

REVISTA DA

ISSN 2236-8957

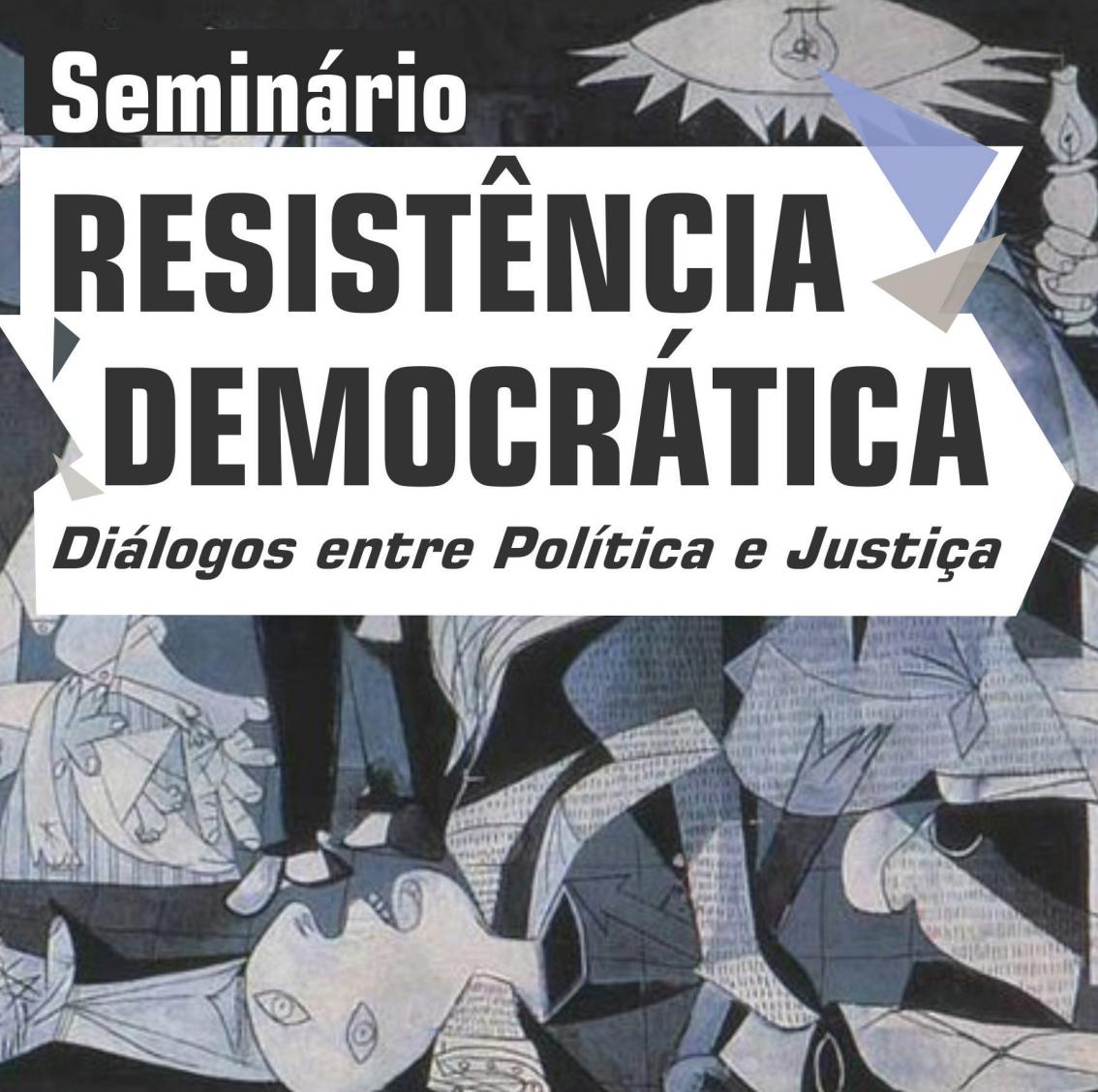
# EMERJ

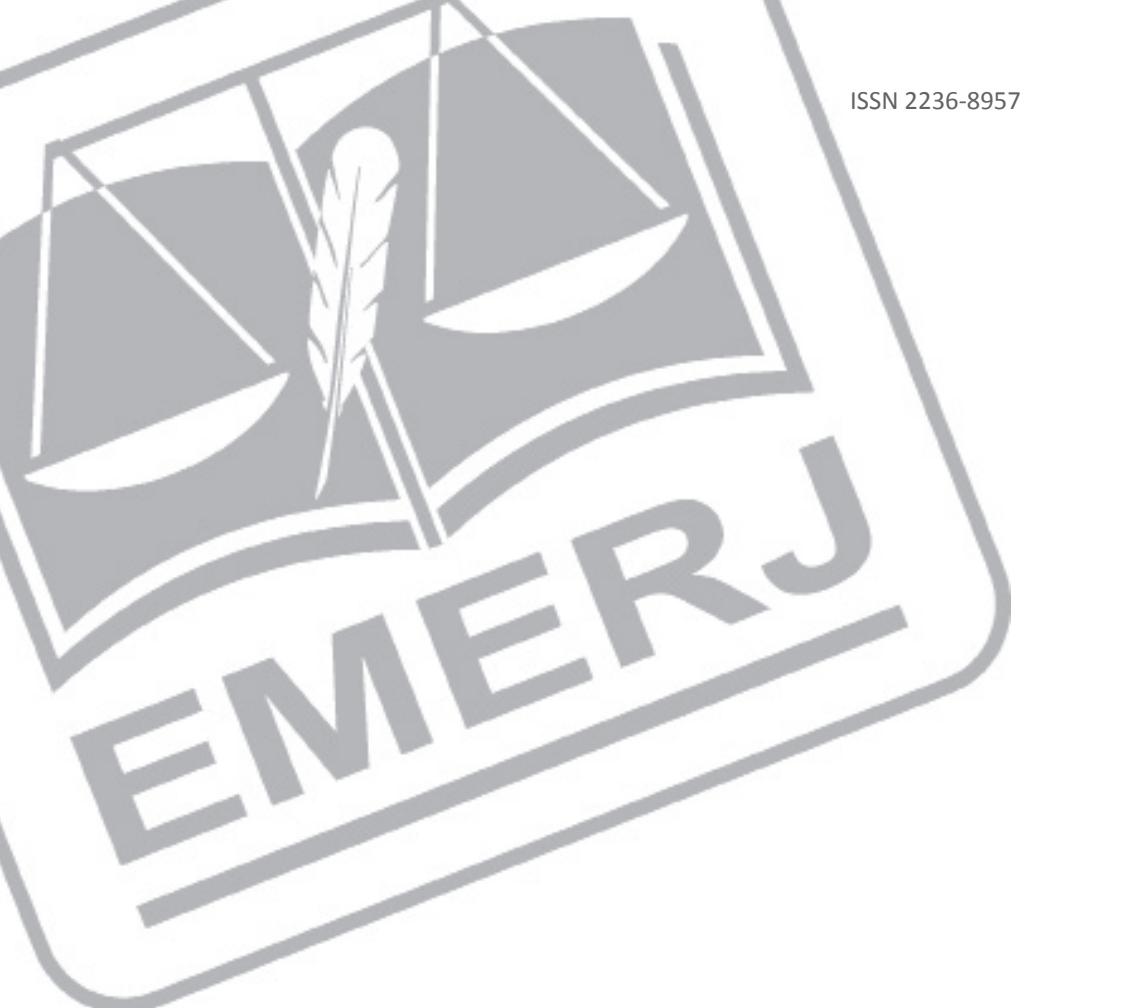
ESCOLA DA MAGISTRATURA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO • V. 18 • N. 67 ( EDIÇÃO ESPECIAL ) • Janeiro / Fevereiro • 2015

Seminário

## RESISTÊNCIA DEMOCRÁTICA

*Diálogos entre Política e Justiça*





ISSN 2236-8957

EMERJ

# Revista da EMERJ

v. 18 - n. 67 - 2015  
*Janeiro / Fevereiro*

Rio de Janeiro

© 2015 EMERJ

**Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro - EMERJ  
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO - TJERJ**

Revista doutrinária destinada ao enriquecimento da cultura jurídica do País.

**Conselho Editorial:**

Min. Luiz Fux; Min. Luis Felipe Salomão; Min. Marco Aurélio Bellizze, Des. Sergio Cavalieri Filho; Des. Letícia de Faria Sardas; Des. Jessé Torres Pereira Júnior; Des. Geraldo Prado.

**Coordenação:** Juízes de Direito Rubens Roberto Rebello Casara, Alexandre Corrêa Leite e André Luiz Nicolitt.

**Produção Gráfico-Editorial: Divisão de Publicações da EMERJ.**

**Editor:** Irapuã Araújo (MTb MA00124JP); **Programação Visual:** Rodolfo Santiago.

**Revisão Ortográfica:** Suely Lima, Ana Paula Maradei e Sérgio Silvares.

Revista da EMERJ. v. 1, n. 1 -	Rio de Janeiro: EMERJ, 1998 -
v.	
ISSN 1415-4951 (versão impressa)	
ISSN 2236-8957 (versão <i>on-line</i> )	
v. 1, n. 4, 1998: Anais da 4ª Semana de Integração Jurídica Interamericana	
Número Especial 2003: Anais dos Seminários EMERJ Debate o Novo Código Civil, parte I, fevereiro a junho/2002.	
Número Especial 2004: Anais dos Seminários EMERJ Debate o Novo Código Civil, parte II, julho/2002 a abril/2003.	
Edição Especial 2007: Comemorativa do Octogésimo Ano do Código de Menores Mello Mattos.	
1. Direito - Periódicos. I. RIO DE JANEIRO (Estado). Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro. Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro.	
CDD 340.05	
CDU 34(05)	

Os conceitos e opiniões expressos nos trabalhos assinados são de responsabilidade exclusiva de seus autores. É permitida a reprodução total ou parcial dos artigos desta revista, desde que citada a fonte.

Todos os direitos reservados à Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro - EMERJ

Rua Dom Manuel, nº 25 - Rio de Janeiro/RJ CEP: 20010-090

Telefones: (21) 3133-3400 / 3133-3365

[www.emerj.tjrj.jus.br](http://www.emerj.tjrj.jus.br) - [emerjpublicacoes@tjrj.jus.br](mailto:emerjpublicacoes@tjrj.jus.br)

# **Diretoria da EMERJ**

---

## **❖ DIRETOR-GERAL**

Desembargador Sérgio de Souza Verani

## **❖ CONSELHO CONSULTIVO**

Desembargador Nildson Araújo da Cruz

Desembargador Nagib Slaibi Filho

Desembargador Paulo de Oliveira Lanzellotti Baldez

Juiz de Direito Rubens Roberto Rebello Casara

Juiz de Direito Alexandre Corrêa Leite

Juiz de Direito André Luiz Nicolitt

## **❖ COMISSÃO DE FORMAÇÃO E APERFEIÇOAMENTO DE MAGISTRADOS**

Desembargador Paulo de Oliveira Lanzellotti Baldez

Desembargador Marcelo Castro Anátocles da Silva Ferreira

Juíza de Direito Andréa Maciel Pachá

Juiz de Direito Marcos Augusto Ramos Peixoto

## **❖ PRESIDENTE DA COMISSÃO ACADÊMICA**

Desembargador Luis Gustavo Grandinetti Castanho de Carvalho

## **❖ COORDENADOR DE ESTÁGIO**

Des. Nagib Slaibi Filho

## **❖ COORDENADOR DO PROGRAMA DE EAD**

Juiz de Direito Marcos Augusto Ramos Peixoto

## **❖ COORDENADOR DE ASSUNTOS COMUNITÁRIOS**

Prof. Miguel Lanzellotti Baldez

## **❖ SECRETÁRIA-GERAL DE ENSINO**

Rosângela Pereira N. Maldonado de Carvalho

## **❖ ASSESSORA DO DIRETOR-GERAL**

Maria Cristina Camargo Corrêa

R. EMERJ	Rio de Janeiro	v. 18	n. 67	p. 1-586	jan - fev. 2015
----------	----------------	-------	-------	----------	-----------------



# Sumário

---

## 9 | Apresentação

- 13 | Tribunal do Júri - Absolvição Fundada no Quesito Générico: Ausência de Vinculação à Prova dos Autos e Irrecorribilidade**

*Eliete Costa Silva Jardim*

- 32 | O *Habeas Corpus* na Perspectiva da Teoria Geral do Processo**

*Afrânio Silva Jardim*

- 39 | “Pai Terrível”, Submissão ao Poder Autoritário Estatal e a Velha História de Sempre**

*Antonio Pedro Melchior*

- 54 | O Juiz e a Jurisprudência – Um Desabafo Crítico**

*Amilton Bueno de Carvalho*

- 63 | Rio Quarenta Graus Sob o Ritmo da Morte**

*Roberta Duboc Pedrinha*

- 76 | A Regra e a Exceção: Uma Análise entre Resistência e Repressão Interconectadas**

*Priscila Pedrosa e Fernanda Prates*

- 88 | Alteridade e Justiça: Uma Introdução ao Núcleo Ético do Pensamento de E. Levinas**

*Ricardo Timm de Souza*

- 105 | Una Lectura Laica de la Discusión sobre la Interrupción Voluntaria del Embarazo en Brasil\***

*Antonio Giménez Merino*

- 119 | Soberana Polícia – Travessias das Jornadas de Junho**

*Augusto Jobim do Amaral*

- 142 | Decisão Penal e Democracia: Repensando a Partir do Garantismo**  
*Alexandre Morais da Rosa*
- 164 | Ambiguidade, Multidimensionalidade e Disputas nas Manifestações do Brasil**  
*Carol Proner*
- 185 | Estado Policial e Criminalização dos Movimentos Sociais: Notas sobre a Inconstitucionalidade do Decreto nº 44.302/13 do Governo do Estado do Rio de Janeiro**  
*Taiguara Libano Soares e Souza*
- 206 | Poder Judiciário: Tradição e Opressão**  
*Rubens R. R. Casara*
- 212 | Condições e Possibilidades aos Direitos Humanos na Sociedade de Consumo: A Necessária Resistência Democrática**  
*Sérgio Graziano*
- 221 | Sonegação de Informações Requisitadas**  
*Cezar Roberto Bitencourt*
- 231 | Modernidade, Intolerância e Mídia: Reflexos na Propaganda pelo Autoritarismo do Judiciário**  
*André Augusto Salvador Bezerra*
- 243 | A Democracia Interrompida e o Crescimento do Estado Policial**  
*Marcelo Semer*
- 256 | A Política Legislativa Criminal e a Necessidade de Resistência Democrática**  
*Patrick Mariano Gomes*
- 264 | A Cultura Inquisitória Vigente e a Origem Autoritária do Código de Processo Penal Brasileiro**  
*Marco Aurélio Nunes da Silveira*
- 276 | Defesa Criminal e Direitos Humanos: Uma Necessária Releitura do Direito ao Duplo Grau de Jurisdição**  
*Rafael Folador Strano*

- 291 | De Acusados de Vadiagem a Condenados à Liberdade: Breve Narrativa do Estado de Exceção Vivido pela População em Situação de Rua em Franca/SP**  
*Caio Jesus Granduque José*
- 306 | O Princípio da *Less Eligibility*, a Legalidade na Execução Penal e os Tribunais Superiores**  
*Patrick Lemos Cacicedo*
- 317 | Austeridad Económica y Autoritarismo Político: El Peor Escenario Posible**  
*Maria José Fariñas Dulce*
- 330 | O Cinismo da *Homeostase*. Ou: Para uma Democracia que *Ousa Dizer seu Nome***  
*Gabriel Antinolfi Divan*
- 340 | A Ambição de Verdade e a Permanência do Autoritarismo Processual Penal**  
*Salah H. Khaled Jr.*
- 356 | O Pensamento de Karl Marx e a Criminologia Crítica: Por uma Criminologia do Século XXI**  
*Thiago Celli Moreira de Araujo*
- 376 | Máquina de Produzir Fascistas**  
*Marcia Tiburi*
- 378 | Processo Penal Pós-acusatório? Ressignificações do Autoritarismo no Processo Penal**  
*Ricardo Jacobsen Gloeckner*
- 409 | Neofascismo?**  
*Miguel Baldez*
- 411 | Para a Democratização da Sala de Audiências**  
*Eduardo Maia Costa*
- 419 | A Brecha de Junho Está Aberta: Aprofundar a Democracia**  
*Giuseppe Cocco e Hugo Albuquerque*

- 435 | De Volta à Relação Entre Doutrina e Jurisprudência**  
*Juarez Tavares*
- 437 | Negri e Nós**  
*Adriano Pilatti*
- 442 | Lei e Ordem Pra Dar e Vender**  
*João Bernardo Kappen*
- 453 | Fascismo no Brasil Hoje**  
*Marcio Sotelo Felippe*
- 459 | Vigilância Eletrônica e Mecanismos de Controle de Liberdade: Elementos para Reflexão**  
*Cristina Zackseski e Welliton Caixeta Maciel*
- 467 | Forum Justiça: Política Judicial em Debate**  
*Rosane M. Reis Lavigne*
- 488 | A Democracia Por Vir: Reconciliação e Promessa entre Jacques Derrida e Jürgen Habermas**  
*Felipe Castelo Branco*
- 507 | Verdade e Política: Notas Sobre um Paradigma de Democracia Contemporânea**  
*Cristina Buarque de Hollanda*
- 516 | O Monopólio da Mídia na Construção de Consensos Sociais**  
*Dênis de Moraes*
- 526 | A Participação do Ministério Público e da Defensoria Pública nos Julgamentos Criminais nos Tribunais**  
*Wallace Martins*
- 535 | Da Necessária Contenção do Uso Inconstitucional do Expediente de “Suspensão de Liminar”**  
*Marcos Augusto Ramos Peixoto*
- 550 | O Processo Penal Brasileiro Vinte e Cinco Anos Depois da Constituição: Transformações, Permanências**  
*Geraldo Prado*
- 570 | A Guerra às Drogas e as Violações de Direitos Fundamentais com o Aval da Imprensa**  
*Maria Cecília de Oliveira Rosa*

## **Apresentação**

---

# **Resistência Democrática**

**RUBENS R. R. CASARA**

*Juiz de Direito do TJ/RJ, Doutor em Direito, Mestre em Ciências Penais e Membro do Conselho Consultivo da EMERJ.*

Resistir, por definição, é não ceder. A *resistência democrática* constitui uma força que se opõe ao autoritarismo, aos modelos que acreditam no uso da força em detrimento do conhecimento e ao processo de des-simbolização que faz com que todos os valores sejam substituídos pelo valor “mercadoria” e as pessoas sejam tratadas como objetos.

Na atual quadra, em que permanências autoritárias se somam a novas expressões de fascismo na sociedade, surgiu a convicção de que resistir em defesa da democracia entendida como participação popular na tomada de decisões e respeito incondicional aos direitos humanos, é um imperativo e um dos objetivos da educação. A partir dessa premissa, a Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro (EMERJ) pautou a gestão que se iniciou em 2013. A proteção máxima dos Direitos Humanos constitui um compromisso ético do juiz (Código de Ética da Magistratura Nacional - art. 32).

Na gestão democrática desenvolvida pelo Des. Sérgio de Souza Verani, entre erros e acertos, todos aqueles magistrados que quiseram contribuir à construção de um saber plural tiveram espaço garantido. Todas as expressões de pensamento foram respeitadas (assim, para citar exemplos, foram realizados eventos contra e a favor da legalização do aborto, da descriminalização das drogas etiquetadas de ilícitas, etc).

O Seminário “Resistência Democrática: diálogos entre política e justiça”, realizado entre os dias 15 e 17 de maio de 2013, marcou o iní-

cio da gestão. Construído a partir da preocupação em produzir um saber comum, capaz de superar as contradições e exigências direcionadas ao Poder Judiciário, em meio ao pluralismo percebido na sociedade, o seminário “Resistência Democrática: diálogos entre política e justiça” foi aberto pelo Desembargador **Paulo de Oliveira Lanzellotti Baldez**, membro do Conselho Consultivo da EMERJ. Ainda na mesa de abertura, estiveram presentes e realizaram conferências o coordenador nacional do MST e economista **João Pedro Stédile**, o jornalista e diretor da Revista “Isto É” **Paulo Moreira Leite**, e o ex –procurador-geral do Estado de São Paulo (gestão Mário Covas - PSDB) **Márcio Sotelo Felippe**.

Ao abrir o seminário, o Desembargador Baldez destacou que seriam debatidos temas da maior relevância sobre conjuntura política e jurídica nos dias atuais. E, de fato, o seminário antecipou questões que, meses mais tarde, seriam objeto de atenção de todos os brasileiros em razão das chamadas “Jornadas de Junho” e que geraram enorme perplexidade em parcela do Poder Judiciário fluminense (Poder Constituído).

Ao longo dos três dias de evento, foram realizadas diversas palestras com temas como “Mídia, Justiça e Produção de Subjetividades”, “Ainda há espaço à Constituição?”, “Tortura: O Eterno Retorno”, “Sistema de Justiça: Entre o Estado de Direito e o Estado de Polícia” e “Judicialização da Política”.

Estiveram presentes nas diversas mesas do seminário o desembargador do TJ/SP **Marcelo Semer**, o professor da UFF **Dênis de Moraes**, o desembargador do TJ/RS **Amilton Bueno de Carvalho**, o promotor de justiça **Elmir Duclerc Ramalho Júnior**, o professor da USP **Maurício Ditier**, a doutora em direito penal **Alice Bianchini**, o Doutor em Direito Penal e empresário **Luiz Flávio Gomes**, o professor da UFRJ e filósofo **Marildo Menegat**, o cientista político **Emir Sader**, a juíza do TJ/RJ **Maria Lúcia Karam**, o professor da UFPR **Juarez Cirino dos Santos**, o professor da PUC/SP **Pedro Serrano**, os professores da PUC/RJ **Adriano Pilatti** e **João Ricardo Dornelles**, o professor da UERJ **Marco Aurélio Marrafon**, o ex-procurador geral do Município de São Paulo **César Cordaro**, a professora da UFF **Joana D'Arc Ferraz**, o procurador do Estado de São Paulo **João Damião de Lima Trindade**, o procurador do Estado do Rio de Janeiro **Miguel Baldez**, os defensores públicos do Estado de São Paulo **Caio Jesus Granduque José**, **Daniela Skromov de Albuquerque** e **Patrick Cacicedo**, o coordenador-geral da Secretaria de Assuntos Legislativos do Ministério da Justiça **Patrick Mariano**, as advogadas populares **Fernanda Vieira** e **Giane Alvarez**, os Desembargadores do TJRJ **Geraldo Prado** e **Siro Darlan** e os juízes do TJ/RJ

**Andréa Pachá, Isabel Coelho, André Nicolitt e João Batista Damasceno.**

O seminário também sediou a audiência pública “Sociedade Brasileira (Internações Compulsórias, Remoções Arbitrárias, Prisões Desnecessárias, Afastamento de Garantias , etc.): Sintomas de Fascismo”, mediado pelo representante do Instituto de Estudos Críticos do Direito e do Instituto dos Advogados Brasileiros, **Fernando Máximo Drummond**.

Agora, no momento em que a administração do Des. Sérgio de Souza Verani na EMERJ se encerra, esta edição especial da revista da EMERJ serve para relembrar a importância de resistir. Resistir às pressões políticas e tentações totalitárias. Resistir em nome do projeto constitucional de vida digna para todos.

Esta edição especial da Revista da EMERJ é dedicada a uma resiste-  
nte: a defensora pública do Estado do Rio de Janeiro **ELIETE COSTA SILVA JARDIM**, que generosamente apresentou um de seus textos à publicação. Eliete viveu muito em tão pouco tempo. Aprovada em primeiro lugar no concurso para Defensoria Pública, Eliete deixou a carreira do Ministério Público de Contas para abraçar a missão com a qual se identificava. Na Defensoria Pública do Estado do Rio de Janeiro, foi a primeira (e até agora única) Defensora Pública substituta eleita para o Conselho Superior daquela instituição. Fez uma carreira independente e combativa. Respeitada e admirada por sua atuação incansável e corajosa, Eliete trazia sempre uma impressionante alegria que a todos contagiava.: ousou resistir ao crescimento do Estado Policial e desvelou as violações de direitos da população fluminense que se escondiam nas “razões de Estado” apresentadas pelo Executivo. Lutou e foi uma das protagonistas do movimento que impidiu a transformação da Defensoria Pública do Estado do Rio de Janeiro em um mero órgão de execução dos projetos autoritários dos eventuais detentores do poder político. Resistiu sempre, e sempre, em nome da democracia. Obrigado, Eliete.

Eliete foi um exemplo que nunca será apagado da memória daqueles que com ela conviveram. ♦♦



# **Tribunal do Júri - Absolvição Fundada no Quesito Genérico: Ausência de Vinculação à Prova dos Autos e Irrecorribilidade**

**Eliete Costa Silva Jardim**

*Defensora Pública do Estado do Rio de Janeiro, titular da 1ª Vara Criminal/Tribunal do Júri da comarca de São João de Meriti. Ex-Procuradora do Ministério Público Especial junto ao Tribunal de Contas do Estado do Rio de Janeiro.*

## **HOMENAGEM NECESSÁRIA**

O Tribunal do Júri é a faceta mais humana do Direito.

Como Defensora Pública, titular de um Tribunal do Júri por questão de oportunidade, aos poucos descubro que a paixão, talvez, seja hereditária.

Aos poucos, percebo que meu pai sempre teve razão, que é no Júri que se faz a verdadeira Justiça. Justiça, por vezes, apesar da lei.

E foi por isso que escolhi o Tribunal do Júri como tema, para homenagear aquele que é exemplo de Justiça, de ética, de correção, de honestidade, de vida. Pai, nenhuma homenagem estará à altura do seu caráter, da sua inteligência, da sua grandeza.

Espero que, até o fim dos meus dias, como você me ensinou e como a Deus pediram León Gieco e Mercedes Sosa, “*el injusto no me sea indiferente*”<sup>1</sup>.

Obrigada, pai!

---

<sup>1</sup> *Sólo le pido a Dios*, uma das mais belas canções de autoria do compositor e cantor argentino León Gieco, imortalizada na inesquecível voz de Mercedes Sosa, traz o emocionante verso como verdadeiro apelo de humanidade.

## **INTRODUÇÃO – O TRIBUNAL POPULAR**

O Tribunal do Júri é previsto no ordenamento jurídico pátrio no rol dos direitos e garantias fundamentais inserto no artigo 5º. da Constituição da República.

Odiado por muitos, amado por outros tantos, o Tribunal do Júri é a prova concreta de que lei e justiça nem sempre caminham de mãos dadas. Quem compõe um Tribunal Popular, na maior parte das vezes, não conhece a lei. Conhece, todavia, o contexto da sociedade em que vive e consegue se imaginar como personagem do drama que lhe é apresentado, como réu ou como vítima. O cidadão comum, por não estar imerso no cotidiano forense, em que tragédias humanas se transformam em números e nomes nas capas de autos, tende a julgar com mais humanidade e não se preocupa com metas outras que não sejam alcançar o julgamento justo.

A grandeza do Tribunal do Júri reside justamente em sobrelevar a sabedoria popular em detrimento da dogmática e do tecnicismo. O cidadão que julga o seu semelhante, representando a sociedade da qual faz parte, sabe bem quem dela precisa ficar segregado e quem não merece perder a liberdade.

É, portanto, intrínseco ao Tribunal do Júri o sistema da íntima convicção, segundo o qual o julgador não precisa motivar a sua decisão. Em oposição ao sistema do livre convencimento motivado, aplicado às decisões proferidas pelos juízes togados, o sistema da íntima convicção garante ao juiz leigo a liberdade de proferir seu julgamento seguindo apenas a sua consciência e seu senso de justiça. Não é necessário fundamentar a decisão e o único controle que sobre ela recai cinge-se à análise das provas e não à justiça do julgamento.

## **A REFORMA DE 2008 – QUESITO OBRIGATÓRIO E GENÉRICO DE ABSOLVIÇÃO**

A Lei n. 11.689/08 provocou relevantes alterações no processo penal pátrio, notadamente na sistemática do julgamento dos crimes dolosos contra a vida, de competência do Tribunal Popular por imperativo constitucional, e das infrações penais conexas<sup>2</sup>.

<sup>2</sup> Tudo o que se sustenta, neste breve estudo, diz respeito também ao julgamento das infrações conexas aos delitos dolosos contra vida, já que, uma vez fixada a competência do Tribunal Popular, imprescindível será a formulação do quesito absolutório genérico e a adoção de idênticas conclusões.

Sem olvidar das modificações procedimentais, foi ao dispor sobre a formulação dos quesitos que o legislador promoveu verdadeira inovação e aproximou, conscientemente ou não, a Instituição do Júri da sua real essência.

Após a necessária quesitação sobre a materialidade delitiva e a autoria ou participação imputada ao acusado, determina o artigo 483, inciso III, combinado com parágrafo segundo, do Código de Processo Penal, com a redação dada pelo diploma legal supracitado, que o magistrado deve, obrigatoriamente, indagar do Conselho de Sentença se “o jurado absolve o acusado”.

Nesse quesito, concentram-se todas as possíveis teses defensivas e viabiliza-se a absolvição do réu por quaisquer motivos, valorizando-se o sistema da íntima convicção e o princípio da soberania dos veredictos.

A par da simplificação da quesitação, cuja complexa formulação anterior gerava incontáveis polêmicas e arguições de nulidade, a previsão da obrigatoriedade do quesito genérico de absolvição propiciou ao jurado manifestar livremente a sua convicção independentemente do reconhecimento da materialidade e da autoria ou participação e de forma não necessariamente adstrita às teses defensivas articuladas.

Assim, se o jurado decidir pela absolvição, pouco importa a razão pela qual o fez, pouco importa se acolheu alguma tese esposada pela defesa ou se alguma outra motivação interna o orientou.

É certo que, mesmo no sistema de quesitação anterior, o jurado podia absolver o acusado por qualquer motivo, haja vista a inexistência de previsão de fundamentação das decisões, contudo, para atingir o resultado da absolvição, o mais justo na sua concepção, muitas vezes o jurado era compelido a violar sua própria consciência, negando, por exemplo, a autoria, ainda quando dela convencido.

Atualmente, mesmo que reconheça a materialidade e a autoria do fato, pode o jurado absolver o réu no quesito genérico, acolhendo uma das teses ventiladas pela Defesa ou, ainda, adotando uma tese própria, de ordem subjetiva, que não guarda compromisso sequer com as provas produzidas nos autos.

A quesitação não mais é lastreada nas teses defensivas alegadas pelo réu ou sustentadas em plenário. O quesito genérico de absolvição propicia o julgamento de acordo com o senso de justiça do jurado, por causas supralegais e até mesmo por clemênciam ou por razões humanitá-

rias. Se assim não fosse, não haveria sentido na obrigatoriedade do quesito genérico quando a única tese defensiva fosse a negativa de autoria, por exemplo. Ora, se a Defesa não apresenta nenhuma outra tese absolutória que não seja negar a autoria do fato e se os jurados respondem afirmativamente aos dois primeiros quesitos, qual é o sentido de indagar ao Conselho de Sentença se o réu deve ser absolvido, uma vez que já desacolhida a argumentação defensiva?

No entanto, a lei determina, de forma obrigatória, que o quesito genérico seja formulado sempre que respondidos afirmativamente os quesitos relativos à materialidade e à autoria, consoante parágrafo 2º. do artigo 483 do Código de Processo Penal, com a redação dada pela lei sob comento.

Igual situação ocorreria quando as teses defensivas apresentadas não conduzissem à absolvição. Materialidade não questionada, autoria confessada até, pode a Defesa limitar-se a sustentar o afastamento de qualificadoras e o reconhecimento do privilégio. O acolhimento integral das teses defensivas levaria à relevante diminuição da reprimenda penal, mas não alcançaria a absolvição. Todavia, ainda nesta hipótese, por imperativo legal, deve ser formulado o quesito genérico de absolvição e o jurado é livre para respondê-lo da forma que lhe aprouver. A toda evidência, não haveria lógica na previsão de um quesito cuja resposta fosse necessariamente “não”. Tal influência na decisão do Conselho de Sentença, ainda que *a posteriori* com a cassação do julgamento, implicaria em inegável ofensa à soberania dos veredictos e à plenitude de defesa garantida aos acusados perante o Tribunal Popular. Destarte, a obrigatoriedade legal da formulação do quesito, por si só, já denota a ampla liberdade que é conferida aos jurados para uma absolvição.

Tem-se, portanto, que, para uma condenação, o jurado está atrelado às provas dos autos, uma vez que só é lícito condenar com base em fatos e fatos são objeto de prova. De outro giro, para uma absolvição, o jurado é absolutamente livre, podendo absolver em virtude de fatos ou de razões outras, de ordem puramente subjetiva.

Tal possibilidade vai ao encontro do que vem propalando Afrânio Silva Jardim, nos últimos anos, após militar por mais de duas décadas como Promotor de Justiça no Tribunal do Júri da Capital do Estado do Rio de Janeiro: no Júri, para a condenação, deve-se ter em conta tão somente o direito penal do fato, mas, para a absolvição, podem e devem ser conjugados o direito penal do fato e o direito penal do autor.

Intuitivamente, o jurado julga o fato sem desvinculá-lo de seu autor. Ao contrário do juiz togado, o Tribunal popular julga não somente o fato, mas também o homem que praticou o fato.

É certo que as circunstâncias pessoais e individuais do agente, sua vida pregressa e sua personalidade, muito embora possam ser consideradas no momento da aplicação de eventual sanção penal, não são suficientes para conduzir a uma condenação se não houver prova efetiva da prática de fato definido como crime, ou seja, conduta típica, ilícita e culpável. Nesse prisma, o direito penal do autor deve ser afastado, sob pena de violação ao direito fundamental à liberdade e a diversos princípios e garantias constitucionais, tais como o princípio da legalidade, a presunção de inocência e o devido processo legal. Por tal razão, a previsão de um quesito genérico de condenação, após negada a materialidade ou a autoria do fato, seria abominável e indubitavelmente inconstitucional.

Assim, se os jurados negam a existência material do fato ou negam a autoria ou participação imputada ao acusado, este será inexoravelmente absolvido. Não há margem para que o Conselho de Sentença, dissociado das provas dos autos, por razões íntimas e extraprocessuais, condene o réu.

O oposto, porém, não procede. Como visto, é justamente na hipótese em que os quesitos acerca da materialidade e da autoria são respondidos afirmativamente pelos jurados que a lei impõe a indagação “o jurado absolve o acusado?”. Faculta-se ao corpo de jurados a absolvição com base em teses defensivas diversas da inexistência do fato e da negativa de autoria, ou, ainda, repita-se, com fulcro em outras razões de convicção íntima e pessoal do julgador.

Disso se conclui que a absolvição fundada no terceiro quesito, genérico e obrigatório, pode ou não estar fundamentada nas provas dos autos, pode ou não se fundar no direito constituído. Não há impedimento legal para que se dê em virtude de características pessoais do acusado que levem os jurados a entenderem não ser necessária ou útil a reprimenda. Ao revés, com a reforma operada pela Lei n. 11.689/08, o legislador não só não proibiu como expressamente autorizou e viabilizou a absolvição com base em elementos não jurídicos e extraprocessuais.

E, diante da ausência de motivação das decisões proferidas pelo Conselho de Sentença, nunca se saberá que razões orientaram o julgamento, de modo que impossível determinar se a absolvição se deu com

base em fatos ou em sentimentos. E esta é a própria razão da existência do Tribunal Popular, conforme concebido originariamente.

Ao abordar o tema da inovação trazida pela obrigatoriedade de inserção no questionário de julgamento do quesito genérico de absolvição, Guilherme de Souza Nucci, em seu livro sobre Tribunal do Júri, sustenta que:

*"O Tribunal do Júri é composto por jurados, pessoas leigas em Direito, extraídas das mais distintas classes sociais. Podem decidir como bem quiserem, sem dar fundamento ao seu voto, nem torná-lo público. Eis por que o réu precisa de todas as garantias possíveis, as mais efetivas e eficazes. Outra não foi a meta do legislador, ao fixar, como obrigatório, o quesito abrangente da defesa. Os jurados devem ter, sempre, a oportunidade de apreciar livremente a materialidade e a autoria do fato. Após, com base em inúmeras teses defensivas viáveis, mas também na existência da mera clemência, o Tribunal do Júri tem o direito constitucional impostergável de absolver o acusado, se assim desejar."*

*Em nossa visão, sabendo que o quesito (inciso III, art. 483) é obrigatório e será oferecido à apreciação dos jurados, deve o defensor, ainda que pretenda negar a autoria, ter disponível qualquer tese subsidiária, para apresentar ao Conselho de Sentença, quando da apreciação do quesito, indagando se o réu deve ser absolvido.*

*O acusado pode ser considerado indefeso pelo magistrado, caso o defensor se limite a discutir unicamente a materialidade ou autoria, ignorando outras teses, que poderão servir de lastro ao referido quesito"<sup>3</sup>.*

Concordamos com a primeira assertiva (o quesito genérico e abrangente traz liberdade de absolvição sob qualquer fundamento), mas discordamos da conclusão/solução apresentada (o defensor tem a obrigatoriedade de sustentar uma tese absolutória e, se esta tese for a negativa de autoria, há a imperiosidade de apresentação de teses subsidiárias, ainda que sem qualquer respaldo, sob pena de restar o réu indefeso).

A plenitude de defesa não pode conviver com amarras e implicações de qualquer espécie. Muitas vezes, a apresentação de uma tese subsidiária enfraquece a tese principal e desacredita a Defesa frente aos

<sup>3</sup> NUCCI, Guilherme de Souza. **Tribunal do Júri**. 4a. ed. rev., ampl. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, p. 256-257.

juízes leigos, pouco familiarizados com o princípio da eventualidade. A depender do caso concreto, a apresentação de diversas teses defensivas pode confundir os jurados, aparentar contradição ou dar a impressão de que nem a Defesa acredita no que está sustentando. Desse modo, a pre-texto de garantir a plenitude de defesa, a obrigatoriedade de sustentação de qualquer tese pode prejudicar o próprio exercício do direito de defesa.

Não há, na esteira do que vimos defendendo desde o início, necessidade de tese jurídica qualquer para dar lastro à absolvição através do terceiro quesito. A absolvição pelo quesito genérico não se funda, necessariamente, em fatos ou em normas jurídicas. Muito mais sensato que impor ao defensor uma argumentação falaciosa, capaz de causar constrangimento e afetar a credibilidade da Defesa, prejudicando o próprio acusado, é reconhecer a dissociação entre a absolvição proveniente do quesito genérico e qualquer fundamento de fato, lastreado nas provas dos autos, ou de Direito, fulcrado nas teses apresentadas em plenário. O reconhecimento de que a Lei n. 11.689/08 tornou possível a absolvição no Tribunal do Júri por infinitas razões não sindicáveis, até mesmo por clemência, reforça os princípios da plenitude de defesa e da soberania dos veredictos e aproxima a Instituição de seu modelo originário da Inglaterra.

O entendimento segundo o qual a formulação do quesito genérico de absolvição e seu acolhimento pelos jurados pode se dar independentemente das teses defendidas em plenário encontra acolhida no Superior Tribunal de Justiça. No julgamento do *Habeas Corpus* 276.627-RJ, aquela Corte Superior consignou que, *verbis*:

“(...) O Superior Tribunal de Justiça tem entendimento firme no sentido de que o quesito genérico de absolvição, previsto no art. 483, III, do Código de Processo Penal, deve ser formulado independente das teses sustentadas em Plenário, em observância ao princípio da plenitude da defesa e soberania dos veredictos.

A conclusão no sentido de que a decisão dos jurados, em razão apenas da resposta positiva aos questionamentos sobre a materialidade e autoria do crime, mostra-se contrária à prova dos autos configura não só um esvaziamento do conteúdo do quesito genérico de absolvição, como também ofensa à soberania dos veredictos.

*Evidenciado que o Tribunal de origem, ao dar provimento ao recurso de apelação interposto pela acusação para determinar a submissão do paciente a novo julgamento, utilizou como fundamento único o fato de os jurados terem respondido positivamente aos quesitos relacionados à autoria e materialidade do crime, concluindo que a decisão dos jurados se encontra contrária à prova dos autos, deve ser cassado o acórdão hostilizado e restabelecida a decisão absolutória de primeiro grau (...)"<sup>4</sup>.*

Convém ressaltar que, no voto condutor do julgamento supramencionado, faz-se citação ao magistério do já lembrado doutrinador Guilherme de Souza Nucci no sentido da ampla abrangência das possibilidades de absolvição com base no quesito genérico obrigatório, inclusive da viabilidade de absolvição por clemência. O Tribunal Superior reconhece, por conseguinte, que a resposta afirmativa ao quesito genérico não decorre, necessariamente, da análise das provas dos autos ou do acolhimento das teses defendidas em plenário de julgamento<sup>5</sup>.

## **INSINDICABILIDADE RECURSAL DA DECISÃO ABSOLUTÓRIA PROVENIENTE DA RESPOSTA AFIRMATIVA AO QUESITO GENÉRICO**

Estabelecida a premissa antecedente, segundo a qual o conteúdo da resposta ao quesito genérico de absolvição não se vincula a fatos ou teses jurídicas, a decorrência lógica é a insindicabilidade da decisão absolutória, sob pena de violação à soberania do Tribunal do Júri.

A soberania das decisões, ao lado da plenitude de defesa, é princípio dos mais caros ao sistema processual de julgamento pelo Tribunal Popular, sem o qual se esvaziaria, quase que por completo, a importância e a utilidade da Instituição. Isso significa que um juiz togado, ou um grupo de juízes togados, não pode, por mera discordância, modificar a decisão do Tribunal do Júri, uma das poucas formas de exercício direto do poder popular consagradas na Constituição da República.

É em razão da imprescindibilidade de respeito à soberania das decisões penais populares que o recurso apto a impugná-las não pode

<sup>4</sup> HC 276.627-RJ. Sexta turma do Superior Tribunal de Justiça. Relator Ministro Sebastião Reis Júnior. Publicado no DJ de 13.12.2013. Cumpre salientar que a decisão citada foi originada do julgamento de *Habeas Corpus* impetrado pela brilhante colega, Defensora Pública do Estado do Rio de Janeiro, Mariana Campos de Lima, que, em sua petição inicial, defendeu majestosamente posição semelhante à ora esposada neste texto.

<sup>5</sup> Note-se que, especificamente em função da ausência de limitação dos motivos que podem conduzir os jurados a uma decisão absolutória através do quesito genérico, não poderá haver qualquer influência deste julgamento na esfera cível.

consustanciar inconformismos de todas as espécies, mas tão somente veicular irresignações fundadas nas hipóteses taxativamente previstas nas alíneas do inciso III do artigo 593 do Código de Processo Penal.

Dentre essas, a única hipótese que diz respeito à decisão dos jurados é a prevista na alínea “d”, que dispõe ser cabível o recurso de apelação das decisões do Tribunal do Júri quando “*for a decisão dos jurados manifestamente contrária à prova dos autos*”.

Para compreender o alcance do dispositivo legal sob exame, imperioso definir o conceito de prova no processo penal, já que é apenas a manifesta contrariedade a ela que viabiliza o conhecimento e provimento do recurso de apelação capaz de invalidar a decisão, condenatória ou absolutória, dos jurados.

Neste ponto, pedimos vênia para nos apropriar do conceito elaborado por Afrânio Silva Jardim, que, simples e brilhantemente, nos ensina:

*“Concebemos a prova como sendo o resultado da demonstração, submetida ao crivo do contraditório processual, da real ocorrência dos fatos relevantes para o julgamento da pretensão do autor.*

*Para nós, tendo em vista a regra do art. 5º., inc. LV, da Constituição Federal de 1988, no sentido estrito de objeto de valoração judicial, somente poderá ser considerado como prova aquilo que restou demonstrado no processo através de atividade submetida ao contraditório. Em outras palavras, a prova pode não ter sido produzida na fase contraditória do processo, mas ao contraditório deve ter sido exposta.*

*Podemos, ainda, extrair da definição supra que o objeto da prova penal são os fatos relevantes, ainda que incontrovertíveis. Mesmo diante da confissão do réu, os fatos constantes da imputação não deixam de ser objeto da prova, conforme se vê do art. 197 e art. 158, in fine, do Código de Processo Penal. Isto devido ao princípio da busca da verdade real, já referido anteriormente. A toda evidência, os fatos irrelevantes não precisam ser provados, assim como os notórios, os axiomáticos e os presumidos pela lei de forma absoluta”<sup>6</sup>.*

---

<sup>6</sup> JARDIM, Afrânio Silva; AMORIM, Pierre Souto Maior Coutinho de. *Direito processual penal: estudos e pareceres*. 12ª ed., Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2013, p. 231.

Se a prova é o resultado da demonstração da ocorrência de um fato, forçoso concluir que prova e fato estão umbilicalmente ligados. Como visto, a prova se destina a demonstrar a ocorrência de um fato (ou, ainda, a forma como ocorreu determinado fato). Portanto, quando a lei se refere a decisão manifestamente contrária à prova dos autos, significa que, nesta hipótese, os jurados julgam não ter existido um fato cuja ocorrência foi, de forma indubitável, demonstrada pela prova produzida (ou o oposto, entendem ter ocorrido um fato que a prova demonstrou, de forma manifesta, que não existiu).

Nessa linha de raciocínio, se os jurados, por exemplo, negam o quesito da materialidade, afirmando que a vítima não sofreu disparos de arma de fogo, quando há, nos autos, auto de exame cadavérico e testemunhas que afirmam que a vítima foi alvejada por projétil de arma de fogo, tal decisão contraria frontalmente a prova produzida no processo, pois recusa um fato cuja existência ficou demonstrada de forma inequívoca.

Do mesmo modo, se os jurados respondem negativamente ao segundo quesito, relativo à autoria, e todas as testemunhas afirmam ter visto o réu efetuar disparos de arma de fogo e ele próprio confessa que atirou na vítima, inegavelmente tal decisão é contrária à prova dos autos de forma manifesta.

Situação absolutamente diversa se dá quando, nas hipóteses dos parágrafos anteriores, os jurados reconhecem os fatos provados nos autos, ou seja, que a vítima foi alvejada e que o réu foi o autor dos disparos, mas, ainda assim, no terceiro quesito, afirmam que o acusado deve ser absolvido. Neste caso, os jurados não negam nenhum fato comprovado ou afirmam algum fato cuja ocorrência não restou provada. Nesta hipótese, a decisão é fiel à prova produzida nos autos, porquanto reconhecida a existência dos fatos tais como restaram demonstrados, sob o crivo do contraditório, no processo. A absolvição, através do quesito genérico (isto é, sempre após o reconhecimento da materialidade e da autoria ou participação), jamais poderá ser taxada de contrária à prova dos autos, justamente porque ninguém jamais saberá se os jurados julgaram com base nas provas (acolhendo uma tese de legítima defesa, por exemplo) ou se a decisão foi fundada em causas supralegais, razões humanitárias, clemência ou uma infinidade de possibilidades que podem permear a mente do julgador.

