2018.

ÁVILA, Gustavo Noronha de. **Falsas Memórias e Sistema Penal**: a Prova Testemunhal em Xequê. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2013.

BADARÓ, Gustavo. **Editorial dossiê “Prova penal: fundamentos epistemológicos e jurídicos”**. Rev. Bras. de Direito Processual Penal, Porto Alegre, vol. 4, n. 1, , jan.-abr. 2018.

BALDASSO, Flaviane. ÁVILA, Gustavo Noronha de. A Repercussão do Fenômeno das Falsas Memórias na Prova Testemunhal: uma análise a partir dos Julgados do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. **Revista Brasileira de Direito Processual Penal**. Porto Alegre, vol. 4, n. 1, p. 371-409, jan.-abr. 2018.

BELTRÁN, Jordi Ferrer. **La valoración racional de la prueba**. Madrid: Marcial Pons, 2007.

BENFORADO, Adam. **Unfair**: The New Science of Criminal Injustice. Crown Publishers: New York, 2015.

BEX, Floris J. **Arguments, Stories and Criminal Evidence**. A Formal Hybrid Theory. Springer. Law and Philosophy Library 92, UK, 2011.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. (Quinta Turma). **HC 427.051/SC**. Rel. Ministro Felix Fischer, 05 de abril de 2018, Disponível em: [http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?pi=1&b=ACOR&livre=\(\(%27HC%27.clas.+e+@num=%27427051%27\)+ou+\(%27HC%27+adj+%27427051%27.suce.\)\)&thesaurus=JURIDICO&fr=veja](http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?pi=1&b=ACOR&livre=((%27HC%27.clas.+e+@num=%27427051%27)+ou+(%27HC%27+adj+%27427051%27.suce.))&thesaurus=JURIDICO&fr=veja) Acesso em: 17 jun. 2020.

BURKE, Alafair S., Neutralizing Cognitive Bias: An Invitation to Prosecutors. **NYU Journal of Law & Liberty**, Forthcoming; Hofstra University Legal Studies Research Paper No. 07-4. Disponível em: <<https://ssrn.com/abstract=963541>>. Acesso em: 17 jun. 2020

CECCONELLO, William Weber. AVILA, Gustavo Noronha de. STEIN, Lilian Milnitsky. A (ir) repetibilidade da prova penal dependente da memória: uma discussão com base na psicologia do testemunho. **Rev. Bras. Polít. Públicas**, Brasília, v. 8, nº 2, 2018.

CLARK, Steven E. GODFREY, Ryan D. Eyewitness identification evidence and innocence risk. **Psychonomic Bulletin {&} Review**, v. 16, n. 1, p. 22-42, 2009.

EPPS, Daniel, The Consequences of Error in Criminal Justice (February 10, 2015). **Harvard Law Review**, Vol. 128, No. 4, pp. 1065-1151, 2015. Disponível em:<<https://ssrn.com/abstract=2463689>>. Acesso em: 17 jun. 2020.

FERNANDES, Lara Teles. **Prova Testemunhal no Processo Penal**: uma proposta interdisciplinar de valoração. Emais Editora: Florianópolis, 2019.

FERRAJOLI, Luigi. **Direito e Razão**. Teoria do Garantismo Penal. 3. ed. Tradução de Ana Paula Zomer Sica, Fauzer Hassan Choukr e Juarez Tavares. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002.

FERRAZ JR., Tércio Sampaio. **Função social da dogmática jurídica**. São Paulo: Max Limonade, 1998.

GESU, Cristina di. **Prova Penal e Falsas Memórias**. 3. ed. Porto Alegre: Editora Livraria do Advogado, 2019.

KAHNEMAN, Daniel. **Rápido e devagar**: duas formas de pensar. Tradução de Cássio de Arantes Leite. 1. ed. Rio de Janeiro: Objetiva, 2012.

KHALED JR., Salah H. **A busca da verdade do processo penal para além da ambição inquisitorial**. São Paulo: Editora Atlas, 2013.

KLAMING, Laura. VEDDER, Anton H. Brushing Up Our Memories: Can We Use Neurotechnologies to Improve Eyewitness Memory? (2009). **Law, Innovation and Technology**, Vol.

1, No. 2, pp. 203-221, 2009; Tilburg Law School Research Paper No. 024/2010. Disponível em SSRN: <https://ssrn.com/abstract=1685789>. Acesso em: 26 jun. 2018.

LOFTUS, Elizabeth F. PALMER, John C. Reconstruction of automobile destruction: an example of the interaction between language and memory. **Journal of Verbal Learning and Verbal Behavior**, v. 13, n. 5, p. 585- 589, 1974. Disponível em: <<http://www.demenzemedicinagenerale.net/images/mens-sana/AutomobileDestruction.pdf>>. Acesso em: 25 dez. 2018.

LOFTUS, Elizabeth. Creating False Memories. **Scientific American**, 1997, Vol. 277, Seattle, Washington, Disponível em: < <https://staff.washington.edu/eloftus/Articles/sciam.htm>>. Acesso em: 17 jun. 2020.

LOPES JR., Aury. O problema da “verdade” no processo penal. In: PEREIRA, Flávio Cardoso (org). **Verdade e prova no processo penal**. Estudos em homenagem ao professor Michele Taruffo. Brasília: Gazeta Jurídica, 2016.

MACHADO SEGUNDO, Hugo de Brito. **Por que dogmática jurídica?** Rio de Janeiro: Forense, 2008.

MALATESTA, Nicola Framarino dei. **A lógica das provas em matéria criminal**. Tradução de J. Alves de Sá. Servanda Editora: Campinas, 2013.

MATIDA, Janaina Roland. **Standards de prova: a modéstia necessária a juízes e o abandono da prova por convicção**. In: Arquivos da Resistência: Ensaios e Anais do VII Seminário Nacional do IBADPP, Edição 1, Ano 1, Tirant Brasil, 2019.

MATIDA, Janaína; Vieira, Antônio. **Para além do BARD: uma crítica à crescente adoção do standard de prova “para além de toda a dúvida razoável” no processo penal brasileiro**. Revista Brasileira de Ciências Criminais. Ano 27. Vol. 156, jun 2019, Revista dos Tribunais

POPPER, Karl. **O Mito do Contexto**. Em defesa da ciência e da racionalidade. Tradução de Paula Taipas. Lisboa: Edições 70, 2009.

RAMOS, Vítor de Paula. **Prova testemunhal: do Subjetivismo ao Objetivismo**. Do Isolamento Científico ao Diálogo com a Psicologia e a Epistemologia. Editora Revista dos Tribunais: São Paulo, 2018.

ROSA, Alexandre Morais da; WOJCIECHOWSKI, Paola Bianchi. Entenda o que é a atuação contraintuitiva no processo dual. **Consultor Jurídico**. 09 mar. 2018. Disponível em <<https://www.conjur.com.br/2018-mar-09/limite-penal-entenda-atuacao-contraintuitiva-processo-dual>>. Acesso em: 17 jun. 2020.

SCHACTER, Daniel L. LOFTUS, Elizabeth F. Memory and law: what can cognitive neuroscience contribute? **Nat Neurosci**, v. 16, n. 2, p. 119-123, 2013. Disponível em: <<http://dx.doi.org/10.1038/nn.3294>>. Acesso em: 17 jun 2020.

STEIN, Lilian Milnitsky. ÁVILA, Gustavo Noronha de. **Avanços científicos em psicologia do testemunho aplicados ao reconhecimento pessoal e aos depoimentos forenses**. Brasília: Secretaria de Assuntos Legislativos, Ministério da Justiça (Série Pensando Direito, No. 59), 2015. Disponível em: <http://pensando.mj.gov.br/wp-content/uploads/2016/02/PoD_59_Lilian_web-1.pdf>. Acesso em: 17 jun. 2020.

STEIN, Lilian Milnitsky. ÁVILA, Gustavo Noronha de. Entrevistas Forenses e Reconhecimento Pessoal nos Processos de Criminalização: um diagnóstico brasileiro. Brasília: **Boletim de Análise Político-Institucional do IPEA**, n. 17, dezembro de 2018.

TOULMIN, Stephen. **The Uses of Argument**. Updated Edition. Cambridge University Press, 2007.

TVERSKY, Amos. KAHNEMAN, Daniel. Julgamento sob incerteza: heurística e vieses. In: KAHNEMAN, Daniel. **Rápido e devagar**: duas formas de pensar. Apêndice A. Tradução de Cássio de Arantes Leite. 1. ed. Rio de Janeiro: Objetiva, 2012

VÁZQUEZ, Carmen. A modo de presentación. In: VÁZQUEZ, Carmen (ed.). **Estándares de prueba e prueba científica**. Ensayos de epistemologia jurídica. Madrid: Marcial Pons, 2013.

VIANA, Caroline Navas. A falibilidade da memória nos relatos testemunhais as implicações das

falsas memórias no contexto dos crimes contra a dignidade sexual. **Rev. Bras. Polít. Públicas**, Brasília, v. 8, nº 2.

WEST, Emily. METERKO, Vanessa. Innocence project: DNA exonerations, 1989-2014: review of data and findings from the first 25 years. **Alb. L. Rev.**, v. 79, 2015.

O ASSISTENTE DA DEFESA NO PROCESSO PENAL PÓS-DEMOCRÁTICO: O PAPEL DA ORDEM DOS ADVOGADOS DO BRASIL NO ENFRENTAMENTO AO AUTORITARISMO DO SISTEMA DE JUSTIÇA CRIMINAL BRASILEIRO ATRAVÉS DA DEFESA DAS PRERROGATIVAS DA ADVOCACIA

LORENA MACHADO DO NASCIMENTO¹.

1. INTRODUÇÃO

Com reconhecida inspiração no Código *Rocco* italiano, fascista portanto, o sistema processual penal brasileiro apresenta aspectos estruturais eminentemente conflitantes com as normas e princípios constitucionais nacionais. Se a comparação se der com o aspecto internacional, há ainda um conflito mais severo, sobretudo no que tange aos princípios e normas de direitos humanos aos quais o Brasil decidiu aderir, como o Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos e a Convenção Americana de Direitos Humanos (Pacto de San José da Costa Rica).

Por essa razão, urge a imperiosidade de adequá-lo ao modelo acusatório, conforme prelecionou a própria Constituição Federal vigente, isso sem mencionar que se trata, o Brasil, inclusive, de um dos últimos países sul americanos que ainda não o fizeram, deixando vigor até os idos atuais este sistema inconstitucional e antidemocrático.

Isso porque o sistema inquisitivo engrandece os poderes da acusação e insere em posição de desvantagem o acusado, tolhendo, muitas vezes, o exercício dos seus direitos e garantias constitucionais, sobretudo no caso brasileiro, uma vez que o atual sistema processual penal é anterior às normas constitucionais, havendo muitos dispositivos que não foram por elas recepcionados.

1 Lorena Machado do Nascimento. Advogada criminalista. Advogada da Procuradoria Seccional de Defesa das Prerrogativas da OAB/BA, professora convidada da Pós Graduação em Ciências Criminais da Universidade Católica de Salvador, formação em *Droit de l'homme* pela Universidade de Genebra/Suíça, formação em *International Human Rights Law* pela Universidade de Utrecht/Holanda, formação em Reformas processuais penais na América Latina pelo CEJA/OEA, especialista em Direito Penal e Direito Processual Penal pela Universidade Cândido Mendes/RJ, Assessora especial da Presidência do Instituto Baiano de Direito Processual Penal.

A defesa, portanto, sobretudo na vigência desse sistema autoritário, exerce uma função de extrema relevância, pois é a responsável por, através do exercício do seu ofício, influir no convencimento do magistrado ao ponto de garantir os direitos democráticos do acusado, sendo a sua participação indispensável para a legalidade do procedimento.

Como se verifica, a advocacia, portanto, traz consigo uma ardorosa e honrosa missão, que, se cerceada for em seu mister, acarretará graves prejuízos à liberdade de ir e vir de alguém.

Por essa razão, o presente trabalho trará à discussão o papel que a Ordem dos Advogados do Brasil e a Advocacia desempenham nas trincheiras do enfrentamento ao autoritarismo penal, fazendo um estudo aprofundado sobre o direito de defesa e a sua relação com as prerrogativas da advocacia, para, a partir de então, estabelecer o paradigma do pressuposto da legitimidade da Ordem dos Advogados para intervir, na qualidade de assistente da defesa, em procedimento em que o advogado seja investigado ou processado em razão ou no exercício de sua função e a importância dessa intervenção para a proteção das prerrogativas profissionais e para o estabelecimento do Estado Democrático.

Para tanto, neste artigo serão abordadas as funções institucionais da Ordem dos Advogados do Brasil, a sua posição *sui generis* no Ordenamento Jurídico brasileiro, as suas legitimações constitucionais, o que são as prerrogativas da advocacia e a sua estreita relação com o direito de defesa, as relações entre o art. 268 do Código de Processo Penal e os arts. 44, 49 e 57 da Lei n. 8906/1994, e a importância dessa legitimação para o enfrentamento ao autoritarismo do processo penal brasileiro e para a busca do processo penal democrático.

2. A ORDEM DOS ADVOGADOS DO BRASIL E AS PRERROGATIVAS DA ADVOCACIA

A Ordem dos Advogados do Brasil é uma relevante instituição brasileira, de importantes serviços prestados à manutenção do Estado Democrático de Direito. Desde que foi criada, atua não só na defesa das prerrogativas da advocacia, como também no exercício do controle de constitucionalidade e legalidade das leis.

2.1. CRIAÇÃO E EVOLUÇÃO HISTÓRICA DA ORDEM DOS ADVOGADOS DO BRASIL

Criada em 1930 por meio do Decreto n. 19.408/1930², a Ordem dos Advogados do Brasil foi regulamentada por diversas legislações que se seguiram

2 Art. 17. Fica criada a Ordem dos Advogados Brasileiros, órgão de disciplina e seleção da classe dos advogados, que se regerá pelos estatutos que forem votados pelo Instituto da Ordem dos Advogados Brasileiros, com a colaboração dos Institutos dos

após a formalização de sua criação, e em especial pelo Decreto n. 22.478, de 20 de fevereiro de 1933, que mudou o nome da Entidade de “Ordem dos Advogados Brasileiros” para “Ordem dos Advogados do Brasil”, inserindo-a no grupo dos serviços públicos federais, e infirmando a sua independência e autonomia.

Sobre o momento histórico da criação da Ordem, Souza assevera que foi de um todo peculiar, isso porque ela foi criada por meio de um ato político de governo, em um “contexto revolucionário” que tinha o objetivo de reconstruir o Estado, contudo, o fez através de meios autoritários. Em razão do interesse pelo qual foi criada, e diferentemente das demais entidades de classe da época, usufruía de independência, mesmo estando vinculada à estrutura do Estado “por transcender a ordem meramente civil” (SOUZA, 2018, P. 27).

Em época, o Consultor Geral da República Levi Carneiro emitiu um valioso parecer sobre as características que deveriam ter a Ordem dos Advogados, em relação a sua à natureza jurídica, organização, finalidade, quando assim aduziu que a Revolução havia lhe conferido um alto significado, sendo a Ordem uma criação necessária para a “moralização da vida pública nacional”. Aduziu que ela haveria de se tornar uma escola de ação social e política, sendo um fator de elevação da cultura jurídica. Assim, afirmou ainda que a Ordem não seria órgão de interesses privados, de privilégios, tampouco uma corporação fechada. Desenhando-se como uma entidade privada orientada por interesses coletivos e preocupações de ordem moral (VENÂNCIO FILHO, 1982, p. 34 a 36).

Já após a nova Constituição Federal de 1946, foi editada a Lei n. 4215/1963, que trouxe nova regulamentação ao Decreto n. 22.478/1933, com diversas inovações legislativas, incluindo pela primeira vez a legitimidade dos Conselhos para promover a assistência e defesa aos advogados³.

Esta norma vigorou de 1963 a 1994, ou seja, por trinta e um anos, e foi de extrema importância para o exercício da advocacia, sobretudo porque em quase todo esse período precisou-se conviver com o autoritarismo imposto pela ditadura militar brasileira (1964-1985), que diuturnamente violava direitos e garantias fundamentais, inclusive de advogados e advogadas.

A posição contramajoritária da Ordem é uma das essências das instituições que têm como uma de suas funções a defesa do Estado Democrático de Direito, por isso a legislação da Entidade teria sido fundamental à defesa dos direitos dos opositores políticos, pois foi um aparato aos advogados para o exercício da defesa

Estados, e aprovados pelo Governo.

3 Art. 129. Os presidentes do Conselho Federal da Seção e da Subseção têm qualidade para agir mesmo criminalmente contra qualquer pessoa que infringir as disposições desta lei, e, em geral em todos os casos que deram respeito às prerrogativas, à dignidade ao prestígio da advocacia. § 1º Podem eles intervir ainda, como assistentes nos processos-crimes em que sejam acusados ou ofendidos os inscritos na Ordem.

de seus clientes e assistidos, mesmo quando contrariava os interesses do Estado Autoritário persecutor.

Sobre a posição contramajoritária, Dworkin assevera que são essenciais ao estabelecimento democrático do Estado, isso porque apenas as instituições isoladas e desgarradas do poder político, independentes e fora dessa estrutura, possuem a capacidade de julgar este mesmo Estado quando ele incorrer em violações aos direitos das minorias (DWORKING, 2007, p. 221-230.), e a advocacia assim o é, instituição independente, cujas finalidades de sua Ordem dos Advogados ultrapassam as de um Conselho de Classe, estando dentre elas até mesmo defender a Constituição, a ordem jurídica do Estado democrático de direito, os direitos humanos e a justiça social. Por isso, Antônio Oneildo Ferreira assevera que “nos casos concretos em que atuam, advogadas e advogados são os companheiros inseparáveis do cidadão em sua resistência contra o Estado Leviatã” (FERREIRA, 2017. P. 32).

No julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 3026/DF⁴, o Supremo Tribunal Federal decidiu que a OAB é um serviço público independente, sem vínculo com a administração direta ou indireta, de categoria *sui generis*, não estando sujeita ao controle da administração e nem aos regimes a ela impostos⁵, dessa forma, tornou a Ordem o único poder contramajoritário que não faz parte da estrutura estatal e nem se submete ao seu controle, o que é de extrema importância para a independência do exercício da advocacia no sistema de justiça brasileiro.

E para então exercer a sua função a contento do poder democrático, foram estabelecidos os preceitos contramajoritários, que instrumentalizam o advogado para atuar sem temor a qualquer poder na defesa de sua causa. Atualmente, esses preceitos, que hoje são nomeados de prerrogativas da advocacia, estão inseridos não somente na Carta Constitucional de 1988, mas também na Lei Federal n. 8906/1994.

4 “Não procede a alegação de que a OAB sujeita-se aos ditames impostos à Administração Pública Direta e Indireta. A OAB não é uma entidade da Administração Indireta da União. A Ordem é um serviço público independente, categoria ímpar no elenco das personalidades jurídicas existentes no direito brasileiro. A OAB não está incluída na categoria na qual se inserem essas que se tem referido como «autarquias especiais» para pretender-se afirmar equivocada independência das hoje chamadas «agências». Por não consubstanciar uma entidade da Administração Indireta, a OAB não está sujeita a controle da Administração, nem a qualquer das suas partes está vinculada. (DISTRITO FEDERAL, STF ADI 3.026, Rel. Ministro Eros Grau, 2006)”.

5 “Não procede a alegação de que a OAB sujeita-se aos ditames impostos à Administração Pública Direta e Indireta. A OAB não é uma entidade da Administração Indireta da União. A Ordem é um serviço público independente, categoria ímpar no elenco das personalidades jurídicas existentes no direito brasileiro. A OAB não está incluída na categoria na qual se inserem essas que se tem referido como «autarquias especiais» para pretender-se afirmar equivocada independência das hoje chamadas «agências». Por não consubstanciar uma entidade da Administração Indireta, a OAB não está sujeita a controle da Administração, nem a qualquer das suas partes está vinculada”. (DISTRITO FEDERAL, STF ADI 3.026, Rel. Ministro Eros Grau, 2006)

2.2. DAS PRERROGATIVAS DA ADVOCACIA

No ordenamento brasileiro, Como já aduzido, a primeira Lei a prever taxativamente as prerrogativas da advocacia foi a Lei n. 4215/1963, que, mais especificamente em seu art. 89 já esboçava muitos dos direitos garantidos atualmente, como o de comunicar-se, pessoal e reservadamente com os clientes⁶, não ser recolhido preso, antes da sentença transitada em julgado, senão em sala especial do Estado-Maior⁷, examinar, em qualquer Juízo ou Tribunal, autos de processos findos ou em andamento, mesmo sem procuração, quando os respectivos feitos não estejam em regime de segredo de justiça, podendo copiar peças e tomar apontamentos⁸, dentre outros.

Importante destaque deve-se dar ao fato de que esta Lei supra fora publicada no ano de 1963, tendo vigência, portanto, durante todo período ditatorial de 1964-1985, o que, sem dúvida, foi de relevante importância para a garantia não só da liberdade de muitos presos e muitas presas políticas, mas também de suas vidas.

Com a promulgação da Constituição Federal de 1988, a Lei n. 4215/1963 primeiramente ganhou respaldo constitucional por meio do art. 133, que tornou a advocacia função essencial à justiça ao aduzir que “o advogado é indispensável à administração da justiça, sendo inviolável por seus atos e manifestações no exercício da profissão, nos limites da lei”.

Em momento posterior, já no ano de 1994, a norma foi revogada pela Lei federal n. 8906/1994, passando a vigorar a que nos dias atuais é conhecida como o *Estatuto da OAB*. A nova Lei, mais abrangente, também preocupou-se com a positivação taxativa dos direitos e prerrogativas da advocacia.

Ensina Paulo Lôbo que as prerrogativas são gênero e que compreendem todo o texto da Lei n. 8906/1994, enquanto o art. 7º, que prevê apenas os direitos dos advogados, são espécie de prerrogativas (LÔBO, 2007, p. 53). São prerrogativas da advocacia, por exemplo, no contexto normativo atual, a imunidade profissional⁹, ou seja, o direito de não ser perseguido por suas manifestações no exercício da profissão, a inviolabilidade do seu local de trabalho, de seus instrumentos de trabalho e de suas correspondências¹⁰, o direito de ingressar livremente nas salas de sessões dos tribunais, mesmo além dos cancelos que separam

6 III - comunicar-se, pessoal e reservadamente com os seus clientes, ainda quando estes se achem presos ou detidos em estabelecimento civil ou militar, mesmo incomunicáveis;

7 V - não ser recolhido preso, antes da sentença transitada em julgado, senão em sala especial do Estado-Maior

8 Inc. XIV.

9 Art. 2º, § 3º No exercício da profissão, o advogado é inviolável por seus atos e manifestações, nos limites desta lei.

10 Art. 7º, inc. II - a inviolabilidade de seu escritório ou local de trabalho, bem como de seus instrumentos de trabalho, de sua correspondência escrita, eletrônica, telefônica e telemática, desde que relativas ao exercício da advocacia;

a parte reservada aos magistrados¹¹, usar da palavra, pela ordem, em qualquer juízo ou tribunal, mediante intervenção sumária, para esclarecer equívoco ou dúvida surgida em relação a fatos documentos ou afirmações que influam no julgamento, bem como para replicar acusação ou censura que lhe forem feitas (art. 7º, inc. X), dentre outras.

As prerrogativas, portanto, conferem ao advogado as ferramentas básicas para que possa exercer com liberdade, autonomia e destemor a ampla defesa do seu assistido, que para Maria Lúcia Karam significa a “adequada resistência à pretensão do autor da ação” (KARAM, 2009, P. 15). O advogado, portanto, se imbuí da árdua tarefa de resguardar os direitos fundamentais da presunção de inocência e da ampla defesa.

Isso porque uma vez tendo a Constituição Federal garantido que o advogado é indispensável à administração a Justiça, e a Lei n. 8906/1994 estabelecido que é atividade privativa da advocacia a postulação perante qualquer órgão do Poder Judiciário – com as ressalvas ao Habeas Corpus -, é possível compreender que no Brasil não haverá processo penal sem a presença de um advogado ou de um defensor público exercendo a defesa de um acusado. E essa compreensão pode ser extraída por meio da leitura do art. 26 do Código de Processo Penal, que aduz que “nenhum acusado, ainda que ausente ou foragido, será processado ou julgado sem defensor”, complementada pelo art. 263, que profere que “se o acusado não o tiver, ser-lhe-á nomeado defensor pelo juiz, ressalvado o seu direito de, a todo tempo, nomear outro de sua confiança, ou a si mesmo defender-se, caso tenha habilitação” e ainda da leitura do art. 396-A, § 2º do mesmo diploma legal, que assegura que “não apresentada a resposta no prazo legal, ou se o acusado, citado, não constituir defensor, o juiz nomeará defensor para oferecê-la, concedendo-lhe vista dos autos por 10 (dez) dias”.

No âmbito internacional houve a mesma preocupação em garantir, em contexto global, que os advogados possuíssem meios adequados para que pudessem exercer o seu mister para garantir, efetivamente, a ampla defesa de um acusado. Tratam-se dos Padrões Básicos Relativos à Função do Advogado (PBFA), aprovados pelo Oitavo Congresso das Nações Unidas para a Prevenção do Crime e o Tratamento dos Delinquentes, de Havana, firmado em 1990 (ONU, 1990).

Esses padrões foram adotados, conforme preleciona o preâmbulo da norma, com a finalidade de garantir que a justiça permaneça sendo, em todo o mundo, um meio pelo qual se busca a cooperação internacional na promoção dos direitos humanos, na defesa da equidade entre as pessoas e asseverando ainda, em

11 Art. 7º, inc. VI - ingressar livremente: a) nas salas de sessões dos tribunais, mesmo além dos cancelos que separam a parte reservada aos magistrados;

seu art. 12, que os advogados são agentes essenciais à administração da justiça¹². Nesta norma são emitidas diversas determinações sobre os contextos de preparação de uma defesa por um advogado na busca da preservação da presunção de inocência do acusado, e quais são os elementos essenciais para que ela seja efetiva e não simplesmente formal.

Binder afirma que o direito de defesa é muito mais amplo do que simplesmente a constituição de um advogado ou de um defensor, uma vez que para ele “não é suficiente nomear um defensor público com o único objetivo de cumprir uma formalidade processual; equivaleria a não contar com uma defesa técnica [...]” (BINDER, 73), portanto, não haverá defesa, em suas palavras, se ela não for efetiva.

Conforme ensina, a defesa busca a garantia da liberdade, que é um direito humano, por isso ela precisa poder ser livre e ampla para conter o poder punitivo estatal contra o acusado. Assim, os padrões estabelecidos pelas Nações Unidas trazem imposições positivas e negativas também aos Estados, que à exemplo do seu art. 16, impõe aos governos que se abstenham de perseguir e intimidar os advogados no exercício da defesa de seu cliente. *In verbis*:

“Guarantees for the functioning of lawyers

16. Governments shall ensure that lawyers (a) are able to perform all of their professional functions without intimidation, hindrance, harassment or improper interference; (b) are able to travel and to consult with their clients freely both within their own country and abroad; and (c) shall not suffer, or be threatened with, prosecution or administrative, economic or other sanctions for any action taken in accordance with recognized professional duties, standards and ethics. (grifos nossos)”.

Como se pode verificar, os padrões informam que para que haja um sistema de defesa efetivo nos Estados, eles deverão garantir que os advogados possam exercer o seu ofício sem intimidação, obstáculos, assédio, interferências impróprias, que eles possam se comunicar com seus clientes livremente e que não sofram perseguições estatais de qualquer natureza, até mesmo sanções, por ações que contenham relações com o exercício da ampla defesa de um acusado.