Como, então, se admitir um recurso que tem como fundamento a manifesta contrariedade da decisão à prova se a decisão atacada não se vincula à prova?

Para que o órgão jurisdicional *ad quem* pudesse analisar o mérito recursal e decidir, com convicção, que a decisão do Conselho de Sentença afrontou a prova, necessário seria indagar dos jurados os motivos que os levaram a adotar tal *decisum*. Nesta toada, se tivessem sido motivados por fatos, o recurso mereceria provimento; se por razões outras, o recurso deveria ser improvido. Por óbvio, tal possibilidade inexiste, diante do sistema da íntima convicção. Ademais, nada impede que cada um dos sete jurados profira seu voto por uma razão diferente, sendo, portanto, a decisão final a aglutinação de fatores diversos que conduzem ao resultado absolutório.

É, por conseguinte, manifesta a insindicabilidade da decisão absolutória resultante da votação do quesito genérico obrigatório. A conclusão consubstancia mesmo questão de lógica, uma vez que não é possível afirmar que um veredicto contrariou algo que sequer se sabe se foi considerado na decisão. Seria o equivalente a dizer, *v.g.*, que o juiz recebeu uma apelação em manifesta contrariedade à prova produzida nos autos. Ora, a decisão que julga admissível ou não um recurso não guarda qualquer relação com a prova, mas tão somente com requisitos objetivos e subjetivos previstos em lei. Destarte, não há como dizer que uma decisão contraria algo que lhe é desinfluente.

A não sindicabilidade da absolvição fundada no quesito genérico, como já dito, aproxima o Tribunal do Júri brasileiro de sua acepção original. Se o veredicto devesse se limitar às provas dos autos e às leis postas, muito mais indicado seria que fosse proferido por um juiz togado. No sistema americano, em regra, os jurados não são indagados a respeito de quaisquer fatos, simplesmente proferem o julgamento: “*guilty or not guilty*”, condenando ou inocentando o réu. O atual sistema brasileiro, a nosso sentir, permite esta aproximação com a essência dos julgamentos populares ao mesmo tempo em que protege o acusado de condenações injustas. Isto porque, consoante sustentado anteriormente, a condenação não prescinde da vinculação a provas, ou seja, a fatos, ao passo em que a absolvição é livre e ilimitada.

Tudo se coaduna com o princípio da defesa plena, garantida aos acusados julgados pelo Tribunal do Júri, de maior espectro que o princípio da ampla defesa, conferido aos réus em geral. A plenitude de defesa abrange todos os aspectos inerentes à amplitude de defesa (autodefesa, defesa técnica eficiente, direito de presença, direito à livre produção probatória, dentre outros) e extrapola para exatamente permitir a absolvição

fundada em qualquer elemento de convicção do jurado, jurídico ou extra-jurídico, fático ou não.

Outro não é o entendimento do ilustre doutrinador André Nicolitt, ao defender que:

*“No Tribunal do Júri a defesa ganha outro colorido, uma vez que neste particular o legislador constitucional não falou apenas em ampla defesa, afirmando que no júri há plenitude de defesa (art. 5º, XXXVIII, a).*

*Qual a distinção entre a plenitude de defesa e a ampla defesa? É que, no júri, os jurados leigos julgam com íntima convicção e isso permite maior plenitude à defesa no que se refere aos mecanismos de convicção do julgador, que não se orienta apenas por elementos técnico-jurídicos. Além disso, buscando a íntima convicção dos jurados, os advogados no júri poderão invocar argumentos de toda ordem, só limitados pelos deveres éticos e da profissão”<sup>7</sup>.*

A defesa plena é, portanto, a defesa completa e sem quaisquer restrições, somente possível nos julgamentos pelo Tribunal Popular, exatamente por não haver limitação à lei e às provas.

Desta feita, conferir a um colegiado de juízes togados o poder de questionar e invalidar a decisão absolutória dos jurados, que, a despeito de reconhecer fatos - respondendo afirmativamente aos quesitos da materialidade e autoria ou participação – considera que o acusado não deve ser punido, equivale a fulminar a plenitude de defesa, tornando-a carente de significado.

Verifica-se, pois, que a alteração legislativa na quesitação acabou por reforçar todos os postulados inerentes à Instituição do Júri. A soberania absoluta do veredicto resultante da votação afirmativa do quesito genérico de absolvição, consubstanciada na sua insindicabilidade, é corolário lógico deste sistema.

A tese ora defendida vem, lentamente, ganhando espaço na jurisprudência pátria, sendo certo que o Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul já manifestou expressamente entendimento em idêntico sentido, quando do julgamento de apelação n. 70043033786:

---

<sup>7</sup> NICOLITT, André. **Manual de Processo Penal**. 4<sup>a</sup>. ed. Rio de Janeiro: Elsevier, 2013, p. 40.

"APELAÇÃO-CRIME. HOMICÍDIO QUALIFICADO. ABSOLVIÇÃO DECLARADA PELO TRIBUNAL DO JÚRI. APELO MINISTERIAL ALEGANDO QUE A DECISÃO FOI MANIFESTAMENTE CONTRÁRIA À PROVA DOS AUTOS. AFASTAMENTO. Os jurados confirmaram que o apelado participou moralmente no episódio delituoso que culminou no óbito da vítima, uma vez que estaria acompanhando o corréu, ora falecido, que veio a efetuar os disparos de arma de fogo, mas o absolveram quando questionados no quesito genérico da absolvição, ou seja, mesmo entendendo ter restado demonstradas a materialidade e a autoria delitiva, os juízes de fato optaram pela sua absolvição. Acontece que se os juízes de fato, mesmo avaliando que a conduta injusta denunciada foi praticada sem estar abarcada por qualquer excludente de ilicitude e culpabilidade, mas atendendo à sua íntima convicção concluíram que o apelado, por determinada razão, é merecedor de perdão, não sendo necessária à sociedade a punição de seu comportamento, não há como esta Corte anular tal decisão. *Ex positis*, a absolvição do apelado não se mostra contraditória à prova dos autos ou às respostas oferecidas"<sup>8</sup>.

Acrescentou-se, ainda, por ocasião do julgamento dos embargos de declaração n. 70036400778, que:

*"Cuida-se, na verdade, da impossibilidade de o órgão ministerial apelar fazendo uso da alínea 'd' do inciso III do art. 593 da Lei Processual Penal, quando o acusado resta absolvido com base no quesito genérico de absolvição, trazido pela Lei 11.689/2008"*<sup>9</sup>.

Não há, por conseguinte, como se perquirir manifesta contrariedade à prova dos autos em decisão não necessariamente orientada por fatos e provas, razão pela qual a absolvição fundada no terceiro quesito não pode ser objeto de recurso de apelação fundamentado na alínea "d" do inciso III do art. 593 do Código de Processo Penal.

<sup>8</sup> Apelação n. 70043033786. Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul. Primeira Câmara Criminal. Rel. Des. Marco Antônio Ribeiro de Oliveira. 04.04.2012.

<sup>9</sup> Embargos de Declaração 70036400778. Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul. Primeira Câmara Criminal. Rel. Des. Marco Antônio Ribeiro de Oliveira. 09.06.2010.

## JUÍZO DE ADMISSIBILIDADE OU JUÍZO DE MÉRITO DO RECURSO?

Fixada a insindicabilidade da decisão absolutória extraída da afirmação ao quesito genérico de absolvição, convém investigar se a hipótese é de inadmissibilidade do recurso, por incabível, ou de improviso, por carecer de fundamento a impugnação.

Neste ponto, nos ensina o valioso mestre José Carlos Barbosa Moreira:

“Todo ato postulatório sujeita-se a exame por dois ângulos distintos: uma primeira operação destina-se a verificar se estão satisfeitas as condições impostas pela lei para que o órgão possa apreciar o conteúdo da postulação; outra, subsequente, a perscrutar-lhe o fundamento, para acolhê-la ou rejeitá-la, no caso contrário (...). Objeto do juízo de admissibilidade são os requisitos necessários para que se possa legitimamente apreciar o mérito do recurso, a fim de dar-lhe ou negar-lhe provimento (...). Objeto do juízo de mérito é o próprio conteúdo da impugnação à decisão recorrida. Quando nela se denuncia vício de juízo (*error in iudicando*, resultante da má apreciação da questão de direito, ou da questão de fato, ou de ambas), pedindo-se em consequência a *reforma* da decisão, acoimada de *injusta*, o objeto do juízo de mérito, no recurso, identifica-se (ao menos qualitativamente) com o objeto da atividade cognitiva no grau inferior de jurisdição, com a matéria neste julgada. Quando se denuncia vício de atividade (*error in procedendo*), e por isso se pleiteia a *invalidação* da decisão, averbada de *illegal*, o objeto do juízo de mérito, no recurso, é o julgamento mesmo proferido no grau inferior”<sup>10</sup>.

Inicialmente, importa ressaltar que a apelação fundada na manifesta contrariedade da decisão dos jurados à prova dos autos aponta um *error in iudicando*, a indicar um mau julgamento, que não apreciou adequadamente a prova colhida, o que, segundo a teoria geral dos recursos, deveria levar à reforma da decisão, com a sua substituição por outra. Com efeito, não se alega *error in procedendo*, porquanto inexistentes vícios

---

10 MOREIRA, José Carlos Barbosa. **Comentários ao Código de Processo Civil.** 11ª. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 2003, p. 260, 262 e 267.

de forma no julgamento. Ainda assim, todavia, o provimento do recurso acarretará a invalidação do *decisum* e a submissão do acusado a outro julgamento popular. A exceção se justifica na medida em que a decisão tomada pelos juízes leigos, em hipótese alguma, pode ser substituída por uma decisão proferida por juízes togados, sob pena de afronta à soberania dos veredictos. Deste modo, à míngua da possibilidade de reforma, o provimento do recurso ensejará a anulação da decisão, devendo outra ser proferida pelo juiz natural da causa, ou seja, o Tribunal do Júri.

Vê-se, portanto, o quanto limitado é o sistema recursal inherente às decisões proferidas nos julgamentos pelo Tribunal do Júri e, justamente por encerrar uma mitigação à garantia constitucional da soberania dos veredictos populares, a interpretação restritiva deve nortear a sua análise.

Nesta perspectiva, resta ainda saber se a não sindicabilidade da decisão absolutória fundada no quesito genérico importa em análise da admissibilidade ou do mérito recursal.

Como cediço, o direito de recorrer é extensão lógica do exercício do direito de ação e do direito de defesa. Ao apreciarem as condições de admissibilidade dos recursos, Ada Pellegrini Grinover, Antônio Magalhães Gomes Filho e Antônio Scarance Fernandes fazem um paralelo entre as condições para o regular exercício do direito de ação e as condições para o regular exercício do direito de recorrer, identificando o *cabimento* do recurso com a *possibilidade jurídica* de recorrer<sup>11</sup>.

Isto significa que, para que a decisão seja recorrível, impõe-se seja juridicamente possível a sua impugnação. Assim ensinam os professores retromencionados:

“Assim ocorre com a possibilidade jurídica, aplicada aos recursos, a qual também se identifica com o seu *cabimento* (...). Esta exigência corresponde à previsão legal do recurso. Só há possibilidade de utilização da via recursal quando o ordenamento contempla certo meio de impugnação para atacar a decisão. Desse modo, a possibilidade jurídica de recorrer prende-se à recorribilidade da decisão”<sup>12</sup>.

<sup>11</sup> GRINOVER, Ada Pellegrini; GOMES FILHO, Antônio Magalhães; FERNANDES, Antônio Scarance. **Recursos no Processo Penal: teoria geral dos recursos, recursos em espécie, ações de impugnação, reclamação aos tribunais.** 3<sup>a</sup>. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001, p. 76-77.

<sup>12</sup> GRINOVER, Ada Pelegreni; GOMES FILHO, Antônio Magalhães; FERNANDES, Antônio Scarance. *Op. cit.* p. 77.

*In casu*, a previsão legal do recurso, contudo, deriva não apenas de uma interpretação literal do rol apresentado no artigo 593, III, do Código de Processo Penal, mas primordialmente de uma interpretação sistemática do ordenamento processual atinente ao julgamento dos crimes dolosos contra a vida.

Consoante demonstrado no item anterior, é impossível a análise acerca da contrariedade da decisão absolutória proveniente da afirmação do quesito genérico obrigatório com a prova produzida nos autos, uma vez que as razões subjacentes à decisão são, propositalmente, desconhecidas. Ainda que o recorrente alegue tal contrariedade, o Tribunal está alijado de proceder à sua verificação, dada a intangibilidade dos motivos que conduziram à conclusão absolutória, não necessariamente baseada em provas.

Estabelecidas as seguintes premissas - a) o ordenamento permite a absolvição dissociada das provas dos autos ao determinar a elaboração do terceiro quesito, obrigatoriamente, após afirmadas materialidade e autoria ou participação, independentemente das teses defensivas; b) não é possível perquirir a existência de contrariedade da decisão a algo que se desconhece se nela foi considerado; c) diante do princípio da soberania dos veredictos, as hipóteses de cabimento do recurso contra a decisão dos jurados devem ser interpretadas restritivamente; - uma interpretação sistemática conduzirá à conclusão da impossibilidade jurídica do manejo da apelação fundada na alínea “d” do inciso III do artigo 593 do Código de Processo Penal quando a decisão dos jurados for no sentido da absolvição do réu pela afirmação do quesito absolutório genérico.

Isto porque, nesta hipótese, não há margem para o exame subjetivo, caso a caso, acerca da manifesta contrariedade ou não da decisão à prova. A análise é objetiva: se a absolvição derivou da afirmação do quesito absolutório genérico, não há que se questionar fatos, provas ou fundamentos jurídicos. Não há, pois, espaço para a impugnação recursal. A toda evidência, carece de lógica considerar cabível um recurso cujo destino, previamente conhecido, na totalidade dos casos, seja o desprovimento.

Logo, a hipótese é de inadmissibilidade do recurso, por irrecorribel a absolvição resultante do julgamento do quesito genérico, não havendo possibilidade jurídica de prosseguimento na análise do conteúdo da impugnação recursal, isto é, inviabilizando a apreciação do mérito. A consequência inafastável é, naturalmente, o não conhecimento do recurso.

Sobreleva esclarecer que não se trata de esvaziar o conteúdo da alínea “d” do inciso III do artigo 593 do Código de Processo Penal, uma vez que permanece íntegra a possibilidade do recurso de apelação em face da decisão dos jurados que, respondendo sobre fatos, seja manifestamente contrária à prova produzida nos autos. Não se defende, de modo algum, a revogação tácita do dispositivo legal mencionado, sendo certo que se, ao entender da parte, os jurados responderam, por exemplo, ao quesito sobre a autoria contrariando manifestamente a prova, o recurso será plenamente cabível e, concordando o Tribunal com a alegação do recorrente, merecerá provimento. Desta feita, o recurso será cabível sempre que a decisão derivar de uma resposta a uma indagação relativa a fatos (logo, a provas), tais como os quesitos que versam sobre materialidade, autoria ou participação, qualificadoras, causas de aumento ou de diminuição de pena, dentre outros.

Trata-se, em realidade, de reconhecer que a decisão que absolve o acusado através da afirmação do quesito genérico não se enquadra na hipótese prevista na mencionada alínea “d” do inciso III do artigo 593 do Estatuto Processual Penal, já que, por não ser vinculada à prova, não há margem para a alegação de manifesta contrariedade a ela.

Se os recursos contra decisões do Tribunal do Júri são limitados e de fundamentação vinculada e se a decisão absolutória fundada no quesito genérico não se amolda a nenhuma das hipóteses previstas no inciso III do artigo 593 do Código de Processo Penal, forçoso é reconhecer o não cabimento de apelação contra tal tipo de decisão, ou a impossibilidade jurídica de recorrer, que acarreta o não conhecimento do recurso eventualmente interposto. Em outras palavras, é irrecorribel a decisão dos jurados que absolve o réu com base no quesito genérico de absolvição.

## CONCLUSÃO

De todo o raciocínio desenvolvido até aqui, conclui-se que a reforma processual penal efetivada em 2008 inaugurou a possibilidade de um novo modelo de decisão do Tribunal Popular, a absolvição plenamente livre, fundada em quaisquer razões, fáticas ou não, jurídicas ou extrajurídicas, reafirmando o sistema da íntima convicção, a essência e a razão de existir do Tribunal do Júri.

Deste novo modelo de decisão absolutória, justamente por repudiar amarras, não se pode reclamar consonância com provas, na medida em que não se pode exigir que seja relacionada a fatos.

Se não há vinculação a fatos e provas, referida decisão jamais se enquadrará na hipótese prevista na alínea “d” do inciso III do artigo 593 do Código de Processo Penal, a qual somente se amolda a decisões provenientes de respostas a quesitos que dizem respeito a fatos (materialidade, autoria ou participação, qualificadoras, causas de aumento e de diminuição, dentre outros).

Assim, a decisão absolutória resultante da afirmação do quesito genérico obrigatório, proferida em absoluta consonância com o caráter subjetivo e leigo esperado das decisões de um Tribunal Popular, não desafia qualquer recurso, sendo a sua irrecorribilidade a consolidação da garantia constitucional da soberania dos veredictos e a reafirmação do Tribunal do Júri como Instituição, agora mais próxima de suas próprias essência e origem, e, cada vez mais, inserida no contexto democrático de garantia de direitos fundamentais. ♦♦

## REFERÊNCIAS

GRINOVER, Ada Pellegrini; GOMES FILHO, Antônio Magalhães; FERNANDES, Antônio Scarance. **Recursos no Processo Penal: teoria geral dos recursos, recursos em espécie, ações de impugnação, reclamação aos tribunais.** 3<sup>a</sup>. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

JARDIM, Afrânio Silva; AMORIM, Pierre Souto Maior Coutinho de. **Direito processual penal: estudos e pareceres.** 12<sup>a</sup> ed., Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2013.

MARREY, Adriano; FRANCO, Alberto Silva; CAMARGO, Antônio Luiz Chaves; STOCO, Rui. **Júri: teoria e prática: comentários de doutrina e interpretação judiciária: roteiros práticos, questionários, jurisprudência.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 1985.

MOREIRA, José Carlos Barbosa. **Comentários ao Código de Processo Civil.** 11<sup>a</sup>. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 2003.

NICOLITT, André. **Manual de Processo Penal.** 4<sup>a</sup>. ed. Rio de Janeiro: Elsevier, 2013.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Tribunal do Júri.** 4<sup>a</sup>. ed. rev., ampl. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

TUBENCHLAK, James. **Tribunal do Júri: contradições e soluções.** 5<sup>a</sup>. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 1997.

# O *Habeas Corpus* na Perspectiva da Teoria Geral do Processo

**Afrânio Silva Jardim**

*Professor Associado de Direito Processual Penal da Universidade do Estado do Rio de Janeiro. Mestre e Livre-docente. Procurador de Justiça (aposentado) no Estado do Rio de Janeiro*

## 1. BREVE EXPLICAÇÃO

O presente estudo será compacto e direto. Não vamos fazer digressões doutrinárias ou citação jurisprudencial. Nenhuma consulta se fez. Na verdade, vamos estabelecer premissas que já pertencem ao “domínio público” na Teoria Geral do Processo. Colocadas tais premissas, procuraremos extrair conclusões que nos pareçam mais lógicas.

Assim como na natureza, no direito também nada se cria, tudo se transforma numa forma dialética. Todos os autores que lemos sobre o tema são, de alguma forma, determinantes deste sucinto e desprevensioso trabalho.

A toda evidência, vamos operar com as categorias cunhadas pela Teoria Geral do Processo. Embora combatida por uma minoritária corrente da doutrina do Direito Processual Penal, a Teoria Geral do Processo existe e nos fornece um importante instrumental lógico e racional para explicar o “fenômeno” processual. Não consigo pensar o Direito sem teorias gerais...

Partimos da premissa de que o *Habeas Corpus*, em hipótese alguma, tem a natureza de recurso, consoante assente, de há muito, pela doutrina. O *Habeas Corpus*, ainda que impugnando uma determinada decisão judicial, instaura uma outra relação jurídica processual, com sujeitos, causa de pedir e pedido diversos daquele processo em que foi prolatada a decisão que se deseja desconstituir.

Todos dizem que o *Habeas Corpus* tem a natureza jurídica de uma verdadeira “ação”. Este também é o nosso entendimento. Cabe explicitar com que conceito de ação vamos trabalhar. Aqui, para nós, ação é um direito subjetivo público, autônomo e abstrato, porém conexo a uma relação jurídica de direito material, de manifestar em juízo um determinada pretensão. Flagrante a influência de Liebman. Usamos a expressão “pretensão” no sentido de Carnelutti: vontade que o autor manifesta em juízo de que prevaleça o seu interesse em detrimento do interesse do réu. O pedido exterioriza a pretensão, a vontade do autor.

Por derradeiro, há casos em que a ação tem como escopo a declaração ou desconstituição não de uma relação jurídica material, mas sim uma relação processual, por exemplo: ação para declarar nulo um ato processual ou anular um processo, nada obstante a coisa julgada material (ação rescisória, revisão criminal ou mesmo *habeas corpus*).

Ora, se o *Habeas Corpus* tem a natureza de direito de ação, precisamos extraír todas as consequências desta constatação, na perspectiva da Teoria Geral do Processo. É o que passamos a fazer em seguida.

Cabe ressaltar que não vamos cuidar aqui do chamado *Habeas Corpus* de ofício, que não tem a natureza de ação, mas sim de mero provimento ou medida incidental, vale dizer, decisão jurisdicional prolatada no curso de um determinado processo, instaurado em face do exercício de outra ação.

## 2. AINDA A NATUREZA JURÍDICA DO *HABEAS CORPUS*

Dizer que o *Habeas Corpus* tem a natureza de “direito de ação” já é dar um grande passo. Entretanto, precisamos caminhar um pouco mais (aqui rejeitamos as expressões remédio constitucional, instrumento heróico, etc., pois nada esclarecem e carecem de técnica mais apurada).

Também não nos satisfaz a assertiva de que o *Habeas Corpus* é uma ação constitucional. Não está errado. Entretanto, tal afirmação parte de uma perspectiva meramente formal e pouco esclarece no plano processual. Neste sentido mais amplo, toda ação é constitucional, cabendo ao Direito Processual apenas regular o seu exercício. Uma coisa é o direito e outra coisa é o exercício do direito. Ademais, a Constituição da República nomeia expressamente várias outras ações e isto não dispensa a doutrina de perquirir se elas têm natureza civil, penal ou trabalhista.

Costuma-se dizer que o *Habeas Corpus* é uma ação penal. Nem sempre. Se classificamos a ação tendo em vista o direito a ser aplicado para «satisfazer» a pretensão do autor, podemos ter um *Habeas Corpus* como ação civil ou ação trabalhista. Basta pensar no *Habeas Corpus* que tenha como escopo anular um decisão do juiz da vara de família que, em um processo civil, decorrente de uma ação de alimentos, determina a prisão do réu por prazo maior do que o previsto no Direito Civil. Este *Habeas Corpus* não é uma ação penal, evidentemente.

O *Habeas Corpus*, quando ação penal (ou não), submete-se à conhecida classificação da teoria da ação, podendo ser uma ação declaratória, desconstitutiva ou mandamental (nunca condenatória). Tudo isso depende do pedido formulado pelo autor na sua petição inicial. Muito do que se disse aqui pode valer para a ação de mandado de segurança.

### **3. CONSEQUÊNCIAS JURÍDICAS DAS PREMISSAS ESTABELECIDAS**

A lógica nos autoriza a fazer algumas afirmações questionadoras do que encontramos costumeiramente na jurisprudência e doutrina pátrias. Vale repetir: se o *Habeas Corpus* é uma ação, deve ser tratado como uma ação. É até mesmo intuitivo.

**3.1.** Descabe a expressão, muito usada pelos tribunais, de “não conhecer do *Habeas Corpus*”.

Alguém já viu alguma decisão não conhecendo de uma ação de despejo ou de uma ação penal pública condenatória?

Esta expressão é própria do juízo de admissibilidade dos recursos. O *Habeas Corpus* não é um recurso ...

Cabe então examinar sim se as chamadas condições para o regular exercício da ação de *Habeas Corpus* estão ou não presentes.

Em caso positivo, julga-se procedente ou improcedente o pedido (declaratório, desconstitutivo, mandamental). A ação não é julgada ... (é um direito que se exerce, regularmente ou não).

Em caso negativo, o processo deve ser extinto sem julgamento do mérito.

Se o *Habeas Corpus* é uma indevida reiteração de um outro em tramitação ou já julgado, temos a litispendência ou coisa julgada. Nestas hipóteses, também devemos ter a extinção do processo de

conhecimento sem julgamento de mérito por falta de uma condição para o regular exercício do direito de ação. De longa data, sustentamos que a «originalidade» tem a ver com o duplo e indevido exercício do mesmo direito de ação (não seria pressuposto negativo ...). Desta forma, a «originalidade» (não litispendência; não coisa julgada) é uma verdadeira condição genérica para o regular exercício do direito de ação, por isso, o segundo processo deve ser extinto sem julgamento de mérito e não anulado.

De qualquer forma, a reiteração da ação de *Habeas Corpus* não deve levar à decisão atécnica de não conhecimento ...

A mesma impropriedade se verifica no uso das expressões “indefiro o habeas corpus” ou “denego a ordem”. Indeferir está mais ligado a meiros requerimentos. Jamais se viu algum juiz dizer que indefere ou denega uma ação de despejo ...

**3.2.** O exercício da ação de *Habeas Corpus* determina a instauração de um processo de conhecimento (processo enquanto conjunto de atos jurídicos regulados pelo Direito Processual). Entendo, como disse alhures, que processo e relação processual são categorias jurídicas distintas, como o são o criador em relação à criatura. Da prática de determinado ato surgem, para os sujeitos que atuam no processo, direitos, deveres, faculdades, ônus, sujeições etc., regulados pela lei processual.

Ora, se em decorrência do *Habeas Corpus* instaura-se um processo de conhecimento, é imprescindível que tenhamos autor e réu, já que as partes são pressuposto de existência de qualquer processo. Note-se que no *Habeas Corpus* preventivo não temos processo cautelar, pois a tutela é satisfativa. O chamado “impetrante” é o autor da ação de *Habeas Corpus*, podendo ter legitimidade ordinária ou extraordinária (qualquer pessoa do povo ...). Na segunda hipótese, o autor (impetrante) é substituto processual do titular do direito de liberdade que se procura tutelar em juízo ( paciente).

A autoridade coatora é a ré neste processo de conhecimento e deve sustentar a legalidade do seu ato, atacado pela ação de *Habeas Corpus*. Pode até este réu ( autoridade) reconhecer a procedência jurídica do pedido e fazer cessar de imediato o constrangimento ao direito de liberdade, conforme dispõe a lei processual penal.

Destarte, autor é quem pede, e réu é aquele em face de quem se pede a tutela jurisdicional. O Ministério Público deve atuar neste processo de conhecimento, ora como autor, ora como *custos legis* (terceiro) e até

mesmo como réu (quando for dito que o ato atacado é de sua autoria). Isso em todos os graus de jurisdição.

**3.3.** Pelo que acima se disse, não é apropriado «julgar prejudicado» o *Habeas Corpus*. O processo de conhecimento só pode ser extinto, com ou sem resolução do mérito, quando faltar uma das condições para o regular exercício do direito de ação. Se não mais estiver presente o interesse de agir, julga-se extinto o processo sem o exame de seu mérito. Aliás, mérito é categoria do processo e não do direito de ação ... De igual forma, deve-se julgar quando for verificado que a ação de *Habeas Corpus* não é o instrumento processual adequado à tutela do direito postulado. Nesta hipótese, faltaria interesse de agir, pois o meio utilizado jamais poderia dar o «bem da vida» desejado pelo autor.

**3.4.** Quando julgado o pedido formulado na ação de *Habeas Corpus*, a decisão de mérito faz coisa julgada material, surgindo daí as diversas e intrincadas questões relativas aos seus limites objetivos e subjetivos, questões estas que aqui não nos cabe examinar.

**3.5.** Se o autor da ação de *Habeas Corpus* (impetrante) assevera, na sua petição inicial, que determinada autoridade dita coatora (réu) foi o agente do ato que se deseja atacar e, ao depois, verifica-se pela prova produzida (documental) que outra foi a pessoa que praticou o ato, deve-se julgar improcedente o pedido, mesmo que o verdadeiro autor do ato esteja submetido à competência de outro órgão jurisdicional. As condições da ação devem ser examinadas tendo em vista o que, em tese, alega-se na petição inicial e não tendo em vista o que restou provado (mérito). Descabe aqui declinar da competência, como é de costume fazer.

**3.6.** “Trancar inquérito”, “trancar processo”, “trancar ação” ???

Embora estas questões estejam relacionadas não com o processo de conhecimento instaurado em decorrência do exercício do direito de ação de *Habeas Corpus*, mas sim com os efeitos da sua decisão de mérito, cabe aqui fazer um reparo a estas expressões que não encontram respaldo na técnica processual, malgrado consagradas pelo costume. Não se trata de mero preciosismo. Cuida-se de usar os termos processuais adequados, a fim de que se saiba com clareza o que realmente foi decidido e que efeitos tal decisão produz. Em nenhum dispositivo de nosso código processual encontramos o instituto do trancamento do inquérito, do trancamento do processo ou da ação ... (ação e processo são categoria idênticas ...????).

Entendemos que a decisão em *Habeas Corpus* que “tranca” um inquérito produz o mesmo efeito de uma decisão de arquivamento de inquérito policial ou peças de informação. Surgindo notícia de prova nova, as investigações policiais devem ser retomadas. Surgindo a prova nova, o direito de ação deve ser exercido pelo Ministério Público (princípio da obrigatoriedade da ação penal condenatória pública). Já escrevemos sobre estes temas.

A decisão de arquivamento jamais pode fazer coisa julgada material, pois não há ação, jurisdição ou processo. Trata-se de uma decisão judicial e não jurisdicional, prolatada em um procedimento administrativo de natureza inquisitoria, presidido por um delegado de polícia.

Na hipótese de aplicação do disposto no art. 28 do Cod.Proc.Penal, a decisão verdadeiramente é do Procurador-Geral (como falar-se de coisa julgada? ...).

Na verdade, ao decidir pelo arquivamento do inquérito policial (procedimento administrativo inquisitorial), o juiz não deve aplicar o Direito Material ao caso concreto, dizendo que o indiciado agiu em legítima defesa ou justificado por alguma outra excludente de ilicitude ou culpabilidade. Deve dizer sim que não há prova mínima da ilicitude ou reprovabilidade da conduta investigada (justa causa). Também sobre isto já escrevemos.

Entretanto, uma decisão de mérito, provocada por uma ação de *Habeas Corpus*, transitada em julgado, pode impedir a instauração de novo inquérito ou mesmo impedir o prosseguimento das investigações em andamento. Isto se dá quando o órgão jurisdicional decidir sobre o “direito de punir” do Estado. Por exemplo: via ação de *Habeas Corpus*, o juiz ou tribunal podem declarar extinto o *ius puniendi* estatal, tendo em vista o reconhecimento da prescrição. Neste caso, não caberá mais a persecução penal como efeito desta decisão jurisdicional. Aqui houve ação (*habeas corpus*), jurisdição e processo.

Tudo isto vale, *mutatis mutandis*, para a decisão de “trancamento do processo ou da ação” (sic). Os efeitos desta decisão serão: a) extinção do processo sem resolução do mérito, por falta de uma condição da ação; b) anulação do processo ou de alguns de seus atos; c) declaração de inexistir ou ter desaparecido o “direito de punir” do Estado, hipótese muito excepcional.

#### **4) CONCLUSÃO**

Não cabe aqui repetir o que sustentamos no desenvolver deste resumido estudo, até porque ele já tem um formato meio tópico, sendo que cada item já é por si uma ou mais conclusões. O que fica claro para nós é que a dogmática processual é indispensável para darmos racionalidade e solução lógica aos vários problemas que surgem no processo, sendo de rigor a precisão terminológica. Um dos escopos da teoria é “iluminar” o atuar prático, explicando-o e lhe dando funcionalidade. Vale dizer, a técnica jurídica é indispensável a todos aqueles que pensam ou aplicam o Direito. ♦♦

# “Pai Terrível”, Submissão ao Poder Autoritário Estatal e a Velha História de Sempre

**Antonio Pedro Melchior**

*Mestre em Direito. Professor de Processo Penal da EMERJ e do IBMEC- RJ. Membro do Núcleo de Direito e Psicanálise do Programa de Pós-Graduação da Universidade Federal do Paraná. Membro do Fórum Permanente de Direito e Psicanálise da EMERJ. Advogado Criminalista.*

## INTRODUÇÃO

“*Totem e tabu* é feito para nos dizer que, para que os pais subsistem, é preciso que o verdadeiro pai, o pai singular, o pai único, esteja antes do surgimento da história, e que seja o pai morto. Mais ainda: que seja o pai assassinado. (...) Por que é preciso que os filhos tenham, de certa forma, antecipado a sua morte? E tudo isso com que fim? Para, afinal de contas, interditarem a si mesmos o que se tratava arrebatara a ele. Não o mataram senão para mostrar que ele é incapaz de ser morto”<sup>1</sup>.

Lacan, *in O Seminário*, Livro 4.

Os ensinamentos de Freud, retomados por Lacan, produzem um esburacamento na forma com que o sujeito é concebido. Mas, para além da escuta que produz sobre si, o “saber que não se sabe”<sup>2</sup> modifica a compreensão dos fenômenos sociais, desvelando a maneira com que o poder

1 LACAN, Jacques. *O Seminário*, Livro 4: relação de objeto. Rio de Janeiro: Zahar, 1995, p. 215.

2 “*Édipo sabe sem saber que sabe*, ao mesmo tempo em que age movido pelo desconhecimento ativo desse saber. Tal saber permanecia recalado em Édipo, que não queria saber nada disso, fórmula por meio da qual Lacan define o recalamento: ‘O inconsciente é o testemunho de um saber, no que em grande parte ele escapa ao ser falante’”. JORGE, Marco Antonio Coutinho. *Fundamentos da Psicanálise: De Freud a Lacan. A clínica da fantasia*. V. 2. Rio de Janeiro: Zahar, 2010, p. 188

se faz presente ao inscrever a Lei, em qualquer de suas dimensões (psicanalítica ou jurídico-político). Certas observações clínicas, diria Coutinho Jorge<sup>3</sup>, expandem a compreensão analítica na direção da cultura e do laço social.

É disso que precisamos para pensar o autoritarismo estatal e a servidão política à tirania, constantemente revivida na história, como já havia se indignado Étienne de La Boétie por volta de 1550<sup>4</sup>.

Entre as formas contemporâneas de exercício autoritário do poder do Estado, há algo em comum: o pai não será morto jamais e terá o seu lugar reivindicado incessantemente. Esta função será preenchida, o problema é conhecer quem fará o papel de operador e a que custo isto se dará.

## MEDO DA CASTRAÇÃO E A CHEGADA DO PAI “SUFICIENTEMENTE MAU”.

Começaremos nossa reflexão por Eugenio Raul Zaffaroni<sup>5</sup>:

*“(A lei do Pai não é o Código Penal). É central no pensamento lacaniano a ideia do nome do pai, proveniente da lei do pai de Freud, mediante a qual a pessoa entra na ordem simbólica que ordena o mundo. Trata-se de uma função paterna proibitiva. Embora eu não saiba muito sobre isso, entendo que Lacan aprofunda o que provém de Freud, o que, passando ao largo de toda a complexidade do tema, significa dizer, em palavras simples, que a partir daí vai se aprendendo que algumas coisas estão proibidas. Aqui também, com bastante frequência ocorre o salto da lei do pai para o código penal. Acho que os dois conceitos não têm nada a ver um com outro. Ou a lei do pai é definida em um Parlamento? Ou por acaso a proibição de sexo inter-racial nazista é parte da lei do pai?”*

A conclusão do maior penalista latino-americano vivo é salutar, iremos, porém, um pouco além no que se refere à figura do pai, enquanto função, de fato, uma das pedras angulares da teoria psicanalítica. Se a castração é o signo do drama do Édipo como quer Lacan, será dele também o seu pivô implícito.<sup>6</sup>

<sup>3</sup> JORGE, Marco Antonio Coutinho. **Fundamentos da Psicanálise: De Freud a Lacan**. A clínica da fantasia. V. 2. Rio de Janeiro: Zahar, 2010, p. 10.

<sup>4</sup> LA BOÉTIE, Étienne de. **Discurso da Servidão Voluntária**. (trad. Casemiro Linarth). São Paulo: Martin Claret, 2009.

<sup>5</sup> ZAFFARONI, Eugenio Raul. **A palavra dos mortos**. Conferências de criminologia cautelar. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 281.

<sup>6</sup> LACAN, Jacques. **O Seminário**, Livro 4: relação de objeto. Rio de Janeiro: Zahar, 1995, p. 215.

O complexo de Édipo cumpre um papel primordial na estrutura do sujeito e na configuração do desejo. Ao propiciar uma moldura discursiva pela descrição do mito, Freud nos permite ampliar de sobremaneira a escuta psicanalítica e das práticas político-sociais. Há algo de fundamental que se presentifica no Édipo e que, neste contexto, precisa ser desvelado.

Comecemos do início, onde o pai é visto intervindo em vários planos.

Em primeiro lugar, o pai se coloca como aquele que interdita a mãe e é neste ponto exato que a sua figura encontra-se historicamente vinculada à lei primordial da proibição do incesto.<sup>7</sup> Eis aqui o “*pai terrível*”, aquele que se encontra encarregado de trazer a interdição, interferindo violentamente na relação fálica estabelecida entre a mãe e o filho. Em poucas palavras, é isto que o pai proíbe: a mãe, objeto que lhe pertence e que deve ser frustrado das mãos da criança.<sup>8</sup>

“A intervenção do pai introduz aqui a ordem simbólica com suas defesas, o reino da lei, a saber, que o assunto ao mesmo tempo sai das mãos da criança e é resolvido alhures. O pai é aquele com quem não há mais chance de ganhar, senão aceitando tal e qual a divisão das apostas. A ordem simbólica intervém precisamente no plano imaginário. Não é à toa que a castração incide sobre o falo imaginário, mas de certo modo fora do par real. A ordem é assim restabelecida, e no seu interior a criança poderá aguardar a evolução dos acontecimentos”.<sup>9</sup>

A ideia de um pai “suficientemente mau”, como certa vez falou Marco Antonio Coutinho Jorge<sup>10</sup>, é extremamente importante à constituição psíquica<sup>11</sup>. O pai não intervém à toa, mas sim para lembrar a todos

7 LACAN, Jacques. **O Seminário**, Livro 5: as formações do inconsciente. Rio de Janeiro: Zahar, 1999, p. 174.

8 A rigor, é como se o filho perguntasse: “o que quer essa mulher aí? Eu bem que gostaria que fosse a mim que ela quer, mas está muito claro que não é só a mim que ela quer. Há outra coisa que mexe com ela – é o x, o significado. E o significado das idas e vindas da mãe é o falo (...). A criança, com maior ou menor astúcia ou sorte, pode conseguir vislumbrar desde muito cedo o que é o x imaginário e, uma vez tendo compreendido, fazer-se de falo. Mas a via imaginária não é via normal”. LACAN, Jacques. **O Seminário**, Livro 5: as formações do inconsciente. Rio de Janeiro: Zahar, 1999, p. 181.

9 LACAN, Jacques. **O Seminário**, Livro 4: relação de objeto. Rio de Janeiro: Zahar, 1995, p. 233.

10 Esta concepção, segundo Coutinho, pode ser depreendida como um reverso da “mãe suficientemente boa” desenvolvida por Melanie Klein. As ideias de Marco Antonio Coutinho Jorge a que se faz referência foram tangencialmente indicadas no transcorrer da aula ministrada para o grupo de formação permanente do Corpo Freudiano Escola de Psicanálise, no dia 22 de novembro de 2011.

11 Na mesma conferência do dia 22 de novembro de 2011, Coutinho Jorge teve a oportunidade de explicar que não foi outro o ponto nodal dos problemas enfrentados pelo pequeno Hans, qual seja a ausência de um “pai suficientemente mau”. Em outras palavras, foi o que disse Lacan: “É com esta chave, e apenas com ela, que vocês podem compreender o que está em jogo quando o pequeno Hans fomenta a sua fobia. O que caracteriza esta observação, é penso poder demonstrá-lo a vocês, é que, apesar de todo o amor do pai, toda a sua gentileza, toda a sua inteligência graças à qual temos a observação, não existe pai real”. LACAN, Jacques. **O Seminário**, Livro 4: relação de objeto. Rio de Janeiro: Zahar, 1995, p. 216.

quem é o detentor do direito e, desta forma, atua como pai simbólico, operando a frustração com que terá que lidar o filho, em seu “ato imaginário concernente a um objeto muito real, que é mãe”.<sup>12</sup>

A presença deste pai *suficientemente* (não *exageradamente*) mau, fornece o que o sujeito precisa para, diante dos efeitos da presença paterna no inconsciente, introjetar todas as formas de interdição que lhe serão impostas na vida. O que pretendemos ver no transcorrer deste breve ensaio, porém, é a maneira com que o poder autoritário estatal veste alguém como o “Grande Pai” impondo variadas formas de opressão, a que aparentemente se submetem os cidadãos de forma voluntaria.

A figura do pai, outrora imprescindível à constituição psíquica do sujeito, é rearranjada pelo detentor do poder estatal. Isto até faria um sentido legítimo, se a repressão não retornasse travestida em *leis*, apenas como forma de consolidar o próprio projeto político do poder constituído<sup>13</sup>.

Por isso, o discurso produzido pela psicanálise é tão importante à análise da estrutura político-social, afinal, a questão do autoritarismo passa fundamentalmente pela tentativa do detentor do poder estatal de se tornar operador da função paterna, tornando as leis a própria manifestação da Lei e, com isto, obter toda forma de obediência de que precisa. O problema é que a psicanálise não está a serviço do poder, é essencialmente antinormativa<sup>14</sup> e, portanto, instaura um questionamento radical às leis produzidas como instrumento de submissão, seja à moral sexual oficial, seja aos interesses do regime de poder imperante.

---

12 LACAN, Jacques. **O Seminário**, Livro 5: as formações do inconsciente. Rio de Janeiro: Zahar, 1999, p. 178. “O papel da mãe é o desejo da mãe. É capital. O desejo da mãe não é algo que se possa suportar assim, que lhes seja indiferente. Carreia sempre estragos. Um grande crocodilo em cuja boca vocês estão – a mãe é isso. Não se sabe o que lhe pode dar na telha, de estalo fechar a sua bocarra. O desejo da mãe é isso. (...) Há um rolo de pedra, é claro, que lá está em potência, no nível da bocarra, e isso retém, isso emperra. É o que se chama falo”. LACAN, Jacques. **O Seminário**, Livro 17: o avesso da psicanálise. Rio de Janeiro: Zahar, 1992, p. 118.

13 A fabricação de leis para afirmar um projeto de poder é conhecida no Brasil, para não falar da malfadada Lei de Segurança Nacional (Lei. 7.110/83) ou da própria Lei de Imprensa (Lei n. 5.250/67), com dispositivos recentemente declarados como não recepcionados pelo Supremo Tribunal Federal, veja, neste contexto, o que não é a lei de drogas (Lei n. 11.343/06). Esta lei é um exemplo claro de instrumento à seleitividade criminal e controle punitivo da pobreza, com a finalidade de manutenção do *status quo* através do encarceramento de pequenos comerciantes varejistas (a relação entre projeto de poder, criminalização da droga e a reinvenção do inimigo interno da figura do traficante é demais conhecida no estudo da criminologia). Além disso, a repressão criminal da utilização pessoal de drogas viola o princípio jurídico da lesividade ou, em termos psicanalíticos, a possibilidade de *gozar* do próprio corpo sem ofender ninguém.

14 GUYOMARD, Patrick. “A Lei e as leis”. In: ALTOÉ, Sonia. **A Lei e as leis**. Rio de Janeiro: Revinter, 2007, p. 05. “Freud, desde o início do século, por exemplo, nas suas primeiras conferências sobre a moral sexual civilizada, muito antes de falar do instinto de morte, da violência ou da destruição, considerou que o preço pago para obedecer às normas sociais e para obedecer à moral sexual oficial representava um trabalho psíquico, uma energia psíquica, que poucos homens e mulheres podiam pagar sem ficar doentes”.

Pois bem, voltemos.

Tomando o menino como exemplo, explica Lacan que a relação estabelecida com o pai é dominada, desde o princípio, pelo medo da castração<sup>15</sup>. A experimentação deste medo é apenas a face mais eloquente da represália interior que o sujeito se impõe (ainda que inconscientemente) para sustentar a relação agressiva que estabelece com o agente da castração<sup>16</sup>. Esta agressão, assinalou Lacan<sup>17</sup>, “parte do filho, na medida em que seu objeto privilegiado, a mãe, lhe é proibido, e se dirige ao pai. E retorna para ele em função da relação dual, uma vez que ele projeta imaginariamente no pai intenções agressivas equivalentes ou reforçadas em relação às suas, mas que tem como ponto de partida suas próprias tendências agressivas”.

Mas a relação implicitamente violenta que se estabelece traz consigo um componente que não pode ser descartado: o *componente amor pelo pai*. O chamado Édipo *invertido* é parte integrante da própria dissolução futura do complexo, constituindo um horizonte possível de “identificação como enraizada no amor”.<sup>18</sup> É na medida em que o pai é amado, explica Jacques Lacan<sup>19</sup>, “que o sujeito se identifica com ele, e que encontra a solução terminal do Édipo numa composição do recalque amnésico com a aquisição, nele mesmo, do termo ideal graças ao qual ele se transforma em pai”.<sup>20</sup>

15 Talvez não seja de todo despicando esclarecer que a *ameaça de castração* não é algo estabelecido no plano fático (não se trata de pensar um pai, com uma faca na mão, ameaçando de cortar o pênis do filho). A castração, conforme salientou diversas vezes Lacan, é uma *ameaça imaginária*, em outras palavras, “um ato simbólico cujo agente é alguém real, o pai ou a mãe”. Cf. LACAN, Jacques. **O Seminário**, Livro 5: as formações do inconsciente. Rio de Janeiro: Zahar, 1999, p. 178.

16 “A posição do pai real tal como Freud a articula, ou seja, como impossível, é o que faz que o pai seja imaginado necessariamente como privador. Não são vocês, nem ele, nem eu, que imaginamos, isso vem da própria posição. De modo algum é surpreendente que reencontremos sem cessar o pai imaginário. É uma dependência necessária, estrutural, de algo que justamente nos escapa, o pai real. E o pai real, está estritamente fora de cogitação definido de uma maneira segura que não seja como agente da castração”. LACAN, Jacques. **O Seminário**, Livro 17: o avesso da psicanálise. Rio de Janeiro: Zahar, 1992, p. 135.