Saliente-se que, conforme preleciona Binder, os Padrões Básicos foram adotados pela Corte Interamericana de Direitos Humanos a partir do caso Cantoral Benavides (BINDER, 72), por isso estes padrões também devem se impor ao Brasil¹³.

12 “12. Lawyers shall at all times maintain the honour and dignity of their profession as essential agents of the administration of justice”.

13 O país optou por se submeter a jurisdição da Corte a partir do Decreto n. 678/1992, que introduziu ao Ordenamento brasileiro a Convenção Americana de Direito Humanos, comumente nomeada de Pacto de San Jose da Costa Rica, em seu art. 33, b, no qual reconhece a competência da Corte para “conhecer dos assuntos relacionados com o cumprimento dos compromissos assumidos pelos Estados-Partes nesta Convenção”.

Por essa razão, é preciso aduzir que as prerrogativas da advocacia brasileira, para além de serem interpretadas com espeque na Lei Federal n. 8906/1994 e na Constituição Federal, devem ser vislumbradas também sob a perspectiva dos Padrões Básicos Relativos à Função dos Advogados da Organização das Nações Unidas, por serem as medidas capazes de garantir o exercício de uma ampla defesa efetiva no país.

3. A ASSISTÊNCIA AO ADVOGADO: DA RELAÇÃO ENTRE O ART. 268 DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL E OS ARTS. 44, 49 E 57 DA LEI N. 8906/1994.

No processo civil, as intervenções de terceiros são permissões para que um estranho processual ingresse no feito no estágio em que se encontra, no intento de auxiliar uma das partes, sendo pressuposto dessa intervenção a existência de um interesse jurídico na solução daquela causa, por isso, somente será admitido como assistente o sujeito que demonstrar que poderá ser afetado caso não possa influir naquela demanda. É, por sua vez, pressuposto de sua admissão a previsão normativa de sua modalidade interventiva (NEVES, 2018, p. 342).

No âmbito do processo penal, a discussão sobre a natureza da assistência é igualmente pautada pela motivação do interesse jurídico do requerente, que deve firmar-se pelo interesse no resultado da demanda, seja quando da acusação ou quando da defesa.

3.1. DA ASSISTÊNCIA A ACUSAÇÃO.

Partindo-se dessa premissa, remonta-se que a assistência à acusação é instituto mais antigo no processo penal brasileiro, previsto desde a publicação original do Código vigente, datado de 1941 que segue até os dias atuais em seu art. 268.

O referido art. preleciona que “em todos os termos da ação pública, poderá intervir, como assistente do Ministério Público, o ofendido ou seu representante legal, ou, na falta, qualquer das pessoas mencionadas no [art. 31](#), quais sejam, o cônjuge, ascendente, descendente ou irmão.

Por outro lado, como o processo penal é o processo que visa, ao fim, a supressão do direito humano à liberdade, é garantia do acusado que as normas repressivas lhe sejam anteriores e taxativas, em respeito ao princípio constitucional da legalidade e da reserva legal, conspurcado no art. 5º, inc. II, da Constituição Federal¹⁴, por isso os poderes do assistente, além de taxativos como os do autor

14 “Ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei”.

da ação penal pública, são reduzidos aos comandos do rol do art. 271 declara que ao assistente será permitido propor meios de prova, requerer perguntas às testemunhas, aditar o libelo e os articulados, participar do debate oral e arrazoar os recursos interpostos pelo Ministério Público, ou por ele próprio, nos casos dos arts. 584, § 1º, e 598.

Ou seja, o assistente da acusação, por agir com interesse diverso do autor, possui poderes reduzidos, como é o caso do rol recursal que lhe foi fornecido, que se restringe ao § 1º do art. 584¹⁵ e ao art. 598, *caput*, que se referem, especificamente, a legitimidade para interpor recurso contra sentença de impronúncia e contra sentença de crime de competência do Tribunal do Júri cujo membro do Ministério Público tenha quedado inerte.

Por isso, ensina André Nicollit, que o assistente não é titular “do direito de punir nem do direito de liberdade”, atua, pois, motivado por um interesse jurídico, sendo parte apenas no processo, não na demanda, e após a sua instauração (desde que recebida a denúncia), sendo “mero interveniente”.

Renato Brasileiro Lima assevera que o assistente da acusação deve, nos termos do art. 268, demonstrar que é titular do bem jurídico lesionado, funcionando como um auxiliar do Ministério Público para o alcance da justiça penal (LIMA, 2015, p. 726).

Renato Marcão por sua vez elenca que há entendimentos diversos sobre os fundamentos da assistência à acusação. Aponta que de um lado há quem afirme que o interesse do assistente baseia-se exclusivamente no caráter econômico, uma vez que a condenação penal torna obrigatória a reparação civil, e de outro lado, há quem entenda que o interesse do assistente se alongue para além dos fins econômicos, alcançando também a finalidade da busca pela realização da justiça e, até mesmo, como forma de vingança (MARCÃO, 2015, p. 678).

Para o autor, em específico, ainda que não haja interesse reparatório algum, entende-se que haverá legitimidade para assistir à acusação desde que o interesse real seja na apuração do fato e na posterior aplicação da punição do culpado. Chega-se a essa conclusão pelo fato de que a partir da reforma introduzida pela Lei n. 12.403/2011 o assistente da acusação tornou-se legitimado a requerer, conforme o art. 282, §§ 2º e 4º, a imposição de medidas cautelares e a sua revisão e, seja na fase da investigação ou durante o processo, a requerer até mesmo a prisão preventiva do suposto autor do fato, conforme o *caput* do art. 311¹⁶.

15 § 1º Ao recurso interposto de sentença de impronúncia ou no caso do no VIII do art. 581, aplicar-se-á o disposto nos arts. 596 e 598.

16 “Art. 311. Em qualquer fase da investigação policial ou do processo penal, caberá a prisão preventiva decretada pelo juiz, de ofício, se no curso da ação penal, ou a requerimento do Ministério Público, do querelante ou do assistente, ou por representação da autoridade policial”.

De outro ponto, Nicollit assevera que, a seu ver, o legislador restringiu a legitimidade do assistente da acusação apenas no interesse de obter a sentença penal condenatória, que é título executivo judicial. Isso porque, conforme preleciona, não seria por outro motivo que as hipóteses de legitimidade do assistente de interpor recurso em sentido estrito são exclusivas para os casos de impronúncia e extinção da punibilidade, em suas palavras, tivesse o legislador o intento de inserir o assistente da acusação como auxiliar do Ministério Público ao revés de buscar o título executivo judicial, teria autorizado, de forma ampla, todas as hipóteses recursais, o que não ocorre, conforme os arts. 271 c/c 581, e 584, § 1, todos do Código de Processo Penal, como abordado anteriormente.

Conclui o autor que, uma vez limitado o seu interesse pela obtenção do título executivo para futura reparação civil, sua atuação deverá ser pautada por este objetivo, o que exclui do seu âmbito, por exemplo, qualquer interesse no endurecimento da pena (NICOLLIT, 2016, p. 460-461).

O Supremo Tribunal Federal, através da Súmula n. 210, pacificou o entendimento de que “o assistente do Ministério Público pode recorrer, inclusive extraordinariamente, na ação penal, nos casos dos arts. 584, § 1º, e 598 do Cód. de Proc. Penal”, explicitando, no julgamento do Habeas Corpus n. 102.085 [Rel. Min. **Cármem Lúcia**, P, j. 10-6-2010, *DJE* 159 de 27-8-2010] que “a manifestação do promotor de justiça, em alegações finais, pela absolvição da Paciente e, em seu parecer, pelo não conhecimento do recurso não altera nem anula o direito da assistente de acusação recorrer da sentença absolutória”.

Por outro lado, a Súmula n. 208 do Supremo Tribunal Federal informa que “o assistente do Ministério Público não pode recorrer, extraordinariamente, de decisão concessiva de “habeas corpus”, isso porque trata-se de ação autônoma de impugnação, cuja pretensão é liberatória e não condenatória, por esta razão não haveria legitimidade recursal da acusação e de seu assistente, até mesmo porque o próprio Ministério Público dela só participa na função de *custos legis* – o que também é questionável, levando-se em conta a sua indivisibilidade e unidade constitucional.

3.2. DO ASSISTENTE DA DEFESA: A INTERVENÇÃO DA ORDEM DOS ADVOGADOS

O assistente da defesa, a seu turno, é figura mais recente no ordenamento brasileiro, porém, assim como o da acusação, a sua previsão também é anterior à Constituição Federal.

Como já mencionado no primeiro capítulo, a primeira Lei a regulamentar, de forma ampla e extensiva, a Ordem dos Advogados do Brasil e as suas finalidades foi a Lei Federal n. 4215, promulgada em 1963, que em seu art. 129 previu

que os Presidentes do Conselho Federal da Seção e da Subseção tinham legitimidade para agir até mesmo criminalmente contra quem infringisse as determinações da Lei, mais ainda, que eles poderiam intervir como assistentes nos processos criminais em que fossem acusados ou ofendidos os inscritos na Ordem, *in verbis*:

Os presidentes do Conselho Federal da Seção e da Subseção têm qualidade para agir mesmo criminalmente contra qualquer pessoa que infringir as disposições desta lei, e, em geral em todos os casos que deram respeito às prerrogativas, à dignidade ao prestígio da advocacia.

§ 1º Podem eles intervir ainda, como assistentes nos processos-crimes em que sejam acusados ou ofendidos os inscritos na Ordem.

Após a redemocratização do Brasil, com o advento da Constituição Federal de 1988, que previu a indispensabilidade do advogado em seu art. 133, seis anos se passaram até que, em 1994, esta Lei fosse revogada pela Lei n. 8906/1994 que, de igual modo, manteve a previsão do antigo art. 129, prevendo taxativamente, agora em seu art. 49, *caput* e § único a legitimidade dos Presidentes dos Conselhos de agir judicial e extrajudicialmente contra qualquer pessoa que infrinja as disposição da Lei, bem como para intervir como assistente em qualquer procedimento em que seja indiciado, acusado ou ofendido inscritos na OAB, *in verbis*:

Art. 49. Os Presidentes dos Conselhos e das Subseções da OAB têm legitimidade para agir, judicial e extrajudicialmente, contra qualquer pessoa que infringir as disposições ou os fins desta lei.

Parágrafo único. As autoridades mencionadas no *caput* deste artigo têm, ainda, legitimidade para intervir, inclusive como assistentes, nos inquéritos e processos em que sejam indiciados, acusados ou ofendidos os inscritos na OAB.

Desse modo, tal qual o Código de Processo Penal vislumbrou a alguns legitimados (art. 271 *c/c* 31 do Código de Processo Penal) a possibilidade de haver interesse em assistir o autor da ação penal pública em busca de um título executivo judicial, que neste caso é a sentença penal condenatória, a Lei Federal n. 8906/1994, diante do papel *sui generis* que a Constituição e o próprio Estatuto conferiram à Ordem dos Advogados do Brasil, da defesa da Constituição, dos direitos humanos, da justiça social, do Estado Democrático de Direito e, em específico, da defesa da advocacia, vislumbrou à Ordem dos Advogados o interesse de salvaguarda das prerrogativas dos advogados e das advogados investigados ou processados em razão da sua profissão.

Isso porque a Ordem possui como finalidade a promoção, com exclusividade, da defesa dos advogados em toda a República Federativa do Brasil¹⁷,

17 Art. 44. A Ordem dos Advogados do Brasil (OAB), serviço público, dotada de personalidade jurídica e forma federativa, tem por finalidade: I - defender a Constituição, a ordem jurídica do Estado democrático de direito, os direitos humanos, a justiça social, e pugnar pela boa aplicação das leis, pela rápida administração da justiça e pelo aperfeiçoamento da cultura e das instituições jurídicas; II - promover, com exclusividade, a representação, a defesa, a seleção e a disciplina dos advogados em toda a República Federativa do Brasil.

portanto, nos casos em que advogados sofram perseguições que se originam por meio de violação de suas prerrogativas profissionais, como a imunidade (art. 133 da Constituição Federal e 2º, § 3º da Lei n. 8906/1994), a caracterização do interesse jurídico desse assistente se dá na busca do título executivo judicial que seria satisfeito por meio da extinção do processo ou da prolatação da sentença penal absolutória, com vias de fazer sanar o constrangimento ilegal imposto ao advogado individualmente, que afeta a toda a classe em sua coletividade.

Saliente-se que as prerrogativas não pertencem ao advogado individualmente. Como já assentado, elas foram conferidas à advocacia para que servissem ao cidadão, possibilitando a sua mais ampla e efetiva defesa e o seu acesso à justiça, direitos humanos indisponíveis. Por essa razão, a violação à prerrogativa de um só advogado inspira o interesse jurídico de toda a classe, porquanto o legislador federal tenha incumbido à Ordem, com exclusividade, o dever de guardar o direito do cidadão de acessar com dignidade a justiça.

Assim, conforme analisa Nicollit, tratando o processo penal de um processo de garantias, deve-se conferir igualdade entre as partes para que haja um julgamento justo, portanto, se à acusação conferiu-se a possibilidade de ser assistida por um ente com interesse jurídico da busca pela sentença penal condenatória, igual tratamento deve ser dado à defesa, à quem deve ser conferida a possibilidade de ser assistida por quem tenha interesse jurídico de buscar pela sentença absolutória ou pela extinção do processo. Ainda mais salutar quando o investigado ou acusado tratar de advogado violado em suas prerrogativas funcionais.

Desse modo, não há que se falar em ausência de tipicidade de legitimação ou de violação do princípio da legalidade, vez que, como restou demonstrado, é figura prevista em norma Federal, tal qual o Código de Processo Penal, apresentando o diferencial de ser uma norma confeccionada em solo democrático, compatível não só com o próprio *códex* repressivo, porque com ele não se choca em nenhum aspecto, mas principalmente com a Constituição Federal e os seus princípios de direitos humanos.

O Supremo Tribunal Federal, inclusive, ao oposto da situação do assistente da acusação, tem reconhecido o direito da Ordem dos Advogados do Brasil de intervir como assistente simples do impetrante até mesmo em sede de Habeas Corpus, desde que o paciente seja advogado e o constrangimento ilegal imposto tenha relação com o exercício profissional.

No julgamento do Habeas Corpus n. 115.114, de relatoria do Ministro Ricardo Lewandowski, esclareceu-se que o cabimento da participação da Ordem nas ações de Habeas Corpus na condição de assistente deve guardar relação com a causa de pedir do impetrante, desde que tenham a finalidade de, por reflexo, proteger prerrogativa profissional. No julgado, sedimentou que já era entendimento

consolidado da Corte a possibilidade da Ordem de impetrar Habeas Corpus em favor de advogado para assegurar as suas prerrogativas profissionais (HC 91.551/RJ, Rel. Min. Marco Aurélio; HC 98.237/SP, Rel. Min. Celso de Mello; HC 98.839/PE, Rel. Min. Cezar Peluso; entre outros.), por isso, se a Entidade pode impetrar Habeas Corpus, com esse intuito, o mesmo se poderia concluir sobre a possibilidade de intervir como assistente simples, com a finalidade de buscar a concreção do texto constitucional que assegura ao advogado a sua indispensabilidade à administração da justiça, através do art. 133, aduzindo que é legítimo o interesse de intervir quando se busca a sanar supostas violações aos direitos conferidos, de forma reflexa, pela Constituição Federal, a seus membros, seja esta atuação na condição de impetrante, seja como assistente¹⁸.

Para o Supremo Tribunal, ainda que a Lei n. 8906/1994 não faça menção expressa a intervenção em Habeas Corpus, mas apenas a processos e inquéritos, há a legitimidade da Ordem para intervir como assistente do impetrante, pois nos casos em que tratar o constrangimento ilegal de violação de prerrogativas o que se busca é a concreção da própria Constituição Federal que declara que o advogado é indispensável à administração da justiça e inviolável por seus atos e manifestações no exercício da profissão e que, por isso, toda persecução penal iniciada nessas circunstâncias é passível de inspirar o interesse de agir da Entidade.

4. PROCESSO PENAL PÓS-ACUSATÓRIO: POR QUE A INTERVENÇÃO DA ORDEM É INDISPENSÁVEL AO ENFRENTAMENTO AO AUTORITARISMO?

Ricardo Jacobsen Glockner assevera que o advento da Constituição Federal, em 1988, não foi bastante para a condução ao verdadeiro enfrentamento das práticas autoritárias do Estado brasileiro e do seu sistema de justiça criminal, que eram uma regra no momento compreendido entre 1964 e 1985. Trouxe, ao revés, o período pós-acusatório como a nova tônica para os atores processuais. O que significa, conforme explicita o autor, que as expectativas eram de que com a nova carta o sistema acusatório, se consolidaria de imediato, impondo fim às práticas “punitivistas autoritárias”, pois estariam banidas do ordenamento normativo. Porém, não foi o que ocorreu.

18 “Tais argumentos fáticos e jurídicos levam-me a decidir pela possibilidade da participação da OAB em ações de habeas corpus, quando se busca a sanar supostas violações aos direitos conferidos, de forma reflexa, pela Constituição Federal, a seus membros, seja esta atuação na condição de impetrante, seja como assistente. Em relação à ocorrência da alegada ofensa legitimadora da intervenção da OAB no presente caso, observo que, à primeira vista, os fatos narrados pelo impetrante em sua petição inicial tratam de aparente violação à sua dignidade profissional, que o teria impossibilitado de exercer o seu mister com todas as prerrogativas e garantias que o Estatuto da Advocacia e a própria Constituição Federal lhe conferem. [...] A bem da verdade, mais do que constituírem um direito do advogado, tais prerrogativas funcionais tem o condão de servir ao próprio cidadão. É que o advogado funciona como mero instrumento na formulação da defesa de seu cliente, este sim o real destinatário da prestação jurisdicional, tendo nas normas processuais, notadamente na seara criminal, a salvaguarda de seus direitos e garantias fundamentais”.

Sucedeu que a linguagem autoritária inspirada no tecnicismo fascista italiano foi transformada em um discurso assimilável pela nova Carta Constitucional, por meio do recurso da instrumentalidade do processo, assim dizendo que a sanção seria a consagração da justiça penal, e que o processo seria apenas o seu instrumento (GLOECKNER, 2018, 567), o qual deve atender os interesses de quem controla o poder, que se utilizando das técnicas da linguagem e do engodo, manipula a análise comparativa e crítica entre o texto constitucional e o processual.

Assim, em que pese haver um grau hierárquico pré-estabelecido pelo legislador constitucional no quanto às matérias de direitos fundamentais, por meio da instrumentalização do processo, o Judiciário passou a relativizar direitos e garantias individuais para possibilitar, de maneira ilegal, a facilitação do processo de acusação e condenação de um investigado. Assim, de forma reiterada e desarrazoada, o que antes era exceção, virou regra, a isso Gloeckner chamou da “lógica da excepcionalização” (GLOECKNER, 2018, p. 624), que, como aduz, foi encampada não só pelas Cortes brasileiras, mas também por grande parte da doutrina, culminando em um resultado final de extrema gravidade: a exceção tornou-se justamente obedecer a Constituição Federal em sua integralidade.

Nesse ponto Rubens Casara traz a vertente de que essa excepcionalidade Constitucional é seletiva, voltando-se apenas aos indesejáveis, que para o autor são os que não interessam ao mercado de consumo, sendo aqueles que incomodam as elites, e quem “desequilibra em favor do oprimido a relação historicamente marcada pela vitória do opressor” (CASARA, 2017, p. 42-43).

Porém, a concepção de democracia, além da participação popular, é a imposição de limites ao poder estatal e o alcance dos direitos fundamentais, sendo exceção à regra as falhas de sistema. Ocorre que, em razão de um fim outro, por vezes a “luta contra a corrupção”, ou contra um grupo político, o sistema de justiça, utilizando-se do seu caráter autoritário e da instrumentalização do processo, tem relativizado direitos fundamentais à exemplo do direito humano à liberdade e à presunção de inocência reiteradamente como regra, assim, pode-se dizer que não há uma excepcionalidade pairando no ar, mas sim um perene estado de ilegalidade permitido e endossado. Para Casara, é exatamente a normalização da violação aos limites democráticos que caracteriza a vivência em um Estado Pós-Democrático (CASARA, 2017, p. 43).

Nesse sentido, enfatiza que o texto constitucional é sim adequado para a democratização dos espaços públicos e do sistema de justiça, incluindo a atuação dos atores processuais, mas que ele unicamente é imprestável ao papel a que lhe foi incumbido. O texto constitucional serve de fonte de interpretação para a aplicação das normas infraconstitucionais, mas a interpretação que será feita em um sistema autoritário, sem mudança de estrutura de base, não será democrática.

E a raiz dessa problemática seria justamente o fato de que não houve um processo de mudança substancial no sistema de justiça criminal brasileiro. Com o advento da Constituição Federal, admitiu-se que a sua simples promulgação tornaria todo o ordenamento infraconstitucional adequado ao seu viés humano e democrático, e que todos os atores processuais de imediato assim interpretariam o sistema. Mas obviamente isso não seria possível sem que ele em sua integralidade fosse reformado, menos ainda quando detectado que se está, em verdade, sob a égide da Pós-Democracia, caracterizada pela lógica da excepcionalização seletiva.

Rodrigo Ghiringhelli de Azevedo explica que com a redemocratização na região latino-americana no fim da década de 1980 e início da década de 1990, algumas reformas legislativas ocorreram nos sistemas processuais penais desses países, com foco na reestruturação da justiça criminal a fim de se afastar do modelo autoritário que era recente e de valorizar os princípios fundamentais. Adequaram a administração da justiça às necessidades domésticas, positivando a estabilidade dos magistrados, promotores e policiais. Lembra ainda a aproximação com o sistema anglo-saxão através da substituição do modelo inquisitivo de processo penal pelo acusatório, com a ampliação do princípio da oportunidade da ação penal, redução dos casos de prisão preventiva, presença da oralidade, publicidade e contraditório durante todas as fases do processo (AZEVEDO, 2005, p. 2017).

O Brasil, contudo, não faz parte desse rol de países latino americanos que se submeteram a uma reforma jurídico-política para reestruturar o seu sistema judicial. Ao revés de países como a Argentina, o Chile e o Uruguai, o Brasil fez pequenas reformas de suas leis processuais penais e penais, sem mudar a sua base. E se nesses países que reformaram todo o seu sistema de justiça a problemática da consolidação de um sistema penal garantidor não foi muito além do campo da formalidade (AZEVEDO, 2005, P. 2018), pois ainda enfrenta o período da implementação da sua reforma, em uma situação muito pior está o Brasil, que permanece com o sistema processual penal fascista de 1941.

Nesse sentido, Julio Faundez e Alan Angell explicam que o Banco Interamericano de Desenvolvimento avalia que a maioria dos Sistemas legais dos países da Região não promovem a efetivação dos direitos e garantias fundamentais, se utilizando de um regramento obsoleto em seu ordenamento (FAUNDEZ, ANGELL, 2005, P. 96)¹⁹.

19 *“La evaluación general del BID de los sistemas legales de los países de la región podría ser resumida de la siguiente forma: la mayoría de las leyes y reglamentos están obsoletos, no son aplicados de una forma adecuada; la capacitación de los jueces es deficiente y ellos a menudo desconocen la ley y a menudo también son corruptos; las cortes tienen sobrecargo de trabajo, están mal administradas y el público no las respeta. Como resultado, los derechos constitucionales fundamentales no son protegidos, hay un aumento de violencia y criminalidad y la seguridad y personal sigue deteriorándose”.*

Partindo do pressuposto do Banco Interamericano, como exemplo de um regramento obsoleto que o Brasil segue adotando e que é um grave problema de estrutura processual, tem-se a função do Ministério Público. Ao tempo em que a Constituição Brasileira assumiu que o modelo de processo penal seria o acusatório, que conforme aduz Jacinto Nelson de Miranda Coutinho traz como regra a igualdade entre as partes e que o juiz é árbitro (COUTINHO, 1998, p. 167), o sistema processual vigente atualmente determina ao representante do Ministério Público²⁰, que concomitantemente à função de autor privativo da ação penal pública²¹, também atue como fiscal dos direitos e garantias fundamentais daquele que ele está processando e requerendo ao juiz a sua condenação.

Ocorre que a função de fiscalizar a legalidade dos procedimentos no processo penal democrático incumbe ao magistrado, a quem se atribuiu prerrogativas funcionais para que tenha imparcialidade para decidir conforme os direitos humanos²², incumbindo igualmente a contenção dos direitos e garantias do acusado.

Outro exemplo de legislação obsoleta no sistema brasileiro são as possibilidades de o juiz determinar de ofício a prisão provisória²³ e a produção probatória. Se no sistema acusatório as partes produzem as provas e o juiz é árbitro, não pode ele ter interesse processual a ponto de decretar uma prisão cautelar sem que a acusação tenha apontado *periculum libertatis* para futura execução do seu pedido, ou que produza provas testemunhais para o processo.

Essas normas obsoletas que permanecem em nosso sistema apesar da Constituição Federal, da Convenção Americana de Direitos Humanos e do Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos, promovem uma confusão entre as funções de Estado-Juiz e Estado-Acusador, ao ponto que Casara atenta para o fato de que na pós-democracia essa relação chega a ser promiscua, sendo notória a quebra da separação entre as funções, que faz com que em muitos casos haja uma atuação em conjunta desses atores para confirmarem a hipótese acusatória (CASARA, 2017, P. 83), excluindo-se duramente a defesa e tudo o que ela representar.

20 Art. 129. São funções institucionais do Ministério Público:II - zelar pelo efetivo respeito dos Poderes Públicos e dos serviços de relevância pública aos direitos assegurados nesta Constituição, promovendo as medidas necessárias a sua garantia;

21 Art. 129. São funções institucionais do Ministério Público: I - promover, privativamente, a ação penal pública, na forma da lei;

22 “Art. 8.1 da Convenção Americana. Toda pessoa tem direito a ser ouvida, com as devidas garantias e dentro de um prazo razoável, por um juiz ou tribunal competente, independente e imparcial, estabelecido anteriormente por lei, na apuração de qualquer acusação penal formulada contra ela, ou para que se determinem seus direitos ou obrigações de natureza civil, trabalhista, fiscal ou de qualquer outra natureza”.

23 Art. 311. Em qualquer fase da investigação policial ou do processo penal, caberá a prisão preventiva decretada pelo juiz, de ofício, se no curso da ação penal, ou a requerimento do Ministério Público, do querelante ou do assistente, ou por representação da autoridade policial.

E é nesse cenário de pós-democracia e sistema pós-acusatório que as prerrogativas da advocacia são sistematicamente violadas, porque representam a figura democrática em meio ao sistema autoritário. É o advogado, por meio das suas prerrogativas, que lutará pelo exercício da ampla defesa efetiva do cidadão submetido a uma investigação ou processo, majoritariamente abusivo, com viés racista classista e sexista. Será o advogado a se imbuir da força contramajoritária, apesar do processo penal do espetáculo, dos enredos desenvolvidos pelas mídias, para defender a presunção de inocência do cidadão.

E é na tentativa de lutar contra esse sistema autoritário em favor dos direitos e garantias do indivíduo, que o advogado é atacado, por vezes confundido com o cliente e inserido na investigação como co-autor. Quando não se consegue a prevalência da sua imunidade profissional desde o início, por meio de trancamento do procedimento criminal em trâmite em seu desfavor, é possível chegar ao ponto de até mesmo ser determinada a suspensão do exercício da advocacia por meio de medida cautelar, nos termos do art. 319, o que viola claramente o princípio da legalidade, tudo para que seja cessado o exercício da ampla defesa do investigado, que, como aduz Casara, na pós-democracia é um indesejável, que pode ser aquele que não interessa ao mercado de consumo ou aquele que incomoda as elites, e “desequilibra em favor do oprimido a relação historicamente marcada pela vitória do opressor”.