17 LACAN, Jacques. **O Seminário**, Livro 5: as formações do inconsciente. Rio de Janeiro: Zahar, 1999, p. 175.

18 LACAN, Jacques. **O Seminário**, Livro 5: as formações do inconsciente. Rio de Janeiro: Zahar, 1999, p. 176. “Identificação e amor não são a mesma coisa – podemos identificar-nos com alguém sem amá-lo, e vice-versa -, mas, ainda assim, os dois termos são estreitamente ligados e absolutamente indissociáveis”.

19 LACAN, Jacques. **O Seminário**, Livro 5: as formações do inconsciente. Rio de Janeiro: Zahar, 1999, p. 176.

20 Interessante a seguinte passagem de LACAN, **O Seminário**, Livro 4, *op. cit.*, p. 213: “se a castração exerce esse papel essencial para toda a continuação do desenvolvimento, é porque ela é necessária à assunção do falo materno como um objeto simbólico. Somente a partir do fato de que, na experiência edipiana essencial, ela está privada do objeto por aquele que o tem, que sabe que o tem, que o tem em todas as ocasiões, é que a criança pode conceber que este mesmo objeto simbólico lhe será dado um dia”.

“A inscrição da Lei, indicado no Complexo de Édipo é substituída por identificações, formando a instância do *supereu*, trilhado pela autoridade Paterna e a proibição do *incesto*, que acabam se transformando em impulsos de afeição movidos pela ameaça de castração e do *falo* remanesce. Mas esse objeto *imaginário* capaz de dar conta da completude, uma vez interditado pela intervenção Paterna, protraí os efeitos, possibilitando, todavia, sua inscrição na ordem do desejo de gozar tudo (im) possível”.<sup>21</sup>

A resolução do Complexo de Édipo esclarece a relação existente entre a superação da hostilidade do pai e a operação psicológica ligada ao recalque. Diante da crise resolutiva do complexo, algum tipo de resultado é produzido, e esta coisa é precisamente a formação do *supereu*.

A trajetória que vai da chegada do pai à resolução do Édipo é, portanto, correlativa à inscrição permanente da lei, embora lá esteja como recalcada no inconsciente. O que fica para trás de todo este processo é a criação do *supereu*, o primeiro contato do sujeito com a sua própria instância de tirania. E é assim que este *supereu tirânico*, diria Lacan, “representa por si só o significante que marca, imprime, impõe o selo no homem de sua relação ao significante”.<sup>22</sup>

## A OBEDIÊNCIA CONSENTIDA DOS OPRIMIDOS E O DISCURSO DO MESTRE: DE ÉTIENNE DE LA BOÉTIE A JACQUES LACAN

“Mas o que acontece em todos os países, com todos os homens, todos os dias? Quem poderia acreditar, se só tivesse ouvido e não tivesse visto, que um só homem opriime cem mil e os priva de sua liberdade?”

Étienne de La Boétie.

A questão que interessa ao sentimento democrático é que este “pai terrível” que, no final, será servilmente amado, embora seja apenas *uma metáfora*<sup>23</sup>, terá o seu lugar efetivamente preenchido na realidade social.

21 ROSA, Alexandre Morais da. **Decisão Penal: bricolage de significantes**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006, p. 12.

22 LACAN, Jacques. **O Seminário, Livro 4: relação de objeto**. Rio de Janeiro: Zahar, 1995, p. 216.

23 LACAN, Jacques. **O Seminário, Livro 5: as formações do inconsciente**. Rio de Janeiro: Zahar, 1999, p. 180. “Uma metáfora, como já lhes expliquei, é um significante que surge no lugar de outro significante. (...) A função do pai no complexo de Édipo é ser um significante que substitui o primeiro significante introduzido na simbolização, o signifi-

O exercício autoritário do poder depende, para sua sobrevivência, da *servidão voluntária* dos cidadãos. Acima de tudo, é preciso que o discurso do mestre opere a sua revolução em outro sentido, diria Lacan, “*no de giro que se completa*”.<sup>24</sup>

“Esse discurso do mestre já tem seus créditos na tradição filosófica. No entanto, tal como o tento depreender, ele adquire aqui uma nova relevância pelo fato de poder, em nossa época, ser depreendido de uma espécie de pureza – e isto por algo que experimentamos diretamente no plano da política”.<sup>25</sup>

Ainda no séc. XVI Étienne de La Boétie já se perguntava “como tantos homens, tantos burgos, tantas cidades e tantas nações suportam às vezes um tirano só, que não tem mais poder que o que lhe dão, que só pode prejudicá-los enquanto quiserem suportá-lo, e que só pode fazer-lhes mal se ele preferirem tolerá-lo a contradizê-lo”.<sup>26</sup>

O questionamento insuportável para Étienne de La Boétie é tentar compreender como as pessoas são capazes de criar raízes de servidão tão profundas, subjugando o valor que a liberdade possui para os homens. Nesta condição, esquecem que “somos todos companheiros, ou melhor, todos irmãos” somente para que “cada um pudesse olhar-se e por assim dizer reconhecer-se no outro”.<sup>27</sup>

Em a “Psicologia das massas e análise do Eu”, Freud<sup>28</sup> trabalha bri-lhantemente com alguns conceitos importantes, retomados por Gerard Pommier em **Freud Apolítico?**.<sup>29</sup> Ali se vê como todos os sistemas modernos de dominação puderam manipular a homogeneidade das massas nas mãos de um *líder* que puxa os “cordões das marionetes daqueles que são

---

cante materno. (...) É na medida em que o pai substitui a mãe como significante que vem a se produzir o resultado comum da metáfora (...) o elemento significante intermediário cai, e o S se apodera, pela via metafórica, do objeto do desejo da mãe, que então se apresenta sob a forma de falo”. LACAN, Jacques. **O Seminário**, Livro 5: as formações do inconsciente. Rio de Janeiro: Zahar, 1999, p. 181.

24 LACAN, Jacques. **O Seminário**, Livro 17: o avesso da psicanálise. Rio de Janeiro: Zahar, 1992, p. 91.

25 LACAN, Jacques. **O Seminário**, Livro 17: o avesso da psicanálise. Rio de Janeiro: Zahar, 1992, p. 91.

26 LA BOÉTIE, Étienne de. **Discurso da Servidão Voluntária**. (trad. Casemiro Linarth). São Paulo: Martin Claret, 2009, p. 30. “aquele que vos opribe tem só dois olhos, duas mãos, um corpo, nem mais nem menos que o mais simples dos habitantes do número infinito de vossas cidades; O que ele tem a mais são os meios que lhe destes para destruir-vos”. LA BOÉTIE, Étienne de. **Discurso da Servidão Voluntária**. *Op. cit.* p. 36.

27 LA BOÉTIE, Étienne de. **Discurso da Servidão Voluntária**. *Op. cit.* p. 38.

28 FREUD, Sigmund. “Psicologia das Massas e Análise do Eu” In **Obras Completas de Sigmund Freud**, v. IX. Rio de Janeiro: Delta S.A

29 POMMIER, Gerard. **Freud Apolítico?** (trad) Patrícia Chitonni Ramos. Porto Alegre: Artes Médicas, 1989.

destituídos, mobilizando com isso seu potencial de violência para atacar qualquer diferença existente no registro que lhe interessar".<sup>30</sup>

Também não seria em um ou dois Estados contemporâneos que ainda se observa uma multidão exigindo dos seus heróis<sup>31</sup> a violência, uma multidão tão autoritária quanto intolerante que somente "respeita a força e não vê na bondade mais que uma espécie de debilidade que a impressiona muito pouco".<sup>32</sup>

O que há de interessante nisso tudo, enquanto constitutivo de uma aguçada leitura da sociedade e do Direito é perceber a maneira com que a estrutura social contemporânea, aliada à experiência do desamparo, "tem o impacto de produzir e de reproduzir no sujeito as mais terríveis formas de servidão"<sup>33</sup> de que nos falou Etiénne de La Boétie há séculos atrás.

A servidão ao "Pai Terrível", autoritário, faz do sujeito dependente da eleição de figuras e/ou instituições supostamente poderosas, capazes de protegê-los das diferentes modalidades de relações sociais.

Essas instituições não são outras que não as agências punitivas encarregadas do controle penal (Polícia, Ministério Público e o próprio Judiciário), quando não são pessoas de carne e osso, alcadas – com o auxílio luxuoso da mídia - à figura altíssima do grande protetor da sociedade em face da "guerra contra o crime".

"Como decorrência, a violência se revela em sua modalidade originária de existência, pela qual a figura onipotente do protetor violenta e goza com a fragilidade do outro, alimentando-se disso e engrandecendo a sua imagem narcísica. Essas figuras e instituições podem ainda agenciar outras formas de violência a partir desse patamar de base. Com efeito, como líderes carismáticos dessa massa humilhada de indivíduos sem face e sem espinha dorsal, tais figuras fragilizadas podem catalisar o potencial de violência de tal massa para direcioná-lo para outros, postos na posição de bode expiatório de suas misérias"<sup>34</sup>.

<sup>30</sup> BIRMAN, Joel. **Mal-estar na Atualidade**. A Psicanálise e as novas formas de subjetivação. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2007, p. 265.

<sup>31</sup> Um olhar singelo sobre a forma com que parte da sociedade brasileira legitimou a atuação do personagem Capitão Nascimento interpretado por Wagner Moura no filme **Elite da Tropa I**, oferece um bom exemplo de como se fabricam heróis reais fundados no exercício da violência, quase sempre em nome da ideologia do "combate ao crime".

<sup>32</sup> FREUD, Sigmund. "Psicologia das Massas e Análise do Eu" In **Obras Completas de Sigmund Freud**, v. IX. Rio de Janeiro: Delta S.A., p. 19.

<sup>33</sup> BIRMAN, Joel. **Arquivos do Mal-Estar e da Resistência**. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2006, p. 52.

<sup>34</sup> BIRMAN, Joel. **Arquivos do Mal-Estar e da Resistência**. Op. cit., p. 52.

É dessa massa passiva e submissa ao discurso punitivo, que não tem vergonha de catalisar a violência contra os outros – aquele que não sou Eu – de que se valem os movimentos de lei e ordem e, especialmente, a constituição de *heróis* punitivos que vão desde o Capitão Nascimento a esdrúxula imagem do Batman enquanto Presidente de um Supremo Tribunal<sup>35</sup>.

Infelizmente, é pelo abismo oferecido pelo desamparo que o sujeito sucumbe a um pedido submisso de socorro. E é assim que o punitivismo, como discurso retórico da defesa social, ganha força e se introjeta na economia psíquica.

“Os sujeitos se submetem servilmente aos outros na busca frenética que fazem de segurança e de proteção, em nome do evitamento do desamparo, custe o que custar. (...) Ao lado disso, a violência e a crueldade do outro, suposto protetor do cidadão servil, se autoriza e se legitima, disseminando então a destrutividade moderna de maneira ilimitada.”<sup>36</sup>

Porque isso ocorre? Como explicar essa fascinação amorosa pelo Pai tirânico, seja ele quem for? Em Psicanálise, toda resposta escapa pelo dedo, mas tentaremos outro ponto de reflexão.

Lacan, no **Seminário**, livro 17 – o avesso da psicanálise –, nos lembra que o texto de Freud de 1921 fornece as bases pela qual podemos observar a identificação do pai como primária. O pai, explica Lacan<sup>37</sup>, “reveia ser aquele que preside à primeiríssima identificação e nisso precisamente ele é, de maneira privilegiada, aquele que merece amor”. Ao se fazer preferir no lugar da mãe, o pai passa a intervir como agente de uma privação, sendo esta atuação responsável por conduzir o sujeito à formação do *Ideal do Eu*.

A observação é interessante, a considerar que permitiria “explicar a fascinação amorosa, a dependência para com o hipnotizador e a submissão ao líder, casos em que uma pessoa estranha é colocada pelo sujeito no lugar do seu *ideal do eu*”<sup>38</sup>.

35 No contexto do julgamento dos autos nº 470 do processo penal que tramitava no Supremo Tribunal Federal (caso “mensalão”) foi frequente observar, especialmente nas redes sociais, “fotos montagens” do então presidente Ministro Joaquim Barbosa representando a figura deste personagem.

36 BIRMAN, Joel. **Arquivos do Mal-Estar e da Resistência**. Op. cit., p. 72.

37 LACAN, Jacques. **O Seminário**, Livro 17: o avesso da psicanálise. Rio de Janeiro: Zahar, 1992, p. 92.

38 LAPLANCHE, Jean; **Vocabulário de Psicanálise** (trad. Pedro Tamen), 4ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 2008, p. 222. Explica Laplanche que, em o Eu e o Id, o termo supereu é considerado sinônimo de ideal do eu, “uma só instância, formado por identificação com os pais correlativamente ao declínio do Édipo, que reúne as funções de interdição e de ideal”. Contudo, prossegue o autor afirmando que na literatura psicanalítica o termo supereu não descartou a existência do termo ideal do eu e que, portanto, a maioria dos autores não utiliza um pelo outro. LAPLANCHE, Jean; **Vocabulário de Psicanálise** (trad. Pedro Tamen), 4ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 2008, p. 223.

No cotejo que aqui se estabelece entre a lógica da castração, a metáfora paterna e a submissão voluntária da massa ao poder autoritário estatal (encarnado no amor à pessoa ou a uma instituição) sobressai a questão da identificação com o pai e da substituição do Ideal do Eu por um objeto exterior<sup>39</sup>. Afinal, como disse Freud<sup>40</sup>:

“O caudilho é ainda o temido pai primitivo. A massa quer sempre ser dominada por um poder ilimitado. Ávida de autoridade, possui, segundo as palavras de Gustavo Le Bon, uma inesgotável sede de submissão. O pai primitivo é o ideal da massa, e este ideal domina o indivíduo, substituindo nele o seu ideal do Eu”.

A ponderação é relevante, a considerar que a hipótese levantada neste ensaio assume a ideia de que o *chefe* nada mais pretende do que se investir como operador da função paterna. Mas como o *líder* efetivamente se impõe?

Certamente, pelo discurso<sup>41</sup>. Que discurso? O *discurso do mestre*.

Como disse Bruce Fink<sup>42</sup>: “o discurso dominante no mundo atual é, sem dúvida, o discurso de poder: o poder como meio de alcançar x, y e z, mas em última instância, o poder pelo poder”. O exercício autoritário do poder estatal, portanto, embora sempre se faça representar por belas

39 “Já tentamos explicar este milagre, supondo que o indivíduo renuncia a seu ideal do Eu, trocando-o pelo ideal da massa, encarnado no caudilho. Acrescentaremos, a título de retificação, que o milagre não é igualmente grande em todos os casos. O divórcio entre o Eu e o ideal do Eu é, em muitos casos, pouco acentuado. Ambas as instâncias aparecem ainda quase confundidas e o Eu conserva ainda sua antiga satisfação narcísica de si mesmo. A eleição do caudilho torna-se consideravelmente facilitada nestas circunstâncias. Bastará que possua, com relevo especial, as qualidades típicas de tais indivíduos e que a impressão de uma força considerável e de uma grande liberdade libido, para que a necessidade de um caudilho energético encontre e o recubra de uma onipotência a que talvez não tivesse aspirado jamais. Os outros indivíduos cujo ideal do Eu não encontra na pessoa do chefe a encarnação inteiramente satisfatória, são arrastados depois ‘sugetivamente’, isto é, por identificação”. FREUD, Sigmund. “Psicologia das Massas e Análise do Eu” In *Obras Completas de Sigmund Freud*, v. IX. Rio de Janeiro: Delta S.A, p. 86.

40 FREUD, Sigmund. “Psicologia das Massas e Análise do Eu” In *Obras Completas de Sigmund Freud*, v. IX. Rio de Janeiro: Delta S.A, p. 83/84. Não se desconhece a crítica da Lacan em relação ao denominado pai da horda primitiva. Dessa forma, sem que nenhuma conclusão diversa se dê, deve ser esclarecido que a lógica da castração e a submissão da massa ao poder autoritário estatal é tratada sob o signo da *metáfora paterna*, a considerar as ricas considerações de Lacan a respeito do denominado *pai da horda*: “Falei então nesse nível sobre a metáfora paterna. Nunca falei do Complexo de Édipo a não ser desta forma. Isso deveria ser um pouco sugestivo, não é? Disse que era a metáfora paterna, mas no entanto não é assim que Freud nos apresenta as coisas. Sobretudo porque ele faz muita questão de que isso tenha sucedido efetivamente, essa história danada de assassinato do pai da horda, essa palhaçada darwiniana. O pai da horda – como se tivesse havido em algum momento o menor rastro do pai da horda. Viu-se orangotangos. Mas do pai da horda humana, jamais se viu o menor rastro”. LACAN, Jacques. *O Seminário*, Livro 17: o avesso da psicanálise. Rio de Janeiro: Zahar, 1992, p. 118.

41 Não por outra razão, arrebatou Foucault: “o discurso não é simplesmente aquilo que traduz as lutas ou os sistemas de dominação, mas aquilo por que, pelo que se luta, o poder do qual nos queremos apoderar”. Cf. FOUCAULT, Michel. *A ordem do discurso*. 12. ed. São Paulo: Loyola, 1996, p. 10.

42 FINK, Bruce. *O sujeito Lacaniano*: entre a linguagem e o gozo. Rio de Janeiro: Zahar, 1998, p. 159.

falas sobre o bem público e o interesse geral, pretende se conservar pelo simples fato do poder pelo poder.

“Os imperadores romanos também não se esqueceram de apropiar-se comumente do título de tribuno do povo, porque esse ofício era considerado santo e sagrado. Estabelecido para a defesa e proteção do povo, gozava de alta aceitação no Estado. (...) Hoje não são melhores os que, antes de cometeterem seus crimes mais graves, sempre os fazem preceder por alguns belos discursos sobre o bem público e o interesse geral. Pois, ó Longa, conheces bem o formulário do qual eles podem servir-se com muita sutileza em alguns lugares. Mas é possível falar em fineza onde há tanto descaramento?”.<sup>43</sup>

É dessa forma que o “ditador”<sup>44</sup>, se fazendo de um grande pai, instaura a lógica da obediência social à sua “lei”. Afinal e a bem da verdade, “o mestre deve ser obedecido – não porque nos beneficiaremos com isso ou por alguma outra razão desse tipo – mas porque ele assim o diz. Não há razão para que ele tenha poder: ele simplesmente tem”.<sup>45</sup>

Curiosamente, este homem que se coloca como *mestre* precisa esconder a sua própria fragilidade e assim o faz ocultando o fato de que ele mesmo, como qualquer um, também é um “ser da linguagem que sucumbiu à castração simbólica: a divisão entre consciente e inconsciente acarretada pelo significante é velada no discurso do mestre e aparece na posição de verdade: a verdade dissimulada”.<sup>46</sup>

O discurso do mestre levado a efeito pelo *caudilho* deseja fazer-se unívoco<sup>47</sup>, organizando uma série de saberes que apenas funcionam ao seu serviço<sup>48</sup>. Dentre estes, o que mais se sobressai, o saber blindado de contestação e infiltrado no senso comum, é o saber jurídico-criminal, responsável por construir uma rede teórica de manipulação ideológica em prol do controle punitivo institucionalizado<sup>49</sup>.

43 LA BOÉTIE, Étienne de. *Discurso da Servidão Voluntária*. Op. cit. p. 56/57.

44 Quando se fala em “ditador” estar-se-á fazendo referência não a um modelo específico de regime político, mas do exercício autoritário do poder, como sói ocorrer comumente em democracias formais. Da mesma forma, tem-se dito que o papel da função paterna, como operador, poderá ser exercido por instituições, o que é ainda mais comum atualmente.

45 FINK, Bruce. *O sujeito Lacaniano: entre a linguagem e o gozo*. Rio de Janeiro: Zahar, 1998, p. 161.

46 FINK, Bruce. *O sujeito Lacaniano: entre a linguagem e o gozo*. Rio de Janeiro: Zahar, 1998, p. 161.

47 LACAN, Jacques. *O Seminário*, Livro 17: o avesso da psicanálise. Rio de Janeiro: Zahar, 1992, p. 108

48 FINK, Bruce. *O sujeito Lacaniano: entre a linguagem e o gozo*. Rio de Janeiro: Zahar, 1998, p. 164.

49 Aqui se encontra toda uma tradição autoritária enraizada no senso comum, que alcança das teorias justificacionistas da pena (prevenção geral e especial) à retórica da ressocialização pela privação da liberdade.

O discurso do mestre, portanto, elege o saber penal como a principal fonte de opressão e conservação da sua própria sobrevivência<sup>50</sup>. Neste contexto, só resta desafiá-lo e fazer exatamente aquilo que Lacan disse a respeito da histérica.

“A histérica instiga o mestre – personificado em um parceiro, professor, ou quem quer que seja – até ao ponto em que ela passa a considerar que falta saber ao mestre. Ou o mestre não tem explicação para tudo, ou seu raciocínio não é lógico”<sup>51</sup>.

Olhando por este prisma, para desafiar o *mestre* e seu discurso opressor de poder (latente no saber penal – o mais presente e fundamental meio de controle social) é preciso levá-lo ao embate com o discurso da histérica, aqui entendido como aquele que “não busca cuidadosamente reconciliar os paradoxos e as contradições (...), mas procura levar esses paradoxos e contradições o mais longe possível”.<sup>52</sup>

## CONCLUSÃO

*“O mestre nos comanda com nosso inconsciente, e os regulamentos que impõe servem primeiramente para balizar o lugar que responde por isso. Existem graus na encarnação do significante do domínio, a maior impostura equivalendo à tirania”.*

Gerárd Pommier in Freud Apolítico?

A língua oficial do Estado tornou-se o principal agente da cultura totalitária, um instrumento à manipulação dos sujeitos e disciplina dos desejos singulares<sup>53</sup>.

50 Todo poder estatal autoritário se afirma e reafirma constantemente pela repressão criminal, não sendo outra a razão pela qual o principal ato institucional da ditadura civil-militar brasileira (o AI 5) tratou logo de acabar com a garantia fundamental do *Habeas Corpus* (art. 10).

51 FINK, Bruce. *O sujeito Lacaniano: entre a linguagem e o gozo*. Rio de Janeiro: Zahar, 1998, p. 164.

52 FINK, Bruce. *O sujeito Lacaniano: entre a linguagem e o gozo*. Rio de Janeiro: Zahar, 1998, p. 165. Explica Bruce Fink que, embora a prática psicanalítica adote o discurso do analista, na teoria e no ensinamento da psicanálise ocorre outra coisa. Na melhor das hipóteses, “o discurso psicanalítico, *da maneira como opera no edifício teórico*, por outro lado, na medida em que trata com seriedade a Verdade – ao tentar formular o encontro com a causa real – funciona de forma semelhante ao discurso da histérica”. FINK, Bruce. *O sujeito Lacaniano: entre a linguagem e o gozo*. Rio de Janeiro: Zahar, 1998, p. 174.

53 Perfeito, Warat leciona: “Minha preocupação, pelo contrário, está dirigida ao diagnóstico dos efeitos políticos dessa noção de sociedade. Por isso preciso recuperar a semiologia e a Psicanálise, situando a questão da conceitua-

Neste local, emergiu um ente concebido como um verdadeiro “operador totêmico, quer dizer, um coágulo de ficções e fetiches, um condensador significativo, um “topos lógico” que mobiliza as crenças para a produção de desejos, poderes e saberes dominantes.”<sup>54</sup>

O Estado como discurso de poder (do mestre) atua como produtor de subjetividade. A construção dos desejos sociais que desembocará na formulação de um imaginário punitivo e no dogma da pena como centro nervoso do Estado Penal é fruto deste discurso oficial. Em uma ordem social e política democrática a situação do mestre é abalada e com ela todo o saber destinado a manter a sua posição de poder<sup>55</sup>. Produz-se um furo nesta posição e disto resulta destituir o *Líder* do seu status. Deste lugar, o autoritarismo estatal balança.

Por isso, como afirmou Luis Alberto Warat<sup>56</sup>, “para fazer funcionar uma sociedade democraticamente precisamos alterar as dimensões simbólicas e o imaginário que consagra o Estado como uma instância de censura, do segredo e do silêncio”, o que só poderá ser feito denunciando a existência declarada da falta. É sob o prisma das “ausências declaradas pelo simbolismo manifesto do discurso” que deve ser entendida a questão. “Ausências e segredos que se pode começar a diagnosticar fazendo presente as relações, que vêm sendo clarificadas pela Psicanálise, entre o desejo, o saber e o poder”<sup>57</sup>.

A função paterna, concebida metaforicamente na *lógica da castração*, possui uma inegável importância na formação do sujeito enquanto estrutura, uma vez que ele se encontra à mercê da ordem simbólica. A inscrição da Lei, trilhada pela autoridade paterna, é simplesmente imprescindível à sua constituição como ser desejante.

Isto não significa que precisamos de outro pai “suficientemente mau”, a exercer o dever de sufocar os desejos singulares e impor outra instância de censura, agora destinada a conservar os interesses daquele que exerce o poder.

---

lização do Estado – a partir de um critério de unidade – no campo das dimensões míticas de significação, ou melhor como uma forma fetichizada de representar o ‘outro cultural’. WARAT, Luis Alberto. *Introdução Geral ao Direito. A epistemologia jurídica da modernidade*. V. II. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, 2002, p. 61.

54 WARAT, Luis Alberto. *Introdução Geral ao Direito. A epistemologia jurídica da modernidade*. Op. cit. p. 61.

55 Mas, a considerar a observação de Gérard Pommier, é preciso estar atento, pois “abater o mestre em todo lugar onde se apresenta, mesmo em si mesmo, é uma tarefa correlata à existência e, em relação a esta última, pouco importa o ideal: o mesmo ideal aqui pode servir para sua queda e lá, para assentar seu domínio”. POMMIER, Gérard. *Freud Apolítico?* (trad. Patrícia Chitonni Ramos). Porto Alegre: Artes Médicas, 1989, p. 150.

56 WARAT, Luis Alberto. *Introdução Geral ao Direito. A epistemologia jurídica da modernidade*. Op. cit. p. 63.

57 WARAT, Luis Alberto. *Introdução Geral ao Direito. A epistemologia jurídica da modernidade*. Op. cit. p. 89.

Do ponto de vista político, portanto, em um regime democrático, o lugar do pai está lá, mas, sendo inapropriável, encontra-se substancialmente vazio.<sup>58</sup>❖

## REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BIRMAN, Joel. **Mal-estar na Atualidade.** A Psicanálise e as novas formas de subjetivação. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2007.

\_\_\_\_\_ **Arquivos do Mal-Estar e da Resistência.** Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2006.

FINK, Bruce. **O sujeito Lacaniano:** entre a linguagem e o gozo. Rio de Janeiro: Zahar, 1998.

FOUCAULT, Michel. **A ordem do discurso.** 12. ed. São Paulo: Loyola, 1996.

FREUD, Sigmund. **O Mal-Estar na Civilização, novas conferências introdutórias à Psicanálise e outros textos (1930-1936).** São Paulo: Companhia das Letras, 2010.

\_\_\_\_\_. "Psicologia das Massas e Análise do Eu" In: **Obras Completas de Sigmund Freud**, v. IX. Rio de Janeiro: Delta S.A.

GUYOMARD, Patrick. **A Lei e as leis.** In: ALTOÉ, Sonia. **A Lei e as leis.** Rio de Janeiro: Revinter, 2007.

JORGE, Marco Antonio Coutinho. **Fundamentos da Psicanálise: De Freud a Lacan.** A clínica da fantasia. V. 2. Rio de Janeiro: Zahar, 2010.

JORGE, Marco Antonio Coutinho e FERREIRA, Nadiá P. **Lacan:** o grande freudiano. 3<sup>a</sup> ed. Rio de Janeiro: Zahar, 2009.

LA BOÉTIE, Étienne de. **Discurso da Servidão Voluntária.** (trad. Casimiro Linarth). São Paulo: Martin Claret, 2009.

LACAN, Jacques. **O Seminário,** Livro 4: relação de objeto. Rio de Janeiro: Zahar, 1995.

\_\_\_\_\_. **O Seminário,** Livro 5: as formações do inconsciente. Rio de Janeiro: Zahar, 1999.

\_\_\_\_\_. **O Seminário,** Livro 17: o avesso da psicanálise. Rio de Janeiro: Zahar, 1992.

58“Consiste a democracia em mostrar que esse lugar está primeiramente vazio e que não é ocupado senão por lugares-tenentes? É verdade que há vários meios de garantir um vazio a esse lugar. A eleição episódica do líder poder parecer um processo útil, mas a monarquia hereditária nem sempre desmereceu forçosamente esta função: como uma monarquia hereditária, existe uma chance razoável de se tratar de um perfeito cretino, cujo único papel, está claro, é manter um lugar”. POMMIER, Gérard. **Freud Apolítico?** (trad. Patrícia Chitonni Ramos). Porto Alegre: Artes Médicas, 1989, p. 46.

- \_\_\_\_\_. **Nomes-do-Pai**. Rio de Janeiro: Zahar, 2005.
- LAPLANCHE, Jean; **Vocabulário de Psicanálise** (trad. Pedro Tamen), 4<sup>a</sup> ed. São Paulo: Martins Fontes, 2008.
- POMMIER, Gerard. **Freud Apolítico?** (trad) Patrícia Chitonni Ramos. Porto Alegre: Artes Médicas, 1989.
- ROSA, Alexandre Morais Da. **Decisão Penal:** bricolage de significantes. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.
- WARAT, Luis Alberto. **Introdução Geral ao Direito.** A epistemologia jurídica da modernidade. V. III. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, 2002.
- ZAFFARONI, Eugenio Raul. **A palavra dos mortos.** Conferências de criminologia cautelar. São Paulo: Saraiva, 2012.

# O Juiz e a Jurisprudência – Um Desabafo Crítico\*

**Amilton Bueno de Carvalho**  
*Desembargador (aposentado) do TIRS.*

## NOTA INTRODUTÓRIA

Dentre os inúmeros conceitos de jurisprudência (para tanto, ver a análise de José Guilherme de Souza<sup>1</sup>), neste trabalho ela é tida como o “conjunto, não necessariamente homogêneo, de decisões prolatadas pelos órgãos julgadores componentes do sistema Judiciário”.

É de se ter claro que a figura do precedente, numa ponta, pode contribuir para o avanço do Direito numa diretiva emancipatório-democrática e, noutra ponta, pode ser instrumento do entorpecimento do jurídico, com seu dogmático-esclerosamento.

Alguns autores apontam para tais aspectos: (a) Alberto Spota<sup>2</sup> ensina que a jurisprudência “tende a configurar o direito vivo”, “procura tornar menor a separação entre a lei e a justiça”, “evita que se crie um abismo” entre um e outro, “é o meio para aperfeiçoar nossos códigos e leis, para que não padeçam do processo nefasto da cristalização legislativa”, e finaliza: “A jurisprudência, como fonte principal do direito, evitando sua cristalização, constitui a prova de como já não procede inclinar-se ante o dogma da onipotência legislativa e, assim, permanecer indiferente ou impassível frente a uma norma que se separa da ideia da maior humanização do direito” (p. 11, 13, 29, 31 e 56); (b) Carlos Maximiliano<sup>3</sup> diz que “a jurisprudência assumiu seu grande papel, que até hoje desempenha, de esclarecedora dos Códigos, reveladora da verdade ínsita em normas concisas” (p. 177), tem o continente de ser “a fonte mais geral e extensa

\* Este texto traduz pequena revisão daquele apresentado à fls. 16/21, do meu livro *Direito Alternativo na Jurisprudência*, Ed. Acadêmica, 1993, há muito esgotado, quando ainda juiz de primeiro grau.

1 José Guilherme de Souza. *A Criação judicial do Direito*, Ed. Sérgio Fabris, Porto Alegre, 1991, p. 30.

2 Alberto G. Spota, *O juiz, o advogado e a formação do Direito através da Jurisprudência*, ed. Sérgio Fabris, Porto Alegre, 1985.

3 Carlos Maximiliano, *Hermenêutica e Aplicação do Direito*, Forense, Rio, 9ª ed., 2ª tiragem, 1981.

de exegese, indica soluções adequadas às necessidades sociais” (p. 179) e “é a causa mais geral da formação de costumes jurídicos nos tempos modernos” (p. 187); (c) José Guilherme, no local citado, esclarece que a jurisprudência “é fonte do direito e de que ele é o primeiro, senão o único, criador do direito”, mesmo *contra legem* (p. 20); e, (d) José Puig Brutau<sup>4</sup>, entende que a missão da jurisprudência é a de fazer avançar o direito, e que é falsa a crença de que o centro de gravitação do direito são as normas, e não as decisões judiciais.

No entanto, o lado perverso também é denunciado: (a) Roberto Aguiar<sup>5</sup> define que “a jurisprudência, em vez de ser iluminadora de caminhos, transforma-se em dogma que deve ser repetido ad infinitum. O novo desperta resistência não porque seja injusto, mas porque desestabiliza a comodidade das reproduções” (p. 113); (b) Carlos Maximiliano também aponta para a distorção: “há verdadeiro fanatismo pelos acórdãos: dentre os frequentadores pretórios, são muitos os que se rebelam contra a doutrina; ao passo que rareiam os que ousam discutir um julgado”; pela lei do menor esforço e para assegurar êxito, juízes e advogados transformam-se em copiadores (p. 181), “arrastam-se pela terra como serpentes” (p. 183); (c) José Guilherme também denuncia que se corre o risco de provocar “distorção na aplicação de padrões estereotipados a situações flagrantemente atípicas e peculiares; e perenização, não só das aludidas distorções como de obstáculos a uma visão ampla do universo jurídico, aberta para soluções mais humanas e justas” (p. 43) e, com Carlos Maximiliano, ataca a atração que ela exerce perante os operadores jurídicos (p. 51).

O perigo, na verdade, é que ocorra, consciente ou inconscientemente, uma troca de dogma: da lei pelo pensamento dos juízes, ambas formas cruéis de inibir a criatividade do operador jurídico, tomando-o incapaz de ver o direito como proposição do ainda não, mas que pode vir a ser, como possibilidade de renovação do judiciário que “passa pelo direito de ousar, pelo direito de criar, pela faculdade de fazer as normas pulsarem pelos despossuídos e serem aptas para interferir nos novos fatos...” (Roberto Aguiar, *op. cit.*, p. 115). Ou seja, a lógica perversa dogmática continua a mesma, apenas muda-se a premissa maior: ao invés da lei, aparece a jurisprudência.

Todavia, a jurisprudência, como elemento forjador da consciência jurídica de um povo, pode contribuir para o avanço social. E, às vezes, tem-no feito!

4 José Puig Brutau, *A jurisprudência como fonte do Direito*, Coleção Ajuris, nº 5, 1ª ed. brasileira, 1977, p. 39.

5 Roberto Aguiar, *A crise da Advocacia no Brasil*, Alfa-Ômega, São Paulo, 1991, p. 113.

## O NOVO JUIZ (É POSSÍVEL?)

Marcado pelo meu local de fala (daí porque suspeito), entendo que o papel do juiz é muito forte como agente criador da jurisprudência, evidente que sem descharacterizar a importância do provocador, detonador, balizador, de todo o processo de onde emerge o ato decisório: o advogado e o promotor de justiça. Daí porque pretendo demonstrar como vislumbro este **pequeno burguês com sede de poder** que, em determinado momento de sua vida, ingressa na “casta da magistratura”.

Fique claro: as eventuais críticas à magistratura representam, antes de mais nada e acima de tudo, profunda declaração de amor a ela: **acredito** que o juiz pode e deve ser agente do processo de democratização da sociedade e com potencialidade muito maior do que os próprios pensadores percebem. É amor e não ódio (ou “amoródio”, como diria um psicanalista). É respeito e não desdém, é confiança na dignidade da função!

Tenho que, para que o Juiz possa se completar tanto no plano individual, quanto como agente social, há requisitos que me parecem indispensáveis e que têm sido omitidos tanto por aqueles que olham a magistratura desde fora, quanto por aqueles que pretendem ver a magistratura a partir de seu próprio local de fala.

Os que miram desde fora – como regra – dão menor importância ao juiz. É tido como mero aplicador da lei, ou instrumento do poder dos doutrinadores que necessitam, para provar suas “verdades”, que os magistrados as cumpram, ou, finalmente (e agora dentro do Poder Judiciário), como cumpridores de ordens do Tribunal, via jurisprudência. Enfim, instrumento de ponta do dono da lei ou do dono do saber ou da hierarquia do Poder. Por outro lado, os próprios críticos não têm dado real importância à atividade específica do julgador: o juiz é conservador, não crítico, alienado.

Outrossim, e n'outra ponta, quando o julgador fala de si mesmo emerge discurso efetivamente alienado dando a si próprio ares de divindade. O exemplo palmar dessa ótica (aqui manifestada com todo o respeito) é a “Prece de um Juiz”, do magistrado aposentado João Alfredo Medeiros Vieira, vertido para quinze línguas. E assim começa a prece: “Senhor! Eu sou o único ser na terra a quem tu deste uma parcela da tua onipotência: o poder de condenar ou absolver meus semelhantes. Diante de mim as pessoas se inclinam; à minha voz acorrem, à minha palavra obedecem, ao meu mandado se entregam... Ao meu aceno as portas das prisões se fecham... Quão pesado e terrível é o fardo que puseste em meus om-

bros!... E quando um dia, finalmente, eu sucumbir e já então como réu comparecer à Tua Augusta Presença para o último juízo, olha compassivo para mim. Dita, senhor, a tua sentença. Julga-me como um Deus. Eu julguei como homem".

O texto explica-se por si só. E o que é pior: nós (juízes e povo) acreditamos na ideia do mito juiz-divindade. Não nos ocorre sequer a possibilidade de não existir Deus (como ficaria o sentido da prece?) ou de que o poder de condenar ou absolver passa muito mais pelo que quer a autoridade policial; que as pessoas inclinam-se perante o juiz por receio e não por respeito (aliás, nós sabemos que nem o advogado gosta de juiz: lisonjeia-o apenas para aguçar sua onipotência); que as portas da prisão dependem mais da correlação de forças que ocorre no presídio ou da boa ou má vontade do carcereiro; que o fardo é pesado (?) mas nem tanto como o daquele que passa fome!

Não se percebe que a população esclarecida sequer confia no judiciário (ver, para tanto, a tese de mestrado do Prof. João Batista Moreira Pinto).<sup>6</sup>

A resposta a tudo parece vir de Marco Aurélio Dutra Aydos, quando propugna por um juiz-cidadão igual, presente, humano.<sup>7</sup> O que se está buscando é uma nova ética à magistratura e não sua alienada deificação! Que tal se pensar num juiz que chora, sofre, ama e que se contamina pela angústia de seu povo!

Pois bem. Penso que o juiz deve buscar se conhecer enquanto totalidade possível (evidente que conhecer a "totalidade total" é impossível), ou seja, enquanto agente historicamente localizado, apto à transformação e com ciência de sua própria individualidade, até dos mecanismos de seu inconsciente (cada vez mais parece-me indispensável tratamento psicoterapêutico). É que muitas vezes julgamos dando um conteúdo racional (consciente) ao ato decisório quando, em verdade, a real motivação aloja-se no inconsciente. A clareza de tais mecanismos faz com que ocorra certo distanciamento crítico brechtiano entre a angústia da lide e as pessoais do juiz. A resolução da neurose individual faz com que, às das partes, não alcancem a individualidade do juiz – ou a torne limitadamente suportável. Ao contrário, se o distanciamento não ocorrer, pode acontecer que o juiz esteja julgando a si próprio no outro e não a lide do outro. Ou seja, condena a si, mas quem vai para o presídio é o outro.

---

6 João Batista Moreira Pinto, *Direito e Novos Movimentos Sociais*, Ed. Acadêmica, São Paulo, 1992, p. 68 e seguintes.

7 Marco Aurélio Dutra Aydos, "Juiz-cidadão", in: *Lições de Direito Alternativo 1*, Ed. Acadêmica, 1991, p. 121 e seguintes.

Um exemplo – que muito tenho referido – já faz parte do anedotário forense. Conta a lenda que determinado julgador, com vida sexual re-catadíssima, sempre e sempre, condenava acusados por delitos sexuais. Fez isso durante toda sua atuação enquanto juiz. Acontece que ele se aposentou e a partir daí se liberou sexualmente. Logo após o jubilamento, revelou-se conquistador inquieto, a ponto de ser motivo de chacota. A explicação entre o juiz que não admitia qualquer relação de sexo e o não juiz (aposentado) conquistador vulgar, está em que, enquanto juiz não se permitia ter uma vida sexual livre, repudiava aqueles que assim procediam. Sentia-se agredido porque os outros se permitiam ter vida sexual abundante e somente logrou assim agir quando se sentiu homem “comum”. Condenava, pois, não os outros, mas a sua sexualidade não resolvida. No entanto, quem ia para a cadeia por causa de seu problema sexual era o *outro*, o réu.

Assim, quantas e quantas vezes, por não se conhecer, o julgador pune, inconscientemente, os outros, quando, em verdade, está cuidando de abafar sua própria e mal resolvida angústia.

Mas conhecer a si próprio, na totalidade possível, não basta. É necessário conhecer o fato em julgamento e os litigantes, dentro também de uma totalidade possível: quem são realmente os litigantes? De onde vieram? Que expectativa os anima? Que base que orienta os fatos? Quem são os advogados que atuam (eles também contribuem decisivamente para a (re)construção do fato)?

Como julgar sem ter isso claro? Como decidir fundado na forma asséptica das ditas “partes”? O desconhecimento do fato e dos atores em litígio é tão presente que a maioria dos julgamentos – no cível – se dá de forma antecipada. Quem está sendo julgado tem insignificante valor. E isso até os advogados desejam: julgue-se rápido, não importando se bem ou mal: a solução, seja qual for, é o que interessa.

Conhecimento do juiz como um todo (possível), conhecimento do fato e partes também como um todo (possível), mas apenas isso não basta. Mais é preciso.

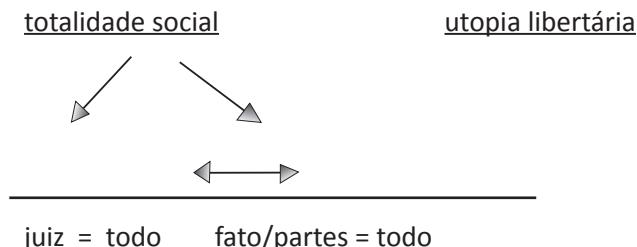
Necessário é que se conheça o todo social possível, ou seja, a realidade histórica com seus contornos: as forças em luta, a disputa hegemônica, as relações de poder, aliás, Marx já dizia que Direito, Economia, Política, Sociologia, fazem parte de um continente único: a história. Um famoso magistrado americano lecionava que o juiz deve conhecer polí-

tica, economia, sociologia, psicologia, e se souber um pouco de direito não faz mal...

Finalmente, além de conhecer a si próprio, a situação em litígio e o todo social, deve, a partir daí, decidir com um pé na utopia. Sentenciar com a perspectiva do amanhã, com a possibilidade transformadora na diretiva da utópica vida com dignidade para todos. E propor o ainda não, mas que pode vir a ser. Decidir com os olhos no futuro e não no passado, como se as coisas não se alterassem. É fazer parte ativa na construção de novo modelo social.

Na suma, em se conhecendo como um todo (possível) segue em linha horizontal na direção do fato e partes, também como um todo (possível), para após seguir em linha vertical, jogá-los no total social, e outra vez na horizontal, decidir com olhos voltados à utopia. A menção incessante do *todo* reside no reconhecimento de que na base de tudo está a máxima hegeliana: a verdade é o todo!

Ou conforme o seguinte esquema:



Hegel: o verdadeiro é o todo.

O que acontece, na realidade, é que o juiz não se conhece, não tem saber claro do fato/partes com todos os seus contornos, não tem presente o momento histórico em que vive e decide com os olhos no passado. A quem interessa este tipo julgador? Àqueles que sonham que a realidade permaneça inalterada: tudo continua exatamente como está. Quem somos nós? Conservadores e, às vezes, reacionários. Criar, ousar, criticar, sonhar, parece que é local reservado aos exóticos, aos rebeldes, cuja estrutura, em determinados locais, procura expelir.

## **RELAÇÃO JUIZ X TRIBUNAL: UMA QUESTÃO DE FAMÍLIA**

Para se perceber o fascínio alienante que exerce a jurisprudência emergente dos tribunais na postura do juiz singular, há aspectos que ocorrem no seio da “casta judicante” que, ou não têm sido percebidos, ou têm sido sonegados àqueles que não fazem parte da estrutura, mas que merecem ser apreciados. A discussão que aqui se levanta tem por objetivo mostrar o invisível que está atrás da realidade aparente, ambicionando que o ato sentencial forjador da jurisprudência possa ter um continente libertário/criativo e não opressor/repetitivo.

Na relação com a comunidade, o juiz representa, no inconsciente das pessoas, a figura do pai. Evidente que o juiz, enquanto regra, aceita/assume esta figura. Ele é aquele que pune, repreende, autoriza o casamento, determina a separação conjugal, distribui os bens. A comunidade, quando não consegue resolver seus problemas, busca socorro na figura do pai/julgador. A relação “familiar” é tão forte que há até controle da sexualidade do juiz pela própria sociedade, além, é óbvio, de controles menores: na maneira de vestir, de se portar, em relação a seus amigos. E algo forte, presente, marcante.

No entanto, esta relação pai-filho que se dá entre juiz-jurisdicionado se reproduz entre juiz-tribunal. Este assume atitude paternalista em relação ao julgador singular. É ele, tribunal, que pune o juiz, eleva seus vencimentos, promove, elogia. Deve-se deixar claro, embora óbvio, que nem todo juiz, nem todo integrante do tribunal, assume esta posição. Não se está generalizando, pois.

Esta relação de pai-filho é tão presente que, com incrível frequência, surgem aqueles que a assumem numa extensão alarmante. Do lado do juiz, o temor reverencial leva-o a ter atitude de subserviência despersonalizante, a ponto de alterar o timbre da voz perante o genitor-tribunal, remeter-lhe presentes, conferir-lhe agrados e elogios vulgares: **gera a figura repelente do bajulador**. Na outra ponta, o integrante do tribunal, que já foi filho um dia, assume agora a figura do pai a exigir que se o bajule, que se o considere superior. E assim o faz até para justificar sua própria existência: negar a subserviência implica em reconhecer que sua história foi doentia (e isso é insuportável). Evidente que tudo passa pelo inconsciente tanto que os magistrados percebem isso, mas *nos outros!*

Nesta relação de família, percebem-se momentos interessantes.

Há o juiz que está na infância (que pode perdurar para sempre). Aquele que tem o pai por ídolo, que tem apenas um sonho: agradar o pai. Mais: seu desejo quando “crescer” é ser igual a ele.

O número daqueles que permanecem na infância é importante. E qual a forma mais comum de agradar o pai? Aderir a sua sapiência, reconhecer a inteligência dele. Seu saber é o que interessa. E como o saber do pai é expresso em acórdãos, seu continente é um: transcrever, sempre e sempre, a vontade-jurisprudência do seu superior.

Então, a melhor sentença, na visão daquele que assume a condição de pai (ou seja, quer que se lhe agrade), é aquela que mais copia acórdãos – os seus acórdãos preferentemente!

Evidentemente que tal relação não é sadia, mas ela perdura neuroticamente. E quando eu, juiz, chegar ao tribunal, espero que outros “filhos” sigam, agora, o caminho que trilhei: copiem-me!

Mas nesta relação, outros parecem permanecer na adolescência: querem destruir o pai. Seu inimigo externo, sempre e sempre, é o tribunal. Tudo o que acontece na vida tem um culpado: o tribunal. Mesmo as coisas boas que dele emergem são repudiadas. O tribunal está sempre a perseguir-lhe e proteger o outro, o irmão. Seus acórdãos, mesmo que preciosos, são rejeitados. Este filho mantém a lógica da família doentia, é-lhe reservado o papel de ovelha-negra do grupo familiar. O número não é significativo.

Outros, porém, parecem assumir a maturidade: o tribunal é apenas o tribunal! Tem defeitos, como também virtudes, como qualquer grupo humano. Dele emergem decisões preciosas que merecem ser seguidas e outras não. É composto de alguns competentes e outros não, uns sérios e outros não, uns trabalhadores e outros não. Ou seja, é composto de homens com toda a sua dimensão e, como tais, e não como “pais”, devem ser vistos.

Esse filho chega à real independência do tribunal e segue seu caminho para além da vontade “paterna”. Está disposto a ousar e a criar, quer o pai aplauda, quer não. Seu compromisso não é com a carreira, ou agradar o pai, mas sim colocar sua atuação a serviço do jurisdicionado.

Evidentemente que este juiz, que é razoavelmente livre, causa mal-estar no tribunal que se julga pai. É a sensação de perda que o ge-

nitor tem quando o filho quer seguir seu caminho. O pai neurótico não percebe que a liberdade do filho é sua maturidade enquanto ser e tem que isso representa repúdio a ele (pai). Parece que não suporta que o filho caminhe sozinho, enquanto o pai-democrata percebe que ganhou um parceiro da caminhada, um igual que contribui para o avanço do direito.

Como a maioria encontra-se (e parece sem condições de sair dali) na fase da infância, fácil é perceber como a jurisprudência emergente do pai tem cunho de dogma e é entorpecedora da criatividade. Daí porque não se concorda com Carlos Maximiliano quando diz que o julgador copia acórdão pela “lei do menor esforço”, entendo que o motivo é outro: **agradar o órgão censor/pai.** ♦

# Rio Quarenta Graus Sob o Ritmo da Morte

**Roberta Duboc Pedrinha**

*Advogada. Doutoranda em Sociologia Criminal (IESP-UERJ). Doutoranda em Direito Penal pela Universidade de Buenos Aires (UBA-Argentina). Mestra em Criminologia e Direito Penal pela Universidade Cândido Mendes (UCAM). Pós-graduada em Criminologia pela Universidade de Havana (UH-Cuba). Graduada em Ciências Jurídicas pela Universidade Federal do Estado do Rio de Janeiro (UNI-RIO). Professora e Coordenadora da Pós-graduação em Criminologia, Direito e Processo Penal da UCAM. Professora Convidada de Direito Penal da Pós-graduação da Fundação Getúlio Vargas (FGV). Professora Convidada de Direito Penal das Pós-graduações de Saúde e Gênero da Fundação Oswaldo Cruz (FIOCRUZ). Professora Concursada de Criminologia do Ministério de Justiça (MJ). Professora Convidada de Sociologia Criminal dos Cursos de Formação da Academia Nacional de Polícia do Departamento da Polícia Federal (ANP-DPF-Brasília). Professora Convidada de Criminologia da EMERJ. Professora Concursada de Criminologia da Academia de Polícia do Estado do Rio de Janeiro (ACADEPOL).*

## NOÇÕES INTRODUTÓRIAS

Desde meados do século XX à primeira década do século XXI, a cidade do Rio de Janeiro, de capital do país, transformou-se na capital do turismo, pela sua beleza tropical, praias, topografia e abrasadores verões, tornou-se a *vitrine* do Brasil, cenário de dramaturgia das telenovelas nacionais exportadas para todo o mundo, e que, agora, é festejada como palco dos dois mais importantes eventos do planeta, a Copa do Mundo e as Olimpíadas. Sim, definitivamente, o Rio está na moda! E nesta mesma cidade, cheia de calor, cores e luz, eclode o Estado Policial. Assim, nota-se

a efervescente militarização em seu tecido social, a profusão de câmeras vigilantes, muros, prisões, megaoperações policiais militares e emprego de aparato bélico. Desse modo, despontam novos horizontes institucionais, com táticas de convivência e de não convivência, mediante estratégias de arranjos biopolíticos, os quais nos permitem decifrar os conflitos sociais escamoteados pela repressão.

Assistimos à reinvenção da dinâmica das relações sociais nas “metrópoles globais” do mercado transnacional, particularmente no Rio de Janeiro, com a ascensão do Estado Penal em detrimento do Estado Social, pela exacerbação da criminalização da pobreza, pelas políticas de segurança pública de confronto, que buscam imprimir a varredura dos marginalizados, seja pela elevação das prisões, seja pela ampliação dos autos de resistência, seja pela aumento dos casos de desaparecimentos. Tudo isso corroborou o redimensionamento do Estado Policial.

## O ESTADO POLICIAL RITMANDO A MORTE

Foi a partir de meados da década de 90 que ocorreu um incremento nos investimentos materiais e humanos nas forças repressivas estatais, através de veículos blindados, armas de alto potencial letal, com incursões em favelas, que desencadearam considerável elevação da letalidade, relacionada à prática policial, nas operações de confronto (MISSE, 2013: 15). Desde medidas como a premiação por bravura, conhecida como gratificação faroeste, no Governo Marcelo Alencar, implantada em novembro de 1995, quando o General Nilton Cerqueira era o Secretário de Segurança Pública. Tal premiação elevava em até 150% o salário de policiais, o que ocasionou um crescimento exponencial dos autos de resistência. Assim, da média de três pessoas mortas por mês em 1995, passou-se para mais de vinte pessoas mortas por mês em 1996 (CANO, 1997b). Mais adiante, em 2003, ocorreria novo crescimento alarmante. Porém, nenhum tão acentuado quanto o exponencial, em 2007, no Governo Sérgio Cabral.

O Governo Cabral adotou o modelo de enfrentamento na política de segurança pública do Estado do Rio de Janeiro, que estimula o uso excessivo da força, o qual conduz à truculência policial. Há um critério que permite aferir se há uso excessivo da força, que é o da verificação do número de opositores mortos em relação ao número de policiais mortos, no intuito de estabelecer uma proporção razoavelmente equivalente. Nessa esteira, segundo estudos do IPEA, a média de dez mortos opositores para

cada policial, já caracteriza o uso excessivo da força<sup>1</sup>. No Estado do Rio de Janeiro, constata-se que o número de opositores mortos é bem superior ao de policiais mortos. Por exemplo, em 2007, foram mortos mil trezentos e trinta opositores, segundo os dados de autos de resistência do ISP, para quarenta e um policiais mortos, como informou a pesquisadora. Nesse sentido, foram trinta e dois opositores mortos para cada policial. O que revela uma discrepância que já indica o uso excessivo da força.

Nessa seara, ressalta-se que, no Brasil, a polícia carioca é a que mais mata. Entretanto, também é a que mais morre. Pois, a letalidade policial é muito elevada. Nessa linha, pontua Ignacio Cano, acerca do expressivo número de mortos entre os operadores do aparato repressivo (CANO, 2007). Nessa trilha, as análises do Centro de Estudos de Segurança e Cidadania da Universidade Cândido Mendes sustentam que a Polícia brasileira é que mais mata no mundo, com destaque para a Polícia do Estado do Rio de Janeiro; e que ainda é a Polícia que mais morre<sup>2</sup>.

Na mesma direção, conforme investigações realizadas pelo Laboratório de Análise da Violência da Universidade do Estado do Rio de Janeiro (LAV – UERJ), coordenado pelo Professor Ignacio Cano, assiste-se não ao mero “excesso” eventual na atuação de certos agentes policiais, mas ao uso da “força desmedida” como uma espécie de padrão da política de segurança pública praticada no Estado do Rio de Janeiro. Isso pode ser demonstrado através das estatísticas de letalidade policial, na razão entre o contingente de mortos e feridos por ações policiais e pelo desequilíbrio entre as cifras de mortos pela polícia e de policiais mortos, de dez para um, respectivamente (CANO, 2003).

No Brasil, desenha-se uma elevada taxa de homicídios produzida pelo Estado, os quais são ocultados sob a forma dos chamados autos de resistência<sup>3</sup>. Estes configuram-se em dispositivo para escamotear os ho-

---

1 Disponível em: [http://desafios.ipea.gov.br/003/00301009.jsp?ttCD\\_CHAVE=3552](http://desafios.ipea.gov.br/003/00301009.jsp?ttCD_CHAVE=3552). Acesso em: 22/03/2012.

2 Disponível em: <http://www.ucamcesec.com.br/category/estatisticas/dados-destaque>. Acesso em: 22/03/2012.

3 Os autos de resistência foram criados no período da ditadura militar, um ano após o AI5, pelo General França. Originaram-se de uma Ordem de Serviço, de nº. 803 de 03 de outubro de 1969, da Superintendência da Polícia Judiciária, do antigo Estado da Guanabara. Segundo Paulo Jorge Ribeiro, o procedimento do auto de resistência surgiu durante a ditadura militar, inicialmente regulamentado pela Ordem de Serviço “N”, número 803, de 2 de outubro de 1969, da Superintendência de Polícia Judiciária, do antigo Estado da Guanabara. Em dezembro de 1974, foi ampliado pela portaria “E”, número 0030, da Secretaria de Segurança Pública, que estabelecia que o policial não poderia ser preso em flagrante, nem indicado (RIBEIRO, Jorge. Entrevista à *Revista Tribuna do Advogado*, ano XLII - Número 5290 agosto de 2013). Consiste em um formulário cujo propósito é o de registrar eventos nos quais indivíduos morrem em confronto com a Polícia, após resistência, geralmente, armada. Almeja evitar enquadrar os casos de mortes cometidas por policiais na tipificação que legalmente lhe corresponde, crime de homicídio doloso, independentemente da possibilidade de existentes de ilicitude, como a legítima defesa. Assim, na prática,

micídios cometidos por policiais. Trata-se de um procedimento específico para o registro das mortes de civis decorrentes das ações policiais. Nos casos de autos de resistência, via de regra, o Ministério Público arquiva o inquérito policial. Este arquivamento ocorre em razão de oponente alegado, conforme apresentado pelo policial, ou seja, por se tratar de seu adversário, o que inviabiliza a propositura de ação penal, permitindo que a autoridade pública fique impune pela morte cometida (PEDRINHA, 2012a).

Desse modo, as mortes não se traduzem em denúncias públicas oferecidas na Justiça Criminal, em busca da responsabilização do autor do homicídio. Mesmo quando o Ministério Público ajuíza a ação penal, raramente ocorre sua aceitação pelos magistrados, com respaldo no equivocado dispositivo da legislação processual penal, sem a devida filtragem constitucional<sup>4</sup>. Portanto, constitui-se um mecanismo jurídico que legitima a morte, pois serve para ocultar os assassinatos, daquilo que Sérgio Verani nomeou de “assassinatos em nome da lei” (VERANI, 1996a; e VERANI, 1996b). Na mesma linha, Ignacio Cano, através de estudos acerca das descrições de evidências encontradas nos corpos das vítimas, constatou a letalidade produzida pela Instituição Policial no Rio de Janeiro, com a concentração de execuções em áreas de favelas (CANO, 1997). Como sustenta o autor, a Polícia é responsável, em média, por cerca de 10 a 20% dos homicídios no Estado do Rio de Janeiro (CANO, 2003).

Nessa direção, sinalizam os dados apresentados pelo Instituto de Segurança Pública (ISP)<sup>5</sup>, a respeito da categoria dos autos de resistência no Estado. Pois, no período entre o ano 2000 e o início do ano 2009, houve nove mil cento e setenta e nove mortes registradas como “autos de resistência”. Em 1997, 300 (trezentas) pessoas morreram em razão dos autos de resistência. Dez anos depois, em 2007, ocorreram 1.330 (mil trezentas

---

quando um caso de homicídio é registrado como auto de resistência, seu inquérito é arquivado. Pois a alegação de legítima defesa no uso da força policial descharacteriza imediatamente o assassinato em uma operação perpetrada pela Polícia, obstruindo a atuação adequada. Os registros oficiais da Polícia Civil costumam usar a categoria “autos de resistência”, quer dizer “resistência à autoridade”, para classificar os casos em que um policial mata um “criminoso” que lhe oferece resistência (PEDRINHA, 2011b).

4 O auto de resistência não possui embasamento no Código Penal. Porém, dois dispositivos do Código de Processo Penal brasileiro, sem a devida filtragem constitucional, fornecem os subsídios legais para o desvirtuamento da prática. Trata-se dos artigos 284 e 292, respectivamente, com os seguintes textos aludidos: “não será permitido o emprego da força, salvo a indispensável no caso de resistência à inviolabilidade do domicílio”; e, “se houver, ainda que por parte de terceiros, resistência à prisão em flagrante ou à determinada por autoridade competente, o executor e as pessoas que o auxiliarem poderão usar dos meios necessários para defender-se ou para vencer a resistência, do que tudo se lavrará auto subscrito também por duas testemunhas” (PEDRINHA, 2012b).

5 Disponível em: <http://www.isp.rj.gov.br/Conteudo.asp?ident=150>. Acesso em: Março de 2012.

e trinta mortes) por autos de resistência. Em 2008, foram 1.137 (mil cento e trinta e sete) mortes por autos de resistência; em 2009, foram 1.048 (mil e quarenta e oito); em 2010 foram 855 (oitocentas e cinquenta e cinco); em 2011 foram 524 (quinhentos e vinte e quatro); e finalmente, no ano de 2012, foram 416 (quatrocentas e dezesseis mortes) por autos de resistência. Sob a gestão do primeiro Governo Cabral, os índices de letalidade policial foram elevados a patamares recordes, pelos dados do ISP. Em seu primeiro ano de mandato, em 2007, o número de autos de resistência foi 25% superior ao do Governo Rosinha, no ano anterior. A média anual do primeiro Governo foi de 1.092 (mil e noventa e dois) mortos por autos de resistência<sup>6</sup>.

Vale acompanhar o estudo da antropóloga Ana Paula Miranda, quando dirigiu o Instituto de Segurança Pública. Pois, primeiramente, ela constatou que, ao longo do ano de 2007, foi registrada elevada letalidade no Estado do Rio de Janeiro. Logo após esta revelação, ela efetuou um cruzamento de dados, referentes ao número de mortos por autos de resistência e ao número de presos em flagrante, na medida em que constatou um aumento proporcional dos autos de resistência em detrimento das prisões em flagrante. Ela verificou a utilização dos autos de resistência enquanto forma de mascarar a elevada política de letalidade policial, através de uma interpretação comparativa. Segundo os dados, de 2000 a 2008, a relação “presos em flagrante” versus “mortos pela polícia” caiu cinco vezes. Pois, notadamente, era de 75,4; passou a 21,8 em 2004; até cair para 15,2 em 2008. Desse modo, facilmente, inferiu que a Polícia, paulatina e proporcionalmente, passou a prender menos em flagrante e a matar mais, embora ainda continue prendendo muito<sup>7</sup>.

6 Nестas estatísticas oficiais, o número de homicídios informado pela Polícia Civil do Estado do Rio de Janeiro não inclui os que foram cometidos por policiais. Estes aparecem em autos de resistência. Como também não aparecem os casos de latrocínio, ou seja, do roubo seguido de morte, que nas estatísticas aparecem em crimes contra o patrimônio. Daí Ignacio Cano afirmar que “os registros de saúde, baseados nos atestados de óbito, são mais confiáveis” (CANO, 2001: 25), embora apresentem outros problemas como: notificação incompleta das mortes e mortes não classificadas.

7 No mês de fevereiro de 2008, Paula Miranda foi exonerada. Ficando a direção do ISP com o Coronel Mário Sérgio Duarte, que, mais tarde, viria a ser o Comandante Geral da Polícia Militar na megaoperação do Alemão, em 2010. Após ter sido exonerada, Miranda esteve presente no II Fórum de Violência, Participação Popular e Direitos Humanos, realizado na Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro (PUC-RJ). Nesta ocasião, denunciou a fabricação da queda nos dados de homicídios. Então, criticou: “o Governo não contabiliza os autos de resistência na soma final de homicídios dolosos, inclusive, alguns casos que são claramente homicídios, como os corpos carbonizados encontrados, estão sendo registrados como encontro de cadáveres e de ossadas”. “Rio ‘fabricou’ queda de homicídios, diz ex-diretora do ISP”, UOL Notícias, 18 set. 2008. Disponível em: <<http://noticias.uol.com.br/ultnot/agencia/2008/09/18/ult4469u30952.jhtml>>. Acesso em: Outubro de 2012.

Daniel Cerqueira averiguou o número oficial de homicídios cometidos no Estado do Rio de Janeiro, de 2007 a 2010, e notou que ele se manteve relativamente estável. Entretanto, o número de “óbitos por causa indeterminada” aumentou. Vale conferir o ano de 2009, com uma quantidade total de oito mil e duzentas e vinte e nove mortes provocadas por homicídio, sendo que cinco mil e sessenta e quatro óbitos por homicídios foram oficialmente registrados e três mil cento e sessenta e cinco configuraram os “homicídios ocultos”. Nessa linha, destaca-se que o Rio de Janeiro representou 27% das mortes violentas provocadas por causas externas “indeterminadas” em todo o Brasil, mesmo obtendo um percentual de apenas 8% do equivalente à toda a população do país”<sup>8</sup>

Vale conferir a mais antiga fonte de informação sobre mortalidade do Brasil, o DATASUS, do Ministério da Saúde, que, desde fins de 1979, registrou, em quase trinta anos, em fins de 2008, um número próximo a um milhão de homicídios<sup>9</sup>. Segundo Daniel Cerqueira, em estudo do Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada (IPEA)<sup>10</sup>, o resultado compara-se ao de países “oficialmente em guerra civil”, como Angola, que levou também quase trinta anos para chegar à cifra de um milhão de mortos.

Com efeito, consoante Brito, as mortes “acomodaram-se ao funcionamento cotidiano do regime democrático em voga no país. Contudo, formam um painel social tão horripilante que ultrapassa, em termos de média anual, o somatório de morte dos doze maiores conflitos armados do mundo. Esses conflitos dizem respeito a: Iraque, Sudão, Afeganistão, Colômbia, República Democrática do Congo, Siri Lanka, Índia, Somália, Nepal, Paquistão, Caxemira, Israel e territórios palestinos” (BRITO; VILLAR; BLANK, 2013: 216).

Vale recordar que, em 2011, foram adotadas medidas pelo Governo estadual, após a comoção causada pela morte do menino de onze anos, Juan Moraes, por conta de confronto entre policiais e traficantes, em Nova Iguaçu, na Baixada Fluminense, uma vez que o corpo da criança, alvejado por policiais, somente apareceu uma semana após o crime. Nesse mesmo ano, seria lançado o plano de acompanhamento de auto de resistência, que permitiria a adoção de medidas administrativas antes mesmo da solicitação de medidas jurídicas.

8 CERQUEIRA, Daniel. “Mortes Violentas não esclarecidas e impunidade no Rio de Janeiro”, Fórum Brasileiro de Segurança Pública, 21 outubro de 2011, p. 1. Disponível em: <[http://www2.forumsegurança.org.br/files/Mortes\\_VioletasNaoEscalrecidasImpunidadeNoRioDeJaneiro.pdf](http://www2.forumsegurança.org.br/files/Mortes_VioletasNaoEscalrecidasImpunidadeNoRioDeJaneiro.pdf)>. Acesso em: junho de 2013.

9 Disponível em:<http://www2.datasus.gov.br/DATASUS/index.php?area=02>. Acesso em: março de 2012.

10 Disponível em: [http://desafios.ipea.gov.br/003/00301009.jsp?ttCD\\_CHAVE=3552](http://desafios.ipea.gov.br/003/00301009.jsp?ttCD_CHAVE=3552). Acesso em: março de 2012.

Assim, a Polícia Civil, através da portaria 553/2011, determinou aos delegados que registrassem no auto de resistência a obrigação de acionar imediatamente equipe para isolar o local, solicitar perícia e apreender as armas dos policiais envolvidos, entre outras atribuições. Logo, constatou-se a adesão ao Programa Nacional de Direitos Humanos, definido na Resolução nº 8, de 21 de Dezembro de 2012. De acordo com a supracitada resolução, expressões como: “auto de resistência” e “resistência seguida de morte” deveriam ser substituídas por: “lesão corporal decorrente de intervenção policial” e “morte decorrente intervenção policial”.

Consoante Paulo Jorge Ribeiro, “é positiva a mudança no sentido de exigir que toda morte classificada como auto de resistência seja investigada. No entanto, o estarrecedor é que seja necessário criar um procedimento para dizer que se deve cumprir o que está na Constituição, para dizer que uma morte deve ser investigada” (RIBEIRO, 2013). O cerne da questão continua na vontade política de investigar, quando há orientação da cúpula do Governo para o enfrentamento. Afinal, não resta dúvida de que é preciso um maior controle da atividade policial. Mas quem se responsabiliza pelas mortes e pela sua fiscalização? Quando raramente incide, recai sob os policiais das mais baixas patentes, reforçando a ideia de estigmatização, agora ligada ao agente. E, além do mais, persiste em vigor o instituto dos autos de resistência, que já dão margem à arbitrariedades estatais.

O Sétimo Anuário Brasileiro de Segurança Pública, divulgado em de 05 de novembro de 2013, apontou que, em 2012, quase duas mil pessoas foram mortas pela Polícia no Brasil. O Brasil aparece em primeiro lugar em 2012 no ranking de mortos pela Polícia, com mil oitocentos e noventa pessoas mortas em confrontos com policiais em serviço. Em seguida, vem o México, com mil seiscentos e cinquenta e dois assassinatos. Nas Américas, depois vem a Venezuela, com setecentos e quatro mortos. Os Estados Unidos, com quatrocentos e dez mortos e a República Dominicana, com duzentos e sessenta e oito. O que confirma que a Polícia brasileira é uma das mais violentas do mundo. Consoante a pesquisa, pelo menos cinco pessoas são vítimas da intervenção policial no Brasil a cada dia. Na mesma linha, o risco de um policial ser assassinado no país é três vezes maior do que em qualquer outro. A popularidade da Polícia nunca esteve tão baixa. Pesquisa da Fundação Getúlio Vargas aduz que 70% da população brasilei-

ra não confia na Polícia. Perde apenas para a confiabilidade nos partidos políticos, cuja rejeição atinge 95% dos brasileiros. Nos Estados Unidos, 88% da população confia em seus policiais<sup>11</sup>.

Segundo Misce, “uma significativa parcela de jovens pertencentes aos segmentos subalternos do Rio de Janeiro teme e odeia a Polícia. (...) Uma força ilegal paradoxalmente revestida da força da lei. (...) E seguindo a mesma lógica da produção da sujeição criminal, foi tornada ‘estrangeira’: os policiais viraram os ‘alemão’, os inimigos mortais, representados como cruéis, arbitrários, desleais, corruptos, servis em relação aos ‘bacanas’. (...) O problema da violência é a polícia (MISCE, 2008: 30). Portanto, de acordo com o autor, hoje, “toda a corporação policial parece ter sido atingida pela desconfiança” (MISCE, 2008: 30).

O Instituto Sangari, em recente análise, acerca do homicídio no Brasil, tomou como referência a cor/raça, o sexo e o lugar de moradia das vítimas. Assinalou que, no Estado do Rio de Janeiro, no intervalo de 2002 a 2008, foram assassinados 96% mais jovens negros do que brancos, com grande incidência nas favelas cariocas (INSTITUTO SANGARI, 2012: 55 - 67)<sup>12</sup>. O mapa da violência apontou que 53,3% dos quarenta e nove mil e novecentos e trinta e dois mortos eram jovens vítimas de homicídios em 2010; dos quais 76,6% eram negros e 91,3% homens. Então, estima-se que um jovem negro tenha 2/3 a mais de chances de ser assassinado do que um branco<sup>13</sup>, como também a expectativa de vida dos homens se reduz para, no mínimo, menos um ano e quatro meses. Afinal, cento e três jovens são mortos por ano, a cada cem mil habitantes.

Além disso, em maio de 2012, a Anistia Internacional revelou pesquisa referente a 2011, a qual deduziu que “as mortes no Brasil, somente no Estado do Rio de Janeiro, aproximam-se das do somatório dos vinte países que mais aplicam a pena de morte<sup>14</sup> (à exceção da China, que não fornece seus dados), com destaque para: Irã, Arábia Saudita, Iraque, Iêmen e Estados Unidos. Em 2011, oficialmente, foram executadas, em vinte

<sup>11</sup> Anuário Brasileiro de Segurança Pública. Ano 7, 2013. Disponível em: <http://www.midianews.com.br/storage/webdisco/2014/03/03/outros/343168dc26c081905ba5cd7b640e8a62.pdf> Acesso em: novembro de 2013.

<sup>12</sup> Instituto Sangari. Mapa da violência 2011: os jovens do Brasil. Brasília: Ministério de Justiça, 2012.

<sup>13</sup> Jornal Extra – Rio de Janeiro. “Violência afeta mais jovem negro”. Rio de Janeiro: 20 de agosto de 2013.

<sup>14</sup> Cumpre salientar que, há ainda mais de dezoito mil prisioneiros que estão aguardando a execução, nos corredores da morte, nos vinte países.

países, pelo Poder Público, 676 (seiscentas e setenta e seis pessoas)<sup>15</sup>. No Brasil, no mesmo ano de 2011, somente no Estado do Rio de Janeiro, as mortes por autos de resistência atingiram o número de 524 (quinhetas e vinte e quatro) pessoas. Assim, o somatório de 524 (quinhetas e vinte e quatro) autos de resistência do Rio de Janeiro com os 400 (quatrocentos) autos de resistência de todo o país fazem do Brasil a nação que pune mais à morte extraoficialmente, com 924 (novecentas e vinte e quatro) pessoas executadas; mais do que os vinte países (salvo a China) que oficialmente mais aplicam a pena de morte, cujo número de executados atinge a soma de 676 (seiscentos e setenta e seis) indivíduos".<sup>16</sup>

A truculência policial ganhou ainda mais visibilidade a partir do enfrentamento às manifestações populares, em 2013, quando estudantes da classe média passaram a ser reprimidos nas ruas. Vale conferir algumas declarações de policiais, como: "pena que aqui na cidade não pode ser como nas favelas, temos que usar balas de borracha". Nessa ocasião, o desaparecimento de um favelado da Rocinha, por policiais da Unidade de Polícia Pacificadora, tomaria as ruas, as redes sociais, ecoaria como o "Caso Amarildo", denotando a violência e a letalidade policial em favelas, reascendendo a demanda de vítimas, familiares de vítimas e movimentos sociais, rumo a novos horizontes.

## CONSIDERAÇÕES FINAIS

Nota-se no contexto do Estado Penal o acirramento das mortes, a heroicização do BOPE, a expansão das megaoperações, a prática naturalizada dos autos de resistência, a proliferação da indústria dos caveirões.... Tudo veiculado pela mídia, na cruel associação entre favelados e traficantes, entre pobreza e criminalidade, o que faz com que as áreas de pobreza do Estado do Rio de Janeiro tornem-se sempre o grande foco de visibilidade. Assim, enquanto a favela é o alvo da repressão, a grande mídia tira, da mira de sua lente, questões nodais a respeito dos complexos conflitos sociais, das desigualdades estruturais que marcam nossa sociedade. Com efeito, fomenta-se nestas zonas cariocas pauperizadas algo que pode ser caracterizado como Estado de Emergência, de Sítio ou de Exceção global,

15 Vale registrar que, em 2011, nos vinte países que mais aplicam a pena de morte, salvo a China, foram mortas 149 (cento e quarenta e nove) pessoas a mais do que no ano anterior, pois em 2010 foram executados oficialmente 527 (quinhetas e vinte e sete) indivíduos.

16 Disponível em: <http://www.br.amnesty.org/> Acesso em: 29 de abril de 2012.

onde a “exceção” tende a virar a própria “regra”, a “anomia”, a “norma”, e cuja incidência, pródiga, atinge numerosas regiões e seres humanos pelo mundo (ARANTES, 2007 e AGAMBEN, 2003).

O combustível ideológico que justifica e aceita as mortes cometidas pela polícia, como alerta Vera Malaguti Batista, denota uma transição “da crítica da truculência e da militarização da segurança pública à sua naturalização, e agora, ao aplauso, adesão subjetiva à barbárie (MALAGUTI BATISTA, 2011: 8). Nisso corrobora o apoio midiático. Nessa esteira, como informa Nilo Batista, “há a executivização de agências comunicacionais do sistema penal, quer dizer, da circunstância nova de passar a mídia a exercer funções características das agências executivas do sistema penal” (BATISTA, 2002: 405), uma vez que constrói a realidade, estabelece juízos de valor, estigmatiza, julga e condena, muitas vezes, à pena de morte informal. Afinal, os impérios midiático-empresariais são fabricantes de dramatizações sensacionalistas da violência, capazes de promover interpelações da sociedade na sua “pulsão de morte”. E, indubitavelmente, na construção da subjetividade punitiva, no clamor punitivo, autodestrutivo, que esses impérios encontram sustentáculos ideológicos privilegiados (COIMBRA, 2001).

Desenha-se um quadro denso e capilarizado de violência social, em um contexto global, de uma crise estrutural, cujas dimensões atingem categorias básicas da forma de socialização (BRITO, 2010). Em meio à vulnerabilidade do tecido social é importante sublinhar o proeminente ativismo do Estado, na gestão da barbárie (MENEGAT, 2003), que adquire contornos cada vez mais coercitivos, que extravasam na violência institucional. Desse modo, as contradições e conflitos sociais enquadraram-se em um processo que apela, progressivamente, para expedientes belicistas, ou seja, para uma verdadeira epidemia da guerra (HOBSBAWM, 2007), que embala, no ritmo da morte, o Rio de Janeiro. ♦♦

## REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- AGAMBEN, Giorgio. **Estado de exceção**. São Paulo: Boitempo, 2003.
- Anuário Brasileiro de Segurança Pública**. Ano 7, 2013. Disponível em: <http://www.midianews.com.br//storage/webdisco/2014/03/03/outros/343168dc26c081905ba5cd7b640e8a62.pdf> . Acesso em: Novembro de 2013.

- ARANTES, Paulo Eduardo. **Extinção**. São Paulo: Boitempo, 2007.
- BATISTA, Nilo. "A executivização do sistema penal através da mídia". In: **Revista Discursos Sediciosos: Crime, Direito e Sociedade**. V.: 12. Instituto Carioca de Criminologia. Rio de Janeiro: Revan, 2002.
- BATISTA, Vera Malaguti. "O Alemão é muito mais complexo". Trabalho apresentado no 17º Seminário Internacional de Ciências Criminais. São Paulo: 2011.
- BRITO, Felipe. "A acumulação democrática de escombros". Tese de Doutorado do Serviço Social da Universidade Federal do Rio de Janeiro (UFRJ). Rio de Janeiro: 2012.
- \_\_\_\_\_; VILLAR, André; BLANK, Javier. "Será guerra?" In: **Até o último homem**. Orgs.: Felipe Brito e Pedro Rocha de Oliveira. Coleção Estado de Sítio. Rio de Janeiro: Boitempo, 2013.
- CANO, Ignacio; e SANTOS, Nilton. **Violência letal, renda e desigualdade no Brasil**. Rio de Janeiro: 7 Letras, 2001.
- CANO, Ignacio. **Letalidade da ação policial no Rio de Janeiro: a atuação da Justiça Militar**. Rio de Janeiro: ISER, 1999.
- \_\_\_\_\_. **Letalidade da ação policial no Rio de Janeiro**. Rio de Janeiro: ISER, 1997b.
- \_\_\_\_\_. "Segurança a sangue e fogo". In: **Jornal O Globo**, 24 de Agosto de 2007.
- \_\_\_\_\_. **A análise territorial da violência no Rio de Janeiro**. Rio de Janeiro: ISER, 1997.
- \_\_\_\_\_. **Execuções sumárias no Brasil: o uso da força pelos agentes do Estado**. Rio de Janeiro: ISER, 2003.
- CERQUEIRA, Daniel. **Mortes Violentas não esclarecidas e impunidade no Rio de Janeiro**. Fórum Brasileiro de Segurança Pública, 21 Outubro de 2011. Disponível em: <<http://www2.forumseguranca.org.br/files/MortesVioletasNaoEscalrecidasImpunidadeNoRioDeJaneiro.pdf>>. Acesso em: Junho de 2013.
- COIMBRA, Cecília. **Operação Rio: o mito das classes perigosas: um estudo sobre a violência urbana, a mídia impressa e os discursos de segurança pública**. Rio de Janeiro: Oficina do Autor; Niterói: Intertexto, 2001.
- Jornal Extra- RJ**. "Violência afeta mais jovem negro". Rio de Janeiro: 20.08.2013.

HOBSBAWM, Eric. **A epidemia da guerra.** Disponível em : <http://www.antivalor.cjb.net>. Acesso em: Outubro de 2007.

INSTITUTO SANGARI. **Mapa da violência 2011: os jovens do Brasil.** Brasília: Ministério de Justiça, 2012.

MENEGAT, Marildo. **Depois do fim do mundo: a crise da modernidade e a barbárie.** Rio de Janeiro: Relume Dumará: FAPERJ, 2003.

MISSE, Michel. "Sobre a construção social do crime no Brasil: esboços de uma interpretação." In: **Acusados e acusadores: estudos sobre ofensas, acusações e incriminações.** Org.: Michel Misso. Rio de Janeiro: Revan, 2008.

\_\_\_\_\_; GRILLO, Carolina Christoph; TEIXEIRA, César Pinheiro; e NERI, Natasha Elbas. **Quando a polícia mata: homicídios por “autos de resistência” no Rio de Janeiro (2001 – 2011).** Rio de Janeiro: NECVU; Booklink, 2013.

PEDRINHA, Roberta Duboc. "Breves apontamentos acerca da política criminal e da instituição policial na contemporaneidade". In: **Passagens: Revista Internacional de História Política e Cultura Jurídica.** Rio de Janeiro: V.: 3. Nº. 2. Maio – Agosto, 2011a.

\_\_\_\_\_. "A prática policial em tempos de crise." In: **Revista Epos.** V.: 2. Nº. 1. Rio de Janeiro: Janeiro – Junho, 2011b.

\_\_\_\_\_. "Não queremos chacina da copa do mundo." In: **Jornal do Brasil.** Rio de Janeiro, 25 de Janeiro de 2010.

\_\_\_\_\_. **Operação ‘Choque de Paz’ na Rocinha: o sensacionalismo caro com a invenção de uma guerra.** Disponível em: . <http://www.anf.org.br> . Acesso em: Abril de 2012.

\_\_\_\_\_. "Sob o signo da morte." Trabalho Apresentado no IV Seminário Internacional Direitos Humanos, Violência e Pobreza: a Situação de Crianças e Adolescentes na América Latina. Centro de Ciências Sociais e Programa de Estudos de América Latina e Caribe. Universidade do Estado do Rio de Janeiro, 2012a.

\_\_\_\_\_. "Violência policial e autos de resistência" (Entrevista da Colunista Fernanda Freixinho). In: **Jornal do Comércio.** Rio de Janeiro, Julho de 2012b.

\_\_\_\_\_; e SOARES E SOUZA, Taiguara Líbano. "Política criminal de segurança pública em tempos de democracia: limites à soberania estatal." In: **Revista da Faculdade de Direito da Universidade Cândido Mendes.** V.: 16. Rio de Janeiro: 2011.

RIBEIRO, Paulo Jorge. Entrevista concedida à **Revista Tribuna do Advogado**, ano XLII - Número 5290, Agosto de 2013.

RIVEIRO, Patrícia. Disponível em: [http://www.ipea.gov.br/agencia/index.php?option=com\\_content&view=article&id=1254:curso-cooperplan&catid=67:presidencia&Itemid=68](http://www.ipea.gov.br/agencia/index.php?option=com_content&view=article&id=1254:curso-cooperplan&catid=67:presidencia&Itemid=68) Acesso em: Setembro de 2012. UCHOAS, 2009

VERANI, Sérgio. **Assassinatos em nome da lei**. Rio de Janeiro: Aldebarã, 1996a.

\_\_\_\_\_. "A globalização do extermínio." In: **Revista Discursos Sediciosos: Crime, Direito e Sociedade**. Instituto Carioca de Criminologia. Nº. 1. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1996b.

## SITES

Disponível em: <http://www.ucamcesec.com.br/category/estatisticas/dados-destaque>. Acesso em: 22/03/2012.

Disponível em: <http://www.isp.rj.gov.br/Conteudo.asp?ident=150> Acesso em: 20 de Março de 2012.

Disponível em: <<http://noticias.uol.com.br/ultnot/agencia/2008/09/18/ult4469u30952.jhtml>>. Acesso em: Outubro de 2012.

Disponível em: <http://www2.datasus.gov.br/DATASUS/index.php?area=02>. Acesso em: 22/03/2012.

Disponível em: [http://desafios.ipea.gov.br/003/00301009.jsp?ttCD\\_CHAVE=3552](http://desafios.ipea.gov.br/003/00301009.jsp?ttCD_CHAVE=3552). Acesso em: 22/03/2012.

Disponível em: <http://www.br.amnesty.org/>

# A Regra e a Exceção: Uma Análise entre Resistência e Repressão Interconectadas

**Priscila Pedrosa**

*Advogada. Mestranda pela Universidade Federal Fluminense*

**Fernanda Prates**

*Doutora em Criminologia pela Universidade de Ottawa, Canadá*

## A REPRESSÃO NAS MANIFESTAÇÕES: CASOS EMBLEMÁTICOS NO RIO DE JANEIRO SOB A ÓTICA DA ADVOCACIA

Desde junho de 2013 o Rio de Janeiro assiste a diversas manifestações populares. Os relatos de repressão violenta e prisões arbitrárias aparecem desde a primeira manifestação, realizada em 13 de junho, no Maracanã (ARIAS, 2013). Nessa data, o manifestante Jorge Luis foi preso, indiciado por porte artefatos explosivos, autuado no artigo 16 do Estatuto do Desarmamento. Havia ao menos três testemunhas dispostas a prestar depoimento que comprovariam que o flagrante tinha sido forjado pelos policiais militares, mas elas não puderam ser ouvidas na delegacia por determinação da autoridade policial. Jorge acabou tendo seu pedido de liberdade provisória negado pelo Judiciário, em primeira instância, sendo conduzido para o complexo penitenciário Bangu II<sup>1</sup>.

No dia 17 de junho de 2013, data do primeiro grande ato nacional<sup>2</sup>, grupos de voluntários se organizaram para apoiar a manifestação, entre eles, a rede de advogados Habeas Corpus – Rio de Janeiro, que contava com o apoio institucional da OAB-RJ. Nessa noite, a ALERJ – Assembleia Legislativa do Estado do Rio de Janeiro foi tomada pela multidão, diversas

1 <http://www4.tjrj.jus.br/consultaProcessoWebV2/consultaProc.do?v=2&FLAGNOME=&back=1&tipoConsulta=publica&numProcesso=2013.900.013394-2>.

2 Em nota, a COPPE-UFRJ divulgou que havia, ao menos, 100.000 manifestantes nas ruas.

pessoas foram presas, entre elas um cadeirante acusado de subir a escadaria para depredar o prédio. Também foram registrados, ao menos, três casos de vítimas de arma de fogo, atendidos no Hospital Souza Aguiar, e quinze pessoas foram autuadas pelo crime de quadrilha ou bando<sup>3</sup>. Apesar de inúmeros excessos, alguma fiscalização foi possível pela atuação dos advogados voluntários (presentes em todas as manifestações, delegacias e hospitais), que registravam no ato das prisões o descumprimento das normas de proteção aos direitos fundamentais, abusos e agressões pela autoridade policial. Até a data de 6 de agosto de 2013, a rede de advogados voluntários já tinha atuado em cerca de 400 prisões<sup>4</sup>, a grande maioria delas, ilegal. Foram observadas diversas denúncias sobre a ocorrência de abusos de policiais militares, falta de identificação obrigatória nas fardas, desaparecimento de pessoas detidas por um longo espaço de tempo<sup>5</sup> e prisões em massa para identificação criminal na delegacia. Advogados também relataram a condução de presos para delegacias de bairros distantes, com nítida a finalidade de dificultar a assistência jurídica. A Polícia Militar chegou a publicar em seu perfil oficial no Twitter que os advogados estavam atrapalhando seu trabalho<sup>6</sup>.

Com o aumento tanto da repressão policial como da resistência dos movimentos sociais, cresceu número adeptos às táticas autônomas, temporárias, horizontais, autogestionadas e apartidárias, através de uma rede de novos atores sociais, inseridos em um contexto global de lutas que existe tanto no espaço da informação quanto no mundo real (MONTEIRO, 2013). Nesse sentido, vale ressaltar que a repressão policial não se limitou ao confronto direto nas ruas, agiu também fora delas sob a forma de ameaças aos manifestantes<sup>7</sup> e vigilância constante na web.

Importante destacar o papel das mídias tradicionais como propagador do medo, tratando logo de estigmatizar os manifestantes (chamando-os

---

3 Informação baseada em relatórios informais do trabalho dos advogados do grupo Habeas Corpus Rio de Janeiro e DDH – Instituto dos Defensores de Direitos Humanos nas manifestações, hospitais e delegacias da cidade do Rio de Janeiro.

4 <http://www.oabrj.org.br/noticia/81704-Manifestacoes-OABRJ-auxiliou-em-cerca-de-400-prisoes-arbitrarias>.

5 Informações com base nas declarações de advogados voluntários do grupo Habeas Corpus-Rio de Janeiro e DDH – Instituto de Defensores de Direitos Humanos, que atuaram nas manifestações e delegacias durante os protestos ocorridos na cidade do Rio de Janeiro.

6 <https://www.facebook.com/photo.php?fbid=4520234823973&set=t.100000536779800&type=3&theater>.

7 Esta informação se fundamenta em depoimento de advogados que atuaram diretamente nas ruas, nas ocupações e nas delegacias durante os protestos ocorridos na cidade do Rio de Janeiro. Os casos mais graves de ameaças de policiais a manifestantes se deram, sobretudo, nas ocupações ocorridas na câmara de vereadores da cidade do Rio de Janeiro e em frente à casa do governador Sergio Cabral, no bairro do Leblon.

repetidamente de vândalos e baderneiros<sup>8</sup>); esta atitude acabou por desqualificar os protestos e naturalizar a violência policial.

No Rio de Janeiro, a criminalização dos movimentos em rede se intensificou com a criação da Comissão Especial de Investigação de Atos de Vandalismo - CEIV<sup>9</sup>, onde, através de medida cautelar criminal, quebrou-se o sigilo telefônico e de internet de alguns moderadores de páginas de movimentos como Black Bloc e Anonymous, e pessoas que não se conheciam foram presas por crimes como formação de quadrilha armada e incitação à violência.

A repressão constante desencadeou um processo de adesão em massa aos movimentos das ruas. A Câmara de Vereadores e a porta da casa do Governador do Estado do Rio de Janeiro, Sergio Cabral, no bairro do Leblon, foram ocupadas por mais de 40 dias. Os protestos se voltaram contra os monopólios de comunicação e novas mídias se articularam para transmitir, ao vivo, as manifestações. Há estimativas de que a audiência dessas mídias tenha chegado a 100.000 espectadores (KRIEGER, 2013).

Percebe-se que a insatisfação dos novos movimentos sociais em rede no Brasil, sobretudo na cidade do Rio de Janeiro, segue padrões de revolta global comprometida com lutas locais, em uma rede constantemente conectada, insatisfeita com os modelos representativos, revelando uma verdadeira crise global das instituições tradicionais. A ação direta da multidão manifestada nas ruas sob a forma de poder constituinte se caracteriza como a expressão principal da revolução democrática, eis que o conceito de poder constituinte remete à ideia de onipotência e expansividade a ser exercido de forma ilimitada e inconclusiva (NEGRI, 2002:25).

Isto significa dizer que estas características são inerentes ao poder constituinte e têm caráter absoluto, se fundamentando na ideia de governo radicalmente democrático para a formação do direito legítimo, materializado pelo ideal de liberdade construída através da relação comunicativa no espaço público para a constituição da política (NEGRI, 2002).

Tal pressuposto coloca em cheque a práxis democrática, já que a manipulação do sistema do sistema jurídico para a contenção das lutas sociais consiste na afirmação do monopólio da força do Estado, em um esforço constante para normalizar a violência.

8 Por exemplo: <http://veja.abril.com.br/blog/reinaldo/geral/desistam-neste-blog-vandais-e-baderneiros-nao-se-criam-param-no-mata-burro-vao-procurar-a-sua-turma-ou-um-pouco-de-memoria-a-um-veterano-e-ven-erando/>.

9 <http://www.legisweb.com.br/legislacao/?id=256720>.

## O CONTROLE (BIO)POLÍTICO DAS MANIFESTAÇÕES: LEGISLATIVO E JUDICIÁRIO PARA A MANUTENÇÃO DA ORDEM CONSTITUÍDA

Em tempos de revoltas interconectadas de movimentos em rede, as reivindicações são comprometidas pelas condições locais específicas, mas inseridas na luta global comum (NEGRI e HARDT, 2012 c).

Os movimentos compartilham características semelhantes, como as ocupações, acampamentos e ferramentas de mobilização. Na concepção do professor Antonio Negri, houve uma mudança no ciclo de lutas que começou em 2011, passando de nômades a sedentários, ou seja, deixaram de circular em função de reuniões para discussões do poder global, como a Organização Mundial do Comércio, Reuniões do FMI, por exemplo, e passaram a ser imóveis por se manifestarem através de ocupações e acampamentos, profundamente comprometidos com questões locais e nacionais (NEGRI e HARDT, 2012 c).

Negri observa também que a guerra, nos dias de hoje, age nas relações sociais, atuando como um princípio básico de organização da sociedade (NEGRI e HARDT, 2012 b). O autor observa, nesse sentido, que que a guerra se transformou em um regime de biopoder (NEGRI e HARDT, 2012 b), uma forma de governo que se volta para a promoção e regulação da vida social” (NEGRI e HARDT, 2012: 45 b). Nesse novo estado de guerra, as relações internacionais e as políticas internas se tornam uniformes e se manifestam através de atividades militares ou policiais sem nome da garantia da segurança (NEGRI e HARDT, 2012 b). A exemplo da tendência de uniformização da guerra, podemos destacar a Lei estadual 6.528, de 11 de setembro de 2013, proibindo o uso de máscaras em protestos nas cidade do Rio de Janeiro, a pretexto da vedação ao anonimato consagrada no texto constitucional.