Nesse cenário, tem-se a própria criminalização desse mister como uma realidade atual. Salah H. Khaled aventa que se trata da destruição simbólica da figura do advogado, que tem sido realizada com o auxílio das mídias (KHALED, 2016). Tem-se construído a imagem de que o advogado é uma figura espúria, à serviço da criminalidade, que conspira a favor da impunidade, obstacularizando a justiça e contra a sociedade, enquanto os representantes do Estado, sejam eles Procuradores, Promotores ou Juízes, são sempre os que fazem a justiça, pois são os responsáveis pelas prisões. Assim, através dos discursos, constrói-se também grande aporte social para tornar o garantidor da ampla defesa um sujeito identificado com o indesejável e, a partir daí, sacramentar o fim da presunção de inocência.

Diante desse cenário pós-democrático e de sistema pós-contraditório, em que a acusação e o juiz se agrupam para perseguir tudo o que representa a defesa, a advocacia vê-se bombardeada e o advogado, sozinho, dificilmente conseguirá usufruir das suas prerrogativas, da norma constitucional e das normas internacionais de proteção a sua profissão. E é por essa razão que intervenção da Ordem dos Advogados do Brasil nos procedimentos criminais contra advogados, enquanto Conselho de Classe e enquanto instituição contramajoritária, é indispensável para o enfrentamento ao autoritarismo e para lutar pela validação das prerrogativas do profissional da advocacia criminalizado, porque enquanto instituição

possui força e independência estatal e interesse institucional para tanto. Assim, o papel que a Ordem dos Advogados assume ao intervir na condição de assistente da defesa nos procedimentos que criminalizam o advogado é o de garantidor não só das prerrogativas da sua classe, mas sobretudo dos direitos e garantias fundamentais e da Democracia.

5. CONCLUSÕES

A Ordem dos Advogados do Brasil desenvolveu-se como instituição que para além de promover a seleção e disciplina dos seus inscritos, passou a intervir em importantes aspectos do sistema de justiça brasileiro. Diferentemente dos órgãos do Ministério Público, da Magistratura e da Defensoria Pública, foi concebida como serviço público federal independente e, por isso, não se subjeta aos controles estatais, tendo como uma de suas finalidades a defesa dos seus inscritos.

As prerrogativas da advocacia são instrumentos do exercício da ampla defesa, da presunção de inocência e, por isso, não pertencem exclusivamente ao advogado, mas também ao cidadão. Estão positivadas no ordenamento brasileiro desde a Lei n. 4215/1963, tendo alcançado status constitucional pelo art. 133 da Constituição, que assegurou a indispensabilidade do advogado para a administração da justiça e a sua imunidade no exercício do seu mister. Com o advento da Lei n. 8906/1994, manteve-se a positivação e adequou-se às prerrogativas às necessidades do contexto constitucional atual. Importante saliente que as prerrogativas estão também positivadas em legislação internacional que são os Padrões Básicos para a Função dos Advogados, da Organização das Nações Unidas.

A Ordem dos Advogados do Brasil é legitimada para assistir os advogados na qualidade de assistente da defesa nos procedimentos em que forem investigados, acusados ou ofendidos, desde que os fatos tenham relação com o exercício da advocacia, nos termos do art. 49, § único, da Lei n. 8906/1994. Essa possibilidade já estava prevista desde a Lei n. 4215/1963, não sendo, portanto, uma novidade da nova lei. O que legitima o assistente da defesa é o interesse na obtenção do título executivo judicial do trancamento da ação penal ou da sentença penal absolutória, por ser a consagração da norma constitucional da imunidade profissional do advogado, que não pode ser perseguido penalmente com fato relacionado com o exercício da profissão.

O sistema de justiça criminal brasileiro não foi readequado aos princípios constitucionais da Carta de 1988 e às normas de direitos humanos, ao contrário, permanece com a sua estrutura autoritária. Reiteradamente viola direitos e garantias fundamentais de forma seletiva, à ponto dessa violação tornar-se regra, e a interpretação conforme a Constituição tornar-se exceção. A isso Gloeckner chamou de “lógica da excepcionalização”, que produziu uma ausência de limites

ao Estado, o que configura a Pós-Democracia. Com a ausência de limites, o Estado-acusação e o Estado-Juiz se misturam em suas funções e a igualdade entre as partes é quebrada quando a acusação passa a contar com o apoio da magistratura com poderes de investigação e de produção probatória, e o magistrado se vê diante de uma acusação com poderes fiscalizadores, é quando, em nome do clamor social, ambos se agrupam na busca da condenação do indivíduo.

E é nesse cenário que se acentuam as violações às prerrogativas da advocacia e sua própria criminalização, através dos discursos que transformam o advogado em um ator contrário à sociedade e a favor da criminalidade, e como alguém que atrapalha os devidos encaminhamentos do processo: que é a prisão. Porque é o advogado quem defende os direitos e garantias do indivíduo mesmo quando a maioria se faz contra. Nesse Estado autoritário, cujo sistema processual penal está em desacordo com a constituição, que a acusação e o juiz se misturam para condenar, nem que para isso precisem criminalizar a defesa.

Assim, a intervenção da Ordem dos Advogados do Brasil como assistente da defesa do advogado ergue-se como importante resistência democrática neste Estado-pós democrático, sem limites à sua atuação, pois como instituição desgarrada de qualquer controle estatal, mesmo sendo serviço público, possui força para brigar o bom combate ao lado do advogado que sozinho não teria chances diante de tamanha poderio e força dos interesses socio-político-econômicos que instruem o sistema de justiça criminal..

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

AZEVEDO, Rodrigo Ghiringhelli. **Criminalidade e justiça penal na América Latina**. Sociologias, Porto Alegre, ano 7, nº 13, jan/jun 2005, p. 217.

BINDER, Alberto. **Defesa Criminal Efetiva na América Latina**. P. 73.

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil.

BRASIL. Decreto n. 678 de 06 de novembro de 1992. Promulga a Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica), de 22 de novembro de 1969.

BRASIL. Decreto n. 592 de 06 de julho de 1992. Promulga o Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos.

BRASIL. Lei n. 8906/1994. Dispõe sobre o Estatuto da Advocacia e da Ordem dos Advogados do Brasil.

BRASIL. Lei n. 4215/1963. Dispunha sobre o Estatuto da Ordem dos Advogados do Brasil.

BRASIL. Decreto n. 19.408/1930.

BRASIL. Decreto n. 22.478, de 20 de fevereiro de 1933.

BRASIL. Decreto-Lei n. 3689 de 03 de outubro de 1941. Código de Processo Penal.

CASARA, Rubens. **Estado Pós-Democrático de Direito: Neo-obscurantismo e gestão dos indesejáveis**.

COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. **Introdução aos Princípios Gerais do Processo Penal Brasileiro**. Revista da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Paraná. V. 30. N. 0, Paraná:

1998. P. 167.

DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. Trad.: Nelson Boeira. 2ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

FAUNDEZ, Julio. ANGELL, Alan. **Sistemas Judiciales: Una perspectiva sobre la administración de la justicia. Reforma judicial em América Latina. El rol del Banco Interamericano de Desarrollo**. CEJA, Año 4, n.8. Argentina: 2005. P. 96.

FERREIRA, Antônio Oneildo. **A Natureza Contramajoritária da advocacia: direitos humanos, igualdade de gênero e democracia**. Ordem dos Advogados do Brasil, Conselho Federal. Brasília-DF, 2017. P. 32.

GLOECKNER, Ricardo Jacobsen. **Autoritarismo e Processo Penal. Uma genealogia das ideias autoritárias no processo penal brasileiro**. Empório do direito e Tiran lo Blanch. V.I. Rio de Janeiro: 2018. P. 567.

KARAM, Maria Lúcia. **Escritos sobre a Liberdade Volume 5: liberdade, presunção de inocência e direito à defesa**. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2009.

KHALED, Salah H. **A criminalização da advocacia no Brasil**. Disponível em: <http://www.justificando.com/2016/02/12/a-criminalizacao-da-advocacia-no-brasil/>. Acessado em: 15.11.2019.

LIMA, Renato Brasileiro de. **Manual de Processo Penal**. 4. ed. Rev. E ampl. e atual. Salvador: Ed. Juspodivm, 2015.

LÔBO, Paulo. **Comentários ao Estatuto da Advocacia e da OAB**. 4ª Ed. Ed. Saraiva. 2007. P. 53.

MARCÃO, Renato. **Código de Processo Penal Comentado**. 678-380.

NEVES, Daniel Amorim Assumpção. **Manual de Direito Processual Civil**. 10. Ed. Salvador. Ed. JusPodivm, 2018. P.342.

NICOLLIT, André. Manual de Processo Penal. Revista dos Tribunais. P. 460-461.

ONU. **Basic Principles on the Role of Lawyers**, Adopted by the Eighth United Nations Congress on the Prevention of Crime and the Treatment of Offenders, Havana, Cuba 27 August to 7 September 1990. Disponível em: <https://www.ohchr.org/en/professionalinterest/pages/roleoflawyers.aspx>. Visualizado em 02.11.2019.

SOUZA, Lucilly Maria Caetano de. **A CONSOLIDAÇÃO INSTITUCIONAL DA ORDEM DOS ADVOGADOS DO BRASIL: prerrogativas conquistadas desde sua fundação até a Constituição de 1988**. Dissertação (Mestrado em Ciência Política) Universidade Federal de São Carlos. São Carlos. p. 27. 2018.

SENTENÇA EM AUDIÊNCIA DE CUSTÓDIA? UM CONTRAPONTO À ACELERAÇÃO JUDICIAL A PARTIR DAS IDEIAS DE POLIFONIA, NARRATIVA PROCESSUAL E LENTIDÃO

LIANA LISBOA CORREIA¹

Alice suspirou cansada. “Acho que você poderia aproveitar melhor o seu tempo”, disse, “em vez de desperdiçá-lo propondo charadas que não têm resposta.”

“Se você conhecesse o Tempo como eu conheço”, disse o Chapeleiro, “não falaria em desperdiçá-lo, como se fosse uma coisa. É um senhor.”

(Lewis Carroll. Alice no País das Maravilhas)

1. INTRODUÇÃO

Recentemente, o meio jurídico foi surpreendido com a notícia de que, no dia 15 de julho de 2019, uma juíza de direito do Tribunal de Justiça do Estado de Goiás, proferiu sentença durante a audiência de custódia de dois indivíduos acusados da prática do delito de tráfico de drogas (art. 33, *caput*, da Lei nº 11.343/06). Segundo as matérias divulgadas², a decisão teria sido proferida em tempo recorde – cerca de uma hora e meia – e ensejou a condenação de um dos réus às sanções do art. 33º, §4º da Lei de Drogas (tráfico privilegiado), fixando-lhe a pena em um ano e oito meses de reclusão, e a desclassificação da imputação para posse de drogas (art. 28 daquele diploma normativo) quanto ao segundo acusado, com a subsequente remessa do feito ao Juizado Especial Criminal.

Tal decisão, celebrada pela magistrada prolatora por *“tornar mais ágil a tramitação dos feitos criminais, com inúmeros benefícios para os réus, que têm sua*

1 Mestranda em Direito pela UnB – Universidade de Brasília. Especialista em Direito Penal e Processual Penal pela UNIFACS – Universidade Salvador. Graduada em Direito pela Universidade Federal da Bahia – UFBA. Defensora Pública no Estado do Ceará.

2 Sobre o tema, sugerimos a leitura das reportagens publicadas em <https://www.emaisgoias.com.br/doi-reus-sao-condenados-durante-a-audiencia-de-custodia-em-goiania-doutores-em-direito-ficam-surpresos-com-acao/> e <https://www.migalhas.com.br/Quentes/17,MI306810,71043-Juiza+de+Goiias+profere+sentenca+durante+audiencia+de+custodia>

*situação processual resolvida imediatamente, bem como para as partes e para o próprio poder público, haja vista a economia de inúmeros atos processuais que foram concentrados em um único ato processual*³, dividiu opiniões no meio profissional e acadêmico processual penal. De um lado, alguns se posicionaram pelo equívoco de tal decisão, uma vez que não apenas desvirtuava a finalidade mesma da audiência de custódia, isto é, a verificação da legalidade da prisão (inclusive no que concerne à possível prática de tortura) e a necessidade de sua manutenção, como também implicava a supressão de fases, prazos e procedimentos do processo penal tal como regulamentado pelo Código de Processo Penal.

Outros, porém, como a citada magistrada, celebraram a celeridade da decisão, ressaltando a economia que ela representa para o tempo do processo e, conseqüentemente, para os cofres públicos, ao reduzir a quantidade de atos processuais. Ainda por esta visão, todos os atores envolvidos naquele ato (juíza, promotor de justiça, defesa técnica e flagranteados/acusados) seriam beneficiados com essa celeridade, sendo suficiente a presença e a concordância da defesa para que aceleração das etapas processuais estivesse legitimada.

No presente artigo, o que buscarei demonstrar, em um primeiro momento, é como tal decisão é sintomática de um processo de aceleração social característico da pós-modernidade, partindo da compreensão de Hartmut Rosa, segundo a qual as mudanças nas estruturas temporais das sociedades modernas transformam a essência mesma de nossa cultura, estrutura social e identidade pessoal e têm impacto não apenas na forma como nós lidamos, enquanto indivíduos, com o tempo, mas também na forma como as instituições reagem às demandas decorrentes daquela aceleração⁴.

O Poder Judiciário, como evidencia a decisão objeto desta análise, também tem sido afetado por esse processo de aceleração. Especificamente quanto à seara processual penal, as reações do sistema de justiça e, em especial, do Poder Judiciário têm significado a supressão de etapas necessárias para a construção de uma narrativa processual equilibradamente dialógica. Nesta perspectiva, adotando a ideia de polifonia e verdade nas narrativas processuais apresentada por André Karam Trindade e Henriete Karam⁵, busco apresentar como esta nova temporalidade imposta pela aceleração social coloca em risco a função garantidora do processo penal ao permitir à(ao) magistrada(o) proclamar verdades construídas

3 Idem.

4 ROSA, Hartmut. **Aceleración social**: consecuencias éticas y políticas de una sociedad de alta velocidad desincronizada. *Persona y Sociedad*, v. 25, n. 1, p. 9-49, 2011.

5 TRINDADE, André Karam; KARAM, Henriete. **Polifonia e verdade nas narrativas processuais**. *Seqüência*, n. 80, p. 51-74, dez. 2018.

à revelia do tempo necessário para uma escorreita produção probatória e argumentativa.

Ainda nesta linha de raciocínio, utilizo o trabalho de Karin van Marle⁶ para sustentar como a lentidão, enquanto estratégia de abordagem judicial, pode ser necessária para apreciar a particularidade dos eventos (fatos) do processo, aceitando a possibilidade de ruptura com um tempo cronológico, linear e acelerado, a fim de proferir uma decisão mais potencialmente justa e ética.

2. ACELERAÇÃO E PODER JUDICIÁRIO

Vivemos em tempo de indubitável aceleração social. Em nossas vidas cotidianas, temos sempre a permanente sensação de que os dias, meses e anos passam cada vez mais rápido. Os avanços tecnológicos não apenas encurtaram as distâncias, como cantou Gilberto Gil em seu clássico *Parabolicamará*; eles nos permitiram diminuir o tempo de nossas atividades pessoais e profissionais: fazemos muito mais coisas em menor quantidade de tempo. Entretanto, a sensação de que não há tempo suficiente está sempre a nos espreitar.

Esta sensação não é individual. Trata-se de um sentimento experienciado coletivamente, de uma característica universal da pós modernidade que reflete “a experiência de uma mudança na estrutura temporal da sociedade ou, mais exatamente, a experiência de aceleração da vida, cultura e/ou história”⁷. Entretanto, como adverte Hartmut Rosa, esta aceleração não é um processo constante. Ao revés, ela evolui em ondas, geralmente originadas por novas tecnologias ou formas de organização econômica que promovem impactos tanto nos indivíduos quanto nas instituições.

Para Rosa, não existe uma pauta única e universal de aceleração que acelere todos os aspectos da vida social ao mesmo tempo. Entretanto, ele defende que existem ao menos três fenômenos que podem ser reunidos dentro do conceito de aceleração social, embora possam ser separados como três categorias analítica e empiricamente distintas: a) a aceleração tecnológica; b) a aceleração do câmbio social; e c) a aceleração do ritmo de vida.

A primeira pode ser definida, segundo o autor, como os processos intencionais e dirigidos a um objetivo de acelerar o transporte, a comunicação e a produção. A segunda, por sua vez, caracteriza-se por uma aceleração da sociedade em si mesma, isto é, pelo incremento da velocidade das mudanças sociais, repre-

6 MARLE, Karin van. **Law's time, particularity and slowness**. South African Journal on Human Rights, v. 19, n. 2, p. 239-255, 2003.

7 ROSA, Hartmut. **Accleración social**: consecuencias éticas y políticas de una sociedad de alta velocidad desincronizada. Persona y Sociedad, v. 25, n. 1, p. 9-49, 2011. p.9. Tradução livre.

sentando um aumento nas taxas de decadência de fiabilidade nas experiências e nas expectativas. A terceira, por fim, sob uma perspectiva subjetiva, tem efeitos na experiência individual do tempo, fazendo com que as pessoas considerem o tempo escasso, sentindo-se pressionadas por ele e pelo estresse. De uma perspectiva objetiva, ainda de acordo com Rosa, esta aceleração do ritmo de vida pode ser medida de duas maneiras. Primeiro, como uma contração mensurável do tempo usado para ações específicas (como comer, passear, falar com a família etc.), já que ela implica que fazemos mais coisas em menos tempo; em segundo lugar, na mensuração de uma tendência social de “comprimir” as ações e experiência, fazendo e experimentando mais coisas durante um período de tempo dado, mediante a redução das pausas e intervalos, ou fazendo mais coisas simultaneamente, como cozinhar, ver televisão e fazer chamadas telefônicas ao mesmo tempo.

Rosa destaca que essas três esferas da aceleração social se retroalimentam, impulsionando o processo de aceleração. Ele aponta, ainda, três fatores primários que podem ser identificados como “aceleradores chaves”: o motor econômico, o motor cultural e o motor estrutural.

Mas, afinal, qual a relação do Poder Judiciário com o processo de aceleração social? Segundo Rosa, as mudanças nas estruturas temporais das sociedades modernas transformam a essência mesma de nossa cultura, estrutura social e identidade pessoal. Para ele, essas forças de aceleração social superaram as forças dos mesmos agentes e instituições que colocaram tal aceleração em marcha: “a burocracia, o estado-nação, o estrito regime de horário da fábrica, as políticas democráticas, identidades pessoais estáveis”⁸. Por tal razão, essas mesmas instituições – dentre as quais podemos identificar, ainda que implicitamente, o Poder Judiciário – correm perigo de se verem corroídas por aquelas forças, uma vez que se transformaram em obstáculos para futuras acelerações. Aliás, “a ideia mesma de uma ‘instituição’, cuja raiz latina indica seu caráter estático e duradouro, é incompatível com a ideia de uma aceleração ‘total’”⁹.

Especificamente quanto ao Judiciário, não é preciso muito esforço para identificar como a aceleração social tem impactado sua estruturação e funcionamento. Neste sentido, a Reforma do Judiciário, implementada com a Emenda Constitucional nº 45 de 2004, fez incluir, no rol de direitos fundamentais do art. 5º da Constituição da República, o inciso LXXVIII, que dispõe que “a todos, no âmbito judicial e administrativo, são assegurados a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação”.

8 ROSA, Hartmut. *Op. cit.* p.35. Tradução livre.

9 *Ibidem.*

Se, por um lado, a inserção da duração razoável do processo e a celeridade de sua tramitação no rol de direitos fundamentais revela um avanço ao promover alterações reivindicadas pela sociedade civil, amplamente insatisfeita com a morosidade e ineficiência do Judiciário, não há como perder de vista que a EC nº 45/04 “sintetiza consensos que foram pactuados com os grupos de interesse e outros setores da sociedade”¹⁰ e se encaixa no âmbito de uma “estratégia neoliberal de ajustar o setor de justiça para o desenvolvimento do setor privado”¹¹, comum às reformas da justiça em diversos outros países das Américas.

Esta lógica, pautada nas ideias de produtividade e eficiência, resta evidenciada na Exposição de Motivos/MJ nº 204, publicada na página 8 do Diário Oficial da União de 16.12.2004, Seção 1, que propõe a formalização do “Pacto de Estado em favor de um Judiciário mais Rápido e Republicano”, decorrente da mobilização das chefias dos três poderes, com vistas a fortalecer o setor de justiça no Brasil:

Poucos problemas nacionais possuem tanto consenso no tocante aos diagnósticos quanto a questão judiciária. A morosidade dos processos judiciais e a baixa eficácia de suas decisões retardam o desenvolvimento nacional, desestimulam investimentos, propiciam a inadimplência, geram impunidade e solapam a crença dos cidadãos no regime democrático. (...) São essas as premissas que levam os três Poderes do Estado a se reunirem em sessão solene, a fim de subcreverem um Pacto de Estado em favor de um Judiciário mais Rápido e Republicano, consubstanciado nos seguintes compromissos fundamentais: 1. IMPLEMENTAÇÃO DA REFORMA CONSTITUCIONAL DO JUDICIÁRIO Em virtude da ação concertada entre os três Poderes, foi promulgada a EC no 45/2004. Subsequentemente, todas as providências serão adotadas para a implementação das mudanças a provadas até o final do 1º semestre de 2005. Merecem destaque, nesse contexto, a instalação do Conselho Nacional de Justiça e a deflagração dos trabalhos da Comissão Especial Mista do Congresso Nacional, destinada a aprovar medidas legislativas que tornem mais amplo o acesso à Justiça e mais célere a prestação jurisdicional. 2. REFORMA DO SISTEMA RECURSAL E DOS PROCEDIMENTOS Tramitam hoje nas Casas Parlamentares muitos projetos de lei propondo alterações nos Códigos de Processo Civil e de Processo Penal, bem como em aspectos do processo trabalhista. Tais reformas são reclamadas por toda a comunidade jurídica, que deseja regras capazes de agilizar e simplificar os julgamentos – sem prejuízo das garantias individuais. (grifamos)

Movida, portanto, pelo motor econômico do neoliberalismo, a Reforma do Judiciário brasileiro promovida pela EC nº 45/04 traduz o cumprimento de uma agenda internacional e impõe à rotina dos(as) magistrados(as) e servidores(as) uma demanda de celeridade, produtividade e eficiência, imprescindíveis ao funcionamento do sistema capitalista, que “descansa na circulação acelerada de bens e capital em uma sociedade orientada ao crescimento”¹².

10 RAMPIN, Talita Tátiana Dias. **Estudo sobre a reforma da justiça no Brasil e suas contribuições para uma análise geopolítica da justiça na América Latina.** 2018. 436 f., il. Tese (Doutorado em Direito) - Universidade de Brasília, Brasília, 2018. p. 313.

11 *Ibidem*, p. 304.

12 ROSA, Hartmut. *Op. cit.* p.22. Tradução livre.

Esta contudo, não é a única evidência dos impactos da aceleração no âmbito do Judiciário. No campo do processo civil, a Lei nº 13.105/2015, que instituiu o novo Código de Processo Civil, apresenta, em sua Exposição de Motivos, as seguintes considerações:

Levou-se em conta o princípio da razoável duração do processo. Afinal a ausência de celeridade, sob certo ângulo, é ausência de justiça. A simplificação do sistema recursal, de que trataremos separadamente, leva a um processo mais ágil. Criou-se o incidente de julgamento conjunto de demandas repetitivas, a que adiante se fará referência. Por enquanto, é oportuno ressaltar que levam a um processo mais célere as medidas cujo objetivo seja o julgamento conjunto de demandas que gravitam em torno da mesma questão de direito, por dois ângulos: a) o relativo àqueles processos, em si mesmos considerados, que, serão decididos conjuntamente; b) no que concerne à atenuação do excesso de carga de trabalho do Poder Judiciário – já que o tempo usado para decidir aqueles processos poderá ser mais eficazmente aproveitado em todos os outros, em cujo trâmite serão evidentemente menores os ditos “tempos mortos” (= períodos em que nada acontece no processo). (grifamos)

Por sua vez, a Reforma Processual Penal, implementada pelas Leis 11.689/2008, 11.690/2008 e 11.719/2008, nada mais foi do que a extensão, à seara processual penal, da mesma lógica de celeridade e produtividade introduzida pela Reforma do Judiciário de 2004. Neste sentido, a previsão legal da audiência única que, em oposição ao modelo anterior cindido em três sessões distintas, implica a realização de toda a instrução processual, apresentação de alegações finais orais pelas partes e prolação de sentença em audiência, parece refletir o que Rosa identificou como tendência a “comprimir” ações e experiências dentro de certo período de tempo, reduzindo as pausas e intervalos ou fazendo várias coisas simultaneamente, característica da aceleração social moderna¹³.

De igual modo, a inovação legal que autorizou a realização de oitiva de testemunhas e interrogatórios por videoconferência (Lei nº 11.900/2009) – prática esta, aliás, que restou absolutamente banalizada no Judiciário brasileiro à revelia, inclusive, da taxatividade das hipóteses legais para sua realização, sempre sob o discurso da economia e celeridade processuais – reflete a internalização, no processo penal, da aceleração tecnológica da qual falei acima.

Ainda nesta mesma linha, não é possível deixar de mencionar as metas estabelecidas para o Poder Judiciário pelo Conselho Nacional de Justiça (CNJ), criado pela EC 45/04, e os diversos projetos implantados pelos Tribunais de Justiça com foco na celeridade da tramitação processual, dentre os quais destacamos o Projeto “Tempo de Justiça”, realizado por meio de uma parceria entre o Tribunal de Justiça do Estado do Ceará, Ministério Público, Defensoria Pública e Governo do Estado do Ceará, com o objetivo de aumentar a celeridade dos processos judiciais de crimes contra a vida ocorridos em Fortaleza. O projeto conta,

13 *Ibidem.*

inclusive, com uma ferramenta virtual de monitoramento que mede o tempo gasto em cada fase do processo, desde o início da investigação até o julgamento, e com um comitê gestor responsável pela fiscalização do cumprimento dos prazos.

Estes são apenas alguns exemplos dentro de um cenário mais amplo no qual vislumbramos a existência de uma cultura de aceleração institucional no âmbito do Poder Judiciário brasileiro, inclusive na esfera penal, que tem dado ao princípio da celeridade processual primazia absoluta em detrimento de outros tantos princípios imprescindíveis a um processo penal democrático e garantista.

Assim, a sentença proferida pela magistrada da 6ª Vara dos Crimes Punidos com Reclusão de Goiânia, no dia 15 de julho de 2019, durante a audiência de custódia de dois indivíduos acusados da prática do delito de tráfico de drogas, resultando na condenação de um dos réus a um ano e oito meses de reclusão e na desclassificação da imputação para posse de drogas e subsequente remessa ao Juizado Especial Criminal quanto ao outro, não pode ser compreendida fora desta cultura de aceleração institucional. Comprimiram-se, em um único ato (que teve duração média de uma hora e meia, segundo as notícias já citadas), os procedimentos previstos em lei sob o fundamento de “tornar mais ágil a tramitação dos feitos”. Qual é, contudo, o custo dessa aceleração?

3. IMPACTOS DA ACELERAÇÃO JUDICIAL NA CONSTRUÇÃO DE NARRATIVAS POLIFÔNICAS E VERDADES NO PROCESSO PENAL. UMA PROPOSTA DE LENTIDÃO

Para me posicionar acerca dos impactos e custos da aceleração no âmbito do processo penal, é preciso deixar claro que, não obstante o autoritarismo que ainda permeia tanto categorias elementares do processo penal brasileiro¹⁴ quanto sua práxis, entendo o processo como garantia do indivíduo contra o poder do Estado, como um caminho inafastável para tornar legal a aplicação de uma sanção penal a uma pessoa.