A edição desta lei foi precedida por uma decisão judicial proferida em razão de uma cautela criminal, sigilosa, iniciada pela CEIV – Comissão Estadual de Investigação de Atos de Vandalismo, impulsionada por um decreto do governador do Estado do Rio de Janeiro para investigar membros dos coletivos Black Blocs e Anonymous. A decisão foi levada em mãos por policiais militares até a ocupação da escadaria da Câmara de Vereadores da cidade do Rio de Janeiro, repetindo práticas da ditadura militar, como as “prisões para averiguação”, que permitem que manifestantes sejam conduzidos até a delegacia para serem identificados criminalmente.

Nas ruas, a Policia Militar passa a pedir a identificação civil e cadastrar em um documento interno da PM todos os manifestantes considerados suspeitos, com ou sem máscaras, inclusive advogados, socorristas e militativistas, constrangendo as pessoas a responderem a um relatório que continha perguntas como perfil pessoal do Facebook.

Vale traçar uma comparação com a Lei de Segurança Cidadã, na Espanha, conhecida como Lei anti15M ou Lei da Mordaça, cujo anteprojeto foi aprovado em 29 de novembro de 2013. O novo texto permite que os policiais peçam a documentação de todos os manifestantes que estiverem usando máscaras, como forma de prevenção de delitos<sup>10</sup>.

O conceito de Império trazido por Antonio Negri e Michael Hardt é utilizado como metáfora com características próprias que o distingue do conceito de Imperialismo. Este se baseava na extensão de fronteiras e de soberania. Já o Império não pressupõe um centro territorial de poder, não tendo fronteiras ou barreiras fixas, se apresentando como poder supremo que governa o mundo a partir de um conglomerado de Estados-nação para o estabelecimento de poderes supranacionais em sintonia com o processo de globalização.

No Império, o tipo de guerra aparece tanto nos conflitos externos como nos internos com limites indeterminados, tendo como alvo os inimigos abstratos produzidos por políticas de guerra contra a pobreza, contra as drogas e contra o terrorismo, legitimada por discurso meramente retórico que apresenta o inimigo não como indivíduo, mas como um conceito abstrato para a mobilização de forças sociais (NEGRI e HARDT, 2012 b). Desta forma, “as invocações retóricas de guerra se materializam e se transformam em guerra real contra inimigos indefinidos e imateriais” (NEGRI e HARDT, 2012 b). Isto se verifica facilmente pela caracterização do “inimigo” como “vândalo” ou o “terrorista”, materializando um esforço de guerra criminalizador de qualquer tipo de contestação e resistência social (NEGRI e HARDT, 2012b).

Dessa forma, a guerra domina a vida em nome de um poder soberano com controle direto dos meios de destruição, assumindo uma forma de bio-poder capaz de decidir diretamente sobre a morte (NEGRI e HARDT, 2012 b).

O biopoder, na análise de Foucault, é o novo paradigma de poder da sociedade de controle surgido da transição da sociedade disciplinar para a sociedade de controle, onde todo corpo social é absorvido pela

10 <http://www.diariouridico.com/actualidad/noticias/aprobado-el-anteproyecto-de-ley-de-seguridad-ciudadana.html>.

máquina do poder, este estendido pelas formas de controle da consciência e dos corpos da população, em todas as relações sociais (NEGRI e HARDT, 2012 a).

Assim, a ação policial promovida pelo estado de guerra imperial é controlada pelo biopoder, o qual não se limita à capacidade de destruição em massa, já que também se manifesta sob a forma de violência individualizada, esta entendida como um elemento central da sociedade de controle (NEGRI e HARDT, 2012 b).

Neste contexto, as costumeiras práticas policiais vistas nas manifestações do Rio de Janeiro de revistas corporais, prisões para averiguação, demora para a condução de detidos que, após entrar na viatura da polícia, permanecem horas com algemas apertadas e sob constante ameaça, até ser efetivamente conduzido à delegacia, além de todas as outras formas de tortura utilizadas tanto em nome da contenção dos chamados “vândalos” quanto em nome da prevenção policial, podem ser descritos como “a outra face do estado de exceção e a tendência do poder político para se furtar ao império da lei” (NEGRI e HARDT, 2012 b: 42).

Para Negri, “a definição de guerra em termos de biopoder e segurança altera toda a sua estrutura jurídica” (NEGRI e HARDT, 2012 b: 45), ou seja, a guerra imperial tem um caráter regulador e é legitimada pelas estruturas legais.

O processo de funcionamento das estruturas legais é entendido a partir da ótica de uma crise do conceito de soberania e sua transformação biopolítica. Foucault nos explica que a economia política pode se apresentar como razão governamental autolimitada, tendenciosa à naturalização dos objetos manipulados pela governabilidade, substituindo, assim, a legitimidade/ilegitimidade pelo sucesso/fracasso da ação governamental (FOUCAULT, 2008).

Foucault descreve a governabilidade como conceito biopolítico de soberania, transfigurado pelo conceito de governo soberano, ou seja, a “razão de Estado” é substituída pela “razão governamental”. A razão de Estado é aquela em que o “Estado visa tão somente seu próprio crescimento, sua riqueza, sua população, sua força” (FOUCAULT, 2008. p.61) e a razão governamental é entendida como aquela que “obedece aos interesses individuais e coletivos, a utilidade social e o benefício econômico, entre o equilíbrio de mercado e o regime do poder público” (FOUCAULT, 2008. p. 61).

Todavia, é apartir do deslocamento do conceito de soberania em governança, em relação ao conceito de legitimidade social, que o exercício do poder soberano é enfraquecido e desarticulado dentro dos sistemas legais. Nesta lógica, os sistemas legais se apresentam como categoria de exceção, combatendo qualquer resistência às complexidades sociais que surgem no contexto da biopolítica (NEGRI, 2011).

Ou seja, a capacidade que tem o Estado de fazer funcionar as leis atende à governança, a partir do sistema legal fundamentado na soberania em governança, se opondo à descontinuidade dos processos de constituição do direito, de acordo com o paradoxo tratado por Luhmann (NEGRI, 2011). Significa dizer que a produção do direito se dá em circunstâncias de interdependência global entre os Estados-nação cooperantes em matéria de regulação econômica e de intervenção contra efeitos da crise (NEGRI, 2011).

Vale mencionar que o modelo sistêmico luhmanniano considera que “a evolução se manifesta pela transformação do improvável em provável” (NEVES, 2013. p.1), ou seja, para o autor, a evolução ocorrerá quando a situação considerada desviante passar a integrar a estrutura do sistema.

Nesse sentido, para Luhmann, “o fechamento cognitivo do sistema jurídico proporciona um paradoxo insuperável da autopoiese” (NEVES, 2013. p.83), impedindo a interrupção dessa interdependência do sistema em face do ambiente social, ou seja, sistema político interdependente do sistema jurídico, onde a autonomia do sistema jurídico apresentada pelo código “lícito/ilícito” é afetada pelo código “poder/não poder”.

Por outro lado, sob a perspectiva da ciência jurídica, o poder constituinte é entendido, segundo Negri, como a fonte de produção de normas constitucionais de organização dos poderes do Estado, incluindo o poder de instaurar um novo ordenamento jurídico (NEGRI, 2002).

No entanto, a definição do poder constituinte trazida por Luhmann como poder que organiza o direito surgido do nada não se sustenta na visão de Negri, já que para ele o “poder constituinte é onipotente e expansivo e também ilimitado no tempo e no espaço” (NEGRI, 2002:10), por isso, não poderia ser transformado em mera factualidade revelada exclusivamente pelo direito, já sua condição onipotente é considerada a própria revolução (NEGRI, 2002).

Desta forma, esta “expansividade deve se manifestar somente como norma de interpretação, controle de constitucionalidade ou como atividade de revisão constitucional” (NEGRI, 2002:10).

A crise se evidencia, portanto, no estrangulamento do poder constituinte desenvolvido no conceito de nação, de modo que ele, o poder constituinte, seja absorvido pela representação política, invertendo a ideia de poder constituinte formador do direito para reduzi-lo à ideia de representação como única forma possível de expressão legítima (NEGRI, 2002).

Portanto, a gestão da crise nos permite observar como a soberania é exercida para a contenção das lutas sociais, reduzindo-as em “elementos sistêmicos” através da exceção da soberania transfigurada em governança, a ser usada como álibi para o uso da violência.

## O ESTADO DE EXCEÇÃO NO IMPÉRIO

Para Hardt e Negri, “as concepções da sociedade de controle e do biopoder são os aspectos centrais do império”(NEGRI e HARDT, 2012 a: 44), cuja estrutura conduz a um novo paradigma de poder adaptado à realidade da lei imperial(NEGRI e HARDT, 2012 a).

O direito inserido de forma única e sistemática dentro do contexto global age por meio estado de exceção, pelas técnicas de polícia e pela unificação de valores inseridos em um contexto de justiça global, se tornando método de governo (NEGRI e HARDT, 2012 a).

Na concepção de Agamben, o avanço de uma guerra civil mundial faz com que o estado de exceção se apresente como “paradigma de governo dominante” (AGAMBEN:2004:13).

Por outro lado, para Negri, o estado de exceção no Império conta com uma “imprevisível temporalidade” (NEGRI e HARDT, 2012 a: 45) e uma seletividade por se voltar contra grupos caracterizados como inimigos do poder. O estado de exceção no Império está intrinsecamente ligado a uma reformulação do conceito de soberania, como vimos, a transfiguração do conceito de soberania popular à soberania em governança, não se apresentando como paradigma e sim como método de governo em um estado de guerra imperial permanente.

A soberania imperial “propõe um regime de administração disciplinar e controle político diretamente baseado em contínuas ações de guerra” (NEGRI e HARDT, 2012b: 44), não mais regulada pela estrutura jurídica e passando a ser reguladora e ordenadora da estrutura política globalizada através da qual a ordem imperial se consolida.

Desse modo, o conflito na Líbia nos serve de exemplo, pois demonstra que a reação do Estado, através da perseguição e morte de rebeldes,

foi considerada excessiva pelo poder global, formado pelo consenso de uma série de organismos nacionais e supranacionais unidos em “estruturas de comando reguladoras” (NEGRI e HARDT, 2012a: 13), legitimando a intervenção da OTAN, com bandeira da ONU, através de ação militar (CASTELLS, 2012), ou seja, esta atuação confirma a hipótese trazida por Negri de que há uma noção imperial de direito que não se limita às relações internacionais, porém se estende para as relações de poder internas de cada país, limitando o poder de atuação dos Estados dentro do seu território(NEGRI e HARDT, 2012 a).

Ou seja, é possível afirmar que o chamado por Negri de “Direito Imperial” tende a reconfigurar as leis internas dos Estados-nação, onde o chamado “Direito de intervenção” se legitima através políticas preventivas com fins humanitários(NEGRI e HARDT, 2012 a).

Contudo, essa legitimação não se dá somente no plano do direito, mas sim por consenso, sendo justamente através dele que a intervenção em uma situação considerada emergencial se torna possível.

Contudo, essas intervenções não se justificam somente pelo estado de emergência e de exceção permanente, mas também pelo chamado “apelo a valores essenciais de justiça”(NEGRI e HARDT, 2012 a: 36) fundamentado na construção de valores universais.

O Império também se apresenta como “centro das relações econômicas de corporações transnacionais que envolvem intervenções de mecanismos monetários, regimes produtivos e comunicação, assegurando uma força legítima de intervenção não apenas militar, como também moral e jurídica” (NEGRI e HARDT, 2012 a).

Para Negri, “essa intervenção prefigura o Estado de exceção a partir de baixo e o faz sem fronteiras, armada com alguns dos mais eficazes meios de comunicação e orientada para a produção simbólica do inimigo” (NEGRI e HARDT, 2012 a: 55).

Neste sentido, vale citar a Lei geral da Copa como um exemplo de atividade jurídica a serviço de interesses econômicos que se colocam acima da soberania do Estado Nação. O território da FIFA é o espaço comandado pela entidade, de acordo com seus interesses, com o aval do Estado, violando diversos preceitos fundamentais elencados na Constituição, como a liberdade de locomoção, unicamente em favor da entidade privada, a defesa do consumidor, o livre comércio, criminalizando com penas muito superiores às existentes na legislação interna o uso de marcas, a

interrupção de jogos ou acesso a estádios de futebol, ou seja, editando normas penais em caráter temporário.

Certamente os protestos também estão associados aos megaeventos, sobretudo na cidade do Rio de Janeiro, onde o modelo de cidade-negócio faz surgir novas formas de relacionamento entre Estado, capital privado e cidade através de parcerias público-privadas (VAINER: 2013: 38) e, como assevera Carlos Vainer, “a contraface da cidade de exceção é uma espécie de democracia direta do capital” (VAINER: 2013: 39).

## CONCLUSÃO

A funcionalidade do Império se dá sob três aspectos fundamentais: o estado de exceção, os valores universais e o poder de polícia. Diante de um contexto de crise ou emergência permanente, o Império se torna legitimado para intervir em qualquer contexto ou território seja pelo poder militar, no âmbito internacional, ou, pelo poder de polícia, no interior do estado nação.

O Império descrito por Negri e Hardt narra a ascensão de uma nova ordem mundial, que se forma a partir da interação de forças globais para a construção de um conceito de ordem global, o qual se dá por um processo de transferência do direito soberano para um centro supranacional. Uma nova estrutura de comando unida por uma forma global de economia, sem fronteiras fixas (NEGRI e HARDT, 2012a).

Negri e Hardt destacam que os avanços do direito internacional e dos tratados internacionais limitaram o uso legítimo da força dentro do Estado-nação (NEGRI e HARDT, 2012 b) e isto se deve ao processo de construção de uma soberania supranacional.

Desta forma, o declínio do monopólio da violência legítima por parte do Estado-nação faz com que a violência deixe de ser considerada legítima se exercida com base unicamente nas estruturas legais internas do Estado (NEGRI e HARDT, 2012 b).

Por outro lado, a diminuição dos meios de legitimação da violência com base nas próprias leis do Estado-nação não quer dizer que houve uma diminuição da violência, ao contrário, segundo Negri, “o que diminuiu, isto sim, foram os meios de legitimar essa violência de Estado”. (NEGRI e HARDT, 2012b: 50)

Percebe-se, assim, um processo de homogeneização da repressão, devido ao atual estado de guerra imperial, que obrigam os Estados-nação a combinar forças que legitimam a ordem imperial manifestada através de redes disseminadas e não mais como sujeito centralizado e soberano (NEGRI e HARDT, 2012 b).

Pela atuação do movimento de advogados na cidade do Rio de Janeiro é possível verificar que determinadas formas de repressão do Estado aos movimentos das ruas seguem a lógica da nova ordem imperial descrita por Negri, agindo, principalmente, através do estado de exceção, como método de governo, em um permanente estado de guerra global para a manutenção da ordem vigente.

Agamben nos ensina que o estado de exceção apresenta analogias evidentes com o direito de resistência, afirmando que “tanto no direito de resistência quanto no estado de exceção, o que realmente está em jogo é o problema do significado jurídico de uma esfera de ação em si extrajurídica” (Agamben: 2004:24).

Já na concepção de Negri “a resistência é uma resposta ou reação primordial em matéria de poder. Este princípio faculta-nos uma perspectiva diferente sobre o desenvolvimento dos conflitos modernos e o surgimento de nossa atual guerra global permanente” (NEGRI e HARDT, 2012 b: 98).

Portanto, o estado de guerra global deve ser entendido pela investigação da genealogia dos movimentos sociais e políticos de resistência, já que em tempos de biopoder e biopolítica as questões militares estão intimamente ligadas ao social, político, cultural e econômico (NEGRI e HARDT, 2012 b).

Vale destacar que as novas guerras universais, contra o terrorismo, por exemplo, incorporaram tratados no direito interno, assumindo existência de uma rede imperial de aparatos militares e policiais se chocando contra “inimigos” articulados em rede por todos os lados. Nesta lógica, a repressão passa a ser uma política imperial de contenção dos movimentos da multidão no esforço de impedi-los de ganhar legitimidade política. ♦♦

## BIBLIOGRAFIA

ARIAS, J. (2013). "Las protestas en Río llevan miedo y violencia al Maracaná". *El País*, 17 de junho. Disponível em: [http://internacional.elpais.com/internacional/2013/06/17/actualidad/1371432177\\_116265.html](http://internacional.elpais.com/internacional/2013/06/17/actualidad/1371432177_116265.html).

AGAMBEN, Giorgio. **Estado de Exceção**. Tradução Iraci D. Poleti. 2 ed. São Paulo. Boitempo. 2004.

ALVES, Giovanni. "Ocupar wallstreet...e depois?". In HARVEY, David...et all. **Occupy**: movimentos de protesto que tomaram as ruas. São Paulo: Boitempo: Carta Maior, 2012.

CASTELLS, Manuel. **Redes de indignação e esperança**: movimentos sociais na era da internet. Tradução: Carlos Alberto Medeiros. Rio de Janeiro: Zahar, 2013.

FOUCAULT, Michel. **Nascimento da biopolítica**: curso dado no Collège de France (1978-1979). Tradução Eduardo Brandão. São Paulo: Martins Fontes. 2008.

HARDT, Michel e NEGRI, Antonio. **Império**. Tradução Berilo Vargas. 10 ed. Rio de Janeiro: Record, 2012 a.

\_\_\_\_\_. **Multidão: Guerra e democracia na era do império**. Tradução de Clovis Marques. 2 ed. Rio de Janeiro: Record, 2012b.

\_\_\_\_\_. **Declaración**. Tradução Raúl Sanchez Cedillo. Madrid: Akal, 2012 c.

KRIEGER, R. (2013). "Ascensão da Mídia Ninja põe em questão imprensa tradicional no Brasil." **DW Notícias**. Disponível em <http://www.dw.de/ascens%C3%A3o-da-m%C3%ADdia-ninja-p%C3%BC%C3%8Bem-quest%C3%A3o-imprensa-tradicional-no-brasil/a-16989948>.

MONTEIRO, P.C (2013). *Black Bloc*: "Fazemos o que os outros não têm coragem de fazer". **Revista Fórum**, n. 125. Disponível em <http://revistaforum.com.br/blog/2013/08/black-bloc-fazemos-o-que-os-outros-nao-tem-coragem-de-fazer/>.

NASCIMENTO, C. (2013). "Manifestantes fazem acordo com a PM e deixam a Quinta da Boa Vista". **O Dia**, 16 de junho. Disponível em <http://odia.ig.com.br/noticia/rio-de-janeiro/2013-06-16/manifestantes-deixam-a-quinta-da-boa-vista-depois-de-confronto-com-batalhao-de-choque.html>.

NEGRI, Antonio. **O poder constituinte**: ensaio sobre as alternativas da modernidade. Tradução Adriano Pilatti. Rio de Janeiro: DP&A. 2002.

\_\_\_\_\_. (2011) **Soberania entre o governo, exceção e governança**. Acesso em 07 de abril de 2014. Disponível em: <http://www.uninomade.org/la-sovranita-fra-governo-eccezione-governance/>.

# Alteridade e Justiça: Uma Introdução ao Núcleo Ético do Pensamento de E. Levinas

Ricardo Timm de Souza

Professor Titular da FFCH/PUCRS.

I. Muitas são as possibilidades que se apresentam ao interessado para que esse se acerque com propriedade daquele núcleo difícil da filosofia de Emmanuel Levinas, a Exterioridade do Outro, que reluz em Infinito ético. Esse Infinito nada tem a ver com o conceito “natural” que passou à história da filosofia ocidental<sup>1</sup> - mesmo que o consideremos um tema com variações - ou com a concepção quase intuitiva que ocupa os espaços de nossa mente, tão logo ressoe em nosso interior a palavra “infinito”. Na verdade, estamos tão acostumados com o hábito de relacionar o termo “infinito” com uma concepção ontológica, matemática ou cosmológica - grandeza, pequenez, perfeição, beleza e outros atributos divinos ou do Universo - que nos causa normalmente grande estranheza a conexão das palavras “infinito” e “ética”. Como poderia alguma coisa ser “eticamente infinita”? Não se estaria aí retorcendo palavras com a finalidade de, em um artifício retórico, disfarçar justamente a nossa incapacidade congênita de aceitar simplesmente - mesmo depois da *III. Meditação de Descartes* - a ideia pura e simples de uma realidade *sem limites*? O presente texto pretende, a partir de uma análise dessa temática, estabelecer a proposta de uma pequena introdução ao coração do pensamento levinasiano: a Alteridade e o que esta significa como dimensão de ocorrência do factum do constituir real de um universo que se baseie estritamente na ocorrência ética, ou seja, que expresse o que Derrida entende por “núcleo indesconstruível da desconstuição” ou seu sinônimo: a “loucura pela justiça” (“*madness for justice*”)<sup>2</sup>

1 Cf. SOUZA, R. T., *Sentidos do Infinito – a categoria “infinito” nas origens da racionalidade ocidental, dos Pré-socráticos a Hegel*, Caxias do Sul: EDUCS, 2005.

2 O presente texto revisita vários escritos antigos nossos e os atualiza no sentido de uma breve introdução orgânica ao pensamento do autor no que ele, de um ponto de vista filosófico, tem de mais relevante para a temática geral do presente livro. Uma primeira versão do presente escrito foi originalmente publicada in: SOUZA, R. T., **Totalidade &**

O fato é que, educados no mundo da ontologia, é-nos difícil conceber um outro mundo onde esta não reinasse de forma absolutamente soberana. A ética, que normalmente conhecemos, é secundária à *prima philosophia* em que se constitui a ontologia não apenas desde Heidegger ou Tomás de Aquino ou Aristóteles, mas sim desde que os pré-socráticos olharam para o céu e resolveram domesticar a inefabilidade do cosmo. Áí se estabeleceu a raiz mais profunda da tradição filosófica ocidental, essa tradição cujo sentido de desenvolvimento mais claro é a repugnância ao que não é ela ou ao que a ela não se pode reduzir por uma dinâmica de totalização, e cujo foco energético se desdobra em um movimento a um tempo dialético e helicoidal, que absorve e subsume hegelianamente em sua autonomia todo e qualquer sentido e realidades cabalmente heterônomos.

Mas o infinito ético parte justamente de uma subversão, da subversão da ontologia *qua prima philosophia*. Levinas afirma ser a Ética a “filosofia primeira” - de acordo, aliás, com uma tradição que mereceria estar bem mais presente entre nós<sup>3</sup> - e que, portanto, o Infinito, sob nenhum aspecto, perde em dignidade *ao assumir sentido originariamente ético*.

Estamos ainda, porém, muito longe de entender o significado real dessa subversão, mesmo no momento em que convimos com a sua possibilidade teórica. As realidades éticas, contrariando nossos hábitos, não costumam se sujeitar ao voluntarismo de nossa racionalidade ontológica, pois trazem consigo sua própria racionalidade, aquela que é negada desde a primeira vez em que o Ser se deu na guerra e declarou guerra ao não ser ontológico.

A subversão do primado da ontologia significa, portanto, a subversão necessária de hábitos intelectuais milenarmente incrustados na nossa tradição ocidental. Se à fenomenologia cumpre a descrição dos fenômenos que se sucedem no revolver-se da realidade primariamente ontológica, a condição extra ontológica do infinito ético exige uma aproximação de outra ordem, a saber, um aproximar-se *metafenomenológico*.

## II. Mas em que poderia consistir a “metafenomenologia” proposta? Ela surge a partir justamente de uma ambiguidade, aquela ambiguidade

---

**Desagregação – sobre as fronteiras do pensamento e suas alternativas**, Porto Alegre: EDIPUCRS, 1996. Para evitar sobrecarregar o texto com citações, essas serão as mínimas possíveis. Referências bibliográficas ao fim do texto.

3 Cf. MATE, Reyes. **Memoria de Occidente – Actualidad de pensadores judíos olvidados**, Barcelona: Anthropos Editorial, 1997; SOUZA, R. T. **Existência em Decisão – uma introdução ao pensamento de Franz Rosenzweig**, São Paulo: Perspectiva, 1999; BOURETZ, Pierre. **Testemunhas do futuro – filosofia e messianismo**, São Paulo: Perspectiva, 2012, entre outros.

perigosa que repousa no fato de que se falará de algo que, no sentido mais radical, *não se curva a uma linguagem ontologizante, pois traz consigo sua linguagem própria em sentido estrito*. Essa linguagem não é decifrável, pois não é cifrada; ela não se abre em um sentido discursivo, não se resolve em seu desmembramento lógico nem sobrevive às reduções que a banalizam em um mosaico sujeito a experiências e deduções cognitivas “neutralizantes”. A modalidade como essa linguagem se oferece é fundamentalmente *não neutra*, não equilibrada por sua própria natureza: é o desequilíbrio mesmo da equação linguística que tem no verbo «ser» seu fulcro fundamental. Em outras palavras, e apesar de toda a tradição, o Ser “não se acha” nela, *não se encontra* em sua falta de consistência ontológica, em sua falta de “espessura de ser”<sup>4</sup>. Essa linguagem é ética, não secundária às predeterminações da ontologia soberana, mas primária em relação a si mesma, em sua lei própria, heterônoma em relação à autonomia do ser soberano.

Estamos já neste ponto no seio da ambiguidade: propomo-nos a relatar alguns elementos desta experiência ética fundamental *apesar* do acima exposto. A linguagem - a metafenomenologia a ser utilizada - recuará a cada momento, quando se chocar com a obviedade de sua insuficiência. Ela não se esconderá por detrás de sua incompetência, mas deverá, por via desta incompetência mesma, deixar espaço para que a competente realidade heterônoma – a Alteridade – referida seja sugerida com o máximo vigor.

A fixação de categorias - cuja provisoriação é decretada *a priori* pela sua inadequação original ao tema de que tratam, conforme acima exposto - faz-se necessária para que a inteligibilidade das sugestões éticas possa brotar no universo linguístico em questão. Também em um esboço metafenomenológico, “ruim com categorias filosóficas de compreensão, pior sem elas”. À insuficiência real de conceitos ocasionada pelo sentido extraordinário da realidade ética que se dá não corresponde necessariamente uma flacidez da teia conceitual e um relativismo contraproducente do sentido primacial da metafenomenologia: esta não pode perder, em nenhum passo, a sua pretensão de radicalidade, ou seja, de mergulhar até as raízes do possível.

É nesse sentido que a metafenomenologia se funda em uma categoria, em uma referência fundamental que em muitos momentos

---

<sup>4</sup> Esta expressão se deve a Luiz Carlos Susin.

serve de pedra de toque às antinomias nas quais nossa razão ontológica inevitavelmente cairá e das quais não sairá ilesa, na condição de que saia tão ilesa quanto possível a realidade para além das idiossincrasias da razão tradicional. Em outros termos, a nenhum preço se pode esperar a aceitação da violentação, pela linguagem, daquilo de que se fala: caso se tenha que aceitar, que o vácuo criado seja sempre maior que o fecho justificativo de tal violência.

A categoria fundamental da metafenomenologia aqui desenvolvida é a Exterioridade - Alteridade - sob a forma perceptível do Olhar<sup>5</sup> do absolutamente Outro, presença que não se circunscreve a um espaço presente e subversão do espaço e do tempo. É através desta categoria que o acontecer ético toma sentido. A Exterioridade em sentido levinasiano porta já a ideia de *estrانheza*, separação absoluta. O Outro é fundamentalmente um *estranho*, um antirreflexo do Mesmo narcísico. A sua presença expõe todo o seu não parentesco com o Mesmo. Esta separação, esta irredutível *externidade* do Outro é sua presença mesma. Ela reconduz à primariedade do Olhar, e o Olhar é *de-terminação, de-finição* da Totalidade e de seus mecanismos.

**III.** Como se entende, porém, nesse contexto, a categoria de Totalidade, contraposto lógico da Exterioridade? P. Pivatto sintetiza a noção de totalidade na obra levinasiana da seguinte forma: “A totalidade é o resultado da totalização, obra da Razão e do Mesmo que envolvem e se apropriam de toda exterioridade, de todo transcendente, mesmo a Metafísica, segundo uma ordem, em um sistema, em uma unidade; esta obra de apropriação progressiva, porém inelutável da Ontologia, é a obra mesma da imanência. A totalidade é a imanência acabada: todos no tudo, tudo no Uno, a multiplicidade na unidade original ou final”<sup>6</sup>. Totalidade é, assim, a realização da dinâmica do Mesmo, a síntese final das energias que integram o Outro a uma unidade sólida.

No sentido de ser uma síntese *final*, a Totalidade é também *finita*. A totalidade abriga em si seu sentido finito, seu sentido ontológico, uma vez que *ser* e *totalidade* conjugam-se em uma unidade fática: “o ser somente

5 A tradução de “visage” por “rosto”, embora correta e consagrada, nos parece no contexto imprópria, no sentido de que pode sugerir uma determinada materialidade facilmente reduzível à determinação ontológica no momento mesmo em que se estabelece, ética e faticamente, o ponto de fuga de toda determinação ontológica. Um rosto dá-se, em sua dignidade, à materialização como “circunscrição espacial” - isto não acontece com o “olhar”, cuja presença é a *subversão mesma* da noção normal de espacialidade determinável.

6 PIVATTO, P. “La relation à la transcendance dans l’oeuvre d’Emmanuel Levinas”, Paris (Tese), 1980.

pode ser verdadeiro enquanto totalidade”<sup>7</sup>. A *in-totalidade*, a ‘infinitude’ da totalidade, significa *in-completação*, suspensão da dinâmica de completação, negação do “encontrar-se consigo mesmo” ínsito a todo processo de totalização possível. A *Totalidade pressupõe, para existir, o encontro com seus próprios limites* – o que é, obviamente, uma violência lógica: nada que tenha limites pode ser a Totalidade *tout court*.

Totalidade é, dessa forma, também *Ontologia*. E não se trata de uma ontologia apenas sistematizante, pensada, mas da ontologia que vem se dando na história da humanidade desde que a guerra deu à luz o primeiro ser e definiu - *deu fim por primeira vez* - ao não-ser. Essa é a ontologia que se identifica com a verdade da totalidade, a verdade da vitória, a inteligibilidade do *ser que é*, e que encontra seus limites no *não ser que ele define*. O desdobramento do ser através da história, a perseguição do ser pela história, são o desabrochar ontológico original da Totalidade em seu processo de redução do Outro ao Mesmo: “...a conquista do ser pelo homem através da história... (é)...a redução do Outro ao Mesmo”<sup>8</sup>, que subjaz a toda facticidade da barbárie em um sentido benjaminiano - o qual Levinas compartilha de forma explícita com este autor<sup>9</sup>. Esta conquista acaba por conduzir indiretamente à realidade heterônoma do externo à Totalidade. Talvez em nenhuma análise como aquela da morte seja esta constatação tão evidente. A morte é o primeiro modelo de Alteridade, de Exterioridade absoluta, e se constitui na fronteira exógena do Eu totalitário, limite da filosofia e do pensamento, primeiro e definitivo limite de toda Totalidade fática, “impossibilidade de minhas possibilidades”, como diz Levinas em oposição à formulação heideggeriana<sup>10</sup>.

**IV.** O processo de percepção dos limites da Totalidade acima descrito sugere uma inversão da revolução copernicana que lança os recursos filosóficos normais, a linguagem e a ordenação, em um limbo de insuficiência. A consciência agora presente e clara da *inelutabilidade* do encontro da Totalidade com seu fim - *exigido* por ela mesma enquanto

7 LEVINAS, E. “Totalité et totalisation” in: *Encyclopédie Universelle*, Paris, 1973, v. 16, p. 192.

8 LEVINAS, E. *En découvrant l'existence avec Husserl et Heidegger*, Paris, 1974, p. 176.

9 “Toda civilização que aceita o ser, o desespero trágico que ele comporta e os crimes que ele justifica, merece o nome de bárbara” (LEVINAS, E. *De l'Evasion*, Montpellier, 1982, p. 98).

10 A explanação da intuição básica da morte como limite da Totalidade se dá na primeira página do livro capital de Franz ROSENZWEIG, *Stern der Erlösung*, fonte constante de inspiração para vários autores importantes do pensamento contemporâneo e que bem traduz a profundidade extrema de um pensador infelizmente praticamente desconhecido no Brasil.

*densidade ontológica* - não nos faz, por si só, avançar nem um milímetro na percepção da realidade externa do Outro enquanto tal. Retornamos aparentemente ao ponto de partida: o sentido do Infinito ético nos escapa enquanto lógica apreensível. Isto confirma porém *via negationis* o que foi acima indiretamente postulado: *o sentido do infinito ético para todo tipo de sujeito pensante é radicalmente secundário ao sentido do Infinito ético - do Outro absoluto - para ele mesmo*. É isso que fica indiretamente evidenciado pela exploração dos limites da Totalidade, esta *impotência do externo em termos ontológicos*. E, por outro lado, é aqui que se encontra o principal fulcro de entrada para a categoria de Exterioridade: *se o Outro não determina ontologicamente o Mesmo, o Mesmo não determina eticamente o Outro*. Eis a separação absoluta das realidades desses dois universos imiscíveis. A partir daqui, a categoria de Exterioridade não cumpre mais um papel funcional em toda metafenomenologia, mas é a referência *sine qua non da possibilidade mesma* da metafenomenologia.

O Infinito ético “vem” do Outro - ele “é” o outro, o *além* do Ser, as “sobras” de ser, e fala uma língua própria. As categorias ônticas e ontológicas não se encaixam em seu “oferecimento”, e esta linguagem não corresponde à expectativa de compreensão da ontologia. *Ela é fonte de seu próprio sentido*. E esse sentido se *condensa* na presença imaterial - em sentido extremo, não ontológica - do Olhar. O que é o Olhar? Ninguém sabe, pois não é uma questão de saber e não saber. A questão verdadeira agora é *sofrer ou não sofrer sua presença*, responder ou não responder - em sentido ético - seu questionamento eterno, ou melhor, *fora do tempo da ontologia*.

Temos aí o primeiro passo concreto da metafenomenologia: a percepção possível de que se aproxima um grande traumatismo, onde não poderá ficar “pedra sobre pedra” dos edifícios onto-gnosiológicos tradicionais. É à descrição deste traumatismo que corresponde a primeira tarefa da metafenomenologia.

**V.** Em um primeiro momento, ainda se permanece em uma negatividade radical. Mas o que nesta habita mais profundamente é um primeiro choque de contraditórios tempos e realidades. A abstração morta de uma ideia de exterioridade absoluta começa a ceder espaço à vida da Exterioridade mesma no momento em que esta começa a pulsar no não-ser do Olhar separado. E a primeira expressão deste Não-ser é sua *negação*

em mergulhar na guerra original, definitória das realidades da Ontologia. A primeira palavra dessa negação é a afirmação do Outro absoluto *des-de ele mesmo* apesar da impossibilidade de pensá-lo em termos radicais da ontologia. Em outros termos: não é porque se pode, com muita dificuldade, chegar a conceber na linguagem da ontologia uma realidade a que se poderia chamar de “exterioridade absoluta” que esta exterioridade absoluta adquire conteúdo, mas sim o contrário: é porque essa exterioridade absoluta porta em si sua própria realidade que é possível, apesar de todas as contradições em que inevitavelmente se cai, pensá-la no reino do Ser, pois o pensamento é aqui absolutamente secundário à presença «pensada». A referência do pensado não está no que o pensa, mas na vida própria do pensado que não se afeta minimamente pelos artifícios lógicos do pensamento ontológico. Evidencia-se uma completa inversão do sentido da “intencionalidade”, um dos traços característicos da metafenomenologia.

A guerra é agora impossível. Poderá haver a aniquilação ontológica do Outro - talvez o acontecimento que nas grandes e pequenas histórias mais se tenha repetido -, a corrosão violenta de sua “espessura ontológica”, mas não poderá haver uma luta de exércitos equivalentes, de forças proporcionais, um diálogo de iguais. Agora não há mais proporção, apenas a desproporção mais absoluta e radical, a assimetria pura e simples, um primeiro elemento da reflexão metafenomenológica.

Observe-se que o surgimento do absolutamente outro, presença *sui generis* e incomparável, conserva em sua própria presença sua *distância infinita*. Esse aparecer, que significa uma traumática erosão dos esquemas compreensivos do Mesmo, conserva em si mesmo os parâmetros de sua comparabilidade, não os cedendo a uma racionalidade equacionadora. A linguagem do Outro, seu *Outro* discurso, é primariamente expressão dessa incomparabilidade, a incomparabilidade de um outro espaço e de um outro tempo, que evidenciam com seu aparecer a limitação do espaço e do tempo do Mesmo. Para além do horizonte significativo do discurso ontológico racional, conjugam-se assimetria absoluta e distância infinita em uma mesma realidade externa, que paradoxalmente se expressa na presença intrigante do Outro ao Mesmo. Elas caracterizam a subversão metafenomenológica do conceito de espaço, transpondo a noção de espaço para o espectro ético da realidade.

**VI.** O que então advém à análise é a constatação de que o espaço próprio do Mesmo é tumultuado pela irrupção do espaço do Outro, pela espacialidade do outro que porta sua presença, ou que sua presença porta. O Outro faz-se proximidade ética, e proximidade é primariamente um processo de aproximação, de encontro, entre espaços diversos, a possibilidade de uma *intersecção humana*. Contra a Arché ontológica da neutralidade do ser, estabelece-se pela presença do Outro uma *An-archia* traumática, a indefinição de um nascimento possível, a possibilidade de inauguração de uma *história ética*. Todos os espaços definidos estão subvertidos: a urgência de um espaço ético se infiltra nas três dimensões da segurança do espaço bem medido. A presença, exigência ética do Outro, ocupa tão pouco espaço no mundo do Ser, que se torna incomensurável ao ser: já não é maior ou menor presença, apenas se dá presente. *O espaço da presença do Outro é a absoluta urgência, a não postergabilidade da resposta ética.* O Outro ocupa tanto espaço quanto sua irreduzibilidade ao Mesmo. Seu espaço encontra seu tempo em seu aparecer, ao escapar de uma espacialidade controlável. E isso porque o Outro não pertence ao passado do mesmo, não integra o conteúdo do passado lógico do ser, não se aninha entre as conquistas do Ser. O passado do ser é o resultado de uma sincronização dialética entre o Ser e o Não-ser, onde o Não-ser ocupa o espaço a ele destinado pela *Aufhebung* a que esteve sujeito. Este passado foi *neutralizado* e *integrado* ao presente da Totalidade. Ele permanece uma presença reflexiva, esclarecida, um troféu na história do ser, a conjugação violenta de tempos diversos. Os tempos do Mesmo têm sentido quando estão todos pontualmente concentrados em um momento sintético da atualidade total. *O passado está presente ao Mesmo quando não permaneceu passado, quando não pôde permanecer Outro em relação ao tempo do todo.* As migalhas do passado que permaneceram em seu próprio tempo estão irremediavelmente mortas, o não esclarecido não se encontrou com sua luz sincrônica.

Mas também o tempo do futuro do Mesmo está concentrado no presente. O que pode ser o futuro da Totalidade senão a antecipação lógica de sua totalização, uma *projeção* em seu sentido mais estrito? O futuro do Mesmo é a confirmação de sua dinâmica própria, é um futuro necessariamente fechado em si e no presente, pois a ele converge teleologicamente o seu fim como completação da Totalidade e como completação em si mesmo. *O futuro é o limite presente da Totalidade, pois está nela,*

*em seu tempo antecipado, em si e não fora de si.* Um futuro real, preso à cadeia presente da Totalidade, significaria um germe de destruição imediata da Totalidade mesma, a promulgação de sua absoluta in-definição.

Porém, o tempo do Outro não é o tempo da Totalidade. O seu sentido não se estabelece por uma sua qualquer ordenação na dinâmica sincronizadora da *Aufhebung*, que se encontrou aqui e agora, e somente aqui e agora. O sentido do tempo do Outro consiste justamente em não pertencer ao tempo do Mesmo, em não se ordenar segundo a lógica do Mesmo. A *presença do Outro ao Mesmo somente se pode dar em sua ausência na cronologia do Mesmo*. Os tempos do Mesmo não esclarecem o tempo do Outro. A atualidade da presença do Outro nega sua atualização na presença do Mesmo. Em outras palavras: *a Totalidade não tem tempo suficiente para esclarecer o tempo absolutamente Outro; o tempo da presença do Outro é “a um tempo” perfeitamente presente e totalmente ausente*. É sempre *tarde demais* para que se possa corresponder totalmente à dignidade do Outro que se oferece pelo Olhar; é sempre *cedo demais*, para que se possa perceber totalmente a grandeza da inauguração ética significada pela presença do tempo do Outro. O tempo do Outro é um *passado absolutamente imemorial*, o “passado que nunca foi presente” levinasiano, que aponta para um *futuro indivisível*, um futuro que está sempre adiante de toda sincronia do aqui e agora; este é o fulcro da *esperança* de uma *dia-cronia verdadeira*.

VII. Esse “passado imemorial e intolerável ao pensamento”<sup>11</sup> postula assim uma ideia de passado que é mais antiga que este conceito mesmo, pois não retrojeta o presente ao já acontecido, mas reserva ao passado seu próprio tempo. É o passado absoluto, aquilo que é anterior a qualquer lógica de atualização. Se o Olhar é “significação sem contexto”<sup>12</sup>, o seu tempo é um *tempo sem referência temporal*: diacronia de um encontro, tempo traumático para quem encontra o que não se divisa em seu horizonte. A memória do mesmo não alcança este passado pré-memorial, *esta vida antes da vida da Totalidade, transcendência “passada”*.

O Olhar do outro concentra em si, por outro lado, todo seu passado antiquíssimo de uma só vez, em um convite traumático, um convite tão intenso eticamente *que nunca se deu antes*, um convite ao futuro absolu-

11 LEVINAS, E. *Autrement qu’être ou au-delà de l’essence*, Den Haag, 1974, p. 192.

12 LEVINAS, E. *Ethique et Infini*, Paris, 1986, p. 111.

to, ético. O trauma do encontro entre absolutamente diferentes convida à aventura no reino de um futuro propriamente futuro, que nunca foi presente e que portanto *nunca foi resolvido* em seu sentido.

Fim dos tempos? Ou início de um tempo tão novo que não se deixa subsumir na dialética dessa categoria? Isso não são sombras de um passado, mas vida da novidade *in statu nascendi*; não é a circularidade de um tempo do eterno retorno ou de um modelo controlável, espacial, de tempo, e sim a indefinição, imponderabilidade do que “ainda nem acabou de iniciar”: realidade metafenomenológica possível de uma *história ética* para além de qualquer fenomenologia da neutralidade dos tempos domesticados.

O tempo da Totalidade, futuro que simplesmente se presentifica *ad infinitum*, tempo do Mesmo, sofre assim pelo peso de uma antiguidade infinita, de um tempo *irrecuperável* que a presença do absolutamente outro porta, essa antiguidade anárquica, em cuja presença anarquicamente ética “nada será como antes”. É esse o sentido do tempo do Outro para além de toda cronologia.

**VIII.** O Mesmo é tocado pela presença do Outro na medida em que uma guerra - ainda que uma guerra sutil, logicizada, suavizada por justificações - não pode ser iniciada. Se o horizonte máximo da visão do Ser é o espaço no qual o ser pode divisar as perspectivas de sua completação, onde o Ser entende suas necessidades de crescimento e tende a atendê-las, este campo de ação é agora invadido pela presença ética do Outro, uma “des-necessidade” que, em não sendo um espaço lógico, *ocupa espaço* no horizonte de crescimento do ser. Este “ocupar espaço” não se integra a lógica corrente da ocupação ou da usurpação: ele é de outra ordem, como já visto, ele não se imiscui na teia do espaço ontologicamente preexistente. Ele é apenas convite, *contraste convidativo*, tradução do trauma *inexplicado* em convite em abandonar a *physis*, o Heimat, a polis ordenada do pensamento e mergulhar no *reino do desconhecido que nunca foi conhecido*, nem na lógica positiva que atrela o desconhecido a um futuro feito presente, para domesticá-lo oportunamente. É uma inclinação à estranheza, ao estrangeiro, a uma vida não contida na síntese deste termo. Este é o *Désir* para o Ser: *o desejo que é esperança na não-esperança de completação*, subversão de ser. O desejo que não pode ser completado - atribuição do Ser - e que por isso, e só por isso, pode ser

propriamente desejado. Um desejo que se lança para além do horizonte, “saudade de um país onde não nascemos”<sup>13</sup>. Desordenação do espaço que abre as portas a um espaço cujo conteúdo de realidade consiste em ser invisível para a visibilidade da luz reinante de meu poder ontológico. Desejo por definição sem satisfação, insatisfação desejante. Eis o último paradoxo do desejo: no tempo pós-industrial da troca universal, no tempo da “globalização” violenta promulgado pelo ser vencedor, da miséria e do progresso, do pragmatismo e do absolutismo do dinheiro, existir ainda como desejo, levar a sério o tempo do Outro, um Outro tempo. Crença na Utopia apesar das “utopias de não ter mais utopias”, apesar das convergências espaciais e temporais ingenuamente iluministas, apesar de tudo: eis o Desejo. Crer na paz em estado de guerra, contradizendo também a regra de ouro “*si vis pacem, para bellum*”; crer no futuro durante a queda no abismo, “folle prétention à l’invisible”<sup>14</sup>: eis o Desejo. Em uma época em que um certo “structuralisme cérébral” procura conectar os últimos segmentos de uma grandiosa rede de realidades “neutras”, em que se trabalha para uma totalidade onipresente, *de todas* as direções surgindo e *a todas* as direções se dirigindo, surge o desejo primariamente como uma reserva de coragem contra a desesperança anestésica, respirável, que se mostra tão evidente no dia a dia frenético de subserviência ao *status quo*, “o desejo deseja para além de tudo o que pode se completar”<sup>15</sup>.

**IX.** Expressa-se então “A indiscrição do Dito e o Dizer indizível<sup>16</sup>. Ao Dito indiscrito, sempre “já dito”, que refere os termos e os sentidos no verbo - onde se cruzam as palavras que vão e vêm e de onde estas palavras retomam seu sentido esclarecido -, a este Dito que *desde sempre já disse a primeira palavra*, que *não tem tempo e não dá tempo* a uma palavra realmente *aberta*, contrapõe-se pelo Outro um Dizer “cuja significação avança para além do Dito”<sup>17</sup>, *antes e depois* do Dito, onde cabem até *as palavras nunca ditas*, que se perderam na história: *presença dos ausentes*, “ecos das vozes que emudeceram”, diacronia. O Dizer, verbo puro, é a palavra original do Outro, é o infinito passado que fala, é a palavra que mostra não poder haver nenhum poder de memória capaz de trazer a an-

13 LEVINAS, E. *Totalité et Infini*, p. 3.

14 LEVINAS, E. *Totalité et Infini*, p. 5.

15 LEVINAS, E. *Totalité et Infini*, p. 3.

16 Essa expressão é de Fabio CIARAMELLI, em *Transcendance et Ethique - Essai sur Levinas*, Bruxelles, 1989, p. 137.

17 LEVINAS, E. *Autrement qu’être...*, p. 48.

terioridade do Outro à identidade. O Dizer “significa antes da essência”<sup>18</sup>, é o Infinito ético feito linguagem, o falar para além das palavras na presença do Olhar feito exigência de resposta ética. O Dizer diz um tempo para além dos tempos da Ontologia, diz *aquilo que nunca foi Dito*. Aproxima-se. Pelo Dizer original, o Infinito ético não permanece inacessível em sua Infinitude. E, desse modo, o Infinito do Olhar sem fundo, o “ponto negro no centro do olho”, é expressão de si mesmo, expressão de uma outra temporalidade e espacialidade, e o sentido primário desta expressão para o Mesmo é de trauma e tumulto, desafio aos poderes de inteligibilidade da ontologia, à ordenação, classificação e atribuição de sentido. A razão disso é que o Infinito ético porta sua própria inteligibilidade.