Construo essa linha de argumentação para incorporar ao debate sobre aceleração judicial, as ideias de narratividade e polifonia no processo penal apresentadas por André Karam Trindade e Henriete Karam, a fim de tentar demonstrar como aquela aceleração pode ter impactos negativos na construção das narrativas processuais e obliterar o caráter polifônico do processo, desconstituindo-o enquanto garantia e fragilizando a possibilidade de uma tomada de decisão potencialmente justa.

14 GLOECKNER, Ricardo Jacobsen. **Autoritarismo e processo penal**: uma genealogia das ideias autoritárias no processo penal brasileiro. v.1. Florianópolis: Tirant Lo Blanch, 2018.

Na obra *Polifonia e verdade nas narrativas processuais*, aqueles autores, partindo das ideias de Mikhail Bakhtin sobre a natureza dialógica da linguagem e a polifonia, propõem-se a investigar a função narrativa desempenhada pelos juízes no julgamento de casos concretos e a refletir sobre o conceito de verdade implicado no âmbito da decisão judicial.

Trindade e Karam sustentam que “[t]odo processo judicial é uma narrativa que contém diversas narrativas, e as diferentes vozes que, nele, podem se fazer presentes remetem à já abordada noção bakhtiniana de polifonia”. Concluem, em seguida, que “não há Direito – e tampouco justiça – sem narração”¹⁵, razão pela qual, no processo judicial, estaríamos diante de uma verdadeira polifonia processual, ao menos a nível ideal. Nesta narrativa processual, contudo, “a polifonia se extingue com a sentença, já que, ao deliberar, o juiz proclama a verdade daquele caso”¹⁶.

Com efeito, “o processo judicial caracteriza-se pelo antagonismo entre as versões oferecidas pelas partes a respeito de determinados fatos”¹⁷. Referindo-se sempre a um fato pretérito, o processo penal apenas poderá trabalhar com as informações existentes dentro dos autos, isto é, com “provas e argumentos derrotados e vencedores, em ambiente pragmático de atribuição de sentido”¹⁸, de modo que “a versão oficial [a verdade declarada pelo(a) juiz(a) ao fim do processo] pode se distanciar do que de fato ocorreu”, já que é “nos jogos de linguagem que o significante probatório ganhará sentido no contexto em que é invocado”¹⁹.

Se a “verdadeira verdade” é inalcançável pelo(a) juiz(a), o “processo como procedimento em contraditório e a motivação adequada serão os componentes capazes de legitimar os provimentos decisórios, desde que devidamente articulados”²⁰. Nesta linha de raciocínio, é possível afirmar que a *forma* como o argumento de cada parte será construído ao longo do processo e a possibilidade de que tal argumento seja *efetivamente ouvido* dentro do processo é que farão a diferença entre uma narrativa processual polifônica ou monofônica e entre uma decisão potencialmente justa ou injusta. Este, portanto, parece-nos ser o ponto focal do debate sobre os custos da aceleração no âmbito do julgamento penal.

Não temos dúvida de que a morosidade processual é um dos grandes problemas do processo penal, notadamente em um país que tem na prisão preventiva

15 TRINDADE, André Karam; KARAM, Henriete. **Polifonia e verdade nas narrativas processuais**. Seqüência, n. 80, p. 51-74, dez. 2018. p. 62.

16 *Ibidem*, p. 61.

17 *Ibidem*, p. 62.

18 ROSA, Alexandre Moraes da. **Guia do processo penal conforme a teoria dos jogos**. 4ª ed. rev. atual. e ampl. Florianópolis: Empório do Direito, 2017. p. 158.

19 *Ibidem*, p. 147.

20 *Ibidem*, p. 144.

não uma medida excepcional, mas praxe corriqueira nas varas criminais²¹. Uma vez privada cautelarmente a liberdade de uma pessoa presumidamente inocente, é imprescindível que seu processo tenha um trâmite célere.

Todavia, como bem alerta Daniel Kessler de Oliveira, a demora processual está longe de ser o único problema do processo penal brasileiro ou o mais grave dele, de modo que “[n]ão se pode pretender trazer a aceleração de nossa sociedade contemporânea, com toda sua instantaneidade, para dentro do espaço processual penal, que necessita ter o seu tempo e observar os seus prazos”²². Por tal razão, impõe-se a árdua missão de encontrar o *difícil equilíbrio entre o processo demasiadamente acelerado, em que se atropelam os direitos e garantias fundamentais e, de outro, aquele que se arrasta, equiparando-se à negação da tutela da justiça e agravando o conjunto de penas processuais ínsitas ao processo penal*²³.

Com efeito, o que parece se perder de vista é que, antes de enunciar a celeridade processual, a CF assegura, em seu art. 5º, inciso LXXVIII, a *duração razoável* do processo e, no inciso LIV, que “ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal”. Tais enunciados precisam ser lidos de maneira harmônica, uma vez que “[i]ntegra o direito de ser julgado em um prazo razoável (...) a vedação ao ‘atropelo procedimental’”²⁴, notadamente quando o que está em jogo é a liberdade de uma pessoa.

Neste contexto, revela-se pertinente a afirmação de Karin Van Marle²⁵ de que, da mesma forma em que o direito falha em reconhecer verdadeiramente uma lembrança e uma imaginação do passado e do futuro que desafia sua estrutura institucional, ele falha em prestar atenção e reconhecer a particularidade dos eventos que são submetidos à sua apreciação, generalizando-os e submetendo-os a um tempo universal – tempo este que, hoje, encontra-se em processo de elevada aceleração. Para a autora, uma atitude de lentidão ou persistência, no âmbito do direito, é necessária para apreciar a particularidade do evento que demanda uma resposta jurídica já que “a busca e preocupação com a justiça precisam de uma lentidão, uma abordagem de atenção”²⁶.

21 Segundo o último levantamento oficial feito pelo INFOPEN, em junho de 2016 40% das pessoas presas no Brasil eram presas provisórias. Este percentual chegava às alarmantes cifras de 66% no estado do Ceará, 65% em Sergipe e 64% no Amazonas. INFOPEN Atualização – Junho de 2016. Org. Thandara Santos; Colaboração, Marlene Inês da Rosa [et al]. Brasília: Ministério da Justiça e Segurança Pública. Departamento Penitenciário Nacional, 2017.

22 OLIVEIRA, Daniel Kessler de. **A celeridade processual e a prova delivery no processo penal**. Disponível em: <https://canalcienciascriminais.com.br/a-celeridade-processual-e-a-prova-delivery-no-processo-penal/>. Acesso em 27 jul. de 2019.

23 LOPES JÚNIOR. *apud* OLIVEIRA, 2016

24 LOPES JÚNIOR, Aury. **Direito processual penal e sua conformidade constitucional**. v. II, 7ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011. p. 10

25 MARLE, Karin van. **Law’s time, particularity and slowness**. South African Journal on Human Rights, v. 19, n. 2, p. 239-255, 2003.

26 *Ibidem*, p. 243. Tradução livre.

Se tomarmos como ponto de partida a compreensão trabalhada acima de que vivemos, hoje, uma cultura generalizada de aceleração institucional no âmbito do Poder Judiciário, que tem demandado a supressão de fases e garantias em nome da celeridade processual, não seria exagero afirmar que insistir no respeito ao devido processo legal e na necessidade de que os procedimentos processuais penais não sejam atropelados, fundidos ou suprimidos, dando ao processo o tempo necessário e razoável para a construção das narrativas que lhe são inerentes, é adotar uma abordagem de lentidão como forma de prestar atenção às particularidades de cada caso.

Aplicada ao processo penal, tal abordagem problematiza a noção de ambiguidade e fluidez do significado das palavras e, portanto, das narrativas apresentadas dentro do processo, buscando constituir-lo enquanto uma narrativa verdadeiramente polifônica, tal como proposto por Trindade e Karam. Como informa Marle, as palavras têm diferentes significados em diferentes contextos. Assim, o que é dito em sede de inquérito policial e reduzido a termo sem contraditório nem sempre restará corroborado durante a instrução processual: as narrativas de vítimas, testemunhas e acusados oscilarão em significantes e significados a depender do contexto e da forma de sua colheita e é necessária atenção para identificar estas sutilezas.

Neste sentido, e trazendo tal linha argumentativa para a situação posta em análise, temos que, atenta às finalidades específicas da audiência de custódia e às particularidades da situação de quem acabou de ser detido em suposto flagrante, a Resolução 213 do CNJ expressamente determina que o(a) magistrado(a) deve se abster de formular perguntas com finalidade de produzir prova para a investigação ou ação penal relativas aos fatos objeto do auto de prisão em flagrante. De igual modo, determina que a ata da audiência conterá, apenas e resumidamente, a deliberação fundamentada do magistrado quanto à legalidade e manutenção da prisão, cabimento de liberdade provisória sem ou com a imposição de medidas cautelares diversas da prisão; ademais, a oitiva da pessoa custodiada deverá ficar arquivada na unidade responsável pela audiência de custódia e, portanto, indisponível para o juízo que venha a apurar o mérito de eventual ação penal.

Todas essas determinações buscam evitar um atropelamento dos procedimentos e a contaminação do julgamento de mérito da eventual ação penal com as narrativas apresentadas em sede de audiência de custódia, que possui finalidade absolutamente distinta da de uma audiência de instrução. Por outro lado, a fusão entre os dois procedimentos obstaculiza que outras vozes adentrem no processo, tais como depoimentos de testemunhas, perícias, documentos etc., impedindo sua constituição como narrativa polifônica que deveria ser ao ignorar a necessidade do contraditório e da ampla defesa na produção probatória.

Deste modo, um “atraso” na leitura do texto processual é também uma atitude de responsabilidade com o julgamento do feito ao permitir que as partes tomem “conhecimento daquilo que não pode ser conhecido, daquilo que escapa à interpre-

tação²⁷ em uma etapa preliminar da instrução criminal, centrando-se no que não pode ser sistematizado, previsto e antecipado naquele momento.

Deve-se destacar, contudo, que a estratégia do atraso, embora exponha a dificuldade de interpretação, não a torna impossível; embora exponha o limite da justiça, não nega a justiça. Ao revés, seguir a abordagem da lentidão sugerida por Marle, de “aceitar a possibilidade de múltiplas verdades, a ruptura do tempo cronológico e a ideia de justiça como o limite do direito e dos procedimentos legais institucionalizados”²⁸ pode viabilizar que as razões dadas para uma decisão sejam mais ricas e reflexivas, evitando-se a tomada de decisões injustas.

Neste ponto, retornamos a Trindade e Karam para reforçar que “o dialogismo presente no processo judicial, intrínseco a toda e qualquer produção discursiva, é acentuado pela garantia do contraditório”²⁹ e, acrescento, da ampla defesa, que demanda a concessão, ao acusado, do tempo e dos meios adequados para a preparação da sua defesa, nos exatos termos prescritos pelo art. 8.2, alínea “c”, da Convenção Americana de Direitos Humanos.

4. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Com as considerações acima, busquei demonstrar, a partir da decisão proferida pelo juízo 6^a Vara dos Crimes Punidos com Reclusão de Goiânia no dia 15 de julho de 2019, como a aceleração social tem impactado na atuação do Judiciário e como este movimento pode ensejar a violação de garantias ao acelerar as narrativas processuais, impedindo a construção de um processo penal polifônico.

Ciente de que a morosidade é um grave problema no âmbito do processual penal brasileiro, máxime quando se trata de processos com réus privados cautelarmente de suas liberdades, o que defendo não é a prolongação indefinida ou irresponsável do processo. Por mais que a compressão de atos e fases processuais possa se basear em “boas intenções”, é preciso ter em mente que, em um processo penal acusatório e democrático, a forma é garantia – e não mero formalismo, sendo imprescindível compatibilizar a necessária celeridade processual com o devido processo legal e o tempo adequado para o bom desenvolvimento (e escuta) das narrativas que conduzirão o(a) magistrado(a) à sua decisão.

Ademais, não se pode perder de vista que o argumento de que uma sentença em sede de audiência de custódia, nos termos da que foi proferida em Goiás, é vantajosa para o réu, pois pode evitar sua privação de liberdade ante a pena aplicada apenas

27 MARLE, Karin van. *Op. Cit.* p. 250/251. Tradução livre.

28 *Ibidem*, p. 254. Tradução livre.

29 TRINDADE, André Karam; KARAM, Henriete. *Op. Cit.* p. 59.

demonstra como o instituto da prisão preventiva encontra-se desvirtuado em nosso país: o que, afinal, justificaria uma prisão cautelar para um acusado que preencha os requisitos exigidos em lei para o reconhecimento do privilégio no crime de tráfico de drogas?

É com esta perspectiva que proponho, portanto, a adoção da abordagem da lentidão de Karin van Marle como estratégia de atenção às sutilezas do processo penal. Se caberá ao(à) magistrado(a) decidir, ao fim do processo, a “verdade” dos fatos e a privação ou não da liberdade de um indivíduo, é imprescindível que ele(a) ouça de maneira atenta as narrativas apresentadas pelas partes, testemunhas, documentos e perícias e produzidas no tempo e forma legais, a fim de que sua decisão seja tomada de maneira minuciosa e consciente sobre as particularidades de cada caso. Do contrário, não há justiça possível.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

GLOECKNER, Ricardo Jacobsen. **Autoritarismo e processo penal**: uma genealogia das ideias autoritárias no processo penal brasileiro. v.1. Florianópolis: Tirant Lo Blanch, 2018.

MARLE, Karin van. **Law's time, particularity and slowness**. South African Journal on Human Rights, v. 19, n. 2, p. 239-255, 2003.

LOPES JÚNIOR, Aury. **Direito processual penal e sua conformidade constitucional**. v. II, 7ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

OLIVEIRA, Daniel Kessler de. **A celeridade processual e a prova delivery no processo penal**. Disponível em: <https://canalcienciascriminais.com.br/a-celeridade-processual-e-a-prova-delivery-no-processo-penal/>. Acesso em 27 jul. de 2019.

RAMPIN, Talita Tatiana Dias. **Estudo sobre a reforma da justiça no Brasil e suas contribuições para uma análise geopolítica da justiça na América Latina**. 2018. 436 f., il. Tese (Doutorado em Direito) - Universidade de Brasília, Brasília, 2018.

ROSA, Alexandre Morais da. **Guia do processo penal conforme a teoria dos jogos**. 4ª ed. rev. atual. e ampl. Florianópolis: Empório do Direito, 2017.

ROSA, Hartmut. **Aceleración social**: consecuencias éticas y políticas de una sociedad de alta velocidad desincronizada. Persona y Sociedad, v. 25, n. 1, p. 9-49, 2011.

TRINDADE, André Karam; KARAM, Henriete. **Polifonia e verdade nas narrativas processuais**. Sequência, n. 80, p. 51-74, dez. 2018.

A DANÇA DAS CADEIRAS E O SISTEMA ACUSATÓRIO

SAULO MURILO DE OLIVEIRA MATTOS

Antes de os jogos eletrônicos terem assumido a governabilidade da infância, observava-se uma brincadeira conhecida como dança das cadeiras, em que o número de crianças era sempre maior do que o número de cadeiras disponíveis para se sentar. Finalizada a música com as quais as crianças circulavam em torno das cadeiras, uma ficava de fora. Desenvolvia-se o jogo lúdico até ficarem duas crianças em disputa de uma única cadeira. O caráter lúdico, adrenalizante e competitivo desse jogo infantil inspira algumas reflexões sobre a estrutura física, estética e dinâmica do sistema acusatório brasileiro, em especial quanto à cadeira que o Ministério Público deve ocupar para que se confirme a vivência acusatória nas salas de justiça. Antes da abordagem técnico-jurídica, alguns relatos sobre questões práticas permitirão uma análise não tão aforística sobre o tema.

Costuma-se na interinstitucionalidade entre Defensoria Pública e Ministério Público ser pontuado, quando realizadas audiências de instrução, que o Ministério Público deve se sentar à mesa com a Defensoria, de preferência frente a frente, e não à direita com o Poder Judiciário. Questionamento semelhante se dá no Tribunal do Júri, com o acréscimo de que o Ministério Público não pode ficar em um degrau acima da Defensoria Pública.

A fim de reparar essa disposição de cadeiras, houve casos em que a própria Defensoria Pública sentou-se ao lado do Ministério Público, no canto direito que ladeia o juiz, para que ficasse, a todo custo, configurado um processo penal de partes e com paridade de armas – mais próximo do juiz, as armas processuais penais se tornam mais potentes e, em equidistância, equilibram-se as forças processuais de cada parte.

Muitas discussões já foram travadas, com episódios midiáticos inclusive. Essas discussões são pautadas também por advogados e pela própria OAB como entidade representativa, embora os debates mais acalorados tenham sido estabelecidos entre Ministério Público e Defensoria Pública.

Como se verá adiante, essa tensão interinstitucional chegou ao Conselho Nacional de Justiça e ao Supremo Tribunal Federal. As leis institucionais do Ministério Público, a Lei de n. 8.625/93 (art. 41, XI) e a Lei n. 75/1993 (art. 18, I, alínea “a”), asseguram aos membros dos Ministérios Públicos Estaduais e da

União a possibilidade de tomarem assento à direita de juízes de 1º grau, Presidente de Tribunal, Câmara ou Turma. O art. 4º, §7º, da Lei n. 80/94 (Lei Orgânica da Defensoria Pública), embora não diga em que posição deve sentar a Defensoria Pública, prescreve que aos membros da Defensoria Pública é garantido sentar no mesmo plano do Ministério Público. O art. 6º da Lei n. 8.906/94 (Estatuto da Ordem dos Advogados do Brasil) pontua que não há hierarquia nem subordinação entre advogados, magistrados e membros do Ministério Público, devendo todos tratar-se com consideração e respeito recíprocos.

O entendimento do Superior Tribunal de Justiça é no sentido de que esse tomar assento à direita é prerrogativa institucional do Ministério Público, que se refere à disposição física da sala de audiências e que não pode ser interpretado como nulidade (Resp 1730900/SC, Rel. Ministro Jorge Mussi, Quinta Turma, julgado em 23/08/2018).

Já no Supremo Tribunal Federal, a questão está sendo pensada de forma mais direta. Foi proposta ação direta de inconstitucionalidade pelo Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil, na qual foi questionada a constitucionalidade dos dispositivos acima citados, que, segundo argumentos desenvolvidos na inicial, fundam-se “*na estrutura patriarcal e na ideologia de casta entranhadas na história brasileira, que durante muito tempo permitiu a manutenção de tratamentos privilegiados que não são, em grande parte dos casos, visualizados como tais*” (ADI 4768/2012, fl. 05).

Solicitada medida cautelar para a suspensão liminar da eficácia dos dispositivos impugnados, a Ministra Relatora Carmem Lúcia, em 29 de maio de 2012, negou o pedido e destacou: “*seria temerário o julgamento meramente cautelar e, portanto, precário da questão posta. A posição do membro do Ministério Público à direita do magistrado ou do presidente de órgão colegiado, constitucional ou não, constitui prática secular baseada não apenas no costume, mas também na legislação, não se cumprindo os requisitos de urgência ou risco de danos decorrentes do tempo próprio do curso do processo.*” Até o presente momento, não foi divulgada data de julgamento pelo plenário.

O Conselho Nacional de Justiça analisa a questão no procedimento de controle administrativo de n. 0001023-25.2011.2.00.0000, instaurado por requerimento de membros do Ministério Público do Distrito Federal por terem se insurgido contra a mudança de disposição de cadeiras feita unilateralmente por dois juízes, que os colocaram frente a frente com a defesa, esvaziando-se a prerrogativa institucional. Liminarmente, entendeu-se que a prerrogativa do Ministério Público deve ser respeitada, reorganizando-se o *layout* das salas de audiência.

Com ressalvas de outras discussões casuísticas que se espalham aqui e acolá, esse é o panorama interinstitucional sobre o assunto. Essa dança das cadeiras, afinal, valeria a pena? Definiria o sistema acusatório?

Para registro de posicionamento, entende-se que o Ministério Público é parte no processo penal¹, que quem efetivamente fiscaliza o procedimento é o juiz, e que o acoplamento da ideia de fiscal da lei e parte na dinâmica processual sugere confusões estéticas, referente à alocação das partes na sala de audiências, e dificulta a possibilidade de desenvolvimento de uma persecução penal forte pelo Ministério Público, além de não determinar o regime de expectativas dos demais sujeitos processuais em relação à atuação do Ministério Público.² No Código de Processo Penal não está previsto, de forma didática, em quais situações o Ministério Público atuará como parte ou fiscal da lei (art. 257, incisos I e II, do CPP). Em concepção interpretativa mais abrangente, todos são fiscais da lei, todos querem discutir a boa razão que pode resultar da aplicação da lei penal.

Os sujeitos processuais fiscalizam-se, é atividade de reciprocidade, em busca de um controle horizontal de qualidade da informação (assertivas processuais) e da produção probatória. No diálogo entre os micropoderes processuais penais, cabe ao juiz zelar pela legalidade do procedimento e determinar, com o auxílio da interpretação constitucional, as situações excepcionais em que o eventual descumprimento de um dispositivo procedimental não descaracterize a acusatoriedade processual penal. Trata-se de respeitar as regras processuais, porque, como assinala Franco Cordero (2000, p. 88), no *“processo inquisitivo pode-se, de qualquer modo, obter o resultado, sendo que, para que haja respeito à forma acusatória, tanto menos espaço ocupa o órgão que julga, tanto mais devem ser considerados os ritos”*.

Em prospecção legislativa, sendo parte, acertada a visão que o retira da lateralidade direita do juiz para situá-lo no mesmo plano da defesa, de modo que as duas inteligências institucionais se vejam e se sintam em igualdade processual.

Diverso é o posicionamento de Lenio Streck, que entende que a composição cênica da sala de audiências em formato adversarial é insuficiente para resolver a ideia de democratização do processo penal, e que o Ministério Público ocupa, por prerrogativa funcional, um lugar diferente, à direita do juiz, porque, de fato, é diferente funcionalmente da Defensoria Pública, assim como esta possui outras diferenças no exercício da função defensiva, prazo em dobro etc. E arremata: *“portanto, a propalada “readequação” “mobiliária” da sala de audiências – ao procurar “isonomizar e/ou igualar” o Ministério Público à defesa (que é sempre defesa do indivíduo) –, na verdade busca, consciente ou inconscientemente, corpo-*

1 Entende-se, para a interpretação aqui proposta, que esse ser parte no processo penal se refere à persecução penal em andamento, tanto na fase investigativa quanto na judicial propriamente dita. O membro do Ministério Público, porém, de forma autônoma, pode exercer atividades estritamente fiscalizatórias, quando procede a visitas e inspeções em presídios, delegacias de polícia e exerce o denominado controle externo da atividade policial de forma concentrada.

2 Francesco Carnelutti (1950, p. 219) registra que quando começou a estudar o Ministério Público essa qualidade ambígua da instituição – parte imparcial –, o levou a indagar se isso não seria o mesmo que pensar na quadratura de um círculo.

rativamente ou não, desqualificá-lo, tendo como pano de fundo o velho paradigma liberal-individualista, em que o Estado colocava suas baterias na defesa do indivíduo, e em que o Estado era contraposto à sociedade. E nisso reside o equívoco: a sociedade não deve ser contraposta ao Estado; esse dualismo é falso” (STRECK, p. 13).

Leonel González (2018, p. 29) apresenta pequena nota histórica ao lembrar que, no começo do século XIX, dois modelos de Ministério Público eram discutidos na Europa Continental, um que se referia à formação de um organismo que representasse a sociedade e as vítimas dos delitos e outro que pretendia recuperar a figura do promotor do Rei e associar o Ministério Público à proteção da autoridade e defesa da legalidade. Para esse autor, esses dois modelos culturais contribuíram para a hibridização de funcionalidades em um só órgão: ser parte e ser fiscal da lei à semelhança de um terceiro imparcial. Conclui que os deveres de profissionalismo, lealdade e boa-fé (evitar alterar as regras do jogo) são diretrizes que ajudam a reinterpretar essa objetividade que se costuma atribuir ao Ministério Público, distinguindo-a do conceito de imparcialidade característico do Poder Judiciário.

Feitas essas considerações, o que se tem observado, porém, é que esse intenso desejo pelo deslocamento cênico do Ministério Público na sala de audiências, saindo do seu lugar de prerrogativa, não garante a acusatoriedade do processo penal. A simples mudança cênica pode escamotear outras questões que impedem a estruturação do sistema acusatório, o qual deve se configurar, minimamente, em dimensões estética (o que se visualiza a partir de um olhar externo), estática (o explícito regime jurídico de cada sujeito processual), dinâmica (a atuação concreta de cada sujeito processual) e crítica (o que pode ser aperfeiçoado).

Ao separar, por opção metodológica conceitual, sistema acusatório e princípio acusatório, este como integrante daquele, Geraldo Prado (2005, p. 107), servindo-se das lições de Giovanni Conso, Jorge de Figueiredo Dias e Francesco Carnelutti, sintetiza que o princípio acusatório é *“um princípio fundado na oposição entre acusação e defesa, ambas com direitos, deveres, ônus e faculdade, só se desenvolve regularmente em um processo de partes, centrado nas relações recíprocas que se estabelecem”*, algo que pode ser visto como uma fotografia (estatuto jurídico dos sujeitos processuais) ou como um filme (visão dinâmica do fenômeno processual).

É com Jacinto Nelson de Miranda Coutinho (2018, p. 138), no entanto, que os caminhos reflexivos se tornam abertos para se entender a centralidade principiológica que oferece unidade ao sistema acusatório, já que, em doutrina, consolidou-se a afirmação de que todos os sistemas processuais penais são mistos. Ele desloca o senso comum dogmático para apontar que o núcleo do problema no sistema processual penal é a gestão probatória, e será este o aspecto capaz

de determinar se um sistema é acusatório ou inquisitório. Convém lembrar, a propósito, o registro histórico feito por Franco Cordero (2000, p. 47): “*é falso que o método inquisitório seja equivalente a processo sem autor: nas ordonnance criminelle de 1670, monumento do engenho inquisitorial, o monopólio da ação cabia aos homens do reis.*”

Aporta-se, nesse exato momento, na gestão probatória do processo penal como principal questão para balizar a predominância acusatória no processo penal. Sistemas puros só os ideais descritivos.³ Discutir o sistema acusatório é discutir o fundamento do fundamento do direito processual penal, não podendo a doutrina se contentar em dizer que se trata de discussão superada ou que os sistemas processuais penais agonizam diante de uma iminente morte teórica sobre essa questão. (COUTINHO, 2018, p. 65)

Permite-se a recordação de um caso judicial que une essas duas pontas reflexivas: a) a separação das funções de acusar, defender e julgar, atribuídas a sujeitos processuais distintos, a repercutir na composição cênica da sala de audiência; b) a gestão probatória no processo penal.

Relate-se o caso. Antes de realizada a primeira audiência do dia, conversas preliminares entre juiz, promotor e defensoria pública sobre a possibilidade de o promotor de justiça não se sentar ao lado direito do juiz, convidando-o a compor a mesa em posição frontal com a defesa. O promotor concordou, disse que sentaria no mesmo plano da defesa, com a ressalva de não ficar de costas para a porta de entrada da sala de audiências. O juiz lhe disse que poderia se sentar à diagonal direita em respeito à sua prerrogativa. O promotor registrou que o juiz não poderia ao mesmo tempo desconsiderar a prerrogativa de se sentar à direita, para depois usá-la para estabelecer plano igualitário entre acusação e defesa. Superado pacificamente esse primeiro colóquio acusatório entre os sujeitos processuais, começa a audiência. Tratava-se de instrução de crime de roubo e o Ministério Público na denúncia não indicou a vítima como fonte de elementos probatórios. O juiz, sem titubear, disse que não dava para conduzir um processo de roubo sem ouvir a vítima, e que iria ouvi-la como prova do Juízo. Perguntou: tudo bem para a Defensoria Pública?. A defesa disse um tranquilo sim e o processo seguiu.

Perceba-se como, após debater o posicionamento geográfico do Ministério Público em sala de audiências, a defesa permite que o processo se transfigure em inquisitório ao consentir que o juiz de ofício insira no processo uma fonte de prova que caberia ao Ministério Público trazê-la, o que compromete sua impar-

3 “Obviamente a construção teórica dos dois modelos e a decisão a respeito do que neles é essencial e do que, ao invés, é contingente são amplamente convencionais, sendo vinculados apenas à tendente presença dos elementos assumidos como constitutivos nas respectivas tradições históricas e sobretudo à sua compatibilidade lógica.” (FERRAJOLI, 2010, p. 519)

cialidade, porque lá atrás ele, o juiz, já havia dito que não seria possível conduzir um processo penal de roubo sem ouvir a vítima. Por que não seria possível? O consenso interpretativo judicial, o senso comum teórico, aponta que para se condenar é importante contar com a oitiva da vítima.

Por outro lado, sem ouvir a vítima, o prognóstico é de que haja dúvida sobre a autoria e até sobre a própria existência do fato. Havendo dúvida, a regra de julgamento *in dubio pro reo* (art. 5º, LVII, da CF) se impõe, devendo ser proferida sentença absolutória. Por isso, ao trazer nova fonte de prova ao processo, o juiz quebra sua imparcialidade e a regra técnica de julgamento que deveria ser aplicada a partir do contexto fático e probatório estabilizado nos autos com a atividade probatória unicamente realizada a cargo das partes.

Nessa situação, tem-se um processo penal esteticamente acusatório, mas dinamicamente inquisitório, isso porque a Defensoria Pública se fez de desatenta à indecorosa proposta judicial de se substituir à atividade probatória do Ministério Público. Com toda razão, Jacinto Nelson de Miranda Coutinho (2018, p.113) quando diz que cada parte deve estar no seu lugar constitucionalmente demarcado e quando evolui a reflexão para dizer que o fundamento de identificação do sistema acusatório no processo penal é a gestão probatória, que não deve ficar sob a responsabilidade do juiz. No entanto, mesmo quando demarcado o lugar de cada um na sala de instrução para homenagear a composição acusatória, a convivência e incontinência inquisitória dos sujeitos processuais podem tornar essa composição apenas uma cena teatral, nada mais.

No plano hipotético, é possível pensar na existência de uma visão institucional da Defesa (Defensoria Pública e OAB) voltada ao exercício de superficial demarcação de território no processo penal, uma cartografia processual que não garante a higidez da gestão probatória, só para dizer: *venci mais essa batalha, eles – os promotores de justiça – não são juízes*. Ou também porque não se faz questão de saber que a gestão probatória é fundamental para a definição acusatória, ou porque, mesmo sabendo, se compraz plena e unicamente com o posicionamento do Ministério Público em sua frente para que os olhos institucionais possam se entreolhar em disputa adversarial, e nada mais.

Essa breve análise sugere pensar que a discussão sobre qual lugar o Ministério Público deve se sentar, se frente a frente com a Defesa ou ao lado direito do juiz, passa a ser uma questão secundária quando se visualiza que as partes consentem com a prática inquisitória de introdução de fontes de provas pelo juiz. No caso em análise, preferível que o promotor de justiça continuasse em seu lugar tradicional, concedido por prerrogativa de lei, porém que não houvesse produção probatória de ofício. Seria menos danoso à acusatoriedade do processo penal. Por óbvio, será sempre melhor quando as duas possibilidades forem respeitadas:

defesa e acusação no mesmo plano, sem pender para qualquer um dos lados do Poder Judiciário, e gestão probatória a cargo das partes.

A acusatoriedade processual penal se situa no terreno da fricção dogmática e ainda movimentada muitas reflexões, principalmente entre os comparatistas processuais penais, nem sempre voltadas a fechar o conceito de sistema acusatório e seu possível reverso, o sistema inquisitório. Maximo Langer (2017, p. 307/308) alerta que “*a dicotomia acusatório-inquisitório contribuiu para limitar os tipos de temas ou questões que os estudos de processo penal comparado percorreram*”.

Mirjan Damaska, o grande comparatista processual penal, optou por estudar as diversas estruturas de autoritarismo que se manifestam em procedimentos penais no mundo, sendo insuficiente para esse propósito a classificação binária acusatório/inquisitório. Lorena Bachmaier Winter entende como reducionista a distinção entre acusatório e inquisitório. Para essa autora, o estudo dos sistemas processuais penais deve ultrapassar esse formato rígido classificatório. Considera que o reconhecimento de um eixo comum de direitos e garantias fundamentais é chave interpretativa importante para acolher e distinguir os diversos modelos processuais.

Para Alberto Binder, a Justiça Penal está envolvida em um complexo emaranhado de tradições inquisitórias que invadem, continuamente, as reformas processuais penais que pretendem dar ares acusatórios ao processo penal. Juan Montero Aroca qualifica o princípio acusatório como slogan político, porque o inquisitório, com as características que lhe atribui a doutrina, não seria propriamente dito um processo, por isso desnecessária essa classificação.

Kai Ambos, com recortes históricos que remontam à Antiguidade, tenta compreender o significado do sistema acusatório, como também se seria possível, diante da configuração transnacional do Direito Penal, classificar o processo penal internacional em adversarial, inquisitivo ou misto. Teresa Armenta Deu coloca que não existe modelo processual perfeito, que nenhum modelo vigente, a rigor, atenderia a exigência de um devido processo, e que há de se fazer uma distinção entre os adjetivos acusatório e adversarial, este relacionado à audiência e contradição entre as partes. São infundáveis as discussões.

Mesmo com todos os prodigiosos trabalhos acadêmicos desses autores, não se pode perder a oportunidade e capacidade de pensar, a partir de relatos de casos práticos da realidade processual penal brasileira, como estéticas acusatórias podem preparar emboscadas inquisitórias.

Na dança das cadeiras dos sujeitos processuais, tem faltado assento ao sistema acusatório.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- AMBOS, Kai. **Principio y proceso acusatorio desde una perspectiva histórica.** Derecho Penal Contemporáneo: Revista Internacional, n. 28, p. 5-36, 2009.
- _____. **International criminal procedure:” adversarial”, ” inquisitorial” or mixed?.** International Criminal Law Review, v. 3, n. 1, p. 1-37, 2003.
- ARMENTA DEU, Teresa. **Debido proceso, sistemas y reforma del proceso penal.** Revista Brasileira de Direito Processual Penal, Porto Alegre, vol. 1, n. 1, p. 121-139, 2015. <http://dx.doi.org/10.22197/rbdpp.v1i1.7>
- AROCA, Juan Montero. **El principio acusatorio entendido como eslogan político.** Revista Brasileira de Direito Processual Penal, v. 1, n. 1, p. 2, 2015.
- BINDER, Alberto M. **La reforma de la justicia penal: entre el corto y el largo plazo.** Sistemas Judiciales, v. 2, n. 3, 2002.
- CARNELUTTI, Francesco. **Cuestiones sobre el proceso penal.** Trad. Santiago Sentís Melendo: Buenos Aires, Librería El Foro, 1950.
- COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. **Observações sobre os sistemas processuais penais/ Organizadores: Marco Aurélio Nunes da Silveira e Leonardo Costa de Paula: Curitiba: Observatório da Mentalidade Inquisitória, 2018.**
- CORDERO, Franco. **Procedimiento Penal**, Tomo I, Editorial Temis S. A- Santa Fe de Bogotá-Colombia 2000
- _____. **Procedimiento Penal**, Tomo II, Editorial Temis S. A- Santa Fe de Bogotá-Colombia 2000
- DAMAŠKA, Mirjan. **Structures of authority and comparative criminal procedure.** The Yale Law Journal, v. 84, n. 3, p. 480-544, 1975.
- FERRAJOLI, Luigi. **Direito e razão: teoria do garantismo penal.** São Paulo: RT, 2010.
- GLOECKNER, Ricardo Jacobsen. **Sistemas Processais Penais.** Florianópolis: Empório do Direito, 2017.
- GONZALEZ, Leonel Postigo. **Pensar na reforma judicial no Brasil.** Florianópolis: Empório do Direito, 2018
- LANGER, Maximo. **The Long Shadow of the Adversarial and Inquisitorial Categories (November 27, 2013).** Forthcoming in Oxford Handbook of Criminal Law, Markus D. Dubber & Tatjana Höernle eds., Oxford University Press, 2014; UCLA School of Law Research Paper No. 13-41. Available at SSRN: <https://ssrn.com/abstract=2360617>
- WINTER, Lorena Bachmaier. **Proceso penal y sistemas acusatorios.** Marcial Pons, 2008.
- PRADO, Geraldo. **Sistema acusatório: a conformidade constitucional das leis processuais penais.** 3.ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.
- STRECK, Lenio Luiz. **O mito da concepção cênica da sala de audiências (sic) e o problema dos paradoxos – a geopolíticas do foro da restinga.** Disponível em http://www.amprs.org.br/arquivos/comunicacao_noticia/artigo_lenio_streck_60212.pdf. Acesso em 13/11/2019.

A FÁCIL CONDENAÇÃO DO DJ RENNAN DA PENHA: DO BAILE FUNK À IMPUTAÇÃO POR ASSOCIAÇÃO PARA O TRÁFICO

VINÍCIUS DE ASSIS ROMÃO¹

1. INTRODUÇÃO

Este trabalho faz uma análise criminológica da condenação do artista nacionalmente conhecido como DJ Rennan da Penha, apontado como um dos responsáveis pela revalorização do funk carioca, ao fazer parte de um movimento que repaginou o ritmo com a modalidade do 150 BPM (batidas por minuto). No auge da carreira, após uma sequência longa de shows lotados, uma apresentação no carnaval para mais de dois milhões de pessoas, além de turnê no exterior e entrevista a um dos mais expoentes jornalistas brasileiros agendadas, um dos criadores do Baile da Gaiola estampou as manchetes de jornal, no início de 2019, carimbado como traficante de drogas pelo sistema de justiça criminal.

Diante disso, analisou-se três decisões judiciais relativas ao caso: o acórdão condenatório, datado de 31.10.2018, a decisão em Embargos Declaratórios confirmando o acórdão, datada de 12.02.2019 e a sentença absolutória, 17.03.2017, todas disponibilizadas para acesso ao público geral no portal eletrônico do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro. A proposta envolveu trabalhar a potencialidade dos achados empíricos no contato com uma perspectiva macrosociológica, visando interpretar “os fenômenos mais profundos” e buscando algo mais que estivesse oculto nas medidas repressivas tradicionalmente explicadas somente pela sanção jurídico-formal (BATISTA, 2003a).

Considerar os processos como narrativas construídas pelo Estado, atravessadas por representações e categorias sociais, além de tecnologias de poder sobre os discursos, insere a análise na “questão da interpretação” e na “questão do poder”, como destacam Fabiana Oliveira e Virgínia Silva (2005). Os filtros institucionais não anulam a percepção sobre os modos que distintos grupos sociais

1 Doutorando e Mestre em Direito Penal pela Universidade do Estado do Rio de Janeiro. Especialista em Ciências Criminais pela Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais. Bacharel em Direito pela UFBA. Associado ao Instituto Baiano de Direito Processual Penal. Membro do Grupo Clandestino de Estudos em Controle, Cidade e Prisões. Foi Professor de Processo Penal do Centro Universitário UniRuy (BA).

vivenciaram os fatos, considerando os distintos usos da palavra marcados por relações de dominação que se reproduzem nas tentativas de produção da verdade em instituições do sistema de justiça criminal (OLIVEIRA; SILVA, 2005). Como sugerem as autoras, o desafio de estudar como testemunhas, policiais, vítimas, suspeitos e atores processuais falam (ou não) nestes documentos demanda um olhar sobre os silêncios e os ditos que ascendem, através de representações sociais, das narrativas policial e judiciária. Com isso, exige-se uma maior atenção em relação aos vestígios e o exercício do poder que podem “evidenciar o modo como as pessoas percebem elas mesmas e os outros, definindo-se e posicionando-se no espaço social” (OLIVEIRA; SILVA, 2005, p.247).

Tomando a raça² como categoria de análise, conforme as pistas teórico-metodológicas de Thula Pires (2017), encara-se o papel das relações raciais na conformação dos discursos, das práticas punitivas e de seus efeitos. É constante o desafio de compreender os códigos do racismo por trás de discursos pretensamente neutros que conformam a dogmática jurídica e a prática judiciária, removendo as névoas das tentativas de blindagem por um campo que se pretende hermético e repulsa análises sobre suas implicações sociais e políticas. Por trás da insustentável neutralidade racial do direito e dos processos de criminalização, ainda é preciso desenhar para expor o racismo vidraças adentro do sistema de justiça. Neste sentido, é fundamental desmistificar a “aparência da democracia dos gabinetes” que tenta vestir o judiciário, encobrendo a evidente operacionalização de um sistema de justiça que naturaliza o racismo e despreza a vida negra, da legitimação de prisões arbitrárias à chancela de extermínios (FLAUZINA, 2011, p. 13-14).

A confirmação do acórdão condenatório, no âmbito da 3ª Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro, serve de lente para reflexões mais amplas sobre a dramaticidade que circunda a agudização de um genocídio anti-negro multifacetado, no qual a questão criminal ocupa uma posição destacada (FLAUZINA, 2008). A política criminal de drogas escancara a descartabilidade negra desde as tensões entre tratamento e punição, que, para além de uma falsa dicotomia, amplificam a institucionalização da imposição de sofrimento, até a operacionalização de um controle formal que seleciona jovens-homens-negros³, expostos a variadas formas de violação à liberdade, à vida e à integridade física.

2 Achille Mbembe (2017) compreende a raça em sua dinâmica histórica e sócio-política (MUNANGA, 2003), uma vez mitigada a noção biologicista antes encampada com um discurso que se pretendia científicista – especialmente até meados do século XX. O filósofo também critica um pretense “racismo sem raça”, no qual violências contemporâneas tentam se blindar do seu conteúdo discriminatório e hierarquizante, mas que na verdade representa um aprimoramento da discriminação (MBEMBE, 2017).

3 Vilma Reis (2005) cunhou a expressão “jovens-homens-negros” para marcar o reiterado perfil das vítimas do terrorismo de estado.

Vera Malaguti Batista (2003a) foi responsável por analisar como a reconfiguração da demanda por ordem, na redemocratização, centralizou o mote da “guerra às drogas” como motor do avanço punitivo, alçando o “traficante” à posição de novo inimigo interno. Ao longo das últimas décadas, uma gama de afinidades necropolíticas pluralizaram métodos de captura, tortura e mortes físicas, subjetivas e psíquicas (JAMES; AMPARO-ALVES, 2017). Importantes pesquisas ampliaram o olhar sobre essa realidade através das práticas de controle territorial protagonizadas pelas Unidades de Polícia Pacificadora (UPPs), no Rio de Janeiro (BATISTA, 2012; VALENTE, 2016) e pelas Bases Comunitárias de Segurança, em Salvador (AVELAR, 2017).

Ao analisarmos as interdições à cultura negra por um órgão do sistema de justiça criminal, não podemos deixar de situar a gestão policial da vida nas comunidades pobres. Além da legitimação de execuções sumárias, que se expandiram terrivelmente no período democrático, e de um fácil encarceramento – entre variadas táticas de detenção e tecnologias de manutenção, por longo período, da prisão de pessoas sem condenação (VALOIS, 2017; BARRETO, 2017) – há ainda uma emblemática “fácil condenação” de determinados sujeitos, viabilizada pelo manejo racializado de mecanismos punitivos.

2. O MOTE DA CRIMINALIZAÇÃO: A RELAÇÃO COM O BAILE FUNK

Em 2015, o Ministério Público denunciou 37 pessoas pelo crime de associação ao tráfico, previsto no artigo 35 da Lei de Drogas (11.343/2006), com algumas das causas de aumento do artigo 40 da mesma lei. A investigação que deu base à acusação se originou de depoimentos de funcionários de uma empresa telefônica, que, em 2013, alegaram que estavam sendo impedidos de instalar equipamentos na Vila Cruzeiro, no Complexo da Penha, por ordem de supostos traficantes de drogas que exigiam um pagamento indevido. A partir deste fato foram iniciadas diversas investigações contra possíveis integrantes de uma organização criminosa com atuação no comércio de drogas tornadas ilícitas.

Durante o inquérito, foram ouvidos policiais militares atuantes em uma UPP da localidade e pessoas suspeitas de envolvimento com o tráfico de drogas. Já no judiciário é verdade que não se tratou de um processo criminal no qual a acusação apenas colheu provas testemunhais de policiais militares. Não é à toa, aliás, que o Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro já fixou entendimento no enunciado 70 da sua Súmula, o mesmo que serviu de base para a sentença que fixou pena a Rafael Braga por tráfico de drogas em 2017, autorizando condenações que exclusivamente se baseiem nesses depoimentos. No caso aqui analisado, o Ministério Público também inseriu como testemunha o delegado que conduziu as investigações, algo não tão incomum quanto parece, sobretudo em casos mar-

cados pela ausência de testemunhas que presenciaram o fato que vai carimbado como crime na denúncia, situação recorrente em julgamentos por crimes da Lei de Drogas (VALOIS, 2017; JESUS, 2015).

Segundo consta, o delegado seria o responsável por investigações mais complexas no Complexo da Penha, área que, apesar de contar com três UPPs, seria dominada por uma organização criminosa, o que justificaria a necessidade de ouvi-lo em juízo, mesmo já tendo ele elaborado um relatório sobre o caso ao final do inquérito. Para o desembargador relator do recurso interposto pelo Ministério Público, o fim das investigações teria conseguido esclarecer o funcionamento do grupo, as suas divisões hierárquicas e as atividades que contribuía para assegurar a venda de drogas.

O processo foi desmembrado, tendo a juíza da 21ª Vara Criminal julgado 21 pessoas. Encerrada a fase de coleta de provas, em 2017, a magistrada absolveu 20 pessoas, incluindo o DJ Rennan da Penha e Clóvis⁴, apontados como organizadores de bailes funk na Penha. Segundo a acusação do Ministério Público, os dois jovens exerciam a função de “olheiros”, relatando a aproximação de policiais para os traficantes, organizavam bailes clandestinos e produziam músicas enaltecendo o tráfico de drogas, o que caracterizaria a prática do crime de associação para o tráfico.

Clóvis não foi reconhecido pelos dois policiais militares da UPP que prestaram depoimento em juízo. Os agentes disseram não saber de nada que o incriminasse. Em um processo penal que se torna um monólogo de policiais que escrevem o roteiro e encenam a própria peça teatral, como ilustra Luís Carlos Valois (2017), isso vale ouro. Clóvis ainda teria outra “sorte”. Um documento que, segundo o Ministério Público, provaria que Clóvis fora reconhecido, em delegacia, como associado ao tráfico não estava juntado no processo, que é eletrônico.

O desembargador relator do recurso amenizou essa menção a um elemento que estava fora dos autos e concluiu que não havia prova suficiente para alterar a sentença de absolvição. Ao se constatar a ausência de prova da relação de Clóvis com o funk, ficou exposto que não era bem a relação dele com o comércio de drogas que estava em análise:

A relação de CLÓVIS com a realização de bailes *funk* clandestinos e a produção de música de exaltação a traficantes não foi determinada. Constatou das declarações em sede policial do adolescente, não confirmadas pelos policiais da UPP. Não houve a transcrição das referidas letras de música, tampouco vieram a juízo testemunhas que comprovem que CLÓVIS efetivamente organizaria tais bailes⁵.

4 Com exceção de Rennan da Penha, nome artístico de figura pública que mobilizou ampla campanha para divulgação do caso e em defesa da sua liberdade, os demais nomes citados foram alterados ou omitidos, a fim de preservar as identidades.

5 Fl. 20 do acórdão que julgou o Recurso de Apelação do Ministério Público no processo nº 0233004-17.2015.8.19.0001.

Olhar os processos de criminalização de condutas relacionadas a drogas tornadas ilícitas e sua relação com o funk permite perceber uma forte conexão com a lógica da colonialidade⁶ que sustenta a continuidade de práticas de desumanização que se refinam, entre rupturas e permanências, para manter hierarquizações e normalizar distintas violações entre grupos racializados. A construção do “criminoso” está atrelada às hierarquias sociorraciais, tendo atendido às necessidades do colonialismo e se moldado às demandas por ordem do pacto colonial que persiste após o fim da administração colonialista. Fanon (1968) teorizou sobre as estratégias de submissão política e de perpetuação da dependência econômica e do legado social escravocrata – como se vê na forma de exercício da violência e nas táticas empregadas pelas forças de ordem.

É fundamental lembrar que a própria construção da proibição de drogas no Brasil, no início do século XX, como nos mostra Luiza Saad (2013), foi erguida pela associação feita entre a maconha e os costumes de um povo que atrasava a civilização de um país que precisava ser embranquecido e europeizado⁷. O discurso proibicionista tem permanências racistas que antecedem bastante a empreitada da declaração e concretização da guerra às drogas encabeçada pelos Estados Unidos e cujo modelo bélico foi exportado em massa para outras partes do mundo, com destaque para a América Latina.

No empreendimento moral para a construção do proibicionismo no Brasil, elementos culturais de resistência coletiva do povo negro ou elementos pejorativamente associados a afro-brasileiros e africanos foram colocados no eixo central da demanda por ordem do pós-abolição (FARIAS et al, 2006). Neste contexto, a produção de saberes e práticas punitivas foi ancorada no positivismo criminológico, no qual a construção do “tipo criminoso” tem compromisso com a profilaxia social e a hierarquização de sujeitos, reproduzindo a exclusão e o disciplinamento daqueles que estão fora dos padrões tidos como superiores.

Para Vera Malaguti Batista (2016), o positivismo criminológico não foi apenas uma maneira de pensar e segue profundamente enraizada na intelectualidade e nas práticas sociais e políticas brasileiras, mantendo introjetado o que Fanon (1968) denominou de “colonização das mentes”, na qual o racismo estrutura profundamente as relações sociais. Neste sentido, o positivismo foi, sobretudo,

6 Segundo Grosfoguel (2008, p. 125-126), “dizer colonialidade não é o mesmo que dizer colonialismo. [...] A colonialidade permite-nos compreender a continuidade das formas coloniais de dominação após o fim das administrações coloniais, produzidas pelas culturas coloniais e pelas estruturas do sistema-mundo capitalista moderno/colonial”.

7 No período pós-abolição da escravidão negra, a classe intelectual brasileira, representada, sobretudo por médicos e juristas – e logo em seguida por engenheiros, que tiveram papel fundamental nas reformas urbanas do início do século XX – estava imbricada nas reflexões e proposições de um projeto de nação (SCHWARCZ, 1993). O ideal de civilização moderna, espelhado nos países euro-ocidentais, era o carro-chefe dos debates sobre a autoafirmação da nova república, que deveria se distanciar da trajetória de outrora e todos os seus males. Em razão disso, médicos e juristas, que ocupavam também os principais cargos políticos do então Estados Unidos do Brasil, assumiam a posição de pensadores multitudinários, através de discursos analíticos sobre a sociedade como um todo.

“uma maneira de sentir o povo, sempre inferiorizado, patologizado, discriminado e, por fim, criminalizado”. Até os dias atuais funciona como grande catalisador de violência, produzindo conceitos que justificam extermínios (BATISTA, 2016, p. 303).

A criminalização da maconha, substância emblemática pelo protagonismo que alavancou a campanha proibicionista brasileira (FRANÇA, 2015), foi mais uma faceta do controle racial que se repaginava da ordem escravocrata para a ordem republicana, que emergia no ápice das interlocuções entre as teorias raciais. Outras expressões culturais dinamizaram as esferas de controle formal, como o samba, a capoeira⁸, as religiões de matriz africana⁹. Hoje, o funk é um dos elementos de resistência cultural negra, que se conecta com a herança das representações depreciativas de outrora em torno do samba, como lembra Adriana Facina (2013).

Para construir esta cruzada moral legitimadora e constituidora da política criminal que se desenhará a partir da década de 1930, é possível perceber algumas linhas discursivas, ao se analisar textos dos mais destacados médicos. Alguns textos importantes – sobretudo referentes às décadas de 1910 e 1930 – foram compilados pelo Ministério da Saúde (1958), em uma publicação do Serviço de Educação Sanitária. Luiza Saad (2013) analisa exaustivamente a construção do proibicionismo através desta obra. Além de investigar a carreira docente de Rodrigues Dória¹⁰, ela demonstra que a influência médica aliada a um pânico moral conservador abriu espaço para um projeto criminalizador que teve como alvo “mais do que a planta, os que faziam uso dela” (SAAD, 2013, p.126). Para autores como Heitor Péres, Arthur Ramos e Pedro Botelho, a maconha como nefasta influência africana e a identificação desse mal com os estados nordestinos, é associada a discursos racistas sobre práticas religiosas vistas como misticismos e magias que ofereciam um “ambiente do vício”.

Os fundamentos para a manutenção da absolvição de Clóvis revelam a força do racismo estrutural¹¹, que ao se deparar com elementos da cultura negra,

8 O Código Penal de 1890 traz no Capítulo XIII, tipos penais direcionados aos vadios e capoeiras, atendendo a demandas por ordem relacionada a então recente abolição formal da escravatura. O artigo 402 merece destaque: “Fazer nas ruas e praças públicas exercícios de agilidade e destreza corporal conhecidos pela denominação capoeiragem; andar em correrias, com armas ou instrumentos capazes de produzir uma lesão corporal, provocando tumultos ou desordens, ameaçando pessoa certa ou incerta, ou incutindo temor de algum mal: Pena - de prisão celular por dois a seis meses”.

9 Ainda em meados do Século XX, o texto final da Constituição de 1946 não vacilou. O parágrafo 7º do artigo 141 trazia uma ressalva que, na prática, perpetuou a legitimidade jurídica da intolerância religiosa: “É inviolável a liberdade de consciência e de crença e assegurado o livre exercício dos cultos religiosos, salvo o dos que contrariem a ordem pública ou os bons costumes. As associações religiosas adquirirão personalidade jurídica na forma da lei civil”.

10 Representante do Brasil e da Faculdade Livre de Direito da Bahia no II Congresso Científico Panamericano, Washington D.C., Estados Unidos, Dória foi um criminólogo positivista, primeiro professor de Medicina Legal da Faculdade Livre de Direito da Bahia, presidente do Estado de Sergipe, Deputado Federal e fundador da Sociedade Baiana de Medicina Legal. Também reconhecido por seu diálogo teórico com Cesare Lombroso e pela influência mútua contemporânea que dividiu com Nina Rodrigues, então professor da Faculdade de Medicina da Bahia

11 Conforme define Silvio Almeida (2018), uma forma de racionalidade que permeia as relações sociais e estrutura instituições -

quando não apropriada, a torna alvo de estratégias que buscam a sua eliminação. Hoje, o funk, historicamente negado como elemento cultural, tem uma faceta engolida pelo capital, em sua expansão insaciável sempre avassaladora. Lucros significativos se multiplicam na lógica dos “likes” e dos “compartilhamentos” de vídeos superproduzidos em redes sociais, com muitos artistas brancos e um som comercialmente mais “adaptado”. O funk que atenta a “segurança dos mercados” pode ser entendido como uma manifestação que embaça a diferença entre o “indesejável” e “ilegal” na gestão militarizada dos espaços urbanos, como analisa Vera Telles (2015). Isso incrementa a rotina de violações cotidianas e criminalizações que independem de um tipo penal específico proibindo condutas relacionadas ao gênero musical.