É essa inteligibilidade própria que permite que paradoxos de uma apresentação do Infinito ao Mesmo aconteça. Ela como que toma as rédeas do discurso infinito e do sentido, e dispensa o Mesmo de esforços inteligentes, para exigir apenas - inelutavelmente - *uma resposta desejante*. Não é necessária a inteligência ordenadora, mas a inteligência primordial de seus próprios limites. Apenas porque a inteligibilidade interna do Infinito ético é totalmente Outra, que este Infinito não é imediatamente integrado como mais uma função da ontológica. O Infinito ético está situado na fronteira do pensamento, abandona a segurança de poder ser conhecido. A inteligibilidade do Infinito, sua “palavra de honra original”<sup>19</sup>, sua primeira palavra, não depende de autorização externa para acontecer: ela é sua própria autorização. Ela se autoriza a portar em si, em seu aparecer, suas próprias razões, razões que a razão ontológica não conhece. Esta razão “descontextualizada”, absoluta, horizonte e promessa de inteligibilidade de si mesma, indica a possibilidade da descoberta do sentido nela mesma, nesta “função da linguagem anterior a todo desenvolvimento do ser e ao seu esplendor frio”<sup>20</sup>, ruptura primeva da imanência original.

Esta possibilidade nova de descoberta de sentido é também uma possibilidade nova de descoberta da verdade, uma *nova* verdade que não é a verdade de ser verdadeiro. Essa nova verdade se dá no *intervalo* – no abismo – entre a Totalidade e o Outro da Totalidade. Não se pode mais reenviar a verdade ao ser - ou seja, não se pode mais confiar ao Ser a tarefa de definir a verdade. Esta não se encontra mais entre as tautologias

18 LEVINAS, E. *Autrement qu’être...*, p. 58.

19 Cf. LEVINAS, E. *Totalité et Infini*, p. 177.

20 LEVINAS, E. *Totalité et Infini*, p. 175.

da razão autossuficiente do cogito e de seus disfarces de todas as épocas. Verdade é, agora, a inadequação radical da razão com o que acontece, o desafio ético do Olhar sem contexto, dependurado no abismo não explicável - bem como o que então se pode suceder, a resposta possível à exigência ética. A razão não precisa mais saber a verdade das coisas - o que, no fundo, sempre soube, congenitamente - mas precisa saber a *verdade da inadequação* entre a Coisa Outra e seus próprios limites racionais ou racionalizáveis. O espaço da verdade ética não é nem uma consciência transcendental em sua reflexividade ou o sítio de uma guerra na qual surge a verdade do Ser, e sim a possibilidade de um futuro propriamente futuro. A verdade ética nunca se deu, ou seja: nunca pôde ser esvaziada de sua realidade ao ser pensada.

X. A justiça para com o absolutamente Outro não é uma questão de justiça para com iguais, de mesmo porte, mas sim o *reconhecimento fático da assimetria original*. Ela se baseia faticamente no dado, *dar-se à ética*, que o Outro expressa em si mesmo, fora da proporção, em sua *expressão*. Toda figuração dessa expressão na justiça positiva chega *tarde demais*, é *des-figureção*, é a des-figureção imposta pelo grande aparato jurídico todo-poderoso ao fraco violentado em sua diferença e alcão à pretensa condição de altivo sujeito burguês cercado de possibilidades de liberdade e escolha. A expressão do Outro é ser outro propriamente dito. Ela se constitui, ainda na multiplicidade dos Outros, um *Unicum*, um absoluto; eis o paradoxo da unidade e da multiplicidade. O Outro é sempre um recém-chegado, um *estrangeiro*, ele não fala a linguagem do país, a linguagem da Totalidade, que baseia as induções e deduções que tecem a teia tradicional da justiça positiva. É sua *unicidade*, sua singularidade, sua impossibilidade de ser substituído, que é sua linguagem, negação radical da exploração, pois “a substituição dos homens uns pelos outros, desrespeito original, torna possível a exploração propriamente dita. Na história - história dos Estados - o ser humano aparece como o conjunto de suas obras - vivo, ele é sua própria herança”<sup>21</sup>. A generalização proposta pelos modelos de justiça positivada, a multiplicação dos Únicos, raiz de toda exploração, é a totalização desmascarada no terreno onde se poderia suspor que ela estivesse totalmente ausente, é o flagrante da sustentação da exploração capitalista do homem e da natureza pelo homem nos locais

21 LEVINAS, Totalité et Infini, p. 274.

onde pretensamente se criam mecanismos para evitar os abusos mesmos desta exploração. A percepção disto possibilita a percepção do núcleo de uma nova antropologia, onde a dignidade do pequeno e do fraco não esteja presente por uma concessão especial da “justiça”, e sim que seja a *base absoluta* da justiça. A justiça – a “loucura pela justiça”, nos passos de Derrida – é o pensamento primeiro.

A crítica levinasiana ao projeto iluminista de uma liberdade cuja instância de legitimação repousa nela mesma é talvez um dos aspectos mais conhecidos de sua obra. Esse modelo de liberdade é a regra do jogo totalizante, exercício de poder puro e simples. Ele não permanece uma descrição literária, mas pulsa ao longo da história da humanidade. A História da totalização é a história de uma liberdade em desdobramento que se legitima por este desdobramento mesmo.

Entre Totalidade e liberdade existe assim uma identificação: a Totalidade somente pode ser “total”, ou seja, absoluta, quando é também perfeitamente *livre*; e a liberdade em sentido estrito só pode ser *total*. Esta mutualidade reflexiva não significa, no fundo, mais do que passos diversos, interpenetrantes, da história da totalização da Totalidade.

Esta identificação “Liberdade=Totalidade” conduz, além disso, à relação antiga entre poder e saber. É necessário ser *livre*, para *poder saber*; é necessário *saber*, para *poder*; é necessário *poder*, para exercer a *liberdade* na circularidade ininterrupta do processo de totalização.

Uma nova ideia de liberdade habita, porém, a reflexão sobre o *intervalo* – o abismo – entre o Mesmo e o Outro. É na *intersecção ética possível* entre dois espaços absolutamente separados e diferentes - na ideia mesma de um “encontro” - que surge a impossibilidade da totalização. Essa impossibilidade é o núcleo da nova ideia de liberdade. Ela se materializa na crítica da autolegitimação da liberdade burguesa *qua* crítica da tautologia original das liberdades autojustificantes. “A presença do Outro não coloca em questão a legitimidade ingênua da liberdade?”<sup>22</sup>

Onde reposaria, em última análise, a autolegitimação da liberdade? Em sua infinitude? Mas sua essência não mostra sem esforço estar contida nos limites da Totalidade para si mesma necessariamente finita, conforme acima visto? Chegará então a liberdade por vez primeira à consciência de seus limites, ao se perceber total, contrariando sua lógica interna que postula indiretamente, por seu desenvolvimento, que “o

22 LEVINAS, E, *Totalité et infini*, p. 280.

irracional da liberdade não tende a seus limites, mas ao infinito de sua arbitrariedade”<sup>23</sup>? Apenas um acontecimento *totalmente externo* pode, assim, preservar a liberdade de sua autodestruição. Pois a verdade do Outro é determinada pela Ética, é uma *verdade ética* - um questionamento ético ao Mesmo. A questão ética demanda uma resposta ética. Esta resposta ética principia com a recusa do jogo totalizante: a liberdade não pode ser mais absolutamente livre, sem que com isso abdique de seu status próprio como liberdade autopostulante e se precipite no limbo de sua própria autodestruição. Liberdade significa agora *iniciar onde inicia a liberdade do Outro*, ouvir e responder ao questionamento ético absoluto, estar investida de responsabilidade. Eu sou livre para dar minha resposta ética - minha resposta justa - ao questionamento extremo do outro. A justiça assimétrica sustenta a partir de agora a precariedade e a não legitimidade de minha liberdade, sem que com isso eu tenha de renunciar ao absoluto: eu sou *absolutamente livre* para ser e me tornar justo à medida da *exigência absoluta* do Outro, para colocar meu Eu à disposição do Outro - o que significa, *para constituir um Eu propriamente dito, o Eu que é responsabilidade pelo Não-eu para além da simples afirmação fichteana*<sup>24</sup> - na responsabilidade inteira que escapa à minha tautologia. O sentido de minha liberdade não habita nela, mas na *fuga* de sua limitação e totalização. Mais um paradoxo: para ser livre, a liberdade tem de se *libertar* de sua tendência totalizante a uma absoluta autojustificação. Pois eu sou absolutamente livre para não permanecer encerrado em minha Totalidade. ♦♦

## REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BOURETZ, P. **Testemunhas do futuro – filosofia e messianismo**, São Paulo: Perspectiva, 2012.

CIARAMELLI, F. **Transcendance et Ethique - Essai sur Levinas**, Bruxelles, 1989.

LEVINAS, E. **De l’Evasion**, Montpellier: Fata Morgana, 1982.

\_\_\_\_\_, “Totalité et totalisation” in: **Encyclopédie Universelle**, Paris, 1973, v. 16.

23 LEVINAS, E. **Totalité et Infini**, p. 280.

24 A constituição desse Sujeito ético para além dos esquemas tradicionais todos eles mais ou menos credores de uma racionalização lógica que remonta em última análise a Descartes e Fichte - ainda quando negam esta lógica, pelo fato mesmo de o negarem logicamente - é o tema da obra maior de Levinas, **Autrement qu’être ou au-delà de l’essence**.

- \_\_\_\_\_, *En découvrant l'existence avec Husserl et Heidegger*, Paris: P.U.F., 1974.
- \_\_\_\_\_, *Autrement qu'être ou au-delà de l'essence*, Den Haag: Martinus Nijhoff, 1974.
- \_\_\_\_\_, *Ethique et Infini*, Paris: BiblioEssays 1986.
- \_\_\_\_\_, *Totalité et Infini*: Den Haag: Martinus Nijhoff, 1961.
- MATE, R. *Memoria de Occidente – Actualidad de pensadores judíos olvidados*, Barcelona: Anthropos Editorial, 1997.
- PIVATTO, P. S. "La relation à la transcendance dans l'oeuvre d'Emmanuel Levinas", Paris (Tese), 1980.
- ROSENZWEIG, Franz. *El nuevo pensamiento*, Madrid: Visor, 1989.
- \_\_\_\_\_, *Der Stern der Erlösung*, Frankfurt am Main: Suhrkamp, 1996.
- \_\_\_\_\_, *Das Büchlein des gesunden und kranken Menschenverstandes*, Frankfurt am Main: Suhrkamp, 1992.
- \_\_\_\_\_, *Hegel e o Estado*, São Paulo: Perspectiva, 2008.
- \_\_\_\_\_, *Zweistromland - Kleinere Schriften zu Glauben und Denken* (Gesammelte Schriften III), Dordrecht/Boston/Lancaster, 1984.
- SOUZA, Ricardo Timm de. *Totalidade & Desagregação – sobre as fronteiras do pensamento e suas alternativas*, Porto Alegre, EDIPUCRS, 1996.
- \_\_\_\_\_, *O tempo e a Máquina do Tempo – estudos de filosofia e pós-modernidade*, Porto Alegre: EDIPUCRS, 1998.
- \_\_\_\_\_, *Sujeito, ética e história – Levinas, o traumatismo infinito e a crítica da filosofia ocidental*, Porto Alegre: EDIPUCRS, 1999.
- \_\_\_\_\_, *Existência em Decisão – uma introdução ao pensamento de Franz Rosenzweig*, São Paulo: Perspectiva, 1999.
- \_\_\_\_\_, *Razões plurais – itinerários da racionalidade ética no século XX: Adorno, Bergson, Derrida, Levinas, Rosenzweig*, Porto Alegre: EDIPUCRS, 2004.
- \_\_\_\_\_, *Sentido e Alteridade – Dez ensaios sobre o pensamento de E. Levinas*, Porto Alegre: EDIPUCRS, 2000. (também versão e-book (2009) na página da EDIPUCRS).
- \_\_\_\_\_, *Sentidos do Infinito – a categoria “infinito” nas origens da racionalidade ocidental, dos Pré-socráticos a Hegel*, Caxias do Sul: EDUCS, 2005.
- \_\_\_\_\_, *Em torno à Diferença – aventuras da alteridade na complexidade da cultura contemporânea*, Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

\_\_\_\_\_, **Justiça em seus termos – Dignidade humana, dignidade do mundo**, Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

\_\_\_\_\_, **Adorno & Kafka – paradoxos do singular**, Passo Fundo: Editora do IFIBE, 2010.

\_\_\_\_\_, **Kafka, a Justiça, o Veredicto e a Colônia Penal**, Porto Alegre: Perspectiva, 2011.

\_\_\_\_\_, **Levinas e a ancestralidade do Mal – por uma crítica à violência biopolítica**, Porto Alegre: EDIPUCRS, 2012.

\_\_\_\_\_, “Ética e memória – trauma e terapêutica histórica”, in: SILVA Filho, J. C. M. – ABRÃO, P. – TORELLI, M. (Orgs). **Justiça de transição nas Américas**, Belo Horizonte: Editora Fórum, 2013.

\_\_\_\_\_, “Por uma estética antropológica desde a ética da alteridade: do ‘estado de exceção’ da violência sem memória ao ‘estado de exceção’ da excepcionalidade do concreto”, in: **VERITAS – Revista de Filosofia**, v. 51, n. 2, junho 2006, p. 129-139.

\_\_\_\_\_, “O pensamento de Levinas e a filosofia política: um estudo histórico-filosófico”, in: SOUZA, Ricardo Timm de. – OLIVEIRA, Nythamar Fernandes de. (Orgs.) **Fenomenologia hoje III – bioética, biotecnologia, biopolítica**, Porto Alegre: EDIPUCRS, 2008.

\_\_\_\_\_, “‘Ecos das vozes que emudeceram’: memória ética como memória primeira”, in: RUIZ, Castor Bartolomé (Org.). **Justiça e memória – para uma crítica ética da violência**, São Leopoldo: Editora da UNISINOS, 2009.

# **Una Lectura Laica de la Discusión sobre la Interrupción Voluntaria del Embarazo en Brasil\***

**Antonio Giménez Merino**

*Profesor Titular de Filosofía del Derecho en la Universidad de Barcelona y responsable, dentro de la misma universidad, de la clínica jurídica Género y Derecho Antidiscriminadorio.*

## **1. LA REGULACIÓN DEL ABORTO EN BRASIL: UN DEBATE DISTORSIONADO**

En el seno de la filosofía jurídica han corrido ríos de tinta en torno a la cuestión de cuáles deben ser las condiciones de la discusión racional en la toma de decisiones dentro del marco de los estados de derecho democráticos. No es esto lo que se va a abordar aquí, pero vale la pena recordar al respecto el consenso mayoritario, en sociedades de convicciones democráticas, en torno a la inconveniencia de mezclar premisas no susceptibles de contradicción en la discusión y elaboración del derecho positivo. Sobre el papel, la sociedad moderna ha avanzado lo suficiente como para dar por enterrados los viejos planteamientos iusnaturalistas premodernos, que anteponían el derecho natural al derecho de creación humana, el conjunto de dogmas que componían una supuesta moral universal divina por encima de la convención humanamente establecida, característica de la ley positiva.

Recordar algo tan básico como esto no es un asunto menor en el preciso momento en que nuestra humanidad, crecientemente barbarizada, ha torpedeado con argumentos típicamente iusnaturalistas institu-

\* Reapresentação do trabalho publicado na Revista da EMERJ nº 64, v. 17, p. 22 - 35.

tos básicos de pacificación social como el derecho internacional público, puesto en entredicho por zonas de “no derecho” como Guantánamo o por las “guerras preventivas”. “La lucha contra el terror”, las (inexistentes) “armas de destrucción masiva” en poder de Irak, los muchos aspectos no aclarados de la “masacre terrorista” del 11-S, y tantas otras infundias elaboradas en los neoliberales *think tanks* norteamericanos y difundidas por los medios de comunicación sin otro aval que la palabra de la administración del país más poderoso de la tierra, han generado un ambiente global de miedo, altamente irrespetuoso con la búsqueda racional de la verdad.

Algo similar sucede con el pánico desatado por la crisis económica mundial, especialmente en Europa, donde una vez creado un relato oficial sobre su causación (supuestamente el insopportable endeudamiento de los estados del bienestar) se ha vuelto imposible debatir públicamente sobre las causas reales y más complejas que desataron la crisis (sobre todo la desregulación de los mercados financieros) y, en consecuencia, plantear medidas alternativas a las neoliberales en la solución de la misma. “Recortar” derechos sociales en aras a la “necesaria” reducción del déficit público (generado en realidad por la recapitalización de bancos en crisis sin imposición de límites al sector financiero) se ha convertido en un dogma incontrovertible, lo que resulta coherente con la limitación de la soberanía estatal que supone la existencia de instituciones políticas (la Comisión europea en cooperación con el FMI) con capacidad para dictar este tipo de políticas a los países en crisis sin la intervención, ni siquiera indirecta, de sus poblaciones.

En estos ejemplos se pone de manifiesto la actualidad del viejo tema que tanto nos preocupa a los iusfilófagos: la supeditación del derecho positivo a principios no susceptibles de discusión democrática precisamente por venir impuestos desde entidades (los llamados “mercados” y sus brazos de dominio político) que no reconocen a ésta como parte fundamental de la legitimidad política. El poder, en suma, sigue siendo el fundamento nudo del derecho. Éste en realidad nunca ha sido otra cosa que el resultado final (contradictorio, con idas y vueltas, con todas las limitaciones convencionalmente impuestas a su dictado arbitrario que se quieran) de las relaciones de fuerza socialmente existentes.

El caso de la discusión sobre el aborto en Brasil así lo pone de manifiesto. Como tuve ocasión de comprobar personalmente en la sede de la EMERJ de Río de Janeiro al plantear mis puntos de vista al respecto, aún

hoy es imposible siquiera mantener una discusión pública serena sobre este tema. Las iglesias católica y evangélica, principalmente, convierten en una batalla simbólica campal cada intento de poner sobre la mesa razones para una normación del aborto según los principios laicos que desde un punto de vista constitucional debieran corresponder a una república aconfesional como la brasileña.

Pero algo parecido sucede en países como España, donde el poder social y político de la Iglesia católica (fruto de una transición de la dictadura a la democracia muy incompleta) ha impedido hasta la fecha (a pesar de avances significativos producidos en los últimos años) una autodeterminación en materia de moral sexual y familiar, similar a la que gozan países como Holanda (con el menor índice mundial de embarazos no deseados) o Noruega (con la mayor proporción de mujeres en lo alto del escalafón laboral). Podría decirse que los países que en los albores de la modernidad política acometieron la Contrarreforma siguen lastrados aún hoy por las estrecheces de la horma sexual cristiana.

Este artículo pretende reflexionar sobre el tratamiento jurídico del aborto desde una perspectiva laica y aconfesional, aportando razones (y no pasiones) para una reforma democratizadora de la interrupción del embarazo a la altura de un país moderno como Brasil.

## 2. MUJERES MINORADAS SOCIALMENTE

Una de las cosas que está mostrando la crisis mundial (a pesar de la desatención que recibe en la opinión pública) es que, cuando la economía retrocede, las mujeres son las más perjudicadas en términos de género. Es decir, que los avances logrados en este campo por los sujetos subordinados en la estructura social patriarcal (traducidos en derechos que a su vez tienen un coste económico cuantificable para el estado y para otros sujetos) están condicionados a la evolución del campo económico<sup>1</sup>.

Se agrava así una situación de desigualdad estructural que vemos plasmada cada día en las mujeres extranjeras en situación irregular, en las prostitutas a quienes se niegan los derechos laborales básicos, en las muje-

<sup>1</sup> Lo he mostrado en: "La crisis económica como oportunidad para repensar las relaciones de género", *Cuadernos Electrónicos de Filosofía del Derecho*, nº 25, junio 2012, p. 1-23, <http://ojs.uv.es/index.php/CEFD>. Sobre el carácter económico, cuantificable, de los derechos, que permite hacer una lectura no idealista de los mismos, vid.: ESTÉVEZ, JOSÉ ANTONIO (ed.). *El libro de los deberes*. Madrid: Trotta, 2013, en cuyo capítulo V analizo desde esta óptica las limitaciones de las estrategias de conquista de derechos sexuales.

res mayores sin ayudas estatales o con una pensión mínima, en las que no perciben la pensión alimenticia de sus maridos a pesar de tenerla reconocida por una sentencia, en las que ingresan salarios menores que los hombres teniendo idénticas categorías profesionales, en la indefensión factual de aquellas que son maltratadas, física y/o psicológicamente, y en general en el carácter femenino que ha adquirido el trabajo a tiempo parcial coheramente con la feminización del trabajo doméstico no-remunerado.

Esta desigualdad femenina estructural se agrava particularmente en el caso de las mujeres (sobre todo las adolescentes) que desean interrumpir voluntariamente un embarazo no deseado. Pues a su condición de mujeres objeto de coerción económica y sociocultural se unen aquí otras violencias: la de su entorno personal (familiares, amigos y eventualmente la del hombre fecundador que desea ser padre), especialmente intensa en sociedades como las brasileña y española de fuerte componente machista; la del Estado que les niega la libre satisfacción de su pretensión o que, aun reconociéndola parcialmente, no hace dotación de los medios necesarios para llevarla a la práctica; la ya comentada de la religión, cuya fuerza queda patente en Brasil por la capacidad mostrada de condicionar la política sobre aborto y anticonceptivos de un gobierno supuestamente feminista como el petista; la de aquellos hombres que las presionan para deshacerse de un problema que no tenían previsto, acudiendo irresponsablemente a comadronas; o la de la misma intervención médica, por omisión, en los casos de objeción de conciencia, o por acción, pues el aborto no deja de ser la aplicación de una fuerza sobre el cuerpo de la mujer por parte de una tercera persona, con posibles secuelas físicas y sobre todo psicológicas.

Todos estos aspectos —irrelevantes para las posiciones “pro-vida”— muestran que el rol reconocido a las mujeres en las leyes es a todas luces insuficiente para contrarrestar el enorme peso del poder social masculino —soberano aún hoy en los campos estatal, familiar, religioso y económico—. Lo cual no es más que una verdad de Perogrullo. Lo esencial aquí es entender que *la problemática del aborto no puede ser vista exclusivamente desde la óptica de los derechos individuales*, pues en ella intervienen terceras personas con poder suficiente como para anular la supuesta autonomía de la voluntad que el derecho presume en la mujer a la que ha dotado de la posibilidad de interrumpir legalmente su gestación. Además, como mostrara brillantemente Tamar Pitch hace más de una dé-

cada<sup>2</sup>, la discusión en torno a derechos abre un escenario asimétrico que enfrenta por un lado el derecho de la mujer a interrumpir su embarazo, y por el otro los derechos de sus padres, del hombre fecundador y del “nasciturus”, al que los ordenamientos jurídicos no secularizados le prestan personalidad jurídica por la vía de la representación.

Pero veamos con algo más de detalle cuál es la situación jurídica de estas mujeres en el derecho comparado, lo que nos permitirá situarnos en una perspectiva más amplia y a la vez concreta.

### **3. LA NORMATIVA BRASILEÑA EN EL CONTEXTO DEL DERECHO COMPARADO**

La legislación brasileña sobre la interrupción voluntaria del embarazo es una normativa típicamente prohibicionista. Prohíbe el aborto con carácter general, con las excepciones del “estupro” (figura jurídicamente en desuso en la mayoría de legislaciones), el peligro grave para la vida de la madre y, desde hace poco, también en los casos de fetos anencéfalos. Ello la emparenta con la legislación española anterior a 2010 (despenalización parcial en supuestos de violación, malformación del feto y peligro para la salud materna).

El anteproyecto del nuevo Código Penal brasileño amplía los supuestos del aborto legal permitiéndolo hasta la doceava semana “previo informe psicológico que certifique que la mujer no presenta condiciones para soportar la maternidad”, por lo que no elimina el substrato prohibicionista de la normativa anterior. Además, nada dice acerca de qué garantías se ofrecerán a las mujeres que no están en condiciones de reclamar por sí mismas este derecho, por falta de dotaciones culturales o por la presión social, por ejemplo, y cede a la voluntad de terceros (los psicólogos de maternidad) el poder final de decidir, lo que supone un grave menoscabo a la autonomía y responsabilidad de las mujeres.

En términos de derecho comparado, la reforma ha sido muy tímida. No se aproxima a regulaciones de plazos como la española en vigor, que permite el aborto libre en las 14 primeras semanas de gestación<sup>3</sup>, contempla

<sup>2</sup> PITCH, TAMAR. *Un derecho para dos. La construcción jurídica de género, sexo y sexualidad*. (1998). Trotta: Madrid, 2003.

<sup>3</sup> Lo cual, al menos en España, no ha provocado un aumento del número de abortos, dado que hasta la Ley de Salud Sexual y Reproductiva de Interrupción Voluntaria del Embarazo de 17 de diciembre de 2009 (LO 2/2010) la inmensa

plazos amplios en caso de riesgo para la vida de la madre o del feto y dota de poder decisional a las mujeres menores; y está muy lejos de legislaciones como la holandesa o la alemana, que otorgan a las mujeres la libre determinación de la decisión y dotan de medios suficientes a los centros públicos de interrupción del embarazo para que ese derecho quede garantizado.

Esta asimetría no se comprende muy bien si atendemos a la enorme brecha existente entre la situación de las mujeres en los países ricos europeos y en Brasil, donde, según la última Pesquisa Nacional de Aborto (PNA 2010: [www.scielo.br/pdf/csc/v15s1/002.pdf](http://www.scielo.br/pdf/csc/v15s1/002.pdf)), 1 de cada 5 mujeres de hasta 40 años abortó alguna vez (1 de cada 20 entre 18 y 19 años), la mujer que aborta —entre los 20 y los 29 años por término medio— gana menos de 3 salarios mínimos y tiene ya un hijo, y al año se producen 2,2 millones de partos por 1 millón de abortos. Por otro lado, muchos de estos abortos siguen siendo clandestinos, constituyendo una de las primeras causas de mortalidad materna del país. Lo cual se entiende mejor si atendemos a que las mujeres embarazadas involuntariamente afrontan graves problemas sociales, como la amenaza de desempleo, la de salarios bajos, la dificultad de acceder a una salud pública de calidad, la angustia por la espera de una incierta plaza en guarderías o la correspondiente a la expectativa social difusa de que sea siempre ella la responsable principal del cuidado de las criaturas.

A pesar de lo señalado, el anteproyecto de Código Penal traslada la idea del aborto de un contexto homicida a un problema público de salud (evidente a tenor de los resultados de la PNA). Y esto supone un gran avance en términos simbólicos, de instituciones conceptuales, que es siempre el terreno desde el que deben arrancar reformas legales más ambiciosas.

En suma, lo que indica la basculación del derecho comparado entre la prohibición y la permisión de la interrupción del embarazo es que se está lejos del reconocimiento pleno de las mujeres como sujetos responsables, con capacidad autónoma para decidir sobre su propio cuerpo. Situar dicha autonomía en un plano de equivalencia con el del derecho a vivir de un ser sin capacidad cognitiva ni de obrar (el embrión) sólo es entendible desde la amplia influencia que sigue ejerciendo el derecho natural de raíz cristiana en los ordenamientos jurídicos (cosa que no sucede, significativamente, en los casos comentados de Alemania y Holanda) y,

---

mayoría de abortos habían sido practicados antes de la catorceava semana. Se puede decir, en este sentido, que la ley en vigor se ha limitado a *legalizar* una situación anterior, *reconociendo de paso el aborto como un derecho de la mujer* (lo que no sucedía con la legislación prohibicionista anterior).

más en general, desde el poder de influencia que la Iglesia mantiene sobre el Estado. Ello explica que en países como España, durante el último cuarto de siglo (desde la LO 9/1985 hasta la LO 2/2010), las mujeres que decidían ejercitar su derecho (limitado) a abortar hubieran de acudir para ello a clínicas privadas, muchas veces muy lejos de sus domicilios; o que lo vieran supeditado al derecho del personal médico a objetar al ejercicio legal del mismo<sup>4</sup> (muy efectivo en nuestro país a causa del miedo a las denuncias de asociaciones antiabortistas muy activas como E-Cristians). Lo cual hace que en el plano factual ni siquiera se haya dado la presunta equivalencia de derechos establecida formalmente por el Tribunal Constitucional desde la famosa sentencia 53/1985.

El desprecio hacia la autonomía femenina y la desconsideración de las angustias que las mujeres embarazadas sin quererlo deben padecer, queda bien exemplificado en el siguiente argumento del recurso de inconstitucionalidad a la ley española en vigor interpuesto por el Partido Popular<sup>5</sup>, donde las mujeres aparecen siempre como "madres" y aquellas que deciden abortar como una suerte de máquinas desguazadoras: "El Estado renuncia a proteger la vida del "nasciturus" y abandona a su suerte a lo que la madre decida, de modo que la vida del "nasciturus" depende absolutamente de la decisión de su madre, como si de una parte de ella se tratara (*mulieris portio vel viscerum*)".

#### 4. EL ABORTO EN PERSPECTIVA SOCIOLOGICA

La discusión sobre el aborto es paradigmática de cómo el derecho está penetrado por campos de fuerzas externos y de cómo él mismo es, internamente considerado, un campo de fuerzas donde se registra una lucha permanente por la determinación de los contenidos de "lo justo".

Es patente, en primer lugar, la fuerte influencia de los mass media, campo que desde los años ochenta viene registrando un proceso continuo de concentración en manos privadas, internacionalización y diversifica-

4 Esta situación ha permanecido con la entrada en vigor de la LO 2/2010, que cedió a la presión católica al establecer como único requisito para la objeción médica (que incluye a ginecólogos, enfermeros, anestesistas o matronas) hacerla expresa "por escrito y por anticipado", lo cual viene siendo norma. La objeción de conciencia médica al aborto —a diferencia de lo que sucede en el ámbito de las obligaciones militares o fiscales— está además amparada expresamente por la STC 53/1985 "con independencia de que haya sido dictada dicha regulación". Por otro lado, la crisis económica ha sido la excusa perfecta para que el Estado no haya implementado recursos para la creación de espacios adecuados para la interrupción del embarazo en los hospitales públicos.

5 El PP interpuso dicho recurso antes de ganar las últimas elecciones generales. Actualmente no ha derogado la ley en vigor en espera justamente de que el alto tribunal decida sobre el mismo.

ción de su accionariado, y por consiguiente de búsqueda de rentabilidad y reducción del pluralismo informativo. La interrupción voluntaria del embarazo, como problema siempre candente, suscita una constante atención de los medios de comunicación, fuertemente polarizados al respecto. Pero lo que interesa destacar ahora no es tanto eso como el hecho de que, como en la mayoría de problemáticas sociales, también aquí se registra un viraje importante de su antiguo tratamiento como un problema complejo, donde era necesario considerar factores colectivos (culturales, sanitarios, económicos, etc.), a un enfoque individual, subjetivizador del problema. El tratamiento periodístico del aborto —incluso cuando obedece a lógicas *progresistas*— pone cada vez mayor énfasis en los derechos del feto frente a los de la mujer gestante. Otorgarle personalidad (pues de otro modo no es posible reivindicar un derecho subjetivo a vivir) supone observarlo como víctima inocente de alguien, algo que casa bien con el contexto reinante de victimización general de la sociedad<sup>6</sup>.

En el campo político-administrativo, mientras por un lado se hacen campañas recurrentes de sensibilización acerca de los riesgos del sexo inseguro, o se crean sistemas de reparación de la violencia patriarcal contra las mujeres, por otro lado se hace la vista gorda ante el constante estímulo de la industria audiovisual (a través de los filmes publicitarios, de las películas cinematográficas, de los juegos de ordenador, etc.) a mantener relaciones sexuales sexistas e inseguras, convirtiendo la hipersexualidad coitocéntrica casi en una obligación social. Y sobre todo, mientras esto sucede, persiste un grave déficit de inversión en educación sexual en las escuelas, aquello que más puede contribuir a la prevención de la transmisión de enfermedades venéreas por prácticas inseguras, de los embarazos no deseados, o de conductas sexistas en los propios centros educativos como estigmatizar a las adolescentes sorprendidas con un preservativo por sus compañeros.

Esta doble moral puede apreciarse también en la prohibición general del aborto libre en Estados que como Brasil no dotan a las mujeres de los medios necesarios para tirar adelante con la maternidad, o que toleran el lucro privado de clínicas de interrupción del embarazo (al punto de contar éstas con un importante lobby en el Congreso para frenar cualquier proyecto de ley que garantice la atención del aborto por el sistema

---

6 Análogamente, las regulaciones sobre “violencia de género”, si bien objetivamente suponen una protección de las mujeres frente a la fuerza ejercida por sus pares masculinos en el contexto de sociedades de estructura patriarcal, subjetivamente tiene el inconveniente de comportar el tratamiento de las mujeres como víctimas potenciales de los varones, y por tanto (como en el caso del feto) como sujetos *débiles* a tutelar.

nacional de salud.) O en países que como España tienen una legislación permisiva pero que en realidad tienen un sistema concertado del aborto (desde que entró el vigor la ley de plazos de 2010, que permite que las interrupciones del embarazo sean practicadas “en centros de la red sanitaria pública o vinculados a ésta”, el 90% de las intervenciones siguen haciéndose en centros privados: la diferencia con el periodo prohibicionista anterior es que ahora la mujer puede repercutir la factura correspondiente a la administración), lo cual supone un mayor gasto para el sistema público y dejar el derecho a abortar desprotegido en contextos de recortes sociales como el actual. El derecho de las mujeres a interrumpir su embarazo es un caso típico (como sucede con cualquier derecho social) de *un derecho a medias*, pues a las limitaciones legislativamente establecidas a su pleno ejercicio hay que sumar, como vemos, la falta de voluntad política para dotarlo de los medios necesarios para que sea efectivo.

Naturalmente, el campo social más beligerante con los avances de las mujeres en terreno legislativo es el de la religión institucionalizada. Allí donde ésta ejerce una presión lobbística sobre el Estado, no ha avanzado la introducción de materias sexuales en el sistema educativo, se han puesto multitud de piedras en el camino de la regulación igualitaria de las relaciones afectivas para personas del mismo sexo (la legalización del matrimonio homosexual y derechos relacionados aconteció en España en 2006, bajo la administración socialista, pero el nuevo ministro de Educación, conservador, acaba de excluir la homofobia como contenido de la educación básica) y está lejos de ser reconocida la plena autonomía de la voluntad en las decisiones concernientes al propio cuerpo (el aborto, el cambio de sexo y la eutanasia voluntaria).

Desde la perspectiva laica que aquí se ha escogido, o simplemente vista desde fuera, esta influencia de la moral religiosa sobre el poder de regulación estatal es cuanto menos sorprendente. Desde un punto de vista humanitario, no resulta fácil conjugar la condena de los métodos anticonceptivos con la criminalización de la interrupción del embarazo. La predicción de la indisolubilidad del matrimonio (equiparado por el presidente de la Conferencia Episcopal española con la institución del “repu-dio”, que antiguamente se contemplaba a iniciativa del hombre contra la mujer) con la nulidad del mismo en un tribunal especial que incluso oficia en algunos casos uniones entre divorciados. La condena del aborto con la crítica de los nacimientos fuera del matrimonio (el 28,38% de los neonas-

tos españoles). La maldición de la homosexualidad con la ocultación de la pedofilia sacerdotal, tristemente famosa en Irlanda o España...

También hay que ver la problemática del aborto desde la sociología interna a los subcampos del derecho, en relación a sus operadores jurídicos. La reciente introducción del supuesto de la anencefalía fetal por el Supremo Tribunal Federal brasileño es un buen ejemplo de ello. En 2004 el alto tribunal no había aceptado (por 7 votos a 4) la propuesta que en esta dirección le había encaminado la Confederação Nacional dos Trabalhadores de Saúde. Y ahora ha cambiado su doctrina con 8 votos favorables por 2 en contra. Sin unanimidad. Con uno de los dos votos desfavorables a cargo del presidente del tribunal. Sin que la decisión considerara la sugerión de algunos jueces para recomendar al ministerio de salud la adopción de medidas garantizadoras del derecho a abortar en estos casos. Sin recoger tampoco la propuesta de incluir reglas concretas para la implementación de la decisión. Con una discusión interna producida en medio de la reacción furiosa de las iglesias católica y evangélica, las cuales argumentaron que el debate reducía la vida a su *aspecto jurídico* (como si la vida fuera un patrimonio más allá de la voluntad de las personas y lo jurídico sólo un conjunto de fórmulas técnicas desprovistas de eticidad). Y donde en la argumentación del ministro relator el valor “vida del feto” prima sobre el de la “autonomía” de la mujer (“El aborto es un crimen contra la vida. Se tutela la vida en potencia. En el caso del anencéfalo no existe vida posible. El feto anencéfalo está biológicamente vivo y jurídicamente muerto”).

Ciertamente, el campo judicial no es ajeno a la amplia división social en torno al aborto. En España lo ejemplifica la ley de plazos en vigor, que prosperó en contra del parecer del Consejo General del Poder Judicial (órgano de gobierno de los jueces que por primera vez dejó de emitir su obligado informe sobre anteproyectos de ley, gracias a la apelación que hizo su muy católico presidente a *la cláusula de conciencia* para no tener que resolver el empate registrado en la votación del informe) y del Consejo Fiscal (que declaró el anteproyecto de ley “no conforme” con la Constitución por la consabida desprotección del *nasciturus* en relación a la sobreprotección de la mujer).

Naturalmente, esta relación de campos sociales podría ser mucho más extensa. Baste pensar en la disputa científica sobre el momento de determinar la personalidad del embrión, siempre utilizada por unos y otros para hacer valer sus posiciones en el campo legislativo.

## 5. CONCLUSIONES Y PROPUESTAS

El debate social y jurídico sobre la interrupción voluntaria del embarazo se produce dentro de un escenario adversarial, de un campo de fuerzas desigual en el que las mujeres ocupan una posición débil respecto a otros sujetos. En mi opinión, lo primero que éstas deberían hacer es concienciarse acerca de las limitaciones de la estrategia de hacer valer un derecho individual, en lugar de vindicar —como se hacía en los años sesenta y setenta del siglo pasado, en que esta pretensión se hizo un hueco en la agenda de las mujeres— la autodeterminación femenina sobre el propio cuerpo en base a la responsabilidad social de las mujeres.

Apostar por la autonomía de las mujeres debe traducirse, jurídicamente, en la demanda de *deberes de no-interferencia en su libertad de autodeterminación*. Como personas minorizadas socialmente, tienen legitimidad para reclamar la imposición de límites a los sujetos sociales más fuertes en este campo de fuerzas.

Apostar por el “aborto”, significa en cambio reclamar al estado el reconocimiento de un derecho individual, casi siempre dentro de unos plazos muy limitados, lo que inevitablemente conduce a enfrentarse a la análoga reivindicación de derechos subjetivos para los concebidos y no-nacidos a vivir fuera de los supuestos delimitados legalmente; del personal sanitario a objetar en conciencia a la práctica médica; de los padres de las adolescentes embarazadas a ser informados (a pesar de la doble moral que esto supone en relación a la permisión legal de que los adolescentes mantengan relaciones sexuales en el marco del matrimonio, o simplemente a contraerlo); de las parejas fecundadoras a ser padres, en el marco de la igualdad jurídica de derechos.

La apuesta por los derechos, además, se enfrenta a problemas de “campo” relativos a la voluntad estatal: la posibilidad de que el Estado no cumpla con la manutención de los medios públicos adecuados para satisfacer los derechos de las mujeres (casos de ineffectividad del derecho); y las “disposiciones” desfavorables de aquellos funcionarios estatales (médicos, psicólogos,...) que opten por aplicar la ley moral de su conciencia o bien (como sucede en España) que simplemente opten por evitarse problemas derivados de posibles demandas judiciales.

Por todo ello, en mi opinión la estrategia más eficaz desde el punto de vista de la emancipación femenina consiste, por un lado, en reclamar la

despenalización completa del aborto en base al reconocimiento real (no sólo nominalmente, como sucede en países como Brasil donde la mujer es “santificada” socialmente) de su responsabilidad, en tanto personas que no contemplan su relación con el feto desde un punto de vista propietario y son perfectamente conscientes de los motivos que las conducen eventualmente a la difícil decisión de abortar. Hay que recordar que, sociológicamente, el aborto incumbe sobre todo a mujeres jóvenes y a mujeres pobres, con acceso limitado al sistema de salud y a los métodos anticonceptivos, sobre las cuales pesa la amenaza de desempleo al ser percibidos los embarazos como un hecho antieconómico por la mayoría de los empleadores. Sobre la cabeza de las mujeres penden amenazas concernientes a su salud física y psíquica y a su capacidad de autodeterminación económica, comúnmente orilladas en los debates que giran en torno a qué derechos otorgarles en relación a los embriones.

Complementariamente, es preciso reclamar el fortalecimiento de los sistemas públicos de prevención, lo cual pasa por un doble deber de los estados: facilitar métodos anticonceptivos a través del sistema nacional de salud y garantizar una educación específica y universal en materia sexual desde la enseñanza primaria, como sucede en Holanda, el país que ostenta el menor número de embarazos no deseados entre adolescentes.

Una educación de este tipo, para ser efectiva y democrática, debería ir más allá de los riesgos reproductivos o genitales de la sexualidad (*de los miedos*), adentrándose en el aspecto afectivo, placentero y educativo de la misma. Pues el problema de la (ir)responsabilidad que se hace recaer sobre las mujeres que desean abortar lo es, en realidad, de *los malos coitos* que preceden al embarazo no deseado. Un aspecto que envuelve también (si no principalmente) a los varones, inducidos sistemáticamente en los sistemas sociales sexistas y hedonistas en que vivimos a una práctica sexual coitocéntrica, y que son, en suma, los grandes beneficiarios del reconocimiento del derecho a la interrupción del embarazo sobre el cuerpo de las mujeres (donde de nuevo aparece el problema general de la doble moral que atraviesa toda la problemática del aborto). Las altas tasas de aborto, el alto índice de mujeres que han abortado más de una vez, o la popularización entre las adolescentes de la nada inocua píldora poscoital son datos que muestran la necesidad de virar hacia los *deberes estatales de prevención*, y no tanto seguir discutiendo de derechos *ex post facto*.

Nada de esto puede ser posible, sin embargo, si no es abordado en profundidad el problema de partida de estas páginas: la excesiva influencia de parámetros religiosos para medir la legitimidad de las normas y actos estatales. No es posible un debate en rigor si, como sucede en los estados con legislaciones prohibicionistas, prevalece la interpretación iusnaturalista del indiferentismo ontológico entre un momento u otro de la vida humana del *nasciturus*. Pues ello significa confundir lo que es un “pecado” para algunas tradiciones como la católica con un “delito” perseguible penalmente.

## 6. EPÍLOGO

El momento de entregar este texto para su publicación ha coincidido con una novedad importante en el proceso regulatorio español de la interrupción del embarazo, que hay que dejar anotada.

El actual Ministro de Justicia Alberto Ruiz Gallardón —ya a la cabeza de la oposición a la LO 9/1985 de despenalización parcial del aborto—, ha anunciado su intención de derogar la LO 2/2010 en lo atinente a la libre interrupción voluntaria del embarazo dentro de las primeras 14 semanas de gestación y al supuesto de malformación fetal, lo que colocaría a España a poca distancia de los países europeos más conservadores en la materia (Polonia, Irlanda, o Malta).

No está en absoluto claro el devenir de esta reforma. Dentro del Partido Popular en el gobierno ya se han alzado voces contrarias a devolver a España a la situación anterior a 1985. Pero la intención reformista, que coincide con una renovada y oportunista presión de la Conferencia Episcopal, reafirma lo aquí dicho al respecto de la fuerza de la iglesia institucionalizada en materia de regulación de los cuerpos.

Mientras tanto, la recién publicada estadística oficial sobre el aborto en 2011<sup>7</sup> (el primer año de aplicación de la Ley 2/2010) reitera algunos datos conocidos y arroja alguna novedad. En cuanto a lo primero, que el 95% de abortos se produjo antes de la semana 12 (es decir, dentro del plazo legal) y en centros privados, como ya sucedía con la ley anterior, por lo que en este sentido la norma en vigor no ha alterado el mapa del aborto en España. Como tampoco han cambiado las pautas amorosas de los españoles, poco prudentes si observamos que detrás de los 118.359

7 MINISTERIO DE SANIDAD: [http://www.msp.es/profesionales/saludPublica/prevPromocion/embarazo/tablas\\_figuuras.htm](http://www.msp.es/profesionales/saludPublica/prevPromocion/embarazo/tablas_figuuras.htm)

abortos de 2011 hubo un 38,3% de coitos sin intervención de métodos anticonceptivos seguros, o que el 24% de mujeres que abortaron en 2011 ya habían tenido un aborto previo. Es evidente el fracaso del marco preventivo que pretendía introducir de la Ley 2/2010.

La principal novedad es que 2011 registró un aumento del 4,7% de interrupciones del embarazo, donde el principal se da entre las mujeres mayores de 30 años, en su mayoría emparejadas y con hijos. Ello apunta a la situación de precariedad a que aboca la enorme tasa de desempleo española (en torno al 27% según la cifra oficial), coherentemente con la caída de la natalidad provocada por la crisis (3 % menos que en 2010 y 9,2% menos que en 2008, al estallar la crisis) ♦♦

# Soberana Polícia – Travessias das Jornadas de Junho\*

**Augusto Jobim do Amaral**

Doutor pela Universidade de Coimbra (Portugal) e Professor de Criminologia da PUCRS.

*A afirmação de que os fins do poder policial seriam sempre idênticos aos do direito restante ou pelo menos ligados a eles é falsa.*

*Na verdade, o “direito” da polícia é o ponto em que o Estado - ou por impotência ou devido às inter-relações imanentes a qualquer ordem judiciária - não pode mais garantir, através da ordem jurídica, seus fins empíricos, que deseja atingir a qualquer preço.*

(Walter Benjamin)

## DEIXAR DIZER – A ASSINATURA DO ACONTECIMENTO

No turbilhão político que alguma potência coletiva produziu, em movimentos que ainda pouco sabemos nomear, certos *traumas* parecem ser expostos. Cabível, desde logo questionar, para introduzir a discussão: seremos capazes de não neutralizar a polifonia que carrega cada instante único de *crise* e não nos entregar mansamente a algum impulso conformador que domestique a *diferença* – o inesperado (do) *acontecimento*<sup>1</sup>, aquilo que do potencial subversivo da mudança não se pode exorcizar?