Jobim e Nazário (2017) destacam que a repressão das forças de ordem enfrenta, para além de um gênero musical, de um lado, os processos de resistência à violência e desigualdade, e, de outro, o incômodo provocado pela ruptura do silenciamento sobre a realidade da favela. A partir da identificação de um “modo de vida” associado a corpos de jovens negros e pobres, os autores apresentam, a partir de uma análise de entrevistas de policiais e funkeiros, como são produzidas as associações com ilegalismos¹². Para Facina (2013), o controle em torno do funk, especialmente na sua versão “proibidão”¹³, tem como mote o horror provocado mais por quem ousa falar, produzir uma narrativa, do que pelo conteúdo musical, interditando, assim, as possibilidades de a arte criar ou reconstruir a realidade.

O processo de criminalização do funk, muito impulsionado pelo emblemático tipo penal de apologia ao crime entre as décadas de 1990 e 2000 (BATISTA, 2013), se radicalizou quando este elemento cultural mergulhou nas cadeias de associação, através de ilações de cunho positivista, que são produzidas no contexto de repressão em torno das drogas tornadas ilícitas¹⁴. Segundo Carlos Batista (2013), quando se fala em “proibidão”, é imprescindível considerar o desenrolar da política criminal de drogas. Embora tenha atravessado o acórdão condenatório o fato de produzir eventos que reproduzem músicas enaltecendo o tráfico de drogas, isso não pareceu, em relação a Rennan, o principal argumento

reprodutoras da ordem social - que cria sistematicamente vantagens e desvantagens para grupos raciais distintos.

- 12 A noção de “ilegalismos”, apresentada por Foucault (2014), remete a condutas que, apesar de nem sempre consideradas ilegais, se inserem em uma esfera da não-ordem. Ao trabalhar com o conceito para pensar a gestão do trabalho de rua, enquanto atividade negra no contexto do pós-abolição, Bruna Portella de Novaes (2017) destaca que “a não-ordem — ou seja, daquilo que contraria a ordem — é uma definição política e construída, e não ontológica”.
- 13 Denominação criada pela mídia hegemônica para classificar os raps com conteúdos proibidos” quando começavam a fazer sucesso entre a juventude (BATISTA, 2013, p. 31).
- 14 Recentemente, em 2017, a Comissão de Direitos Humanos e Legislação Participativa do Senado rejeitou, em razão da inconstitucionalidade, proposta de lei que criminalizava o funk por afetar “a saúde pública das crianças, adolescentes e à família”. A tese era que “os bailes apenas serviam para recrutar criminosos, estupradores, pedófilos e comércio e consumo de drogas”. Disponível em: <https://www12.senado.leg.br/noticias/materias/2017/09/20/sugestao-de-tornar-o-funk-uma-manifestacao-criminosa-e-rejeitada>. Acesso em 27.03.2019.

utilizado pelo desembargador relator para condená-lo. Tratou-se de mais um elemento para construção do fundamento de favorecimento “indireto” da função de DJ a grupos que gerem o comércio ilícito.

Desta forma, a partir de um causalismo pouco refinado, pode-se relacionar uma conduta carimbada como desviante com diversos danos sociais considerados mais graves. Para isso, vale-se da amplitude proporcionada pela demonização da “droga”¹⁵ e da construção do status de inimigo aos grupos que racialmente se adequam ao rótulo de “traficante”. Os estigmas derivados do “fumo de negro”, do “fumo de angola” e do “pito do pango” ainda produzem efeitos, de maneira repaginada, moldando a política criminal de drogas como guerra contra grupos raciais determinados.

A compreensão de que o direito reproduz determinada estrutura social (BERTÚLIO, 1989; ALMEIDA, 2018) leva à percepção de que o sistema de justiça penal se apresenta como mecanismo atravessado por relações sociorraciais bem demarcadas (ALEXANDER, 2012; FLAUZINA; 2017). O debate sobre uma liberdade de expressão, que nem sonha em chegar nos morros, nas favelas ou nas “malocas”, foi sintomático perceber como o julgamento pelo STF da Marcha da Maconha pode se aproximar da reprodução de uma narrativa racial, encoberta por um viés de neutralidade¹⁶. Embora tenha sido um marco na luta antiproibicionista, a decisão proferida em 2011 na Arguição de Descumprimento Preceito Fundamental 187, certamente, não deixa de ser subjetivamente influenciada pela imagem dos corpos que então protagonizavam o pleito: jovens brancos de classe média¹⁷.

Neste sentido, cabe lembrar o debate entre ministros do STF na fase inicial do julgamento do RE635659 sobre a inconstitucionalidade do porte de drogas ilícitas para consumo pessoal. Ao restringir os efeitos do voto do relator Gilmar Mendes apenas para a maconha, o Ministro Luís Roberto Barroso destacou que já conheceu usuários de maconha com uma vida regular e defendeu que o ato de fumar um baseado entre o jantar e a hora de dormir não pode ser ilícito, contexto

15 Del Olmo (2009) demonstrou como a face oculta da droga – generalizada em uma abstrata categoria que obstaculiza sua definição em torno da distinção, por conveniência política, entre as proibidas e as permitidas – a transforma em um grande mito, carregado de preconceitos morais, dados falsos e sensacionalistas, que resultou em criação de estereótipos necessários ao controle social formal

16 Adilson Moreira (2017) ao analisar duas peças judiciais no julgamento da constitucionalidade das cotas raciais pelo STF na ADPF 186, aciona a lente teórica derivada da Teoria Crítica da Raça que interpreta a narrativa jurídica como narrativa racial. O autor busca compreender as representações de raça e racismo nas peças judiciais, uma vez que são dotadas de uma natureza ideológica que revela crenças dos atores jurídicos sobre as relações raciais a partir do seu uso de preceitos jurídicos.

17 Foi buscando avançar nessa questão que a Rede Nacional de Feministas Antiproibicionistas (RENFA) organizou em 2018, na cidade de Salvador, uma passeata pelo Centro Antigo da cidade, com partida e chegada onde mulheres em situação de rua compartilham cenas de uso de drogas, muitas delas estigmatizadas pelo consumo de crack.

distinto do uso de crack, que, segundo o Ministro, “transforma as pessoas em corpos sem alma”¹⁸.

3. OS CAMINHOS QUE LEVARAM À CONDENAÇÃO DO DJ RENNAN DA PENHA

No caso em análise, é relevante notar que o nome de Clóvis surge na investigação pela mesma razão que se chega a Rennan: o depoimento de um adolescente, que teria confessado em delegacia agir como “olheiro”, além de ter declarado conhecer os dois agitadores culturais, que organizariam o baile para atrair consumidores e aumentar a venda de drogas.

Seguindo a linha de que a realização de bailes funks seria o principal indício contra Rennan e Clóvis, a persecução penal, na fase investigativa, envolveu uma monitoração na rede social, no Facebook de Clóvis. Nela, segundo o Ministério Público, constam “postagens de músicas que exaltam o tráfico de drogas e declarações contra as UPPs”. Um dos acusados disse em audiência que, após ter postado uma música no Facebook, foi preso “para averiguações” por policiais. Na sentença de primeiro grau, a juíza da 21ª Vara Criminal destaca que aquele adolescente, posteriormente, em juízo, negou que tenha confessado algum crime e delatado Clóvis e Rennan, tendo afirmado que, na delegacia, assinou seu depoimento sem ter lido o que estava escrito.

O que se percebe na decisão é que para Rennan se defender de uma acusação de associação para o tráfico foi fundamental ter que justificar que o baile em que tocava não era “clandestino”, que tinha “autorização” da UPP. Inclusive, ele relata a violência policial para reprimir bailes que passam do limite de horário “permitido”, algo que é reflexo do modelo de ocupação territorial onipresente que apresenta uma gestão penal-administrativa¹⁹ na policização a vida cotidiana (BATISTA, 2012; AVELAR; NOVAES, 2017). Da mesma forma, estratégias de autoproteção em situações de conflito também são consideradas como provas da prática criminosa. Protestar contra a polícia ou alertar vizinhos sobre a subida de “caveirões” no morro, que contribuem para o aumento de tiroteios e podem danificar bens materiais dos moradores, então, seriam indícios da função de “olheiro”.

No direito penal, se não respeitarmos os requisitos jurídicos mínimos que contêm o arbítrio na definição de quais condutas podem ser consideradas criminosas, o poder punitivo se assanha, imputa um crime e aplica uma pena, de

18 Disponível em: <https://www.youtube.com/watch?v=d6z2l4TClQg>. (2h59min28s a 3h00min55s). Acesso em 26.03.2019.

19 Vera Telles (2015) destaca como o “desvio” vem sendo mais associado a ameaças a uma determinada noção de ordem e segurança urbana, deslocando-se de condutas que constituam propriamente uma infração, embaçando as fronteiras do legal e ilegal e ampliando as violações de grupos sociais mais expostos aos instrumentos de controle.

forma autoritária. Como a seletividade estrutural do nosso sistema penal tem o racismo como elemento fundante, por conta de enraizadas bases escravocratas (FLAUZINA, 2008), os grandes destinatários dessa forma de expansão punitiva costumam ser corpos negros. Nos processos criminais onde determinados acusados não conseguem ultrapassar uma posição objetificada, não sendo reconhecidos como sujeitos de direitos, não se costuma ver sequer a sombra das garantias individuais liberais que, a custo de muito sangue, figuram na Constituição de 1988.

Os chamados tipos penais associativos – como a associação para o tráfico de drogas (art. 35 da Lei 11.345./2006) e a associação criminosa (art. 288 do Código Penal), por exemplo –, são largamente criticados por servirem de “guarda-chuva” para diversas condutas indefinidas a serem “escolhidas” seletivamente, uma vez que não conseguem descrever de forma taxativa e clara qual a ação ou a omissão que está realmente proibida. No caso de alguém identificado com a marca do grande inimigo interno na redemocratização (BATISTA, 2003a), alvo maior da desumanização produzida pela faceta genocida da criminalização, não basta muito para que o Ministério Público e o Judiciário possam entender pela configuração do crime de associação para o tráfico.

Se no caso de Rafael Braga²⁰ morar em um local “sob domínio” de uma organização criminosa e supostamente estar em posse de uma sacola com a sigla “CV” escrita à caneta serviu de prova para sua condenação, no caso do DJ Rennan, as postagens em redes sociais, a produção de bailes funks e a divulgação de músicas que mencionam o tráfico foi igualmente suficiente. Nos dois casos, foi dispensada a demonstração dos requisitos de estabilidade do vínculo e permanência temporal, que pudessem comprovar uma participação não eventual, o que configuraria, de fato, a associação para o tráfico de drogas.

Assim como Clóvis, Rennan não teve seu nome lembrado pelos policiais da UPP ouvidos pela 21ª Vara Criminal. Os agentes disseram não saber de nada que incriminasse o DJ. As testemunhas de defesa confirmaram a sua profissão de DJ, hoje reconhecida nacionalmente. O crescimento do baile levou o artista a tocar em diversas casas de show, em blocos de carnaval, a fazer parcerias com artistas consagrados, entre outras conquistas. A agenda de shows estava lotada até o mês de julho de 2019, seguindo o fluxo de uma carreira que, espontaneamente, produziu hits cantados país afora.

20 Rafael Braga foi por um bom período o único condenado no contexto dos grandes protestos, entre 2013 e 2014 no país, que se iniciaram no que ficou conhecido como “Jornadas de Junho”. Naquela ocasião, ele foi preso quando retornava da atividade de coleta de material reciclável portando materiais de limpeza não inflamáveis. Durante o exercício do direito de progressão de regime, ao sair de casa para comprar pão, foi preso novamente por conta de um flagrante de tráfico de drogas, que apesar de ter tido sua legalidade bastante questionada, levou-o a uma condenação penal em 2017.

O desembargador relator ancorou a sua convicção condenatória no depoimento do delegado, que teve questionável participação como testemunha. O funcionário público, que precisa defender a idoneidade das suas próprias alegações elaboradas no relatório do inquérito, que tem compromisso político com a esfera da segurança pública do governo estadual e que certamente tem interesse de se manter no seu posto de trabalho e em investigações “complexas”, foi uma relevante fonte de prova para condenar o DJ Rennan.

Isto não foi suficiente para convencer a juíza de primeira instância, que fundamentou a incerteza de que Rennan tivesse praticado o crime de associação para o tráfico. Na sentença, ela afirma que nenhum dos indícios oriundos da investigação foi confirmado em juízo:

“Fato é que o depoimento do Delegado Carlos Eduardo, prestado em juízo, sob o crivo do contraditório e da ampla defesa, tem por base as investigações realizadas no curso do inquérito, em especial as declarações prestadas em sede policial pelas testemunhas A e B²¹, estas não confirmadas em Juízo. Diante da prova produzida pela Defesa, das declarações do réu em interrogatório e da ausência de outros elementos de prova produzidos em Juízo, emerge a dúvida, suficiente para afastar um decreto condenatório”.

Em segunda instância, os fatos de que DJ Rennan da Penha trabalhava com comunicação, que tem ampla troca de informações com moradores, que era um músico conhecido da região, que realizava 15 bailes funk por semana e apenas vivia dessa atividade não serviram como elementos de prova para absolvição. Na verdade, o desembargador relator considerou como confissão a declaração de Rennan de que recebe rendimentos da atividade de DJ em bailes funk, sem que tenha sido apontada qualquer prova de transação financeira direta entre o baile e a mencionada organização criminosa. Resta a pergunta: o que prova o “envolvimento” com o baile funk em todo esse caso? Qual a sua relação com a “estabilidade” exigida para a configuração do crime do artigo 35 da Lei de Drogas?

A imputação deste crime antecede o próprio debate sobre dolo, enquanto adesão consciente e volitiva de se associar ao suposto grupo criminoso. A narrativa acusatória que se vê confirmada em segundo grau apresenta uma séria violação da tipicidade objetiva (ZAFFARONI; BATISTA, 2010), haja vista que não se verifica a capacidade do agente de controlar o nexos causal dos fatos, ou seja, de ter alguma dominabilidade do favorecimento ao tráfico. Em relação a Rennan, o acórdão condenatório aduz que ele teria prestado “auxílio indireto” a traficantes com a postagem em rede social sobre a subida do caveirão e com o ajuntamento de possíveis consumidores de drogas ilícitas nos bailes em que tocava como DJ. A lógica foi a de que os bailes funk beneficiavam, ao menos indiretamente, o trá-

21 Nomes omitidos para preservar a identidade.

fico, mesmo que Rennan não tivesse controle do comércio e consumo de drogas que ocorria em seu público.

Com isso, o processo penal serviu para mera repetição da hipótese indiciária apresentada pelo delegado ao Ministério Público, que a transformou em acusação formal. O privilégio racial da branquidade²² torna difícil imaginar que David Guetta, DJ francês reconhecido internacionalmente, que tantas vezes veio ao Brasil tocar em casas de show e até em carnaval de rua – espaços nos quais há inegavelmente comércio ilegal e consumo de drogas tornadas ilícitas – pudesse ter a sua atividade profissional criminalizada com fundamento na repressão às drogas sintéticas e à cocaína, que de alguma forma circulam por parte de seu público. Não é preciso se restringir à música eletrônica nem a artistas estrangeiros para perceber o descompasso que o racismo produz, mas a função de DJ é emblemática nesta análise.

Monitorando o Facebook do DJ Rennan da Penha, o delegado apresentou uma foto antiga – na qual não é possível visualizar o rosto da pessoa que estaria sozinha segurando uma arma. O próprio desembargador relator ao mencionar a fotografia comenta que “a qualidade da imagem é muito ruim” e que a arma “pouco importa se verdadeira ou não”. Evidente que não houve perícia na fotografia para constatar a tese acusatória. E mais: não houve qualquer prova entre a relação desta foto com a suposta atuação de “olheiro” e participação efetiva, estável e constante em uma organização criminoso, nem prova de que traficantes financiavam os bailes ou de que eles eram clandestinos, ainda que isso seja irrelevante para configurar o crime.

Ainda assim, o desembargador acatou a versão do Ministério Público de que a imagem comprova uma atuação em grupo criminoso armado. Todos os demais julgadores concordaram com ele, conformando unanimidade no julgamento. A análise que o relator faz de outras postagens na rede social demonstra como o seu voto não consegue ultrapassar as ilações feitas pela acusação, sem apontar efetivamente o nexos de causalidade entre fotos com amigos e lamentos de pessoas mortas – que são discricionariamente presumidas como traficantes pelo julgador – com uma atuação constante e estável com o objetivo de viabilizar a prática do tráfico de drogas por uma organização criminoso.

Eis a síntese que o desembargador relator faz sobre os fundamentos para a condenação:

A postagem em redes sociais de comentários sobre o tráfico de drogas, criticando a atuação policial e exibindo a imagem do apelado juntamente a outras pessoas supostamente envolvidas

22 Assim como a negritude, é produto das relações raciais. Configura um padrão de humanidade que autoriza ou facilita o rompimento de diversas formas de barreiras, nos mais distintos graus de mobilidade social e espacial (FRANKENBERG, 2004).

com a atividade criminosa é suficiente, junto com os depoimentos do Delegado, para demonstrar a participação do ora apelado no tráfico.

A argumentação revela um julgamento que não respeitou o princípio constitucional do estado de inocência, uma vez que se valeu de elementos vagos ou duvidosos para presumir – e não atestar – a culpa do DJ Rennan da Penha. Novamente, a decisão em segunda instância não consegue demonstrar o suposto erro do entendimento da juíza da 21ª Vara Criminal sobre a inexistência de provas de algumas questões fáticas basilares. Somente uma inclinação à condenação, com base nos preconceitos sobre o funk e sobre a sociabilidade negra na favela, podia ter possibilitado, neste caso, a reforma de uma sentença que fundamentadamente esclareceu que os elementos apresentados pelo delegado não eram suficientes para formar uma convicção, ou seja, para ultrapassar a esfera da dúvida sobre a prática do crime por Rennan.

Neste sentido, importante a reflexão proposta por Janaína Matida e Antonio Vieira (2019) sobre a necessidade de aprofundar a análise sobre os riscos de decisões arbitrárias que seguem sendo produzidas tanto pelo critério de juízo livre de convicção quanto pelo *standard* probatório “para além de toda dúvida razoável”, importado da doutrina estadunidense. Pode ser frutífera uma análise mais detida sobre o cruzamento da formação da convicção nos crimes que centralizam a demanda punitiva que superlota os cárceres e a utilização questionada do mencionado *standard* por atores jurídicos engajados no combate à corrupção. O acórdão que condenou o DJ Rennan da Penha e mais dez pessoas expõe como a prova indireta, expressamente referida nas práticas cotidianas do sistema de justiça criminal de massa, já serve há muito tempo como instrumento de empreitadas punitivas que seguem os trilhos dos fundamentos etiológicos do positivismo criminológico erigidos sob bases racistas.

4. O MANEJO DA LEI DE DROGAS PARA UMA APLICAÇÃO DE PENA PERVERSA

O poder judiciário vem assumindo uma posição de protagonista diante dos conflitos sociais, em uma crescente midiaticização das suas atividades e de seus atores. Este protagonismo, que usufrui de mais autonomia, prerrogativas e de maior capacidade de articulação política, vai além de um mero fortalecimento institucional (ENGELMANN, 2016). Enquanto agência criminalizante, a instituição tem pautado de forma relevante a política criminal no debate público, agindo em questões cruciais do cenário político nacional (FONTAINHA; LIMA, 2018; ENGELMANN, 2016).

No que toca à questão criminal, uma tradição autoritária permeia as instituições jurídicas, mantendo-a distante de uma função contramajoritária de limite

do poder punitivo e de garantia de direitos a quem se vê processado pelo Estado. Débora Pastana (2009) elucida como o sistema penal seguiu um caminho contrário ao das expectativas de consolidação de um regime democrático. Segundo a autora, as práticas e os discursos jurídicos demonstram a manutenção de uma inspiração autoritária, que intervém decisivamente na intensificação de violência institucional, ao invés de universalizar o acesso a direitos humanos, nos trinta anos que se seguiram à Constituição de 1988.

Neste campo, o ativismo do judiciário expõe sua inegável centralidade na engrenagem punitiva, seja na sistemática legitimação formal dos extermínios (ZACCONE, 2015), majoritariamente de jovens-homens-negros por agentes do Estado, seja no fomento das interdições a diversas esferas de liberdade provocadas pelo seu papel no grande encarceramento em curso. Se de um lado, medidas de contenção são usadas largamente para antecipar a pena, de outro, agrava-se a aplicação da pena jurídico-formal e retarda-se o controle constitucional de medidas autoritárias (FLAUZINA, 2017; CARVALHO, 2015).

É nesse contexto que a figura do “juiz combatente” é valorada em toda empreitada de enfrentamento belicoso à criminalidade, em geral considerada de forma abstrata, maquiando as relações de poder que atravessam a questão criminal na distribuição desigual do rótulo de criminoso. Luís Carlos Valois (2017), além de destacar que a “política de drogas” se manifesta como evidente “polícia de drogas”, nos campos judicial e social, expõe a atuação do judiciário ao julgar casos relacionados à Lei 11.343/2006. Os próprios juízes se veem como agentes de segurança pública legitimados pela postura institucional da conversão dos cartórios em varas de combate. Com isso, aplicam penas mais severas, convalidam processos que se resumem a uma cena teatral dirigida e protagonizada por policiais que efetuaram a prisão, bem como emplacam prisões cautelares quase irreversíveis, contribuindo para o crescimento vertiginoso das taxas de encarceramento.

O caso do DJ Rennan da Penha é simbólico e possibilita o debate sobre os artifícios argumentativos utilizados por parte do judiciário para condenar, por associação ao tráfico (art. 35), pessoas que não praticaram qualquer conduta próxima do tráfico de drogas, ou para aumentar drasticamente a pena de quem também foi condenado por tráfico de drogas (art. 33), como ocorreu com Rafael Braga²³.

23 Condenado em primeira instância a 11 anos e 03 meses de prisão, Rafael Braga foi absolvido pelo Tribunal de Justiça do crime de associação ao tráfico, em novembro de 2018, o que reduziu a sua pena para 6 anos. Disponível em: <https://ponte.org/tj-do-rio-de-janeiro-absolve-rafael-braga-por-associacao-ao-trafico/>. Acesso em 28.03.2019.

Uma semelhança entre as condenações de Rafael Braga e do DJ Rennan da Penha é uma aplicação de pena que rifa a liberdade, sem observar critérios técnicos construídos pelo direito penal para limitar arbítrios e tentar garantir um respeito à proporcionalidade. Inseridos como alvo na máquina punitiva de fáceis condenações, alavancadas pela sustentação política da guerra às drogas, ambos estiveram expostos aos subjetivismos de julgadores que elevaram injustamente as suas penas, em uma atuação típica de um processo penal de matriz inquisitorial e, por isso, sem tanto compromisso com o princípio da legalidade.

A Lei 11.343/2006 prevê pena de prisão de 03 a 10 anos e pena de 700 a 1.200 dias-multa para o crime de associação ao tráfico de drogas. Conforme nosso Código Penal, a quantificação da pena concretamente aplicada passa por três fases. Na primeira delas, deve ser fixada a chamada pena-base. Para determiná-la, deve-se obrigatoriamente partir do mínimo legal, que, neste caso, é 03 anos.

A fim de salvaguardar as garantias de individualização da pena e da vedação ao *bis in idem*, segundo entendimento consolidado na doutrina e com razoável grau de adesão pelo STJ²⁴, para elevar este patamar mínimo, é preciso fundamentar concreta e especificamente com elementos que já não estejam incluídos na própria razão de ser do crime. Ou seja, a existência de um tipo penal já tem como pressuposto determinadas características negativas ou indesejadas. Logo, elas não podem ser servir para repetidamente reprovar a conduta de alguém.

Não foi esse o critério adotado pelo desembargador relator. Ele avaliou que a atividade de “olheiro” do tráfico possui uma “reprovabilidade considerável”, inclusive pelo meio utilizado de prestar informações, no caso o Facebook. Postagens encontradas na rede social sobre a entrada do “caveirão” na favela, entre críticas à violência policial, seriam responsáveis não só pela configuração do delito, mas para também aumentar a pena, em clara violação à vedação constitucional de se punir alguém mais de uma vez pelo mesmo fato.

Além disso, o fato de a organização criminosa ter uma atividade disseminada e influente no bairro da Penha fez o desembargador valorar negativamente a culpabilidade de Rennan, que a ela teria se associado. Com estes dois fundamentos, o julgador elevou a pena-base em 2/3, aumentando-a de 03 para 05 anos de reclusão e de 700 para 1.166 dias-multa.

Entre as Convenções de Viena de 1971 e de 1988, o mundo vivenciou a transnacionalização de uma política bélica, que começou a ser construída na década de 1960, em nome da repressão às drogas, capitaneada pelos Estados Unidos. Os estadunidenses conseguiram, inclusive, estabelecer diversas pressões

24 Como se vê na edição nº 26 da Jurisprudência em Teses deste tribunal superior.

econômicas e institucionais, algumas delas redigidas nestes tratados, para garantir que distintos países reproduzissem um modelo semelhante de combate aos produtores, comerciantes e usuários de drogas. A legislação brasileira absorveu, a seu modo, essa demanda punitiva, tanto nas Leis 5.726 de 1971 e 6.368 de 1976 como na vigente Lei 11.343/2006 (CARVALHO, 2010). Como um dos resultados dessa campanha punitiva, além do surgimento do crime de associação ao tráfico²⁵ – com texto legal amplo e arbitrário – está o aumento exorbitante das penas estipuladas para a grande pluralidade de condutas carimbadas como tráfico de drogas, mesmo que sem a comprovação de sua relação com mercancia, e a criação de causas específicas de aumento de pena.

No judiciário fluminense, a aplicação concreta dessas atualizações interage com a demanda punitiva local, que constrói personagens, elege demônios e fomenta o dogma da pena para reprimir duramente aqueles que foram selecionados pela polícia. A ligação quase automática feita nas decisões judiciais entre o tráfico de drogas e determinadas mazelas e violências na sociedade submete os acusados a serem relacionados com os mais diversos fatos que não têm nenhuma relação com o que concretamente fizeram ou foram acusados de fazer no processo.

Assim, os “juízes combatentes”, que se despem da função de garantidores de direitos individuais constitucionais e se alçam à posição de agentes de segurança pública, produzem uma dinâmica bem específica de condenação. É preciso dessa compreensão para analisar o porquê de terem sido aplicadas ao DJ Rennan da Penha duas causas de aumento de pena, previstas nos incisos IV e VI artigo 40 da Lei 11.343/2006.

Art. 40. As penas previstas nos arts. 33 a 37 desta Lei são aumentadas de um sexto a dois terços, se: [...] IV - o crime tiver sido praticado com violência, grave ameaça, emprego de arma de fogo, ou qualquer processo de intimidação difusa ou coletiva; [...] VI - sua prática envolver ou visar a atingir criança ou adolescente ou a quem tenha, por qualquer motivo, diminuída ou suprimida a capacidade de entendimento e determinação.

Apesar de Rennan não ter sido encontrado em posse de arma de fogo – a não ser na fotografia que tem uma “qualidade ruim”, na qual a arma “pouco importa se verdadeira ou não” – nem ter sido demonstrado que ele utilizava arma de fogo para exercer as suas supostas funções de olheiro ou de DJ contratado pelo tráfico, o desembargador relator considerou que a organização criminosa agia com arma de fogo, e, por isso, entendeu cabível aplicar o aumento de pena para Rennan.