\* Este texto é fruto dos debates ampliados e aprofundados na obra coletiva MADARASZ, Norman; SOUZA, Ricardo Timm de (orgs). **Lógicas de Transformação:** críticas da democracia. Porto Alegre: Editora Fi, 2013.

1 DERRIDA, Jacques. “Uma certa possibilidade impossível de dizer o acontecimento” (tradução de Piero Eyben). In: **Revista Cerrados** (Revista do Programa de Pós-Graduação em Literatura da UnB). Brasília: V. 21, nº 33 (2012), p. 228-251.

Cederemos ao embaraço defensivo de nossas crenças estabilizadoras disponíveis em esquematizar e integrar aquilo que reverbera incessantemente como força questionadora para consagrarmos nosso comodismo classificatório? Acompanhar tais traços de algo novo, por certo, não merece a frustração da domesticação reacionária e medrosa, mas demanda um olhar atento às novas cartografias, diagramas, relações de força sensíveis – intervalos que não se dão numa clareira cheia de si, mas por instantes híbridos e mascarados – pouco consolidadas.

Virtude, pois, que afasta as implicações de uma política fetichizada, ou neutralizada de antemão por suas identificações especulares. A indeterminação relativa dos embates coletivos que se experiencia, longe de ser um problema em si, oportuniza exatamente o rompimento com processos prontos e acabados, e afirma o desafio do deslocamento do político – (re) politização – de experimentar verticalmente o impossível. Tarefa árdua imposta nestes limiares decisivos: testemunhar ecos de experiências, fluxos, trajetórias, fragilidades e possibilidades múltiplas. Haveria, não obstante, outra intervenção/interpretação mais radical que esta: negar-se à insensibilidade indiferente e resistir ao impulso de inserir o inantecipável numa estéril calculabilidade? Responsabilidade genuína que se avizinha desinteressada senão pelo esforço do entendimento também como *força política*, que prefere acreditar mais no curso inaudito de instantes outros do que em confortáveis escaninhos consensuais. Sobretudo, ser tocado por espaços singulares de durações infinitesimais, em que o (re) aprendizado do *dizer* político ganha protagonismo, nas frestas de blocos homogêneos de sentido e, contudo, neste momento ímpar de clivagem, entregar-se tentadoramente ao mascaramento do potencial subversivo da *crise* sob algum registro comodista e classificatório – tão traumatizado, a rigor, por aquilo “que não tem sossego nem nunca terá”, pelo desmedido, ignorado, sufocado e insumível da alteridade – é, para além de colmatar o *tempo* aos  *julgamentos*, deixar pouca esperança senão para a consagração da *totalidade*.<sup>2</sup>

De maneira geral, se a crítica que se poderia organizar de encontro aos novíssimos movimentos do tipo *Occupy* e Indignados (apenas para tomar, de início, uma plataforma que ajudaria a perceber tons comuns que gostaríamos que também pudessem ser lidos juntos às nossas manifestações de junho) – retrato de certa renovação nas lutas sociais de magnitu-

2 Cf. SOUZA, Ricardo Timm de. **Totalidade & Desagregação:** sobre as fronteiras do pensamento e suas alternativas. Porto Alegre: EDIPUCRS, 1996.

de diversa dos então impulsos sociais atados à identidade que operam ao menos desde os anos sessenta, agora focados em demandas grupais de problemas da vida cotidiana<sup>3</sup> – afirma que faltaria certa definição estratégica e programática, por outro lado, não apenas por convicção, convém apostar na rebeldia do desejo. O “caia na real” não raro inadvertidamente posto por definição é a primeira armadilha que deve ser evitada, precisamente para que a valoração de seu entusiasmo com a transformação cotidiana efetiva possa vir e não venha a ser engolfada entre falsos radicalismos (“importa apenas a abolição do capitalismo liberal-parlamentar”) ou gradualismos (“luta por democracia básica por enquanto”). Noutros termos, se algum valor dos movimentos pudesse ser medido desde aquilo que “permanece no dia seguinte”, firmes aos perigos de se apaixonarem por si próprios como escreve Zizek<sup>4</sup>, para que a questão autoimunitária não ganhe terreno, não se pode deixar de (r)elevar que, sobremaneira, antecipar como estratégia política aquilo que “ficará no dia seguinte” é desde sempre matar e restringir de antemão a profundidade e a aleatoriedade profícua e fértil da mobilização social. Opor vieses estratégicos ao futuro político que se quer realmente novo e inantecipável é reconduzir a experiência do acontecimento a sua neutralização. Há um invencível *desejo de justiça*<sup>5</sup> que se liga a esta expectativa e não deve ter a garantia de nada, nem deve ser assegurada por nada, de outra (des)ordem que habita uma possibilidade abstrata, uma sobre-vida invisível e espectral.

## A OBSCENA SOBERANIA POLICIAL: ESPAÇO POLÍTICO E VIDA NUA

Todavia, se é possível e necessário arriscar, exatamente para estamos à altura de tempos urgentes, certa inflexão capital sobre algumas narrativas tidas por testemunhos podem advir, sem preocupação de dotá-las de centralidade única, mas que num cenário crítico sejam injetadas continuamente de intensidades que vibrem sobre si mesmas e que sirvam, não exatamente como ponto de fuga, mas como se fosse possível

<sup>3</sup> Cf. SVAMPA, Maristella. *Cambio de época: movimientos sociales y poder político*. Buenos Aires: CLACSO/Siglo XXI, 2008.

<sup>4</sup> ŽIŽEK, Slavoj. “Problemas no Paraíso”. In: MARICATO, Ermínia (et. al.). *Cidades Rebeldes* – Passe Livre e as manifestações que tomaram as ruas do Brasil. São Paulo: Carta Maior/Boitempo, 2013, p. 107.

<sup>5</sup> Por todos os momentos, ver DERRIDA, Jacques. “Fé e Saber: As duas fontes da ‘religião’ nos limites da simples razão”. In: VATTIMO, Gianni; DERRIDA, Jacques (orgs.). *A Religião* – O Seminário de Capri. São Paulo: Estação Liberdade, p. 71 ss..

*ensaiar*<sup>6</sup>, distantes das tentações dos velhos esquemas, sobre e entre as coisas mesmas – *intermezzo*. Escreveu Kafka<sup>7</sup> que “as coisas que me vêm ao espírito não se apresentam por sua raiz, mas por um ponto qualquer situado em seu meio”. Não é fácil perceber as coisas pelo meio. O conselho do escritor tcheco segue: “tentem então retê-las, tentem então reter um pedaço de erva que começa a crescer somente no meio da haste e manter-se ao lado”. Viver a simultaneidade de *movimentos* (conceito sobre o qual ainda voltaremos) que, para dizer o menos, são *reativos* (e quais não são – sobretudo aqueles teimosos e impávidos a manter o estado de violência naturalizada supostamente de forma pacífica, ou seja, a sustentar o sistema capitalista funcionando normalmente?) tanto quanto *criativos* espaços de experimentação e expressões dos ativistas, locais de tensão e de oposição<sup>8</sup>, é um convite ao constrangimento de lógicas unitárias e a alguma intempestividade necessária ao apurado trato com o contemporâneo<sup>9</sup>.

Esta cadeia metonímica disposta por magnetismos heterogêneos de movimentos que podem representar a nu a obscenidade da pornografia política<sup>10</sup> – informada, entre outros impulsos, tanto pela repulsa do modelo representativo de uma democracia liberal perpassando até mesmo o fulcro do rechaço ao modelo (teológico-)econômico<sup>11</sup> capitalista – aqui também permite ser surpreendida pelo *meio*, sem preten-

6 Cf. ADORNO, Theodor. “O ensaio como forma”. In: **Notas de Literatura I**. Tradução Jorge M. B. de Almeida. São Paulo: Duas cidades/Ed. 34, 2003, p. 27 ss..

7 KAFKA, Franz. *Diarios I (1910-1923)*. Edición a cargo de Max Brod. Traducción de Feliu Formosa. Mexico: Tusquets Editores, 1995, p. 04.

8 PLEYERS, Geoffrey. *Alter-Globalization: Becoming Actors in the Global Age*. Cambridge: Polity, 2010, p. 185 ss.

9 AGAMBEN, Giorgio. *Che cos'è il contemporaneo?* Roma: Nottetempo, 2008, p. 8-9.

10 A ocupação da Câmara Municipal de Porto Alegre entre os dias 10 e 18 de julho de 2013 por manifestantes que cobravam a criação do passo livre municipal para o transporte público, amplamente noticiada, que se puseram e posaram nus nas dependências do legislativo do RS por si só já daria um extenso debate acerca da rebeldia diante da real pornografia e obscenidade políticas a qual (não) nos afeta. Desde logo, caberá indagar, provocativamente ao inverso, se o motivo de sermos convidados impávidos constantemente a avaliar, pacificamente, a crise de representatividade de uma democracia não estará intimamente relacionado ao fato de termos perdido o real senso de vergonha, na medida em que apenas conseguimos sustentar a sensação de afronta por uma tal nudez que nos impele à reflexão? Perdemos o real sentido da vergonha, celebramos sua morte, e o testemunho disto é que tal imagem do grupo de jovens e as reações, estas sim hipócritas e infantis, do senso comum justapostas pelos parlamentares apenas endossam a suportabilidade da nudez Real (“o rei está nu”). A outra nudez real dos jovens nos chama à inconfessável cumplicidade, clama pela vergonha vergonhosa de nossa própria condição, convoca a confrontar nosso cinismo diante do desprudor de práticas coroídas dos próprios parlamentos que, como disse Benjamin, “perderam a consciência das forças revolucionárias às quais devem sua existência”. Longe de qualquer ojeriza à política, ao contrário, é a sua dimensão radical a que se apela. Reflexão sobre a vergonha, pois. A virtuosa prática juvenil fez revelar – não pornograficamente como pregam os moralistas das vergonhas políticas – e, sobretudo, afirmar de maneira obscura a indecência política que de fato serve de anteparo, de ponto cego à sua profundidade escatológica.

11 AGAMBEN, Giorgio. *Il Regno e La Gloria: Per una genealogia teologica dell'economia e del governo*. Homo Sacer, II, 2. Torino: Bollati Boringhieri, 2009.

sões cabais (des)legitimantes que tentem obliterar o surpreendente inantecipável. Não obstante, ao que parece, inolvidável que, dentre as possibilidades múltiplas que se aventam tocar, nas franjas das relações entre Estado e Sociedade, há um espaço privilegiado que se entrevê na leitura destas pluralidades, onde *ex-surge um ponto cego da soberania política: a polícia*.

Para além de um imaginário coletivo capturado, não de hoje, pelo solipsismo de uma violência desigual que, de forma inevitável, começa agora a literalmente respirar alguns grupos por/pela exceção (falamos diretamente de grupos sociais pouco afetos a serem provocados mais diretamente por um contexto de violência, fartamente vivido pelo contingente vulnerável de nossas localizações periféricas) – ao menos que sirva oportunamente esta condição de violência (naturalizada do cotidiano daqueles restos da história e que choca atualmente por sua presença visível alguns outros) como pretexto para minimizar o injustificável retardo, nem que seja sob a inspiração de um devir minoritário, para romper o tom da discussão cínica e enfadonha que não raro hoje temos sobre a soberania, e ingressar nas lições sobre as *zonas des-localizáveis infinitas de irredutível indistinção entre a vida nua e espaço político*.<sup>12</sup>

Quando a íntima solidariedade entre democracia e totalitarismo toma corpo e a soberania demonstra sua *forma de relação* por excelência, que é a da exceção, violência e direito num vínculo inextrincável, como viu Benjamin<sup>13</sup> (prolongado por Agamben), em que o ordenamento jurídico suspende a regra – “aplicar-se desaplicando-se” – dando lugar à exceção, diante desta promiscua e original liminariedade definidora da estrutura jurídico-política fundamental, qualquer crítica radical responsável sobre este *abandono* – da vida ban(d)ida em si – não pode mais deixar de pôr em questão este *enigma*.

Se o campo exposto por *vidas matáveis*, naturalizado pelo cotidiano genocídio dos refugos da história dos excluídos, talvez tenha se aproximado e se tornado ostensivo (a concretude das deploráveis e ilegais “prisões por averiguações”, ainda que guardem algum fundo comum, nada mais são do que o singelo e filtrado retrato dos “assassinatos sem

12 AGAMBEN, Giorgio. *Homo Sacer*: o poder soberano e a vida nua I. Tradução de Henrique Burigo. Belo Horizonte: Editora UFMG, 2002, p. 16.

13 Doravante, as referências ao texto benjaminiano são retiradas da seleção realizada por Willi Bolle na obra: BENJAMIN, Walter. “Crítica da Violência – Crítica do Poder”. In: *Documentos de Cultura, Documentos de Barbárie* (escritos escolhidos). Seleção e apresentação de Willi Bolle. Tradução de Celeste de Sousa et. al.. São Paulo: Cultrix/Editora da USP, 1986.

averiguações” da multidão de “Amarildos” (ao menos este conseguimos nomear, e os outros infames?) que nos assombram – como se tivéssemos que sentir os grilhões e os rasgos, não mais somente destinados a assistir complacentes a uma história que agora se convida a ser escrita à contrapelo), neste instante algum sentido de *negação* daí emerge. A despeito das nuances, há um *não* que ecoa, apesar das tentativas de calá-lo vindo das consensuais demandas por pautas claras impostas aos protestos. Como escreveu Camus<sup>14</sup>, em seu *Homem Revoltado*, nestas posturas há uma afirmação, um *sim* desde o primeiro momento, algo que, sobretudo, não se renuncia, mas se *recusa*.

A insuportabilidade candente de uma condição policial – pulsão de um caldo totalitário que no Brasil tem largo lastro, que, por um lado, representa a militarização em suas tarefas de policiamento ostensivo, postas as PM’s como força auxiliar e de reserva do Exército de acordo com o texto constitucional de 88 (art. 144 §6º<sup>15</sup>, herança mantida e aprimorada por tempos ditoriais), ou seja, uma estrutura militar fazendo papel de polícia, comum em período de guerras ou de regimes autoritários<sup>16</sup>, e, por outro viés simétrico e correlato a este escárnio, existe um não menor autoritarismo impregnado nas estruturas (nem tão) subterrâneas das práticas difusas de alguma polícia civil (deveria haver alguma *policia* que não fosse a rigor *civil*?) responsável pela apuração das infrações penais na função de polícia judiciária. Sem que fosse preciso lembrar as fartas práticas de tortura e extermínio reconhecidas internacionalmente,<sup>17</sup> pergunta-se se realmente deveríamos nos espantar que, por exemplo, o Estatuto dos Servidores da Polícia Civil do Rio Grande do Sul<sup>18</sup> (para não dizer de outros estados), até hoje, consagre “espancar, torturar ou maltratar preso ou detido sob sua guarda ou usar violência desnecessária no exercício da função policial”

14 Cf. CAMUS, Albert. *O Homem Revoltado*. Tradução de Valerie Rumjanek. Rio de Janeiro/São Paulo: Editora Record, 2011.

15 Vide o pioneiro e já clássico estudo de CERQUEIRA, Nazareth. “Questões preliminares para a discussão de uma proposta de diretrizes constitucionais sobre segurança pública”. In: *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. Ano 6, nº 22, 1998, p. 139-182.

16 “O fato de forças policiais serem auxiliares do Exército é algo comum durante os regimes autoritários. Nas democracias, repetindo, somente em período de guerra é que as forças policiais tornram-se forças auxiliares do Exército. Em tempos de paz, o Exército e quem se torna reserva da polícia, indo em sua ajuda quando esta não consegue debelar gigantescos distúrbios sociais. As democracias traçam uma linha clara separando as funções da polícia das funções das Forças Armadas.” ZAVERUCHA, Jorge. “Relações civil-militares: o legado autoritário da Constituição brasileira de 1988”. In: TELES, Edson; SAFATLE, Vladimir (orgs.). *O que Resta da Ditadura: a exceção brasileira*. São Paulo: Boitempo, 2010, p. 52.

17 ANISTIA INTERNACIONAL. *Informe 2012 – O Estado dos Direitos Humanos no Mundo*. Londres, 2012, p. 109-112. Disponível em: [http://files.amnesty.org/air12/air\\_2012\\_full\\_pt-br.pdf](http://files.amnesty.org/air12/air_2012_full_pt-br.pdf).

18 Disponível em: [http://arquivonoticias.ssp.rs.gov.br/edtlegis/1108057903Estatuto\\_servidoresPC.pdf](http://arquivonoticias.ssp.rs.gov.br/edtlegis/1108057903Estatuto_servidoresPC.pdf).

como transgressão média ao passo que “emitir conceitos desfavoráveis a superiores hierárquicos” está capitulada como transgressão grave? Ou ainda precisamos ressaltar os procedimentos investigativos em vigor estruturalmente desde o séc. XIX como, o famigerado inquérito policial?

Deve-se ter em consideração, neste ponto, que a repressão policial militarizada é ancestral no Brasil, longe de ter sido inaugurada pela ditadura civil militar instalada em 1964. O grupo de assalto que tomou o poder no país nada fez senão focalizar e alçar a uma nova escala a maquinaria de combate, agora adequada ao momento histórico de guerra contra o “inimigo interno”. Não haveria necessidade de rememorar o ano de 1808, em particular o alvará de 10 de maio, que criou a “Intendência Geral da Polícia”, responsável por acomodar “pacificamente” a chegada do então príncipe regente e o seu séquito ao Brasil, ou seja, auxiliar a nobre missão civilizatória de manter a ordem pública com a chegada da família real, nem tampouco resgatar a organização na mesma época da “Guarda Real da Polícia da Corte” (eternizadas, senão a um preço de uma certa filtragem aos interesses civilizatórios europeus, pelas pranchas do artista alemão Johann Moritz Rugendas) com a sua sintomática chibata, a qual dava início à ação policial (nada muito diverso do atual e conhecido “pé-na-porta”), para perceber o arbítrio supremo e o militarismo impregnado desde a instalação das forças policiais em terras brasileiras. A postura violenta da inquisição policial já não era novidade nem mesmo aos tempos da sua instituição, num século XIX de crescente diversidade social e étnica – vale lembrar as contundentes críticas aos excessos feitas, dentre outros, por Hipólito José da Costa. A ação repressiva era a marca voltada para o controle e manutenção da segurança do Estado, traço perene que ultrapassou o império e resistiu às mudanças republicanas de forma incólume. O que o regime ditatorial militar traz com a sua *doutrina de segurança nacional* é o ajustamento do azimute, do calibre (para usar o comum da linguagem bélica), o aprofundamento do modelo autoritário da instituição policial, ou seja, a disposição de todo o aparato estatal de repressão à persecução dos inimigos do regime, em que o desaquartelamento das PM’s e a tortura ostensiva nas delegacias – prática já rotineira, diga-se de passagem, porém que tomou ares mais visíveis à sociedade, pois, vez mais, começara a atingir em especial a classe média – tais fatos são “apenas” um breve delineamento da prioridade dada à segurança pública no período. Não obstante, em nada isto retira ou atenua do

aparato policial ali montado na ditadura alguma responsabilidade sobre os efeitos daí advindos, nem o necessário peso da reflexão acerca da desmilitarização das polícias hoje em pauta de debate, exatamente para que na efervescência de um caldo totalitário que permanece a pulsar cotidianamente, particularmente nas práticas policiais, os refugos desta história não restem emudecidos.

Assim percebe-se que tal estado obsceno da soberania política, o qual a polícia opera e se encarrega de testemunhar com a maior clareza tal zona de indiferenciação entre violência e direito, não pode senão comportar em si, a seu turno, a tradição de um modelo de combate ao inimigo, potencializada pela contínua viabilização da guerra e do extermínio de vulnerabilizados politicamente determinados. Assim é que a exceção, inclusiva da vida através da sua própria suspensão, é transparecida pelo traço que a decisão de uma *soberana polícia* apenas desnuda, e que atualmente apenas demonstra o quanto espaços como estes são re-territorializáveis, re-personificados e re-atualizáveis a qualquer momento e em qualquer lugar.

Por certo que a decisão sobre a reestruturação da arquitetura institucional da segurança pública, em especial a sua desmilitarização, que atualmente reingressam na pauta de discussões, tentam pôr em questão este ponto nevrálgico, vide entre outros momentos, aqueles ancorados pela tramitação da PEC nº 51<sup>19</sup>. Além da excêntrica divisão de tarefas e a composição que remete à ideologia de segurança nacional, como dito, esta cultura autoritária teve sua formatação *como aparelho de Estado* na ditadura militar. Frise-se novamente que isso jamais quis dizer que o regime golpista tenha inventado a violência institucional, mas sem dúvida alguma a qualificou brutalmente como prática estatal contra seus opositores. Afirmar que pouco adiantaria pugnar pela questão da desmilitarização das polícias, ou diminuir o impacto sobre esta decisão – já que tradicionalmente desde os “capitães-do-mato” a sociedade brasileira e sua burocracia bacharelesca mantém a postura estamental privilegiada dos donos do poder frente à neutralização de grande parcela da população vulnerável –, em suma, se temos consciência disto é exatamente para negar a manutenção de estruturas militarizadas e militarizantes que envergam este poder e ter a capacidade de identificar o que nelas e a partir delas foi transferido, transformado e mesmo inovado. Para dizer o menos,

19 De forma sucinta, cf. SOARES, Luiz Eduardo. “PEC-51: revolução na arquitetura institucional da segurança pública”. In: Boletim (Publicação oficial do IBCCRIM). Nº 252 (novembro), 2013, p. 3-5.

de outro modo, assumir uma certa homogeneização histórica associada a um anonimato das estruturas de poder seria diluir enormemente o grau de responsabilidade de setores civil-militares na transição nada democrática dada no Brasil mormente sob o aspecto da segurança pública. Vale dizer, é como se o argumento entoasse (nem tão) sub-repticiamente: “como assim foi no Brasil desde a escravidão, quiçá desde sempre, pouco adianta acabar com as PM’s...”. Esta postura traz consigo, alhures, uma condenável indiferenciação histórica, ou seja, acaba por se render a uma planificação da dor, novamente forçando a naturalização das práticas policiais violentas que, afinal de contas, sob o argumento cínico, não poderiam ser de outro jeito senão de acordo com o que fora posto no palco da história (dos vencedores) – como se a constante e insistente torrente de violência punitiva na história brasileira não carregasse consigo nuances, pontos de tensão, índices de performances exacerbadas e nós privilegiados que merecem sempre a atenção daqueles interessados a se afastar de qualquer condenação a um niilismo (pouco) reconfortante.

Obviamente, o ideário de que tudo tenha iniciado com o golpe de 64 e de que tal medida de desmilitarização possa ser vista como simples e única solução somente deve ser assumida por quem desconhece a complexidade que envolve o campo político nesta área. Ainda estaremos lidando com a *policia* e suas implicações constitutivas de *violência soberana*. Todavia, marginalizar tal iniciativa como de menor importância, é tentar se camuflar sob estratégias governamentais pouco nobres (que em momentos de crise, quando muito, sugerem meras concessões reformistas para a manutenção do mesmo estado de coisas), ademais oportunistas, que acabam insistindo nas mesmas dinâmicas sob o pretexto de alguma governabilidade obscura, ou, sobretudo, ser conivente com o traço perene de autoritarismo que supostamente quer atacar. Se as polícias militares fazem parte de um contexto histórico específico da formação política brasileira e a elas não se reduz a avalanche de violência institucional, alargada por todas as atividades institucionalizadas ou não de polícia – ao mesmo tempo que atualizam uma longa história de perseguições seletivas no Brasil – que isto não sirva de pretexto para a nefasta reprodução desta mesma lógica violenta via uma pretensa anistia histórica sobre a qual não devemos nos responsabilizar, muito menos perlaborar autocriticamente a memória institucional daquilo que representa.

Se o militarismo, ademais de ser constitucionalmente sancionado, espraia-se na sociedade brasileira com grande aceitação, alimentando, sem dúvida alguma, um espesso crivo cultural autoritário (nem precisamos referir a excrescência do art. 142 da Carta Constitucional que refere serem as “Forças Armadas” aquelas que têm o poder de “garantir” o funcionamento do Executivo, do Legislativo e do Judiciário, a lei e a ordem, quando numa ordem que se quer democrática deveria exatamente ser o reverso! Portanto, no Brasil, cabe às Forças Armadas, que deixam de ser meio para se transformar, quando necessário, em fim do Estado, o poder soberano e constitucional de suspender a validade do ordenamento jurídico, colocando-se legalmente fora da lei<sup>20</sup>), necessário é ter em vista, além das dimensões deste sintoma de violência cotidiana, alguns nós privilegiados sob os quais se deposita e se canaliza a normalização violenta, tal como o espaço das forças armadas realizando papel de polícia como no Brasil. Quer dizer, não há como negar que é *locus* sensível a tais ingerências as polícias militares, subordinadas ao exército na sua lógica de pronto emprego e combate ao inimigo. Há que se dizer, porém, que, para além da tarefa mais evidente de perceber as velhas práticas violentas e suas edificações institucionais sobre o verniz democrático – as PM’s o são local denso destas heranças –, necessário investir numa postura que arrisque questionar o que há de inédito dentro desta própria dinâmica, aquilo que foi incrementado atualmente – o velho fortalecido agora sob o manto da

20 A Constituição de 1988, em que pese o alarmado cunho de “cidadã”, descentralizando poderes e estipulando inexoráveis benefícios similares às democracias mais avançadas, não conseguiu suportar o lobby dos interesses militares ao ponto de – frise-se – as cláusulas relacionadas às Forças Armadas, Polícias Militares estaduais, sistema judiciário militar e de segurança pública em geral terem permanecido praticamente idênticas à Constituição autoritária de 1967 e a sua emenda de 1969. Como assevera Zaverucha, os interesses militares trabalharam forte, a ponto de uma das oito grandes comissões à época da redação da nova Carta, a “Comissão de Organização Eleitoral Partidária e Garantia das Instituições”, encarregada dos capítulos ligados às Forças Armadas e à segurança pública, foi presidida pelo então senador Jarbas Passarinho – “às favas todos os escrúpulos de consciência!”, já diria o próprio ex-Ministro dos governos dos Generais Costa e Silva e Figueiredo, signatário do AI-5 em 1968, quando da sua instauração diante do Conselho de Segurança Nacional. Por outro lado, ainda, escreve o professor pernambucano que tampouco o texto constitucional trará qualquer definição do que seja afinal “lei e ordem”, restando as referências aos seus múltiplos sentidos: “ordem interna e internacional” (préâmbulo); “ordem constitucional” (art. 5º XLIV); “ordem pública e social” (arts. 34 III, 136 e 144); “ordem econômica” (art. 170) e “ordem social” (art. 193). Como destaca ainda, além de não definir o que seja, muito menos aduz quem ou quando a “lei e a ordem” são violadas. A rigor, “as Forças Armadas garantem a ordem constitucional, pública, política, social e econômica. Haja Poder! (...) Ou seja, a Constituição de 1988, tal como a anterior, tornou constitucional o golpe de Estado, desde que liderado pelas Forças Armadas.” (ZAVERUCHA, Jorge. “Relações civil-militares: o legado autoritário da Constituição brasileira de 1988”, p. 45-49). Não precisaríamos de muito esforço historiográfico para surpreender a semelhança dos termos utilizados pelo art. 142 da Constituição (“As Forças Armadas (...) destinam-se à defesa da pátria, à garantia dos poderes constitucionais e, por iniciativa de qualquer destes, da lei e da ordem”) e “coincidentemente” o comunicado escrito, após o comício do presidente João Goulart na Central do Brasil, pelo então chefe do Estado Maior do Exército, General Castello Branco, aos seus subordinados em 13 de março de 1964 lembrando, às vésperas do golpe, que “os meios militares nacionais e permanentes (...) são propriamente (...) para garantir os poderes constitucionais, o seu funcionamento e a aplicação da lei.” LIRA NETO, João de. **Castello**: a marcha para a ditadura. São Paulo, Contexto, 2004, p. 239).

democracia, para então que se possa, em alguma medida, identificar não apenas traços de continuidade óbvios autoritários (como a militarização das nossas polícias, por exemplo), mas surpreender plataformas e performances únicas nestas mesmas circunstâncias, ou seja, transformações e novas propriedades agravadas de sua própria atuação agora sob a cara-puça democrática. Dizer que tal exercício de bipoder não é novo, como no caso da prática violenta das polícias militares, por um lado, não elide de maneira alguma a reflexão sobre as novidades inauditas em configurações deste biopoder, radicalmente o oposto: a responsabilidade nos impõe interrográ-las incessantemente tornando desnecessário enfrentá-lo; por outro viés, nada significa que se desconheçam as vertentes mais profundas de certa governabilidade como esta. Muito pelo contrário. Estudiosos da transição política talvez tenham ainda pouco atentado para a gestão deste excesso: em suma, para além daquilo que se manteve, quer seja institucionalmente, quer seja nas práticas brutais, sobretudo, cabe pensar sobre aquilo que se incrementou dos fascismos policiais agora sob o manto democrático. Como gerir esta violência cotidiana passa por interrogar este substrato cultural inédito mergulhado num sintoma que continua a pairar no presente como legado.

Se a cidade, como vemos diuturnamente, expõe a militarização da vida sob a forma hipertrofiada da dimensão vigilante-repressiva-punitivista do Estado, isto não pode ser escondido no anonimato das estruturas de poder, historicamente neutralizadas. Há, portanto, a necessidade de fugir de certa neurose sistêmica, irmã siamesa da naturalização da repressão policial, que torna a brutalidade mera decisão técnica e os sujeitos seus meros “cumpridores de ordens”, situação geradora de um “sistema diabólico” que ninguém mais responde por si. São estes mesmos automatismos, administradores da vida e que atravessam nossos corpos, exatamente o âmago de uma *biopolítica*<sup>21</sup> – poder que se exerce sobre a população,

21 De longa e profunda genealogia, a noção de “biopolítica” não é uma categoria de fácil apreensão, porém há uma matriz conceitual com múltiplos sentidos. Sendo assim, desde logo, pode entender o conceito de “biopoder” como: “el conjunto de mecanismos por medio de los cuales aquello que, en la especie humana, constituye sus rasgos biológicos fundamentales podrá ser parte de una política, una estrategia política, una estrategia general de poder; en otras palabras, cómo, a partir del siglo XVIII, la sociedad, las sociedades occidentales modernas, tomaron en cuenta el hecho biológico fundamental de que el hombre constituye una especie humana.” (FOUCAULT, Michel. **Seguridad, Territorio, Población**. Curso en el Collège de France (1977-1978). Edición establecida por Michel Senellart, bajo la dirección de François Ewald y Alessandro Fontana. Traducido por Horacio Pons. Buenos Aires: Fondo de Cultura Económica, 2006, p. 15). Noutros termos, é a politização da vida que captura o humano, sobremaneira a partir da modernidade, e indica o início de uma ambivalência: a vida tanto como sujeito quanto objeto da política. Desde o primeiro emprego do termo “biopolítica” por Rudolf Kjellén na década de 20 do século passado, conforme Edgaro Castro menciona, importa destacar duas etapas para aquilo que se comprehende como o desenvolvimento da “biopolítica”. Numa primeira fase o termo faz referência a uma concepção da sociedade, de Estado e da política em

a vida e os vivos e que penetra todas as esferas da existência e as mobiliza inteiramente<sup>22</sup> – que dissolve as relações pessoais em processos de exploração e que, sob a roupagem imoral da convivência, é conivente à disposição de um “sistema impessoal” que carrega toda a culpa. Enquanto continuarmos funcionando, reproduzindo papéis (institucionais) confortáveis, e escondendo-nos por detrás de uma paranoia sistêmica (“o sistema é o culpado”), mais reproduziremos tais ambientes anêmicos de qualquer crivo vital. Não há saída senão no esforço incansável de nos reconhecermos nestes processos impessoais, nestes métodos e sistemas que criamos para nossa própria existência: em termos de segurança pública, enfim, como viabilizamos e de que maneira estamos implicados nas diversas formas de fascismos que reivindicamos e operacionalizamos, estejamos ou não mais ou menos distantes das forças de segurança.

Se a polícia realiza o trabalho soberano obsceno conduzido pela política, o trabalho sujo que não assumimos, criando perenes *zonas de indiferenciação*, é porque, ademais, em um nível óbvio, começamos a ser confrontados com uma conclusão radical: de uma maneira mais elementar, todos somos “excluídos”, *capturados da exceção soberana*, no sentido da *ex-posição inexorável de todos aos vínculos entre direito e violência*, isto para além da coação direta (i)limitada respaldada juridicamente, onde o espaço público democrático é tornado uma máscara da sua *decisão*. Quando a figura do *homo sacer* parece ausente da cultura contemporânea como tal é porque algo da sua sacrilígio (matável e insacrificável) se deslocou mais profunda, vasta e obscuramente para espaços indiferenciados de neutralização, “significando que somos todos *homines sacri*” – matáveis.<sup>23</sup>

Máscara que as jornadas de junho apenas a nu deixaram o rosto da obscena promiscuidade do autoritarismo em nossas democracias. Sob a mentirosa leitura acerca da liberdade de expressão e a vedação do anonimato estampada na Constituição (pois que espécie de anomimato seria este que bastaria qualquer dos sujeitos detidos ser civilmente identificado?) novamente a lei (ou resolução, normativa, regulamento, qualquer

---

termos biológicos, já a segunda etapa, não dissociada da primeira, o termo é utilizado para remeter ao modo em que o Estado, a política e o governo tomam conta, com seus cálculos e mecanismos, da vida biológica do homem. Ademais, vale conferir CASTRO, Edgardo. *Lecturas foucaulteanas: una historia conceptual de la biopolítica*. La Plata: UNIPE: Editorial Universitária, 2011, p. 15-37 e, sobretudo, ESPOSITO, Roberto. *Bíos – Biopolítica y filosofía*. Buenos Aires: Amorrortu, 2011, p. 22-72.

22 PELBART, Peter Pál. *Vida capital*: ensaios de biopolítica. São Paulo: Iluminuras, 2011, p. 55-60.

23 PELBART, Peter Pál. *Vida capital*, p. 62.

cadinho ubuesco de poder<sup>24</sup>) apresenta-se a quem normalmente não lhe escapa: vida nua, incluída pela exclusão. Acostumados, ademais, com a docilização da identidade brasileira, aparece agora o imperativo do “protesto sem protesto”, tolerado apenas se apaziguado (quem sabe em algum sambódromo para que as imagens possam ser filtradas com maior precisão como um espetáculo carnavalesco reconfortante de consenso). “Sem violência!”, bradaram alguns incautos ingênuos a retroalimentar aquilo que os devora cotidianamente, amor ao censor que ajuda infelizmente o pensamento rasteiro a reproduzir a separação interior entre pacíficos e baderneiros, sempre a serviço da reposição da ordem. Manifestações pacíficas, é claro, nada que influa na rotina adestrada de cada um (mesmo que profundamente arbitrária). Paz, mesmo que ela reverbere como o silêncio de algum cemitério. Do contrário, apenas há espaço para os “vândalos”, cantilena entoada como um mantra pela grande mídia, como que para exorcizar qualquer ruído de fundo, borrar qualquer sentido – a rigor, no fundo, acólito radical do acovardamento e dos discursos de medo e de estagnação que pairam na evitação do conflito em favor de uma passividade sem sentido.

## MAL DE POLÍCIA

Talvez uma lição inequívoca desencadeada por este novo cenário de (auto)compreensão social, para além de uma mera e já sabida crise de confiança nas polícias<sup>25</sup>, possa ser, muito mais profundo que isto, o ponto de difração indicado pela *entrada definitiva da soberania na imagem da*

24 Ubu é, segundo Foucault, o exercício do poder através da desqualificação explícita de quem o exerce, quer dizer, o grotesco político da personagem ubu é a sua anulação pelo próprio ritual que manifesta este poder. Em resumo, ela só pode exercer o terrível poder que lhe pedem por meio de um discurso infantil, que precisamente o desqualifica daquilo porquê o convocaram. Trata-se da peculiaridade e da incontornabilidade da administração moderna, “a inevitabilidade do poder, que pode precisamente funcionar com todo o seu rigor e na ponta extrema da sua racionalidade violenta, mesmo quando está nas mãos de alguém efetivamente desqualificado.” Ver FOUCAULT, Michel. **Os Anormais:** curso no Collège de France (1974-1975). Tradução Eduardo Brandão. São Paulo: Martins Fontes, 2001, p. 17 e 45.

25 Segundo o *Índice de Confiança na Justiça Brasileira* (ICJBrasil) realizado pela Fundação Getúlio Vargas (FGV), para o 1º semestre de 2013, e publicado no 79º Anuário Brasileiro de Segurança Pública, 70,1% da população não confia no trabalho das diversas polícias do país (ALCADIPANI, Rafael. “Respeito e (Des)Confiança na Policia”. In: LIMA, Renato Sérgio de; BUENO, Samira (coords.). **Anuário Brasileiro de Segurança Pública.** Ano 7. São Paulo: 2013, p. 106-8, disponível em [www.forumseguranca.org.br](http://www.forumseguranca.org.br)). Apesar de se aludir que tal levantamento possa ter absorvido o impacto decorrente dos manifestos de junho, tal sentido é reiterado por outros dados. A Pesquisa Nacional de Vitimização com levantamento em 346 municípios, entre junho de 2010 e outubro de 2012, aponta na mesma direção: a percentagem de pessoas que “não confiam muito” na Polícia Militar é de 82% e na Polícia Civil é de 83,4% (disponível em <http://www.justica.gov.br/portal/ministerio-da-justica/>).

*pólicia*. Justamente, na medida em que o poder soberano é aquele que preserva o direito de agir e impor soberanamente (até a morte aos cidadãos a cada momento, definindo-os como vida nua (“porque eu quis!”) poderá proclamar algum agente da ordem...), ao contrário de algum senso comum que pode na polícia ver apenas a função administrativa de execução do direito (primado sob o ponto de vista interno que pode ser retratado na orgânica afirmação da hierarquia e do cumprimento de ordens), não é temerário arriscar que esteja aí o local de maior clareza e proximidade da *troca constitutiva entre violência e direito da imagem soberana*. Vez mais: é no movediço terreno da contiguidade entre violência e direito que a polícia se apresenta. Se o soberano é, de fato, vez mais aquele que, proclamando o estado de exceção e suspendendo a validade da lei, assinala o ponto de indistinção entre violência e direito,<sup>26</sup> propriamente é a polícia que se move desde o próprio estado de exceção.

Qualquer significante como “ordem pública” ou “segurança” apenas vem a confirmar a configuração desta zona. Quando militarizada como agora, a torrente de suas razões ao menos merece ser lida rigorosamente sem subterfúgios. A cada tempo, exibem-se por armas (cínicamente não letais, mas apenas para certa clientela), um poder ao mesmo tempo amorfo e metódico, espectral e violento que se realiza na criminalização do inimigo, primeiro excluído de qualquer humanidade e depois aniquilado por alguma “operação de polícia”. Entretanto, qualquer governante impávido diante do deslizamento da soberania às áreas obscuras da polícia, não raro ainda, investidor assíduo das baterias criminalizadoras do outro, não pode esquecer que a virtualidade de tal imagem também poderá concretizar-se sobre si. Ou seja, ainda que o alerta possa ter pouca ou nenhuma ressonância sobre aqueles que de fato ocupam a posição do elemento político originário, não fazendo qualquer efeito sob o gozo do poderio absoluto, deve-se acentuar o ponto de que é a criminalização do adversário que se rende necessária no corolário soberano. Não há espaço aí para engano, pois quem quer que vista o triste manto da soberania, como assinala Agamben<sup>27</sup>, no fundo sabe poder ser um dia ser tratado como criminoso – mostrando, afinal, a sua original promiscuidade com ele.

26 AGAMBEN, Giorgio. *Homo Sacer*, p. 23-36.

27 AGAMBEN, Giorgio. “Polizia sovrana”. In: *Mezzi senza fine: Note sulla politica*. Torino: Bollati Boringhieri, 1996, p. 86.

Aferrar-se, outrossim, aos dados de realidade da violência criminal é ir muito além das cifras<sup>28</sup> sobre as quais reposam não apenas os corpos, mas requer tocar as palavras dos mortos pelo sistema penal. Cadáveres silenciados e adiados, como assevera Zaffaroni<sup>29</sup>, não apenas pelos limites epistemológicos de certa criminologia acadêmica que apenas incorpora a deprimente visibilidade midiática e seus curandeiros (ou negocia promiscua e consensualmente com eles entorno de hegemonias contingenciais), calando a urgente concretude cadavérica operada por um poder “exercitoforme”. Se é da (im)possibilidade de narrar Auschwitz como catástrofe protótipica<sup>30</sup> que deve advir o dever simultâneo de se extrair a expressão mais aguda de uma matriz racional<sup>31</sup>, é porque, em termos genocidas, não podemos esquecer jamais que isto foi realizado por *forças de polícia*<sup>32</sup>. A “solução final”, deste ponto de vista, nunca deixou de ser, a sua vez, além de uma decisão histórico-política estampada na Conferência de Wannsee em janeiro de 1942, como assevera Derrida, uma “decisão de polícia, de polícia civil e de polícia militar, sem que se possa jamais discernir entre as duas.”<sup>33</sup>

No excesso do trauma deste evento-limite é que se acomoda o epicentro de uma realidade opaca, acontecimento de uma neutralidade violenta e onipresente que choca, paralisa e engolfa aquilo que não se reduz a sua razão bem pensante. Falar-se numa regressão da barbárie não se trata meramente de uma ameaça nos dizeres de Adorno<sup>34</sup>, pois ela “continuará existindo enquanto persistirem no que há de fundamental as condições que geram esta regressão”. Genocídios são e continuarão a ser

28 Para falarmos de mortes com a interferência das polícias, apenas em 2012, houve 1.890 pessoas mortas em confronto com policiais civis e militares em serviço. Dados estes que, mesmo subestimados, alcançam o número estatístico de mais de 21.400 pessoas mortas em confronto com as polícias entre 2000 e 2012. Vide os dados atualizados pelo 7º Forum Brasileiro de Segurança Pública (BUENO, Samira; CERQUEIRA, Daniel; LIMA, Renato Sérgio de. “Sob fogo cruzado II: letalidade da ação policial”. In: LIMA, Renato Sérgio de; BUENO, Samira (coords.). **Anuário Brasileiro de Segurança Pública**. Ano 7. São Paulo: 2013, p. 126.

29 Cf. ZAFFARONI, Eugenio. Raul. **La palabra de los muertos**: Conferencias de criminología cautelar. Buenos Aires: Ediar, 2011, p. 06-07.

30 SOUZA, Ricardo Timm de. **Justiça em seus Termos – Dignidade humana, dignidade do mundo**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p. 07-18.

31 Cf. BAUMAN, Zygmunt. **Modernidade e Holocausto**. Tradução Marcus Penchel. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editor, 1998, p. 37.

32 Cf. o minucioso relato clássico da organização metódica da operação de polícia levada a cabo pelo Terceiro Reich na Shoah em ARENDT, Hannah. **Eichmann em Jerusalém**. Tradução José Rubens Siqueira. São Paulo: Companhia das Letras, 1999.

33 Utilizaremos a versão bilíngue (francês-inglês) publicada em: DERRIDA, Jacques. **Force de Loi**: “Fondement Mystique de l’Autorité”. In: **Cardozo Law Review**. Translated by Mary Quaintance. New York. V. 11 (July/Aug. 1990), Numbers 5-6 , p. 919-1045 (cit., p. 1041).

34 ADORNO, Theodor W. “Educação após Auschwitz”. In: **Educação e Emancipação**. Tradução de Wolfgang Leo Maar. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1995, p. 119.

concatenados institucional, burocrática e juridicamente via sistema penal e, para além dele, por dispositivos legais de uma razão jurídico-estatal, sobretudo transbordando-a organizados como *força de polícia–força de lei*. Como extrema consequência de uma lógica do nazismo, esta radicalização do mal está ligada também a uma fatal corrupção da democracia parlamentar e representativa por parte de uma polícia moderna, de si inseparável, convertida em legisladora e cuja *espectralidade* acaba por governar a totalidade do espaço político.<sup>35</sup> Nada à toa que um dos mais radicais textos sobre a crise do modelo de democracia burguesa, liberal e parlamentar deposite um de seus nós górdios sobre a figura da polícia. Será desde a firma de Walter Benjamin a condução num patamar inédito – sob sua “filosofia da história” principalmente através do clássico “Crítica da Violência – Crítica do Poder” (*Zur Kritik der Gewalt*) –, ao âmago do conceito de violência indissociável do direito.<sup>36</sup>

Sobre o interesse do monopólio da violência pelo direito que repousa a própria tautologia fundadora da lei: o direito protege a si através desta performance.<sup>37</sup> Neste traço, (des)construir com Derrida e Benjamim passa por destacar uma *violência fundadora* (*die rechtsetzende Gewalt*), que institui e estabelece o direito, e uma *violência que conserva* (*die rechts-erhaltende Gewalt*), mantém e confirma o direito, permitindo vislumbrar, além do fato de que a violência não é exterior à ordem do direito mas vem dele e o ameaça ao mesmo tempo, a *pro-posição* de um momento (não de oposição!) que ambas tocam-se numa espécie de “contaminação diferencial” (*différantelle*)<sup>38</sup> – algo como que um instante de “iterabilidade” (*itérabilité*), de posição e conservação do direito que não se poderá romper. Em suma, a violência que funda implica a violência da conservação do direito. Aquilo que, já no seu âmago mais profundo, suspende-o. Dirá Derrida:

---

35 DERRIDA, Jacques. **Force de Loi**: “Fondement Mystique de l’Autorité”, p. 1041.

36 BENJAMIN, Walter. “Crítica da Violência – Crítica do Poder”, p. 160-175.

37 BENJAMIN, Walter. “Crítica da Violência – Crítica do Poder”, p. 162.

38 Propositalmente grafamos “diferencial” para tentar nos aproximar da intraduzível “diferensa” (*différence*) derridiana que remete a mesma sonoridade da diferença puramente lógico-conceitual (*différence*), contudo que deve accentuar o exercício *diferidor* da própria diferença, sua efetividade para além do conceito a pulsar, sob a mesma pronúncia, algo diverso com relação à si próprio “através da temporalização de si mesma” (SOUZA, Ricardo Timm de. *Razões Plurais*: Itinerários da Racionalidade ética no Século XX – Adorno, Bergson, Derrida, Levinas, Rosenzweig. Porto Alegre: EDIPUCRS, 2004, p. 136 (nota 23). Como dirá o próprio Derrida, “trata-se para mim sempre da força como *différance* ou *force de différance* (*a différance* é uma força diferida-diferidora, da relação entre a força e a forma, a força e a significação (...)).” DERRIDA, Jacques. **Force de Loi**: “Fondement Mystique de l’Autorité”, p. 928.