25 O artigo 23 da Lei 5726/1971 inseriu o crime no parágrafo 5º do artigo 281 do Código Penal. Já a Lei 6368/1976 traz o tipo penal no artigo 14, com a mesma redação, hoje presente no artigo 35 da Lei 11.343/2006. Vale destacar que a associação para o tráfico apresenta maior punitividade que a associação criminosa, prevista no art. 288 do Código Penal, já que permite tanto o vínculo entre só duas pessoas quanto a finalidade especial de cometer apenas um crime.

Com base na confissão, não confirmada em juízo, de um adolescente de participar da organização criminosa, o julgador aplicou mais uma causa de aumento, mesmo sem demonstrar que Rennan teria o objetivo de, com sua conduta, envolver ou atingir crianças ou adolescentes. Nem mesmo nos trechos citados pelo relator do recurso é possível identificar qualquer relação interpessoal entre Rennan e o adolescente, muito menos relacionada a atividades de associação ao tráfico.

Cada causa de aumento elevou a pena em 1/6. O resultado matemático de todo esse manejo da liberdade negra foi a definição da pena de 06 anos e 08 meses de prisão para Rennan, além da pena de pagamento de 1.200 dias-multa, hoje em torno de 37 mil reais. O julgador completou a operação dizendo que a culpabilidade reprovável do DJ – o mesmo fato é, então, usado para justificar a punição pela terceira vez – não permite que ele cumpra a pena de prisão no regime semiaberto, ao qual teria direito, conforme o Código Penal. A restrição da liberdade é, então, ainda mais agravada, com a determinação de que Rennan comece a cumprir a pena em regime fechado.

5. CONCLUSÃO

A cidade do Rio de Janeiro tem sido historicamente eleita como laboratório para o Brasil de grandes intervenções violentas à vida e à liberdade da pobreza e , em alto grau de intensidade, da pobreza negra. O declínio das Unidades de Polícia Pacificadora (UPPs) tem como etapas importantes a queda do Secretário de Segurança Pública José Beltrame, no fim de 2016 e a ascensão do protagonismo das forças armadas na gestão territorial urbana do estado, com a intervenção federal do início de 2018. A sua derrocada não soterrou as bases ideológicas que conformam uma gestão cotidiana que interdita a cultura e a sociabilidade nas favelas (VALENTE, 2016) e persiste nos discursos de atores de um poder judiciário.

A criminalização do funk, radicalizada pela expansiva aplicabilidade da Lei de Drogas, dialoga com um secular estilo punitivo que forjou um controle antinegro da construção à consolidação do proibicionismo de algumas drogas. Os encontros da atividade de DJ com o estereótipo de inimigo na condenação de Rennan apresenta nós discursivos que, com facilidade, parecem amarrar a figura de um jovem negro em ascensão social a um papel que parece ser o seu verdadeiro destino. Assim, o encaixe do rótulo criminal se instrumentalizou pela forma que ele se relaciona com amigos de bairro falecidos, por poses em fotos que são presumidas como menção a um cigarro de maconha, pela existência de uma foto que “pouco importa se verdadeira ou não”, além de fatos diversos que “indiretamente” podem favorecer um grupo criminalizado. São fundamentos que ressaltam o que Valois (2017) chama de desvirtuamento do judiciário, transformado em

“máquina de condenações”, fiel reprodutora do “primeiro dito” sobre o caso, a narrativa policial (JESUS, 2015).

Em relação ao DJ Rennan, a decisão figura como uma conclusão circular que torna fácil obter uma condenação por um delito relacionado a drogas tornadas ilícitas, através de um tipo penal – associação para o tráfico – que tem cumprido especial função oculta de contenção de determinados grupos subalternizados, por apresentar uma potência ainda maior de selecionar arbitrariamente condutas que porventura escapem da incidência do tipo penal de tráfico de drogas. A agudização da construção de uma imagem fantasmagórica do artista produzida pelo racismo que permeia o acórdão, na definição clara de lugares sociais, marcou também a aplicação da pena, radicalizando a banalização da liberdade negra.

Para Roberto Bergalli (2015), as decisões judiciais são instrumentos informados pelo poder de definir a qualidade de criminoso, com as consequências jurídicas e sociais desta produção de um status ao sujeito. Acrescente-se que elas produzem uma construção etiológica de perfis fadados à contenção, contribuindo para traçar encruzilhadas de uma liberdade que não se torna plena, com múltiplas possibilidades de atualizar ou repaginar antigas estratégias de controle (ROMÃO, 2019). A própria construção do status de criminalizado dependerá das relações de poder presentes na interação entre autoridades e indivíduos, ultrapassando a mera constatação da prática de um ato delituoso. Por isso, a importância de aprofundar, no estudo das práticas judiciais, como o direito reproduz determinada estrutura social (BERTÚLIO, 1989; ALMEIDA, 2018). Investigar a operacionalização do rótulo criminal pelos atores jurídicos pode levar a um conhecimento mais profícuo do funcionamento do judiciário, permitindo aprender sobre os magistrados através do que eles dizem sobre os “outros”.

A análise de alguns dos fundamentos que formaram a convicção do desembargador relator acerca da prática de um delito por Rennan da Penha remete à importância de aprofundar o que permeia o “senso comum teórico dos juristas” que, segundo Warat (1982), transforma sujeitos sociais em objetos de poder, reproduzindo através de discursos e práticas jurídicas as desigualdades. Deve essa constatação avançar para explicitar e encarar as implicações de que estas se estruturam nas relações de classe, gênero e raça, enquanto continuidade de um empreendimento colonial, que encontra na criminalização, um importante vetor de manutenção da hierarquização sociorracial.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALEXANDER, Michelle. **The new Jim Crow**: Mass Incarceration in the Age of Color blindness. New York: The New Press, 2012.

AVELAR, Laís da Silva.; NOVAES, Bruna Portella de. Há mortes anteriores à morte: politizando o genocídio negro dos meios através do controle urbano racializado. In: **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, v. 135, p. 343-343, 2017.

ALMEIDA, Silvio Luiz de. **O que é racismo estrutural?**. Belo Horizonte: Letramento, 2018.

BARRETO, Ana Luísa Leão de Aquino. **Urgência Punitiva e Tráfico De Drogas: as Prisões Cautelares entre Práticas e Discursos nas Varas de Tóxicos de Salvador**. 144 f. Dissertação (Mestrado) – Faculdade de Direito, Universidade Federal do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2017.

BATISTA, Carlos Bruce. Uma história do “proibidão”. In: BATISTA, Carlos (Org.). **Tamborzão: olhares sobre a criminalização do funk**. Rio de Janeiro: Revan, 2013.

BATISTA, Vera Malaguti. **O medo na cidade do Rio de Janeiro: dois tempos de uma história**. Rio de Janeiro: Revan, 2003a.

BATISTA, Vera Malaguti. **Difíceis ganhos fáceis: drogas e juventude pobre no Rio de Janeiro**. Rio de Janeiro: Revan, 2003b.

BATISTA, Vera Malaguti. O Alemão é muito mais complexo. In: **Paz Armada: criminologia de cordel**. Rio de Janeiro: Revan, 2012.

BATISTA, Vera Malaguti. O positivismo como cultura. In: **Passagens**, v. 8, n. 2, maio-agosto, 2016, p. 293-307.

BERGALLI, Roberto. A instância judicial. In: BERGALLI; Roberto; RAMIREZ, Juan Bustos. **O pensamento criminológico II: estado brasileiro**. Rio de Janeiro: Revan, 2015.

BERTÚLIO, Dora Lúcia de Lima. **Direito e relações raciais: uma introdução crítica ao racismo**. Dissertação (mestrado). Universidade Federal de Santa Catarina, 1989.

CARVALHO, Salo. A política criminal de drogas no Brasil. 5a ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

CARVALHO, Salo. O encarceramento seletivo da juventude negra brasileira: a decisiva contribuição do poder judiciário. In: **Revista da Faculdade de Direito da UFMG**. Belo Horizonte, n. 67, jul.-dez. 2015.

CELLARD, André. A análise documental. In: POUPART et al. **A pesquisa qualitativa: enfoques epistemológicos**. Petrópolis: Vozes, 2014.

ENGELMANN, Fabiano. Julgar a política, condenar a democracia? Justiça e crise no Brasil. In: **Revista Conjuntura Austral**. Porto Alegre, v.7, n.37, p. 09-16, ago/set. 2016.

FACINA, Adriana. Quem tem medo do proibidão?. In: BATISTA, Carlos (Org.). **Tamborzão: olhares sobre a criminalização do funk**. Rio de Janeiro: Revan, 2013.

FANON, Frantz. **Os condenados da terra**. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 1968.

FARIAS, Juliana Barreto; GOMES, Flávio dos Santos; SOARES, Carlos Eugênio Líbano; ARAÚJO, Carlos Eduardo Moreira de. **Cidades Negras: africanos, crioulos e espaços urbanos no Brasil escravista do século XIX**. Rio de Janeiro: Editora Alameda, 2006.

FLAUZINA, Ana Luíza Pinheiro. Corpo negro caído no chão: o sistema penal e o projeto genocida do Estado brasileiro. Rio de Janeiro: Contraponto, 2008.

FLAUZINA, Ana Luíza Pinheiro. As fronteiras raciais do genocídio. In: **Revista de Direito da UNB**. Brasília v. 01, n. 01, jan-jun. 2014.

FLAUZINA, Ana Luíza Pinheiro. A medida da dor. In: FLAUZINA, Ana; PIRES, Thula (Orgs.). **Encrespando – Anais do I Seminário Internacional Refletindo a Década Internacional dos Afrodescendentes (ONU, 2015-2024)**. Brasília: Brado Negro, 2016.

FLAUZINA, Ana Luíza Pinheiro. Apresentação. In: ALEXANDER, Michelle. **A nova segregação: racismo e encarceramento em massa**. São Paulo: Boitempo, 2017.

FONTAINHA, Fernando; LIMA, Amanda Evelyn Cavalcanti de. Judiciário e crise política no Brasil hoje: do Mensalão à Lava Jato. In: KERSCHE, Fábio; FERES JÚNIOR, João (Orgs.). **Operação Lava Jato e a democracia brasileira**. São Paulo: Contracorrente, 2018.

FRANÇA, Jean Marcel Carvalho. **História da maconha no Brasil**. São Paulo: Três Estrelas, 2015.

- FRANKENBERG, Ruth. A miragem de uma branquidade não-marcada. In: WARE, Vron (Org.). **Branquidade**: identidade branca e multiculturalismo. Rio de Janeiro: Garamond, 2004.
- GROSFOGUEL, Ramon. Para descolonizar os estudos de economia política e os estudos pós-coloniais: Transmodernidade, pensamento de fronteira e colonialidade global. In: **Revista Crítica de Ciências Sociais**, 80, mar. 2018, p. 115-147.
- JESUS, Maria Gorete Marques de. Narrativas policiais: a construção da verdade jurídica nos processos de tráfico de drogas In: **IV Encontro Nacional de Antropologia do Direito**. [Anais]. 2015.
- MATIDA, Janaína; VIEIRA, Antonio. Para além do BARD: uma crítica à crescente adoção do standard de prova “para além de toda a dúvida razoável” no processo penal brasileiro. In: **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, São Paulo, vol. 156, ano 27, p. 221-248, 2019.
- JOBIM, Augusto; NAZÁRIO, Ana Luiza. Cultura e criminalização: um estudo de casos sobre o funk na cidade de Porto Alegre. In: **Revista de Direito da Cidade**, vol 09, n. 01, 2017.
- MBEMBE, Achille. **Crítica da razão negra**. 2a ed. Lisboa: Antígona, 2017.
- MINISTÉRIO DA SAÚDE. Serviço Nacional de Educação Sanitária. **Maconha**: coletânea de trabalhos brasileiros, 2. Ed, Rio de Janeiro, Oficinas Gráficas do IBGE, 1958.
- MOREIRA, Adilson. Direito, poder, ideologia – discurso jurídico como narrativa cultural. In: *Revista Direito & Práxis*, v. 08, n. 2, p.830-868, 2017.
- OLIVEIRA; Fabiana. SILVA, Virgínia. Processos judiciais como fontes de dados: poder e interpretação. **Sociologias**, ano 7, nº 13, p.244-259, 2013.
- PASTANA, Débora. Justiça penal autoritária e consolidação do estado punitivo no Brasil. In: **Revista Sociologia Política**. Curitiba, v. 17, n.32, fev. 2009, p.121-138.
- PIRES, Thula. Criminologia crítica e pacto narcísico: por uma criminologia apreensível em pretu-guês. In: **RBCCRIM**, vol. 135, ano 25, p. 541-562. São Paulo: RT, 2017.
- PRANDO, Camila. A criminologia crítica no Brasil e os estudos críticos sobre branquidade. In: *Revista Direito & Práxis*, vol. 09, n. 1, 2018, p. 70-84.
- REIS, Vilma. **Atucaiados pelo Estado**: as Políticas de Segurança Pública Implementadas nos Bairros Populares de Salvador e suas Representações, 1991-2001. Dissertação (Mestrado) – Faculdade de Filosofia e Ciências Humanas da Universidade Federal da Bahia, Salvador, 2005.
- ROMÃO, Vinícius de Assis. **Entre a vida na rua e os encontros com a prisão**: um estudo a partir das audiências de custódia. Dissertação (Mestrado). Universidade do Estado do Rio de Janeiro, 2019.
- SAAD, Luisa Gonçalves. **“Fumo de negro”**: a criminalização da maconha no Brasil. Dissertação. Universidade Federal da Bahia. 139p. Salvador, 2013.
- TELLES, Vera da Silva. Cidade: produção de espaços, formas de controle e conflitos. **Revista de Ciências Sociais**, n. 46, jan-jun. 2015, p. 15-41.
- VALENTE, Júlia. **UPPs**: governo militarizado e a ideia de pacificação. Rio de Janeiro: Revan, 2016.
- VALOIS, Luís Carlos. Direito penal da guerra às drogas. Belo Horizonte: D’Plácido, 2017.
- WARAT, Luís Alberto. Saber crítico e senso comum teórico dos juristas. In: **Revista Sequência** - UFSC, v. 03, n. 05, 1982.
- ZACCONI, Orlado. **A forma jurídica de extermínio do inimigo na cidade do Rio de Janeiro**. Rio de Janeiro: Revan, 2015.
- ZAFFARONI, Eugenio R.; BATISTA. **Direito Penal Brasileiro**: Segundo Volume, Tomo I: Teoria Geral do Delito. Rio de Janeiro: Revan, 2010.

LA REGULACIÓN DE LA POLICÍA A TRAVÉS DE LA EXCLUSIÓN DE LA PRUEBA ILÍCITA EN LA JURISPRUDENCIA DE LA CORTE SUPREMA DE CHILE

JUAN PABLO ARISTEGUI SPIKIN¹

*Law is too important to be left to lawyers,
and law enforcement is too important to be left to the police.
Mariana Valverde, The Force of Law*

I

La discusión en torno a la exclusión de la prueba ilícita, sus fundamentos y excepciones, ha alcanzado una posición monopólica sobre la aproximación de la academia procesal penal al estudio de la policía. Esa discusión, tal y como suele desenvolverse, se ve encandilada por el afán de resguardo de las garantías fundamentales de los individuos y de la “integridad judicial”. Aquí me interesa mostrar que, por desgracia, ese tipo de aproximación, aunque bienintencionado, puede resultar contraproducente al oscurecer algunos problemas relevantes, que permanecen apenas atendidos e incluso son agudizados por ciertas prácticas forenses. Iluminar esos problemas no sólo sirve como llamado a su solución, sino muy especialmente como invitación a mirar la relación entre policía y democracia más allá de su actual confinamiento.

Para ilustrar lo anterior, destaco aquí algunos aspectos acerca de la admisión y valoración de la prueba ilícita. Mi interés está puesto en mostrar su vínculo con el diseño institucional del proceso penal y en consecuencia, me veo en la necesidad de analizar un diseño en específico, en este caso el chileno. Por supuesto, se trata de aquel que naturalmente conozco mejor. Más allá de eso, sin embargo, el proceso penal chileno posee ciertas cualidades que hacen de él un objeto de

¹ Una versión preliminar de este trabajo fue presentada a modo de ponencia en el VIII Seminario Nacional del Instituto Baiano de Derecho Procesal Penal. Estoy doblemente en deuda con Antonio Vieira, por invitarme a participar de dicho seminario y por traducir este trabajo desde el castellano al portugués. Master en Razonamiento Probatorio, Universitat de Girona (Catalunya, España); Profesor Instructor, Universidad Adolfo Ibáñez (Chile)

análisis interesante por al menos dos motivos.

En primer lugar, el proceso penal chileno puede servir aquí como contraste con el proceso penal brasileño. Según entiendo, hay en Brasil propuestas para introducir, por un lado, la figura del juez de garantía y por otro, un catálogo de excepciones a la exclusión de prueba ilícita. El caso chileno puede proyectar algunas perspectivas desde las cuales observar y analizar ambas propuestas brasileñas.

En segundo lugar, el tribunal penal chileno es un tribunal que, siguiendo a Mirjan Damaška, puede caracterizarse como un tribunal “bifurcado” (DAMAŠKA, 1997, p. 27). No obstante, a diferencia de la división del tribunal penal estadounidense entre *bench* y *jury*, es decir, entre un tribunal letrado y un jurado compuesto por miembros de la comunidad; el tribunal penal chileno se divide en dos tribunales letrados, con competencias diferenciadas y que intervienen en distintas fases del procedimiento. Esto permite focalizar el análisis en el carácter bifurcado del tribunal, aislándolo del tradicional debate acerca de la supuesta dependencia del derecho probatorio respecto de la institución del jurado (SCHAUER, 2006). Como quiero mostrar, la bifurcación del tribunal da luces sobre las consecuencias indeseadas de una prohibición de valoración de prueba ilícita.

II

Para que el ejercicio de contraste propuesto tenga sentido entre lectores no familiarizados con el proceso penal chileno, debo ofrecer una mínima caracterización de su diseño institucional. Hasta el año 2000 rigió en Chile un procedimiento penal de carácter fuertemente inquisitivo, heredado de la colonia española. Es una ironía de la historia que, habiéndose desenvuelto tempranamente el proceso de independencia nacional, entre 1810 y 1818, el sistema de justicia penal chileno no tuvo la oportunidad de aprovechar la reforma ilustrada que recorrió el continente europeo durante el siglo XIX. Así, el proceso penal de la nueva república continuó rigiéndose, con adaptaciones, por el derecho monárquico. El compromiso con el inquisitivo se agudizó todavía más en pleno siglo XX cuando, en 1927, fueron eliminados los promotores fiscales y con ello coincidieron y se confundieron en las manos del juez del crimen las funciones de investigar, acusar y juzgar. La inercia legislativa cedió recién a fines del siglo XX, en parte gracias al movimiento de reforma procesal penal que ya entonces recorría Latinoamérica, de la mano de los esfuerzos de profundización de la democracia que sobrevinieron a su recuperación tras el desmoronamiento de las dictaduras. Ese fue un movimiento que, en alguna medida relevante, estuvo en manos de académicos y expertos.

Pero se engaña a sí mismo quien piensa que las ideas de los expertos fueron determinantes para que el Estado chileno emprendiera una costosa reforma pro-

cesal penal, que implicó modificar la organización judicial, crear nuevas burocracias de fiscales y defensores públicos, y construir la infraestructura necesaria para la realización de audiencias. Lo cierto es que el antiguo sistema inquisitivo era incapaz de lidiar con el volumen de criminalidad que existía, siendo especialmente inepto para producir sentencias condenatorias². Ello sirvió como suelo fértil para la demanda local por mayor seguridad y la ansiedad del nuevo gobierno democrático por mostrarse capaz de brindarla. Así fue posible convocar el apoyo de sectores políticos opuestos. El Código Procesal Penal de 2000 encarna la convergencia de dos agendas políticas diferentes, que encontraron en el acusatorio un terreno de convivencia.

El reconocimiento del principio acusatorio provocó un doble desdoblamiento del Estado al interior del proceso penal. En primer lugar, las funciones de acusar y juzgar fueron asignadas a órganos estructuralmente diferenciados: el ministerio público y el tribunal, respectivamente. Se trata de la dimensión esencial del acusatorio: quien acusa no juzga. Así se garantizó la imparcialidad del juzgador que tanto se echaba de menos bajo el inquisitivo.

La reforma no se quedó ahí y fue todavía más lejos. Puesto que en vigor del Estado de derecho no puede quedar la investigación enteramente entregada a la discreción de los órganos de persecución penal, se la sometió a control jurisdiccional. Este control conlleva el riesgo de encender un nuevo foco de parcialidad del tribunal y con el objeto de ahogarlo se articuló un segundo desdoblamiento del Estado, esta vez al interior de la organización judicial. Así, un tribunal unipersonal letrado, llamado juzgado de garantía, fue puesto a cargo del control de la legalidad de la investigación y de la preparación del juicio oral, lo que incluye el control sobre la admisibilidad de los medios de prueba. Y a cargo del juicio oral y público, se estableció un tribunal colegiado, integrado por tres jueces letrados profesionales. Es a esta distribución de funciones que llamo “bifurcación”.

Como se ve, el nuevo diseño institucional implicado por la reforma procesal penal supuso crear nuevos tribunales, un ministerio público y una defensoría penal pública. La transformación, sin embargo, no alcanzó a la policía. Por supuesto, en la medida en que se asignó al ministerio público la tarea de dirigir la investigación, la actividad policial fue subordinada a su dirección (como antes lo estaba bajo el juez inquisidor). Pero la regulación de la policía se mantuvo lacónica y su estructura inalterada. Se trató, en efecto, de una reforma *procesal*.

2 En 1995, bajo el antiguo sistema procesal penal, la población carcelaria en Chile se componía de 20.005 personas, de las cuales el 54,3 % se encontraban sometidas a la medida cautelar de prisión preventiva y sólo el 45,7 % de ellas estaban cumpliendo efectivamente una pena privativa de libertad. Dos décadas más tarde y bajo el nuevo sistema procesal penal, la composición de la población carcelaria cambió, tanto en su tamaño como distribución. En 2015, de las 44.915 personas privadas de libertad, el 34,5 % se encontraban en prisión preventiva y el 65,5 % cumpliendo con una pena efectiva. Estas cifras cuestionan la tradicional contraposición (en la forma de un *trade-off*) entre respeto por las garantías del imputado y eficacia de la persecución penal.

A lo anterior debe añadirse que, a pesar de que los fiscales están expresamente facultados por la ley para dar órdenes directas a los funcionarios policiales, ellos se quejan continuamente de que la policía “es otro Poder más del Estado” y que a regañadientes siguen las instrucciones formuladas por un civil. A diferencia de los otros poderes estatales, sin embargo, no disponemos de mecanismos siquiera *formales* para ejercer un control democrático sobre la policía.

Es en este contexto que la regulación de la prueba ilícita llega a cumplir la función de regular la actividad policial en la investigación y persecución de delitos. Dicha regulación es, no obstante, escueta y con ello deja un amplio terreno para su determinación por los tribunales. De ahí mi interés en revisar la jurisprudencia de la Corte Suprema.

III

En el ordenamiento jurídico chileno solamente es posible encontrar una disposición, de rango legal, referida a la prueba ilícita: el artículo 276, inciso 3° del Código Procesal Penal. Esta disposición prescribe que, en la audiencia preparatoria, el juez de garantía debe excluir las pruebas que hubieren sido obtenidas con inobservancia de garantías fundamentales. El legislador de la reforma procesal penal (esto es, el legislador de fines de la década del '90) optó por fijar un texto legal expreso, temiendo que la (entonces) tradicional inclinación de los tribunales chilenos a interpretar la ley de manera formalista los llevara a negar la exclusión de prueba ilícita en ausencia de una regla que así lo ordenara. Es curioso que la jurisprudencia de la Corte Suprema, dejando atrás dicha tradición, haya complementado el texto de la ley en al menos tres sentidos.

Primero, ha entendido que aquella regla de exclusión conlleva lógicamente la supresión del material probatorio derivado de aquel obtenido directamente con inobservancia de garantías fundamentales. Es decir, se reconoce el efecto reflejo de la prueba ilícita, lo que en la nomenclatura estadounidense se conoce como doctrina del fruto del árbol envenenado.

Segundo, ha entendido que la regla de exclusión establecida en la ley admite excepciones, no obstante éstas no se encuentran de igual modo establecidas en la ley. Además, ellas son las mismas que las desarrolladas por la Corte Suprema de los Estados Unidos: la buena fe del agente policial, la fuente independiente, el vínculo atenuado y el descubrimiento inevitable.

Y tercero, a pesar de que el contexto operativo de la regla de exclusión establecida en la ley es el del control sobre la admisibilidad de la prueba, que se lleva a cabo en la etapa intermedia, preparatoria del juicio; ha entendido que existe una prohibición dirigida al tribunal de juicio de valorar prueba ilícita y de emplearla para fundamentar una condena.

Así, la prueba ilícita tendría la capacidad de impregnar toda la actividad probatoria. A partir de esta convicción, es posible formular preguntas ulteriores: ¿Existe una prohibición de uso, durante la fase de investigación, de medios de prueba ilícitamente obtenidos para fundamentar una decisión judicial que autorice una diligencia investigativa o decrete una medida coercitiva cautelar? ¿Se extiende esa prohibición más allá de las decisiones propiamente jurisdiccionales, alcanzando también a las decisiones de los agentes de persecución penal, esto es, fiscales y funcionarios policiales? Llama la atención que, a pesar de la evidente importancia de estas preguntas, ellas no hayan parecido suficientemente atractivas a la academia y la jurisprudencia.

En lo que sigue, me concentro en dos aspectos de la prueba ilícita que sí han encontrado su lugar dentro de la jurisprudencia de la Corte Suprema: el reconocimiento de excepciones a la regla de exclusión de prueba ilícita que opera en el momento institucional dedicado al control sobre la admisibilidad de los medios de prueba; y la prohibición de valoración de prueba ilícita que opera en el momento institucional dedicado a la valoración de la prueba por el tribunal de juicio y a la decisión sobre los hechos.

IV

Para enfrentar la posición de la Corte Suprema de Chile frente a las excepciones a la exclusión de prueba ilícita, es conveniente precisar el concepto de *regla de exclusión*. Se ha extendido la distinción entre reglas de exclusión *intrínsecas* y *extrínsecas* al razonamiento probatorio (DAMAŠKA, 1997, pp. 12-14; FERRER, 2007, pp. 43-44 y 85). Las reglas de exclusión intrínsecas persiguen una finalidad propiamente epistémica: ordenan la exclusión de prueba que es relevante³, pero de escasa fiabilidad o que conlleva cierto riesgo de ser sobrevalorada por el juzgador. Así, se estima por adelantado que la tarea de averiguación de la verdad será realizada de mejor manera si se prescinde de esa prueba. En cambio, las reglas de exclusión extrínsecas al razonamiento probatorio persiguen una finalidad distinta de la averiguación de la verdad; buscan realizar valores que el ordenamiento jurídico estima bastantes como para justificar que se excluya prueba relevante y con ello, aunque de manera colateral, se incurra en un sacrificio epistémico. Dada esta naturaleza, las reglas de exclusión de este tipo demandan una justificación poderosa.

La regla de exclusión *de prueba ilícita* es el caso paradigmático de una regla de exclusión extrínseca. De ahí la importancia concedida al debate sobre sus fun-

3 Sobre el concepto de *relevancia*, véase FERRER, 2007, pp. 42 y 68-76; TARUFFO, 2011, pp. 364-378; 2010, pp. 161-176; 2008, pp. 37-42; y MUFFATO, 2014.

damentos. Y por consiguiente, la discusión acerca de las excepciones a esa regla de exclusión está íntimamente relacionada con aquellos fundamentos. Se reconoce una excepción allí donde ellos no se presentan, o a lo más existe sólo una sombra de ellos, decayendo por tanto la poderosa justificación que se exige para sostener una regla de exclusión tan costosa.

Me permito reducir la riqueza de aquel debate a dos justificaciones alternativas⁴ para la regla de exclusión de prueba ilícita: (a) el resguardo de la integridad del sistema de justicia penal; y (b) la disuasión de la actividad policial vulneradora de derechos fundamentales.

En Europa continental y Latinoamérica ha llegado a imponerse la primera fundamentación. Eso no quiere decir que ésta sea ajena a la tradición angloestadounidense. Una de las más sofisticadas formulaciones contemporáneas del “principio de integridad” se ha desarrollado en el seno de la academia anglosajona: DUFF *et al.* (2007, p. 255) afirman que el Estado debe contar con la estatura moral suficiente para dirigir al acusado un tipo de reproche que se expresa por medio de la imposición de una condena penal. La vulneración de las garantías del acusado le confiere a éste legitimación para reclamar “¿Con qué cara me castigas?”.

Pareciera ser que el ordenamiento jurídico chileno asume un compromiso con esta fundamentación. Así lo ha declarado explícita y reiteradamente la Corte Suprema, pero todo indica que se trata también de la posición propia del legislador. Con posterioridad a la reforma procesal penal, se han introducido reglas de exclusión de prueba ilícita que operan en el contexto de la justicia de familia y de la justicia laboral. En éstas la policía no interviene en la recolección de material probatorio, sino que son individuos particulares quienes lo hacen. Aquí, la exclusión de prueba ilícita no puede fundarse en la modelación del comportamiento funcionario policial, sino únicamente en la defensa de la integridad del sistema de justicia.

De manera consistente, la Corte chilena ha reconocido en sede penal el carácter ilícito y la necesidad de excluir aquella prueba obtenida con inobservancia de garantías fundamentales por parte de individuos particulares. En efecto, una vez que se afirma el principio de integridad del sistema de justicia como justificación de la exclusión de prueba ilícita, todo parece caer por una pendiente resbaladiza. Se asume que la integridad judicial es frágil y la ilicitud de la prueba se irradia como la metástasis.

4 Otras justificaciones han sido ofrecidas. Entre ellas, una se distingue particularmente: aquella que identifica en la obtención ilícita de un medio de prueba una fuente de debilidad probatoria. Su exclusión se justifica bajo esta misma concepción por motivos epistémicos. Esa comprensión otrora tradicional fue hace tiempo abandonada, pero recientemente ha recuperado la atención de la academia. Véase NIEVA, 2007.

Del mismo modo, cabría excluir la prueba ilícita en toda sede jurisdiccional. Por ejemplo, en el contexto del proceso penal, para fundar la resolución que autoriza una diligencia investigativa o decreta una medida cautelar. E incluso también más allá de dicho contexto, por ejemplo, para fundar una recusación, es decir, para justificar la inhabilitación de un juez en razón de su falta de imparcialidad. Las fronteras se desplazan: ¿la integridad del sistema de justicia está también en juego en los procedimientos administrativos sancionatorios y disciplinarios?

Lo anterior contrasta nítidamente con la jurisprudencia estadounidense, para la cual el sentido de la exclusión de prueba ilícita es someter la actividad policial a un control judicial *ex post*, vale decir, *to police the police*. Bajo esta concepción, la exclusión de prueba ilícita obtenida por un individuo particular opera sólo allí donde ese individuo ha sido puesto en la posición de actuar como *longa manu* de la policía o de algún órgano estatal de persecución penal. Y respecto de las agencias estatales reguladoras y fiscalizadoras, se reconoce ampliamente la excepción de *special needs*. Esto no se debe a que este tipo de instituciones imponen sanciones menos intensas que la pena, o a que su actividad indagatoria sea menos intrusiva. Muchas veces no lo es. La diferencia de trato se explica por la ausencia de la policía.

Hay que estar prevenidos respecto de los riesgos de extender irreflexivamente la exclusión de prueba ilícita más allá del ámbito de acción de la policía. Un movimiento en esa dirección no sólo captura la atención de la reforma legislativa y de la academia, desplazando el foco fuera de la policía; sino que, además, cobra el precio del sacrificio epistémico allí donde puede resultar más costoso. Los casos de violencia doméstica ofrecen un buen ejemplo. Este tipo de violencia ocurre tras el velo de la vida privada. Su persecución y castigo enfrentan tremendas dificultades, algunas de las cuales son de naturaleza probatoria. En alguna medida, se hace necesario politizar el espacio despolitizado del hogar, al menos en el sentido de afirmar su relevancia pública. Pero la defensa de la integridad del sistema de justicia lleva aquí la contra. La vida privada de la familia impide a la víctima de violencia doméstica correr el velo para mostrar el infierno en el que vive, pues usualmente lo hará a través de los reducidos medios de que dispone, que a menudo consisten en la grabación subrepticia de hechos o comunicaciones privados. Esa grabación es inadmisibles en el proceso. Sin embargo, la exclusión de prueba no sirve para impedir actos de violencia policial y en cambio, sí sirve para amparar actos de violencia doméstica.

Como se ve, un compromiso “íntegro”, lo que sea que eso signifique, no puede sino ser demasiado exigente. Impone un alto costo sobre la persecución penal y genera múltiples frustraciones, pues no goza de la plasticidad propia de su alternativa.

En el contexto estadounidense, en cambio, ha llegado a imponerse la concepción de que la exclusión de prueba ilícita sirve a la finalidad de producir sobre los funcionarios policiales un efecto disuasorio respecto a la realización de actuaciones vulneradoras de derechos individuales constitucionalmente protegidos. La plasticidad de esta justificación tiene dos fuentes.

Primero, allí donde la exclusión de prueba es incapaz de producir el efecto disuasorio buscado, o bien sólo lo consigue en muy baja medida, carece de sentido pagar el precio del sacrificio epistémico que implica. En otras palabras, en tal caso debe introducirse una excepción. Es por esta razón que se tacha peyorativamente a esta justificación de utilitarista y pragmatista.

Segundo, bajo esta comprensión es posible salir a la búsqueda de otros mecanismos igualmente idóneos, pero menos costosos. Una alternativa es el sospechoso de siempre: hacer valer la responsabilidad penal, administrativa o civil del funcionario policial infractor. Pocas veces, sin embargo, se da una explicación de la reticencia frente a estos mecanismos y de la insistencia en la regla de exclusión.

Como sea, un compromiso férreo con el resguardo del principio de integridad puede poner al propio sistema de justicia bajo una presión insostenible. Las excepciones a la regla de exclusión de prueba ilícita ofrecen una válvula de escape. Así lo evidencia el caso chileno.

V

Recién decía que tanto la ley como la jurisprudencia de la Corte Suprema chilenas suscriben la fundamentación de la exclusión de prueba ilícita en el resguardo de la integridad del sistema de justicia. Ello, sin embargo, no ha representado obstáculo para que la Corte acompañe sus declaraciones principistas con el trasplante desde la jurisprudencia estadounidense de las excepciones a la regla de exclusión de prueba ilícita, esto es, la buena fe del agente policial, la fuente independiente, el vínculo atenuado y el descubrimiento inevitable.

El ya tradicional debate en el campo del análisis comparado del derecho entre Alan WATSON (1993) y Pierre LEGRAND (1997), sobre la (im)posibilidad de los trasplantes jurídicos, ha servido a la academia como un llamado a la precaución y ha mostrado cuán delicadas son tales operaciones, cuán sensibles al suelo y a las condiciones climáticas son las especies trasplantadas. No puede esperarse que ellas echen raíces y luego florezcan en cualquier sitio. Por contraste, la Corte chilena expresamente cita los *leading cases* de la Corte Suprema estadounidense y luego se embarca en la tarea de darles una interpretación mucho más amplia. Esta interpretación inauténtica hace que las excepciones pierdan vinculación con el fundamento de la exclusión de prueba ilícita, es decir, con el suelo que las nutre. Tal movimiento argumentativo es peligroso: no sólo arrastra a la Corte hacia

la inconsistencia en su bruto intento por armonizar la doctrina estadounidense con el principio de integridad; sino que, con ello, toma distancia respecto del mandato legal original.

Para mostrar este punto, me concentro aquí únicamente en dos de las excepciones mencionadas: la buena fe del agente policial y el descubrimiento inevitable.

La excepción de buena fe del agente policial fue trazada por el Juez White de la Corte Suprema de los Estados Unidos, en su disidencia de 1976 en el caso *Stone v. Powell*⁵. La mayoría de la Corte la hizo suya más tarde, en 1984, en el caso *United States v. Leon*⁶. El supuesto operativo de esta excepción es acotado: un funcionario policial ejecuta una orden judicial de entrada y registro de un domicilio, bajo el entendido de que dicha orden se encuentra vigente. La orden, sin embargo, había sido revocada por un tribunal superior al estimarse que no se satisfizo el estándar necesario para concederla. La exclusión del material probatorio obtenido a partir de la ejecución de esta diligencia no puede llegar a producir un efecto disuasorio sobre el funcionario policial. En el momento relevante, el funcionario entendía que estaba actuando dentro del marco de la legalidad, precisamente en cumplimiento de un mandamiento judicial.

Pero más importante aún: como el funcionario policial actuó en ejecución de una orden judicial, no hay por su parte ejercicio de discreción que requiera ser controlado. La decisión no fue tomada por el funcionario policial, sino por un tribunal imparcial. En este sentido relevante, la excepción de buena fe *no* es un voto de confianza en el criterio de decisión de la policía.

La explotación de la jurisprudencia de *certiorari* por la Corte Warren durante los años '60 y '70, en sus famosas decisiones en *Mapp*⁷, *Miranda*⁸, *Katz*⁹, *Terry*¹⁰, *Chimel*¹¹, tuvo por objeto llevar la *Bill of Rights* dentro de las estaciones de policía y a las prácticas policiales en las calles. Dicha tarea debió tener en cuidadosa consideración el modo de organización propio de la policía en los Estados Unidos: numerosas agencias, constituidas a nivel local, cuya regulación depende de autoridades locales y estatales, y muy restringidamente federales. La desconfianza respecto del ejercicio arbitrario de su discreción por los funcionarios policiales, condujo a la identificación del control judicial como la

5 *Stone v. Powell*, 428 U.S. 465 (1976).

6 *United States v. Leon*, 468 U.S. 897 (1984).

7 *Mapp v. Ohio*, 367 U.S. 643 (1961). Véase KAMISAR (2006).

8 *Miranda v. Arizona*, 384 U.S. 436 (1966). Véase SCHULHOFER (2006).

9 *Katz v. United States*, 389 U.S. 347 (1967). Véase SKLANSKY (2006).

10 *Terry v. Ohio*, 392 U.S. 1 (1968). Véase BARRETT (2006).

11 *Chimel v. California*, 395 U.S. 752 (1969).

solución adecuada (SKLANSKY, 2008, pp. 44-48). Así lo entendió la Corte Warren y también su sucesora, la Corte Burger, a pesar de las notorias diferencias entre ambas. La excepción de buena fe es una manifestación de esa desconfianza. No hace falta excluir la prueba obtenida ilícitamente cuando no ha habido actuación discrecional por parte del funcionario policial.

La Corte Suprema de Chile¹² ha entendido la misma excepción en la dirección contraria, concediéndole un sentido puramente subjetivo a la buena fe. Una actuación policial se encuentra cubierta por ella cuando fue ejecutada bajo la creencia de que se actuó dentro del marco de la legalidad.

Por ejemplo, en un caso de homicidio, la policía contaba con antecedentes que apuntaban a un sospechoso, pero que no bastaban para vincularlo con el hecho. Los funcionarios decidieron, entonces, trasladar al sujeto al cuartel policial e interrogarlo en calidad de testigo. Dada esta calidad, no se dio lectura a los derechos del imputado y no se le permitió guardar silencio o requerir un abogado. En el transcurso del interrogatorio, el sujeto confesó. La Corte Suprema estimó que la confesión era admisible, pues los funcionarios actuaron de buena fe, creyendo que tenían delante de sí a un testigo y no pudieron anticipar que éste acabaría incriminándose. En otro caso, la policía sorprendió a un sujeto vendiendo pequeñas cantidades de droga en la vía pública. Le arrestó y luego se trasladó al domicilio del sujeto e ingresó al lugar, sin autorización judicial previa, en el entendido de que poseía antecedentes suficientes de que se estaba cometiendo un delito flagrante de tráfico ilícito de drogas al interior del domicilio. El régimen legal de la flagrancia les habría autorizado a ingresar. La Corte estimó que los funcionarios actuaron bajo un error de derecho, pero de buena fe, y en consecuencia resultaron admisibles la droga y las armas incautadas al interior del domicilio allanado.

Como se ve, la Corte entiende la excepción de buena fe no como manifestación de desconfianza hacia la policía, sino de deferencia hacia ella. Con ello, subvenciona el desapego policial respecto de la ley.

Otro tanto ocurre con la excepción de descubrimiento inevitable. En 1984, en su decisión en *Nix v. Williams*¹³, la Corte Suprema de Estados Unidos introdujo esta excepción al conocer el caso de un sujeto que secuestró a una menor de edad en vísperas de Noche Buena. Algunos testigos le vieron guardando el cuerpo de la menor dentro de un automóvil. Inmediatamente se organizaron equipos de búsqueda. Doscientos voluntarios se desplegaron sobre una zona trazada y deli-

12 Para un detallado análisis de la recepción de la excepción de buena fe en la jurisprudencia de la Corte Suprema chilena, véase CORREA (2018a).

13 *Nix v. Williams*, 467 U.S. 431 (1984).

mitada según la planificación. Durante la misma tarde, el sujeto se entregó a la policía, confesó el hecho sin revelar el sitio en el que se encontraba el cuerpo de la menor, y a continuación se acogió a su derecho a guardar silencio y solicitó la asistencia de un abogado. Mientras tanto, una tormenta de nieve avanzó sobre la localidad y los voluntarios resolvieron suspender la búsqueda hasta el día siguiente. En el momento en que el imputado era trasladado dentro de un vehículo policial, un funcionario le solicitó que les indicara dónde dejó el cuerpo de la niña, para que así su familia pudiera darle cristiano entierro. Al sujeto se le llenaron los ojos de lágrimas y condujo a la policía hasta el lugar, situado dentro de la zona de búsqueda trazada. Ante el reclamo de que el funcionario policial no respetó la interrupción de la confesión del imputado provocada por su invocación del derecho a contar con un abogado, la Corte estadounidense decidió que carecía de sentido excluir la prueba porque hacerlo carecía de toda eficacia disuasoria. La búsqueda ya se había iniciado y el cuerpo sería *inevitablemente* hallado al día siguiente, aunque no hubiera existido vulneración de derechos del imputado, pues se encontraba dentro de la zona de búsqueda y además estaría bien conservado a causa de la baja temperatura.

En Chile ocurrió un caso similar y la Corte chilena invocó la excepción de descubrimiento inevitable, citando expresamente el caso *Nix v. Williams*. Pero algunas diferencias de hecho fueron soslayadas por el razonamiento del máximo tribunal: no eran doscientos los voluntarios, sino un equipo de seis rescatistas en la búsqueda; llevaban más de cuarenta días dedicados a la tarea, sin éxito; y el cuerpo fue finalmente hallado junto al río, del lado opuesto al de la zona de búsqueda.

Desde allí, la Corte ha extendido el alcance de la excepción. En alguna ocasión en que la policía ingresó a un domicilio sin autorización judicial previa, hallando material probatorio incriminatorio, la Corte sostuvo que la policía *podría* haber llamado al fiscal, que a su vez *podría* haber requerido la autorización judicial, la que *habría* sido concedida; obteniéndose *inevitablemente* el material probatorio.

Como se ve, a través del reconocimiento de excepciones a la regla de exclusión, la Corte Suprema chilena no sólo se retrocede en su afán de resguardo de la integridad judicial, sino que repliega el control judicial sobre la discreción policial.

VI

Ahora bien, cuando la prueba ilícita no fue debidamente filtrada en la audiencia preparatoria, o bien se la admitió al considerársela cubierta por alguna excepción a la regla de exclusión, el tribunal de juicio llegará a tomar contacto

con ella y se verá contaminado. La ilicitud de la prueba es persistente y no es subsanada por la incorporación formal del medio de prueba al juicio, de modo que, cual presente griego, lleva dentro de sí el peligro de permear la decisión del tribunal de juicio.

Quienes defienden el fundamento de resguardo de la integridad judicial (por ejemplo: CORREA, 2018b; MIRANDA, 2013 y 2012), entre los cuales la Corte Suprema chilena se cuenta a sí misma, sostiene que esa prueba ilícitamente obtenida no debe ser valorada por el tribunal de juicio, ni usada por éste para fundar su sentencia condenatoria. En la jurisprudencia de la Corte Suprema chilena tal prohibición se formula como un deber de “valoración negativa” de la prueba ilícita. No es claro qué quiere decir esto. Aparentemente, se trataría de una fórmula de compromiso que busca conciliar, por un lado, el deber de fundamentación de la sentencia, que sólo se satisface con la valoración y el pronunciamiento sobre *toda* la prueba rendida en juicio; y por otro lado, la prohibición de valoración de prueba ilícita.

Esta doctrina implica que aquel tribunal de juicio que se ve enfrentado a un medio de prueba obtenido ilícitamente, no debe emplearlo en la justificación de su decisión sobre los hechos. Pero tampoco puede simplemente omitirlo: debe dar razones de por qué ese medio carece de eficacia probatoria. Difícilmente puede hacerse tal cosa sin entrar a conocer (de manera parcial a lo menos) la información proporcionada por el medio de prueba. En vista de esto, la decisión que el tribunal tome arriesgará contagiarse de la ilicitud del medio de prueba. Se argumenta, sin embargo, que si ello llegara a ocurrir, la contaminación de la decisión del tribunal dejará huella en su motivación, haciendo posible su control eficaz a través del recurso judicial correspondiente (MIRANDA, 2012).

Me parece que esta expectativa peca de optimismo por dos razones. Primero, el control de la motivación es dependiente del mecanismo de impugnación disponible bajo un diseño institucional particular. En el caso chileno, la sentencia definitiva dictada por un tribunal de juicio puede ser impugnada mediante un recurso *de nulidad*, fundado en haberse producido una vulneración sustancial de las garantías fundamentales del imputado. Será necesario mostrar, por tanto, que se ha producido tal vulneración. Ello no será posible si el tribunal de juicio ha sido diligente en cumplir con su deber de valorar negativamente la prueba ilícita y dejar constancia de ello en la motivación de la sentencia. Si así ocurrió, la Corte resolverá que la infracción, aunque se haya producido, no ha resultado trascendente como para incidir sobre la decisión condenatoria. En su falta de moderación, la Corte ha ido todavía más lejos y ha hecho el ejercicio intelectual temerario de suprimir hipotéticamente los enunciados probatorios derivados del medio de prueba cuya ilicitud se acusa, para evaluar si acaso el tribunal de juicio habría alcanzado igual conclusión.

De lo anterior se sigue que el cumplimiento de la prohibición de valoración blinda la sentencia, haciéndola inatacable. Tal prohibición, paradójicamente, hace posible que se sostenga una condena basada en prueba ilícita que dice que no lo es (incluso si lo dice genuinamente). En cambio, si el tribunal de juicio valorara “positivamente” la prueba ilícita, su sentencia sería irremediabilmente nula. Este es un caso en que el remedio es peor que la enfermedad.

Una segunda cuestión se refiere a la motivación de la sentencia en tanto mecanismo que posibilita su control. Debe destacarse que su eficacia posee límites, especialmente en materia probatoria. Bien puede ser que el medio de prueba ilícito no diera sustento a un determinado enunciado probatorio por sí solo, sino que lo hiciera conjuntamente con otros medios (lícitos) de prueba. En tal caso, la motivación podrá esconder con facilidad y de manera no deliberada, que, de faltar el medio de prueba ilícito, el juzgador de los hechos no habría alcanzado igual conclusión. Ello puede ocurrir cuando es la *combinación* de los medios de prueba la que permite alcanzar una conclusión, sin que cada uno de ellos por sí solo lo consiga. Y puede ocurrir también cuando los medios lícitos de prueba apuntan en una misma dirección, pero les hace falta el medio de prueba ilícito para rebasar el umbral fijado por el *estándar de prueba* aplicable.

Me parece que las conclusiones puestas de relieve aquí a menudo pasan inadvertidas y que ello se debe a la falta de atención prestada al diseño institucional del proceso penal y en particular a la estructura bifurcada del tribunal. Ante un tribunal así configurado, una prohibición de valoración de prueba ilícita tiene un efecto contraproducente. Cuando se opta por un determinado diseño institucional (por ejemplo, por el así denominado “modelo del juez de garantías”), la tarea de la academia es desentrañar sus implicaciones. Contándose con un tribunal bifurcado, parece necesario que el tribunal de juicio valore (“positivamente”) toda la prueba, sin considerar su eventual origen ilícito. Pueden existir razones de economía procesal que apunten la inconveniencia de esto (por ejemplo, debido al costo que significa llevar adelante un juicio que acabará siendo anulado), pero no puede decirse que conlleva una vulneración de garantías fundamentales. Por el contrario, reserva al acusado un mecanismo eficaz para revertir su condena. Como se ve, las respuestas a estos problemas deben ser incorporadas en el diseño de las instituciones que interactúan en el proceso penal.

VII

Las consideraciones anteriores buscan mostrar que, en la medida en que el estudio de la prueba ilícita se ha desarrollado dándole las espaldas a las cuestiones de diseño institucional, poco ha aportado a la efectiva regulación de la actividad policial. Ya sea porque se admiten excepciones a la regla de exclusión, o debido a

las contraindicaciones de una prohibición de valoración en un sistema con tribunal bifurcado, el modo en que la academia jurídica, la jurisprudencia y práctica forense se hacen cargo de la actividad policial no da frutos.

Esa aproximación tradicional mantiene secuestrado el debate sobre el rol de la policía dentro del sistema de justicia penal. Al mostrarse las limitaciones de esa aproximación debe abrirse la invitación a nuevas maneras de pensar la relación entre policía y democracia.

BIBLIOGRAFÍA

- BARRETT, John (2006), “*Terry v. Ohio*: The Fourth Amendment Reasonableness of Police Stops and Frisks Based on Less than Probable Cause”, in Carol STEIKER (ed.), *Criminal Procedure Stories* (New York: Foundation Press); Ch. 9.
- CORREA, Carlos (2018a), “La buena fe del agente como excepción a la aplicación de la regla de exclusión –derecho estadounidense y derecho chileno–”, *Latin American Legal Studies*, No. 2, pp. 25-50.
- ____ (2018b), “Más allá de la regla de exclusión: prohibiciones probatorias en el Derecho chileno – con especial referencia al Derecho alemán–”, *Política criminal*, Vol. 13, No. 25, Art. 4, pp. 144-174.
- DAMAŠKA, Mirjan (1997), *Evidence Law Adrift* (New Haven: Yale University Press).
- DUFF, Antony *et al.* (2007), *The Trial on Trial, Vol. 3 Towards a Normative Theory of the Criminal Trial* (Oxford: Hart Publishing).
- FERRER, Jordi (2007), *La valoración racional de la prueba* (Madrid: Marcial Pons).
- KAMISAR, Yale (2006), “*Mapp v. Ohio*: The First Shot Fired in the Warren Court’s Criminal Procedure “Revolution””, in Carol STEIKER (ed.), *Criminal Procedure Stories* (New York: Foundation Press); Ch. 2.
- LEGRAND, Pierre (1997), “The Impossibility of ‘Legal Transplants’”, *Maastricht Journal of European and Comparative Law*, Vol. 4, pp. 111-124.
- MIRANDA, Manuel (2013), *Concepto de prueba ilícita y su tratamiento en el proceso penal* (México: Ubijus Editorial).
- ____ (2012), “¿En qué momento procesal puede acordarse la exclusión de una prueba obtenida de forma ilícita?”, en Manuel MIRANDA, Rodrigo CERDA y FRANCISCO HERMOSILLA, *Práctica de la prueba en el juicio oral. Su valoración y el estándar del “más allá de toda duda razonable”* (Santiago: Librotecnia).
- MUFFATO, Nicola (2014), “Materiales para un análisis de los conceptos de relevancia probatoria y causal”, en Diego PAPAYANNIS (COORD.), *Causalidad y atribución de responsabilidad* (Madrid: Marcial Pons), pp. 45-76.
- NIEVA, Jordi (2007), “Policía judicial y prueba ilícita. Regla de exclusión y efecto disuasorio: un error de base”, *Diario La Ley*, No. 9068, pp. 1-35.
- SCHAUER, Frederick (2006), “On the Supposed Jury-Dependence of Evidence Law”, *University of Pennsylvania Law Review*, Vol. 155, No. 1, pp. 165-202.
- SCHULHOFER, Stephen (2006), “*Miranda v. Arizona*: A Modest but Important Legacy”, in Carol STEIKER (ed.), *Criminal Procedure Stories* (New York: Foundation Press); Ch. 5.
- SKLANSKY, David (2008), *Democracy and the Police* (Stanford: Stanford University Press).
- ____ (2006), “*Katz v. United States*: The Limits of Aphorism”, in Carol STEIKER (ed.), *Criminal Procedure Stories* (New York: Foundation Press); Ch. 7.
- TARUFFO, Michele (2011), *La prueba de los hechos* (4ª ed.) (Madrid: Editorial Trotta).

_____ (2010), *Simplemente la verdad. El juez y la construcción de los hechos* (Madrid: Marcial Pons).

_____ (2008), *La prueba* (Madrid: Marcial Pons).

VALVERDE, Mariana (2010), *The Force of Law. A Groundwork Guide* (Toronto: Groundwood Books).

WATSON, Alan (1993), *Legal Transplants. An Approach to Comparative Law* (Athens, GA: University of Georgia Press).



tirant
lo blanch

editorial.tirant.com/br/

O Instituto Baiano de Direito Processual Penal (IBADPP) é uma Associação de Professores, Pesquisadores e Profissionais do campo das ciências criminais sem fins lucrativos e com propósitos científicos, fundada em março de 2011 a fim de se tornar uma representante da sociedade civil organizada na consecução de estudos, análises, estratégias e ações para desenvolvimento das ciências criminais e defesa dos ideais do Estado Democrático de Direito. Esta obra é fruto de alguns dos mais importantes trabalhos desenvolvidos pelo IBADPP e por seus confrades e confreriras, com destaque para os Anais da oitava edição do seu Seminário Nacional, evento que se consagrou ao longo das suas edições como um dos principais da sua área no calendário nacional. Nesta oitava edição, o Seminário envolveu temas que apresentaram uma visão crítica sobre as Ciências Criminais, em especial sobre o Processo Penal, considerando o cenário social e político de discriminação racial e de gênero, de desrespeito aos direitos fundamentais e retrocessos pelos quais tem passado o país nos últimos anos. O evento contou com palestras de nomes como: Alexandre Morais da Rosa, Ana Cláudia Pinho, André Nicolitt, Eugênio Raul Zaffaroni, Jacinto Coutinho, Jacson Zilio, Juan Pablo Aristegui, Paulo de Sousa Mendes, Silvio Almeida, Wlamyra Albuquerque, dentre outros e outras. Nesta obra há excelentes textos de alguns dos juristas que passaram pelo VIII Seminário Nacional, bem como artigos enviados pelos congressistas que se inscreveram no Concurso de Artigos Professor Fernando Santana e relevantes produções de alguns dos confrades e membros do Instituto Baiano de Direito Processual Penal. Boa leitura!



ISBN 978-655908379-4



+ ACESSO À VERSÃO DIGITAL GRÁTIS NA NOSSA PLATAFORMA DE LEITURA