*"Pois, mais além da intenção explícita de Benjamin, eu proporia a interpretação segundo a qual a violência mesma da fundação ou de posição do direito (*rechtsetzende Gewalt*) deve implicar a violência da conservação (*rechtserhaltende Gewalt*) e não pode romper com ela. Faz parte da estrutura da violência fundadora aquilo que apela à repetição de si e funde o que deve ser conservado, conservável, prometido à herança, e à tradição, à partição. Uma fundação é uma promessa. Toda posição ou estabelecimento (*Setzung*) permite e promete, estabelece pondo e propondo. (...) Inscreve assim a possibilidade da repetição no coração do originário. De pronto, já não há fundação pura ou posição pura do direito e, em consequência, pura violência fundadora, como tampouco há violência puramente conservadora. A posição é já ‘iterabilidade’, chamada à repetição autoconservadora. A conservação, a sua vez, segue sendo refundadora para poder conservar aquilo que pretende fundar. Não há, pois, oposição rigorosa entre a fundação e a conservação, tão somente o que chamaria (e que Benjamin não nomeia) uma contaminação diferencial (*différantielle*)."<sup>39</sup>*

Tocamos inelutavelmente o cerne da questão sem subterfúgios. A anomalia da juridicidade inscreve-se ruidosamente, “pois o poder mantenedor do direito é um poder ameaçador”<sup>40</sup>. Ameaça *ao* e *do* direito desde seu interior, não essencialmente uma força bruta pronta a atingir certo fim, entretanto, contraditoriamente, autoridade que consiste em ameaçar ou destruir uma ordem de direito dada, precisamente aquela mesma que concedeu ao direito esse direito à violência. Ameaça *do* direito: em si ameaçador e ameaçado, destino que vem dele e a ele ameaça.<sup>41</sup> Se a origem do direito, pois, é uma posição violenta, este instante se manifesta de maneira mais pura ali exatamente onde é mais absoluto, sob o adágio da decisão sobre a vida e a morte – tal como se *pro-põe* na possibilidade da própria pena de morte (afinal, de(o) direito, pode-se não falar da pena de morte? Aboli-la e desautorizá-la é tocar no princípio mesmo do direito, não de outra forma, é também sumariamente confirmar o coração podre, arruinado e carcomido do direito).<sup>42</sup> Todavia, não será este índice apenas

39 DERRIDA, Jacques. **Force de Loi**: “Fondement Mystique de l’Autorité”, p. 996.

40 BENJAMIN, Walter. “Crítica da Violência – Crítica do Poder”, p. 165.

41 DERRIDA, Jacques. **Force de Loi**: “Fondement Mystique de l’Autorité”, p. 1002.

42 DERRIDA, Jacques. **Séminaire La peine de mort**. Volume I (1999-2000). Édition établie par Geoffrey Bennington, Marc Crépon et Thomas Dutoit. Paris: Galilée, 2012, p. 49-50. Sucintamente em DERRIDA, Jacques; ROUDINESCO, Elisabeth. Tradução André Telles. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Ed., 2004, p. 166-198.

o único a manifestar o princípio benjaminiano de que há “um elemento de podridão dentro do direito” (*etwas Morsches im Recht*).<sup>43</sup> Para que se leve minimamente a termo uma crítica à violência, fundadora e conservadora do direito, não se deve perder tal momento de *decisão excepcional*, alucinante e espectral ao mesmo tempo, que borra a distinção entre as duas violências,<sup>44</sup> contaminação necessariamente testemunhada precisamente pela moderna instituição da *pólicia*<sup>45</sup> – (sempre pronta a lembrarmo-nos, a rigor, de ser meio da possibilidade da pena de morte).<sup>46</sup> O conceito de violência, ao perpassar o direito, a política ou a moral, *de-põe* sobre todas as formas de autorização, e encontra espaço de “mistura (...) espectral”<sup>47</sup>, de fato, violência que funda e violência que conserva o direito – como se uma violência obsessivamente convocasse a outra – na figura policial. Investida, diga-se logo, muito para além dos seus agentes (uniformizados ou não) sob uma estrutura (civil ou não) de modelo militar, não somente nas representações instituídas, “a polícia não é só a polícia”, mas constitui-se como “índice de uma violência fantasmática”, ou seja, possibilidade perene que coloniza coextensivamente a política, excede e a transborda: “a polícia está presente ou está representada ali onde haja força de lei.”<sup>48</sup>

Um “mal de polícia”, se é que tal se pode dizer, não é apreensível senão desde este assombro, presença (i)legível ao mesmo tempo de um poder amorfó com aparição onipresente sem nenhuma essência. O especreto sobre o qual ambas as violências *de-põem* suas fronteiras reside no fato de que tal corpo não está jamais presente por si, mas aparece fazendo desaparecer aquilo que representaria. “A infâmia desta instituição”, dirá Benjamin, “consiste em que ali se encontra suspensa a separação en-

43 BENJAMIN, Walter. “Crítica da Violência – Crítica do Poder”, p. 166.

44 DERRIDA, Jacques. **Force de Loi:** “Fondement Mystique de l’Autorité”, p. 1000 e 1002.

45 De fundamental importância para o exercício do poder punitivo, é cediço que a moderna instituição da agência policial surge dada a concentração urbana que começou fazer coexistir as maiores riquezas com as piores misérias entre os últimos tempos dos Bourbon na França e o começo do XIX na Inglaterra. Com a função colonialista transportada e adaptada às metrópoles (afinal, os delinquentes eram degenerados semelhantes aos selvagens colonizados) e tornada chave na vida urbana (convocada, pois, a neutralizar as “classes perigosas”, ou seja, “obreiros não inteligentes nem trabalhadores” – termo de H.-A. Fréger em obra precursora e premiada em concurso pela *Académie des Sciences Morales et Politiques* do *Institut de France* em 1838: cf. FREIGER, Honoré-Antoine. **Des classes dangereuses de la population dans les grandes villes, et des moyens de les rendre meilleures.** Paris: J.-B. Baillièvre, Librairie de L’Académie Royale de Médecine, 1840, p. v-x), a Policia, porém, como assevera Zaffaroni, carecia de um discurso próprio. Quem irá proporcionar tal força será a corporação médica: “os médicos detinham um discurso sem poder e os policiais poder sem discurso, a aliança de ambos foi o que deu resultado ao positivismo criminológico biólogo” (ZAFFARONI, Eugenio. Raul. **La palabra de los muertos:** Conferencias de criminología cautelar. Buenos Aires: Ediar, 2011, p. 95).

46 DERRIDA, Jacques. **Force de Loi:** “Fondement Mystique de l’Autorité”, p. 1012.

47 BENJAMIN, Walter. “Crítica da Violência – Crítica do Poder”, p. 166.

48 DERRIDA, Jacques. **Force de Loi:** “Fondement Mystique de l’Autorité”, p. 1008 e 1010.

tre poder instituinte e poder mantenedor do direito.”<sup>49</sup> Fundação e conservação mescladas na violência policial difusa, a qual permitirá Derrida afirmar que “antes de ser ignóbil em seus procedimentos, na inquisição inominável à qual se entrega, sem nenhum respeito, a violência policial, a polícia moderna é estruturalmente repugnante, imunda por essência dada sua hipocrisia constitutiva”.<sup>50</sup>

“Paradoxo [de] uma iterabilidade”<sup>51</sup> que inscreve a conservação na estrutura essencial da fundação, a qual, ademais, firma a condição de se apresentar uma violência por outra, sem limites, suprimir e suspender qualquer distinção. Uma fantasmagoria, afinal, do próprio Estado, visto agora a nu, que longe de somente aplicar a lei pela força, permite inventá-la, já que capaz de intervir e lidar com o obsceno de cada situação jurídica. “É a força de lei, tem força de lei.”<sup>52</sup> Quase todo tempo, comporta-se como legislador, e qualquer de seus protocolos limitadores ou ordenações disciplinares são a exata contraface de que não se pode apagar ou eliminar. A suficiente indeterminação do direito é que a fará apelar a esta *ex-posição* e se arrogar sempre a possibilidade de criar e sustentar seu equívoco ignominioso. Estranho seria surpreendermo-nos com a íntima correlação entre esquadrões e milícias da morte, com as arbitrariedades para garantia da segurança, dos desacatos construídos, ou de quaisquer outras exemplares figuralidades ilimitadas que, a toda momento, redobram e reproduzem mais violência.

Não terá chegado o momento de se questionar por que de forma inédita as nossas democracias estão mais expostas a tais ingerências ou, ainda, por que esta coextensividade político-policial quiçá seja a marca da ostensividade democrática atual<sup>53</sup>, confirmando a essência policial da coisa pública? Ao tentarmos nos proteger – ou quem sabe infantil e convenientemente ignorar – (d)este espectro que se volta alucinante e que ocupa todas as partes, incluso onde não está presente, quer dizer noutros termos, tudo não está a indicar que ao nos pretender imunes a este tipo de performance, contrariamente não estaremos autoimunizando e degenerando a própria democracia?

49 BENJAMIN, Walter. “Crítica da Violência – Crítica do Poder”, p. 166.

50 Trecho retirado diretamente da versão brasileira, DERRIDA, Jacques. **Força de Lei**: o fundamento místico da autoridade. Tradução Leyla Perrone-Moisés. São Paulo: Martins Fontes, 2010, p. 98-99.

51 DERRIDA, Jacques. **Force de Loi**: “Fondement Mystique de l’Autorité”, p. 1006.

52 DERRIDA, Jacques. **Força de Lei**, p. 99.

53 Cf. o nosso “A Vertigem da Ostensão Penal”. In: **Revista de Estudos Criminais** (Publicação do !TEC – Instituto Transdisciplinar de Estudos Criminais) – Ano X – 2012 (outubro/dezembro) – Nº 47, p. 111-142.

Quando Benjamim<sup>54</sup> afirma que esta violência mística, enunciada em prescritivos ditoriais, é mais arrasadora nos regimes democráticos que na monarquia absoluta (pois neste a polícia reúne o poder soberano) na medida em que sua presença não é sublimada por uma relação desta índole, assim testemunhando a maior degenerescência imaginável deste poder nas democracias, há aí um convite deste sempre já assumido por se deter. A aproximação deste objeto fantasmático, ausente e presente, como visto, permite Derrida<sup>55</sup> identificar o nada supérfluo sentido que se eleva diante disto como *espírito*: poder que vem de fora, do alto, e que detém a faculdade de exercer a ditadura – essência de um poder espiritual. Espiritualismo de uma soberania que a nada apela senão a si misticamente. Por ser intrinsecamente uma ação alavancada por uma violência sem escrúpulos (na monarquia, como aludido, vê-se esta autoridade aí como normal), a violência policial como espírito na democracia se degenera. Por que então não assumir que “a degenerescência do poder democrático não teria outro nome senão polícia”? Diretamente, indicando a travessia, porque em democracia não se deve(ria) conceber – porque ilegítimo – tal espírito da violência da polícia. Ao final, o que se constata também é que a democracia, pela violência policial, nega seu próprio princípio, imiscuindo-se num deplorável espetáculo hipócrita de compromisso democrático.

*“Na monarquia absoluta, por mais terrível que seja, a violência policial mostra-se tal qual ela é e tal qual deve ser em seu espírito, enquanto a violência policial nas democracias nega seu próprio princípio, legislando de modo sub-reptício, na clandestinidade.”*

Coação direta, poder de um Estado de polícia que implica *dizer e não aceitar, talvez, algo que carregue o nome de democracia*. Não como regime político se apela a ela simplesmente, segue sempre ela *por vir*,<sup>56</sup> a engendrar-se e se regenerar, na impaciência urgente dos instantes, promessa que corre, correndo o risco de se perverter em ameaça. Aporia da existência do impossível, em última análise, aporia do *demos*: é simultaneamente a singularidade incalculável de qualquer um e a universalidade do cálculo racional.

54 BENJAMIN, Walter. “Crítica da Violência – Crítica do Poder”, p. 166-7.

55 DERRIDA, Jacques. **Force de Loi:** “Fondement Mystique de l’Autorité”, p. 1012.

56 DERRIDA, Jacques. **Políticas da Amizade.** Seguido de **O Ouvido de Heidegger**. Tradução de Fernanda Bernardo. Porto: Campos das Letras, 2003, p. 42.

Contudo, são assim os momentos de negação revolucionários – que acolhem a possibilidade de serem contestados, de contestar a si mesmos, e perfectíveis em sua historicidade – por vezes inauditos, porém concretos e constituintes, que cabe às energias multitudinárias de singularidades quaisquer testemunhar. Quiçá um devir comum, desejo que não se exaure numa mera plataforma de reivindicações, mas enxameia (sim!) um futuro informulável por convocações prévias. Enfim, há que se ter coragem ainda de se perder a apatia e o medo, porque se há quem tenha medo de que o medo acabe, como disse o poeta Moçambicano, é porque alguma esperança pôde ter lugar de maneira ancestral – como fôlego profundo do *tempo que resta*. ♦♦

## REFERÊNCIAS

- ADORNO, Theodor W.. **Educação e Emancipação**. Tradução de Wolfgang Leo Maar. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1995.
- ADORNO, Theodor. “O ensaio como forma”. In: **Notas de Literatura I**. Tradução Jorge M. B. de Almeida. São Paulo: Duas cidades/Ed. 34, 2003.
- AGAMBEN, Giorgio. **Che cos’è il contemporaneo?** Roma: Notte-tempo, 2008.
- AGAMBEN, Giorgio. **Homo Sacer**: o poder soberano e a vida nua I. Tradução de Henrique Burigo. Belo Horizonte: Editora UFMG, 2002.
- AGAMBEN, Giorgio. **Il Regno e La Gloria: Per una genealogia teologica dell’economia e del governo**. Homo Sacer, II, 2. Torino: Bollati Boringhieri, 2009.
- AGAMBEN, Giorgio. “Polizia sovrana”. In: **Mezzi senza fine: Note sulla politica**. Torino: Bollati Boringhieri, 1996, p. 83-86.
- ALCADIPANI, Rafael. “Respeito e (Des)Confiança na Polícia”. In: LIMA, Renato Sérgio de; BUENO, Samira (coords.). **Anuário Brasileiro de Segurança Pública**. Ano 7. São Paulo: 2013, p. 106-08.
- AMARAL, Augusto Jobim do. “A Vertigem da Ostensão Penal”. In: **Rivista de Estudos Criminais** (Publicação do !TEC – Instituto Transdisciplinar de Estudos Criminais) – Ano X – 2012 (outubro/dezembro) – Nº 47, p. 111-142.
- ANISTIA INTERNACIONAL. **Informe 2012 – O Estado dos Direitos Humanos no Mundo**. Londres, 2012.

ARENDT, Hannah. **Eichmann em Jerusalém**. Tradução José Rubens Siqueira. São Paulo: Companhia das Letras, 1999.

BAUMAN, Zigmunt. **Modernidade e Holocausto**. Tradução Marcus Penchel. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editor, 1998.

BENJAMIN, Walter. "Crítica da Violência – Crítica do Poder". In: **Documentos de Cultura, Documentos de Barbárie** (escritos escolhidos). Seleção e apresentação de Willi Bolle. Tradução de Celeste de Sousa et. al.. São Paulo: Cultrix/Editora da USP, 1986, p. 160-175.

BUENO, Samira; CERQUEIRA, Daniel; LIMA, Renato Sérgio de. "Sob fogo cruzado II: letalidade da ação policial". In: LIMA, Renato Sérgio de; BUENO, Samira (coords.). **Anuário Brasileiro de Segurança Pública**. Ano 7. São Paulo: 2013, p. 120-129.

CAMUS, Albert. **O Homem Revoltado**. Tradução de Valerie Rumjaneck. Rio de Janeiro/São Paulo: Editora Record, 2011.

CASTRO, Edgardo. **Lecturas foucaulteanas: una historia conceptual de la biopolítica**. La Plata: UNIPE: Editorial Universitária, 2011.

CERQUEIRA, Nazareth. "Questões preliminares para a discussão de uma proposta de diretrizes constitucionais sobre segurança pública". In: **Revista Brasileira de Ciências Criminais**. Ano 6, nº 22, 1998, p. 139-182.

DERRIDA, Jacques. "Fé e Saber: As duas fontes da ‘religião’ nos limites da simples razão". In: VATTIMO, Gianni; DERRIDA, Jacques (orgs.). **A Religião – O Seminário de Capri**. São Paulo: Estação Liberdade, p. 11-89.

DERRIDA, Jacques. **Force de Loi**: "Fondement Mystique de l’Autorité". In: **Cardozo Law Review**. Translated by Mary Quaintance. New York. V. 11 (July/Aug. 1990), Numbers 5-6 , p. 919-1045.

DERRIDA, Jacques. **Força de Lei**: o fundamento místico da autoridade. Tradução Leyla Perrone-Moisés. São Paulo: Martins Fontes, 2010.

DERRIDA, Jacques. **Políticas da Amizade**. Seguido de **O Ouvido de Heidegger**. Tradução de Fernanda Bernardo. Porto: Campos das Letras, 2003.

DERRIDA, Jacques. "Uma certa possibilidade impossível de dizer o acontecimento" (tradução de Piero Eyben). In: **Revista Cerrados** (Revista do Programa de Pós-Graduação em Literatura da UnB). Brasília: v. 21, nº 33 (2012), p. 228-251.

DERRIDA, Jacques. **Séminaire La peine de mort**. Volume I (1999-2000). Édition établie par Geoffrey Bennington, Marc Crépon et Thomas Dutoit. Paris: Galilée, 2012.

ESPOSITO, Roberto. **Bíos – Biopolítica y filosofía**. Buenos Aires: Amorrortu, 2011.

FOUCAULT, Michel. **Os Anormais**: curso no Collège de France (1974-1975). Tradução Eduardo Brandão. São Paulo: Martins Fontes, 2001.

FOUCAULT, Michel. **Seguridad, Territorio, Población**. Curso en el Collège de France (1977-1978). Edición establecida por Michel Senellart, bajo la dirección de François Ewald y Alessandro Fontana. Traducido por Horacio Pons. Buenos Aires: Fondo de Cultura Económica, 2006.

FREGIÉR, Honoré-Antoine. **Des classes dangereuses de la population dans les grandes villes, et des moyens de les rendre meilleures**. Paris: J.-B. Baillière, Librairie de L'Académie Royale de Médecine, 1840.

KAFKA, Franz. **Diarios I (1910-1923)**. Edición a cargo de Max Brod. Traducción de Feliu Formosa. Mexico: Tusquets Editores, 1995.

MADARASZ, Norman; SOUZA, Ricardo Timm de (orgs). **Lógicas de Transformação**: críticas da democracia. Porto Alegre: Editora Fi, 2013.

PELBART, Peter Pál. **Vida capital**: ensaios de biopolítica. São Paulo: Iluminuras, 2011.

PLEYERS, Geoffrey. **Alter-Globalization: Becoming Actors in the Global Age**. Cambridge: Polity, 2010.

SOARES, Luiz Eduardo. "PEC-51: revolução na arquitetura institucional da segurança pública". In: **Boletim** (Publicação oficial do IBCCRIM). Nº 252 (novembro), 2013, p. 3-5.

SOUZA, Ricardo Timm de. **Justiça em seus Termos** – Dignidade humana, dignidade do mundo. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

SOUZA, Ricardo Timm de. **Razões Plurais**: Itinerários da Racionalidade ética no Século XX – Adorno, Bergson, Derrida, Levinas, Rosenzweig. Porto Alegre: EDIPUCRS, 2004.

SOUZA, Ricardo Timm de. **Totalidade & Desagregação**: sobre as fronteiras do pensamento e suas alternativas. Porto Alegre: EDIPUCRS, 1996.

SVAMPA, Maristella. **Cambio de época**: movimientos sociales y poder político. Buenos Aires: CLACSO/Siglo XXI, 2008.

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

ZAVERUCHA, Jorge. "Relações civil-militares: o legado autoritário da Constituição brasileira de 1988". In: TELES, Edson; SAFATLE, Vladimir (orgs.). **O que Resta da Ditadura: a exceção brasileira**. São Paulo: Boitempo, 2010, p. 41-76.

ŽIŽEK, Slavoj. "Problemas no Paraíso". In: MARICATO, Ermínia (et. al.). **Cidades Rebeldes** – Passe Livre e as manifestações que tomaram as ruas do Brasil. São Paulo: Carta Maior/Boitempo, 2013, p. 101-108.

# Decisão Penal e Democracia: Repensando a Partir do Garantismo

Alexandre Morais da Rosa

*Doutor em Direito (UFPR), com estágio de pós-doutoramento em Direito (Faculdade de Direito de Coimbra e UNISINOS). Mestre em Direito (UFSC). Professor Adjunto de Processo Penal e do CPGD (mestrado) da UFSC. Professor da UNIVALI. Juiz de Direito (SC). Pesquisa Judiciário, Processo e Decisão, com perspectiva transdisciplinar. Coordena o Grupo de Pesquisa Judiciário do Futuro (CNPq).*

## I. INTRODUÇÃO

O modo de produção das decisões judicial é muito mais complexo e trágico do que o senso comum teórico dos juristas acolhe. Não acontece de maneira linear, pois o mundo é caótico e o processo penal é o semelhante do que poderia ser o fato histórico renarrado<sup>1</sup>. Por isso precisamos ser menos platônicos e, assim, o texto que segue ao mesmo tempo em que reconhece a contribuição de autores, não pretende os entender como plenamente coerentes, nem quer que o nome suplante as ideias, algumas acolhidas e outras rejeitadas. Por exemplo, ainda que reconheça acerto no garantismo penal de Ferrajoli<sup>2</sup>, acredito que está errado em muitos pontos<sup>3</sup>, daí o erro fundamental – e no direito parece torcida de time de futebol, a saber, ou se torce pelo time do Garantismo, e tudo que o Ferrajoli disse está certo, colocando-se etiquetas nos autores. O fato de se usar algumas noções, conceitos, enfim, de trazer contribuições de Ferrajoli não

1 MORAIS DA ROSA, Alexandre. **Guia Compacto do Processo Penal conforme a Teoria dos Jogos**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2014.

2 FERRAJOLI, Luigi. **Direito e Razão: teoria do garantismo penal**. Trad. Ana Paula Zomer et alii. São Paulo: RT, 2002.

3 MORAIS DA ROSA, Alexandre. **Decisão Penal: a bricolage de significantes**. Rio de Janeiro; Lumen Juris, 2005. Boa parte das reflexões já estavam presentes no livro. O artigo é a reiteração, aprimorada, dos questionamentos.

me torna garantista. É difícil, mas se o sujeito citar o Ferrajoli, em seguida surge um dedo apontando – e muitas vezes franzindo o cenho: esse é garantista. É banal e bizarro como a coisa acontece no Direito. Desde já antecipo que concordo com alguns pontos da perspectiva de Ferrajoli, mas não posso ser chamado de garantista porque já critiquei ferozmente o Garantismo e, por não ser um analítico, seria paradoxal apostar minhas fichas no Garantismo. Aliás, Luis Alberto Warat no prefácio da minha dissertação já dizia isso: “*o texto apresenta afirmações sobre o garantismo que parecem indicar a aceitação do autor; na realidade, são expressão de uma ironia muito fina que é preciso que os leitores, sem pressa, aprendam a desfrutar.*”<sup>4</sup> A proposta desse texto é muito mais caótica do ponto de vista teórico, dado que pretende apresentar o modelo de decisão de Ferrajoli como um sendero, sem o subscrever, nem desconsiderar sua problemática.

## II. PARA ALÉM DO JURIDICIDA PARANOICO

Cumpre recuperar, mesmo que parcialmente, o caminho trilhado sobre as possibilidades hermenêuticas, na perspectiva da ‘Filosofia da Linguagem’. Neste sentido, conforme resume Warat, a epistemologia do *senso comum teórico* identifica-se com o texto da lei autossuficiente, em atitude manifestamente reducionista, na pretensão de encontrar a significação “*no interior do próprio sistema criado e esquecendo as outras cenas significativas, como a produção social de sentido que, na verdade, é anterior ao próprio significado textual.*”<sup>5</sup>

Não existindo mais uma *verdade* primeva<sup>6</sup>, resta o reconhecimento da existência viva do olhar do *outro* (Levinas), podendo-se aproveitar, com o encurtamento apontado, o discurso *habermasiano* no processo de atribuição de sentido realizado judicialmente. É que a democracia é um processo que precisa ser desvelado de forma participativa e crítica. Sem isso, as sanções estatais acabam se legitimando em auditórios reduzidos ou monoauditório (juiz isolado), excluindo aqueles que, todavia, sofrem as consequências das decisões, reeditando os obstáculos do *mito* da *Mo-*

4 WARAT, Luis Alberto. "Apresentação fora das rotinas". In: MORAIS DA ROSA, Alexandre. **Garantismo Jurídico e Controle de Constitucionalidade Material**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005, p. XV.

5 WARAT, Luis Alberto. **O Direito e sua linguagem...**, p. 15.

6 CUNHA, Rosa Maria Cardoso da. **O caráter retórico...**, p. 97: “Nas palavras da lei penal, é arbitrária ou imotivada a relação entre significantes (suporte gráfico) e o significado (conceito). A arbitrariedade do signo, fundada em seu caráter convencional, rejeita a tese da correspondência das formas gráficas legais com os conceitos que estas veiculam. Não existe uma relação essencial entre as palavras grafadas e os objetos ou situações denotadas pelas mesmas. As palavras da lei não são, como quer a dogmática, constitutivas de sentido.”

dernidade e as limitações do discurso comunicativo, informado por um critério material de Dussel: “*El aporte de Habermas, formalmente, es un gran avance en la delimitación de la ‘razón político-discursiva’, y debe ser subsumida en una filosofía política compleja. Sin embargo, al negar el nivel material (de la reproducción política de la vida humana en comunidad, de las pulsiones – como la de solidaridad, que en Habermas quebra reductivamente indicado en la ‘formación de la voluntad’-, de la ecología, de la economía, etc), cae en un formalismo reductivista. La legitimidad se establece para Habermas en un nivel puramente discursivo, formal. No puede comprender que un sistema político ‘ pierde legitimidade’ al no reproducir aceptablemente la vida humana de los ciudadanos. Hay que articular el aspecto material al concepto de legitimidad, para enriquecer la concepción puramente forma o procedimental. En los países poscoloniales, periféricos, pobres, la reproducción (económica) de la vida es una dimensión política esencial de la legitimidad. Por ejemplo, en el presente, al empobrecer a la población la política económica neoliberal deslegitima gobiernos que há cumplido formalmente con el Principio democrático, pero que han descuidado materialmente el proceso legitimatorio.*”<sup>7</sup>

Wittgenstein transformou a concepção objetificante da epistemologia em face do reconhecimento do papel das valorações expressadas pelos usos e contextos linguísticos. A contribuição de Wittgenstein rompeu com o solipsismo metodológico, desvelando a dimensão pragmática como parte das relações sociais com efeitos no mundo da vida. Matou, por assim dizer, o sujeito idealizado, universal, cartesiano, kantiano, nascendo, desde então, o sujeito concreto que se inter-relaciona pela linguagem, nas múltiplas realidades culturais. Wittgenstein, em suas ‘Investigações Filosóficas’, fixou a linguagem como o limite do mundo, indicando a relevância da pragmática e o uso da linguagem, movimento reeditado pelos pragmáticos. O sentido não se restringe ao uso singelo de regras sintáticas e semânticas, mas aos usos sociais, compartilhados, da linguagem, emitidos pelo ser-aí (Heidegger). A linguagem é vista como um jogo em que se pode avançar jogando na medida em que se conhece suas próprias regras, mas também aceita a criatividade como mecanismo de adequação e crescimento, tendo como palco o seu uso. Com esse movimento se constitui o giro linguístico, no qual a realidade não é representada.

7 DUSSEL, Enrique. *Hacia una Filosofía Política Crítica...*, p. 52-53.

Sem incorrer (mais) na problemática representacional (sujeito e objeto do conhecimento), pois acolhe o sujeito empírico, a questão epistemológica (S/O) perde em grande parte o sentido. É da inter-relação social de sujeitos concretos que surgem as formas de vida. Não se trata mais de um sujeito transcendental que conhece, de sua aldeia ideal, o objeto. Desprovidos de *metalinguagem*, afirmou Lacan, a linguagem *desliza* como sendo o único momento, por ser da ordem do não todo, já que não é possível dizer o todo. É sobre o buraco que se organiza a palavra e instaura-se o *significante* e essa *falta* é, para o sempre, desprovida da possibilidade de preenchimento, salvo *Imaginária*, embora seja o que se busque fazer todos os dias, razão pela qual há de existir amanhã.

E como a *linguagem* é fonte de criatividade e os processos sociais formam parte dos processos sociais de vida, inexistem regras fixas e eternas. Assim é que o *solipsismo* acaba com os critérios de *verdade* do sujeito epistemológico, remetendo a questão da validade intersubjetiva na forma de justificações das convenções e acordos culturais. O *conhecimento*, pois, não pode ser mais o reflexo da realidade colhida pelo espelho da observação. No discurso jurídico, também, não é possível se acreditar na vinculação apenas *semântica* do ‘princípio da legalidade’, por insuficiente. Está-se, enfim, achado na linguagem. Mas nem todos se dão conta, sendo mais tranquilo aos atores jurídicos – principalmente aos ‘Jurista de Ofício’ – a manutenção de um ‘legalismo rasteiro’ que, decerto, funciona como poderoso ‘mecanismo paliativo de desencargo’ (Miranda Coutinho). Assumir esse movimento é fundamental para os destinos da decisão judicial, bem como para a construção do ‘Estado Democrático de Direito’.

Diante do texto normativo, o senso comum teórico cumpre a lição da Escolástica, reportada por Legendre pela máxima: “interpretação de mais é como tocar piano com um martelo! Semelhante gracejo, mais profundo do que diz, visava a dissuadir o esforço interpretativo, tido como ilícito, isto é, subversivo para além de uma certa fronteira familiar designada como intransponível.”<sup>8</sup> No campo da interpretação, o senso comum teórico faz um verdadeiro loteamento das falas autorizadas, estabelecendo de antemão a forma pela qual se dá a “gramática de produção, circulação e reconhecimento dos discursos do direito.”<sup>9</sup> Sem o preenchimento desses requisitos de validade, o enunciador do discurso não está apto, isto

---

<sup>8</sup> LEGENDRE, Pierre. *O amor do censor...*, p. 10.

<sup>9</sup> WARAT, Luis Alberto. *Introdução Geral ao Direito: a epistemologia jurídica da modernidade...*, p. 75.

é, não é reconhecido, diga-se ordenado, na sacrossanta missão de revelar a palavra secreta escondida por detrás do texto legal, em suma, a verdade.

Em face desse ‘efeito alienante’, Warat propõe, a partir do saber produzido pelo *senso comum teórico dos juristas*, a denominação de *juridicismo*, o qual, mesclando a lei, o saber e o poder advindo do *Outro*, confere ao discurso jurídico dos autorizados o adjetivo de sagrado, tanto assim que se encontram argumentos do seguinte jaez: *reza a lei... amém*<sup>10</sup>. Mediando a lei e o desejo, o *senso comum teórico dos juristas* será o ‘*cão de guarda*’ do processo intersubjetivo, barrando a participação dos sujeitos, os quais passam a receber denominações jurídicas, na forma da lei, de autor/réu, requerente/requerido, suplicante/suplicado. Substantivações ou adjetivações que, como pontua Streck, deveriam envergonhar. Nem se fica, todavia, corado, facilitando a remessa da decisão para o plano ideal, sem rostos, nem vida, tão somente raciocínios lógico-dedutivos. O divino, rebatizado agora sob o pálio da ciência, mantém a estrutura do poder, antes religioso, cuja funcionalidade de agir por mandato do Pai também justifica a obediência.

O ‘juridicismo’, entendido por Warat – a partir do saber ‘legalista’ trazido por Legendre – como “*um conjunto de conhecimentos destinados a fazer funcionar uma sociedade, na perspectiva em que opera a lei,*”<sup>11</sup> de mãos dadas com o ‘cientificismo’<sup>12</sup>, autoautoriza-se a realizar a *passagem aos mortais* da palavra divina, dando um caráter mágico ao ato. Dito de outra forma: a *verdade* está dada e advém do *Outro*, sendo que o papel do intérprete-glosador, desde que reconhecido como tal pelo *senso comum teórico*, é o de, com caráter profético e enigmático, *dizer o Verbo*, afinal, nunca é demais lembrar: *no início era o Verbo*.

Para que se esforçar de maneira vã, se o discurso do *Mestre* (Lacan)<sup>13</sup> pode oferecer os *significantes* necessários à *salvação*? Ademais, é sempre um risco saber demais, e os ‘juristas-tenentes’ estão aí, aptos e adestrados, para emitir o discurso a ser consumido, censurando, por certo, as ‘ovelhas negras’, aquelas que quiserem se desgarrar do *rebanho doma-*

10 WARAT, Luis Alberto. *Introdução Geral ao Direito: a epistemologia jurídica da modernidade...*, p. 77: “O juridicismo, então, legitima o discurso que contém o oráculo do poder, legitima o funcionamento social da lei, como uma palavra enigmática, que demanda a presença de glosadores sacralizados.”

11 WARAT, Luis Alberto. *Introdução Geral ao Direito: a epistemologia jurídica da modernidade...*, p. 76.

12 WARAT, Luis Alberto. *Introdução Geral ao Direito: a epistemologia jurídica da modernidade...*, p. 76-77: “O cientificismo pode ser caracterizado como o sistema de representações constitutivas do imaginário das ciências sociais, na versão da tradição positivista. Esse imaginário exalta as possibilidades de uma ciência das ciências, que seja ao mesmo tempo crítica científica à filosofia.”

13 LACAN, Jacques. *O seminário: o avesso da psicanálise...*

*do, imputando a estes, muitas vezes, adjetivações jocosas e, se forem de pouca idade, o epíteto de ‘alternativo’ – ‘MM Juiz: Menino Maluquinho Juiz’ –, talvez porque o *outro* represente, nessa hipótese, aquilo que Lacan indicou como ‘amôdio’<sup>14</sup>. “Criar, ousar, criticar, sonhar, parece que é local reservado aos exóticos, aos rebeldes, cuja estrutura em determinados locais, procura expelir.”<sup>15</sup>*

De sorte que a *doutrina*, cuja designação já indica sua função ‘catequisante’, e a *jurisprudência* se apresentam como fábricas ‘fast-food’ de sentido. A *doutrina*, de uma maneira geral, é alimentada pelo ‘Monastério dos Sábios’, isto é, quem for membro reconhecido possui maior credibilidade para produzir o sentido a ser consumido, e daí em diante – entre eles – “citar é citar-se”, como diz Warat<sup>16</sup>.

Alinhe-se que a *quase totalidade* dos membros ainda trabalha na perspectiva da ‘Filosofia da Consciência’ e, portanto, acreditam fingida ou ingenuamente que estão descobrindo a *verdade* da norma, por meio da aplicação do método hermenêutico correto<sup>17</sup>. Streck sintetiza a dinâmica: “*Nas práticas dos operadores jurídicos isso ocorre de forma difusa, através de uma (im)perceptível (e constante) produção de standards significativos, destinados ao consumo da comunidade jurídica. Desse modo, com a aparência da busca do ‘real’ sentido do texto jurídico, mediante a utilização de artifícios do tipo a busca da mens legis, do espírito do legislador, da ratio essendi do Direito etc., e na crença da existência de um legislador racional, constroem-se, parafraseando Umberto Eco, ‘simulacros de enunciações’, que nada mais são do que o resultado de uma rede de ficções que se põe a serviço de efeitos de verdade do enunciado, mas a verdade da enunciação no que diz respeito a sua cota de verossimilhança.*”<sup>18</sup>

Ao seu lado, a usina *jurisprudencial* é outra fonte de ‘sentidos pré-fabricados’ pelo próprio Estado, neste caso via Poder Judiciário. Articula

14 LACAN, Jaques. *O seminário: mais, ainda...*, p. 122.

15 BUENO DE CARVALHO, Amilton. *O juiz e a jurisprudência...*, p. 9.

16 WARAT, Luis Alberto. *A ciência jurídica e seus dois maridos...*, p. 70.

17 STRECK, Lenio Luiz. “Quinze anos da Constituição – análise crítica da jurisdição constitucional e das possibilidades hermenêuticas de concretização dos direito fundamentais-sociais”. In: SCAFF, Fernando Facyru (Org.). *Constitucionalizando direitos: 15 anos de constituição brasileira de 1988*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 134: “Este processo estabelece-se a partir da prática de uma ‘metodologia didático-casuística’, que produz uma cultura estandardizada, dentro da qual o jurista vai trabalhar no seu dia a dia com soluções e conceitos lexicográficos (que são transformados em ‘categorias’, como se fossem ‘universais’, aptos ao exercício ‘dedutivo-subsuntivo’ do ‘intérprete’), recheando, desse modo, metafísicamente, suas petições, pareceres e sentenças com ementas (verbetes) jurisprudenciais - históricas e atemporais.” Ver também: STRECK, Lenio Luiz. *Verdade e Consenso*. São Paulo: Saraiva, 2012.

18 STRECK, Lenio Luiz. *Hermenêutica Jurídica e(m) Crise...*, p. 213-214.

Cunha que a doutrina e a jurisprudência, pois, “cumprem duas funções bem definidas. Primeiro redefinem o que é ou não crime e, em segundo lugar, servem de ‘mecanismo paliativo de desercargo’ do julgador. Passam a ser, então, ‘fábricas de argumentos retóricos’.”<sup>19</sup>

Ferrajoli reconhece, de seu turno, que em sendo preciso julgar, e não se tendo um Sistema Garantista (SG) ideal – proposta impossível, ademais –, os atores jurídicos e principalmente os juízes preenchem semanticamente o vazio dos ‘tipos penais’, utilizando-se, para tanto, da vastíssima gama de ‘Repertórios Jurisprudenciais’, os quais irão permitir escolhas arbitrárias e *ad hoc*: “Uma vez que um código é também uma espécie de dicionário da linguagem jurídica, composto por redefinições convencionais de termos extraídos da linguagem comum, os repertórios de jurisprudência produzidos anualmente pela atividade interpretativa dos tribunais podem ser concebidos como inesgotáveis compilações de redefinições judiciais das redefinições legais, dentre as quais os juízes escolhem, para fins de subsunção, as de sua preferência. É, ademais, inevitável que este enorme volume de redefinições produza em seu conjunto o efeito de aumentar, mais do que reduzir, o caráter polissêmico e redundante do vocabulário jurídico.”<sup>20</sup>

Com esta artimanha, o ‘Princípio da Legalidade Estrita’ resta fortemente abalado, dado que o que é proibido não está na lei, mas sim nas redefinições legais operadas, tal qual os ‘glosadores’, desde o *senso comum teórico* e escolhidas – com as implicações hermenêuticas e psicanalíticas –, como que numa vitrine, pelos juízes, na maioria das vezes em processos antidemocráticos e à despeito dos argumentos invocados pelas partes, como deixa evidenciado Ferrajoli no seguinte exemplo: “Precisamente, chamarei poder de denotação jurídica ou de interpretação da lei ao exercido pelo juiz ao denotar um sujeito fático (em nosso exemplo, ‘um beijo’), mediante um predicado legal apropriadamente redefinido por ele com termos de extensão determinada (‘são obscenos todos os beijos dados em público’); e poder de denotação fática ou de interpretação dos fatos ao exercício pelo juiz ao denotar com um predicado legal (‘obsceno’) um sujeito fático expressamente conotado por ele com os termos de extensão indeterminada usados na lei (‘Tício beijou Cássia obscenamente’). ‘Frequentemente, estas duas formas de denotação potestativa (e integra-

19 CUNHA, Rosa Maria Cardoso da. *O caráter retórico...*, p. 24.

20 FERRAJOLI, Luigi. *Direito e Razão...*, p. 103.

dora) são alternativas entre si, no sentido de que basta uma só delas para tornar possível a dedução jurídica, frustrando a reserva absoluta de lei: ou a integração da premissa jurídica, que permite a verificação empírica da premissa fática, ou a integração da premissa fática, que permite a verificação analítica da premissa jurídica.”<sup>21</sup>

Nesse processo de escolha/filiação, Bueno de Carvalho assinala que as ‘redefinições’ jurisprudenciais servem tanto para *emancipar* quanto para manter o *status quo*, especialmente se mantida a base hermenêutica objetificante própria da ‘Filosofia da Consciência’, e a troca de dogma, a lei pelo precedente jurisprudencial. E, ademais, em alguns casos, o ato simbólico de filiação ao Tribunal – o Pai – pode fazer com que (*in*)conscientemente se estabeleça uma relação de *subserviência, negação e reflexão democrática* entre os acórdãos do Tribunal-Pai e as sentenças do Juiz-Filho: “Há o juiz que está na infância (que pode perdurar para sempre). Aquele que tem o pai por ídolo, que tem apenas um sonho: agradar o pai. Mais: seu desejo quando ‘crescer’ é ser igual a ele. O número daqueles que permanecem na infância é importante. E qual a forma mais comum de agradar o pai? Aderir sua sapiência, reconhecer a inteligência dele. Seu saber é o que interessa. E como o saber do pai é expresso em acórdãos, seu continente é um: transcrever, sempre e sempre, a vontade-jurisprudência do seu superior. Então a melhor sentença, na visão daquele que assume a condição de pai (ou seja, quer que se lhe agrade), é aquela que mais copia acórdãos – os seus acórdãos preferentemente. (...) Mas nesta relação, outros parecem permanecer na adolescência: querem destruir o pai. Seu inimigo externo, sempre e sempre, é o tribunal. Tudo o que acontece na vida tem um culpado: o tribunal. (...) O número não é significativo. Outros, porém, parecem assumir a maturidade: o tribunal é apenas o tribunal! Tem defeitos, como também virtudes, como qualquer grupo humano. Dele emergem decisões preciosas que merecem ser seguidas e outras não. É composto de alguns competentes e outros não, uns sérios e outros não, uns trabalhadores e outros não. Ou seja, é composto de homens com toda a sua dimensão e como tais, e não como ‘pais’, devem ser vistos. Esse filho chega à real independência do tribunal e segue seu caminho para além da vontade ‘paterna’. Está disposto a ousar e a criar, quer o pai aplauda, quer não. (...) Evidente que este juiz, que é razoavelmente livre, causa mal-estar no tribunal que se julga pai. (...) Parece que não suporta que o filho cami-

21 FERRAJOLI, Luigi. *Direito e Razão...*, p. 104.

*nhe sozinho, enquanto o pai-democrata percebe que ganhou um parceiro da caminhada, um igual que contribui para o avanço do direito.”<sup>22</sup>*

Ainda que discordando de sua matriz da ‘Filosofia da Consciência’, cabe invocar a crítica de Maximiliano ao uso invariável da *jurisprudência* sem uma maior reflexão, geradora da alienação sobre o Direito, descarregados de responsabilidades, no vácuo paterno, lançados na *inautenticidade do ‘a gente’* (Heidegger): “Aos magistrados que acham meritório não ter as suas sentenças reformadas (prova apenas de subserviência intelectual) e seguem, por isso, de modo absoluto e exclusivo, a orientação ministrada pelos acórdãos dos tribunais superiores, Pessina recorda o verso de Horácio: os demasiado cautos e temerosos da procela não se alteiam ao prestígio, nem à glória: arrastam-se pela terra, como serpentes – serpit humi tutus nimium timidusque procelloe.”<sup>23</sup>

De sorte que a escolha das redefinições legais pode estar condicionadas também pela ‘preguiça mental’ denunciada por Maximiliano e ao desejo de agradar o Pai-Tribunal indicada por Bueno de Carvalho, dentre outras circunstâncias, além das condicionantes ‘criminológicas’, ‘midiáticas’ e do *inconsciente* do *um-juiz*, os quais funcionam como ‘mecanismos paliativos de desencargo’ (Miranda Coutinho) do peso do julgamento, crendo-se sempre que a determinação do conteúdo da decisão vem iluminada pelo *Outro*.

Cabe destacar que, como o ‘rebanho jurídico’ anda se *desgarrando* em demasia, gerando – dizem – ‘insegurança na aplicação do direito’, ganham corpo propostas como a edição de ‘súmulas vinculantes’ ou mesmo a aferição do número de decisões reformadas como índice de promoção na carreira, tudo para manietar o *um-juiz* emancipado do Tribunal e que incomoda. Tal qual um ‘programa de milhagem’, uma decisão confirmada renderia pontos, enquanto uma reformada, a perda, trocando-se, ao final, por uma promoção, o que, em tempos de ‘eficiência total’, mostra-se como uma proposta tanto mais sedutora quanto *fascista*. A eficiência estaria completa com a exclusão da carreira daqueles que não obtivessem um patamar de pontos.

Em face da crítica efetuada, a postura prevalente de interpretação, via método, colmatadora da ‘epistemologia’ herdada da *Modernidade*, não pode ser mais acolhida tranquilamente. Isto porque a visão da ‘Fi-

22 BUENO DE CARVALHO, Amilton. *O juiz e a jurisprudência...*, p. 10-11.

23 MAXIMILIANO, Carlos. *Hermenêutica e aplicação do direito...*, p. 183.

losofia da Consciência' atua com quadros mentais *paranoícos* (Cordero), atendendo a seguinte dinâmica: *objeto* – textos normativos – à frente, *método* nas mãos, o intérprete do *senso comum teórico dos juristas* tem a certeza de que ‘a norma lhe diz, ele descobriu’ ou então ‘ouviu a voz do Legislador, ele me disse’, o que, se ocorresse num *set terapêutico*, por certo seria enquadrado como *paranoia*. O juiz, nesse pensar, *sabe o que o Outro diz e quer dizer* com as normas jurídicas, num *delírio jurídico* que obtém aprovação e legitimidade universal. Dito de outra forma, super ego se fa(e)z carne pelo Verbo: o Real é possível para ele.

Esse quadro mental *paranoíco ad-hoc*<sup>24</sup> (ela, a paranoia, como uma das modalidades de *psicose*) pode apresentar, segundo Lacan<sup>25</sup>, como característica essencial a *foraclusão* do *Nome-do-Pai* no lugar do *Outro*, experimentando-se *delírios* de interpretação, numa regressão ao *narcisismo* e concentração no gozo do *Outro*. Próximo à *neurose* e diferente da *esquizofrenia*, o *paranoíco* é a aderência ao significante *Um*<sup>26</sup> (S1), o significante mestre do qual se encontra preso. Lacan aponta que o mecanismo está retido na *foraclusão* do *Nome-do-Pai*. Freud já havia afirmado que a *paranoia* decorre da recriminação à experiência de gozo que, ao ser recordada, traz consigo um *desprazer*. O significante do gozo, no ‘*neurótico obsessivo*’, é seguido por uma autorrecriminação que é *recalcada*, apresentando o *sintoma* primário da *escrupulosidade*, formando o casal gozo-culpa. É eternamente *culpado* pelo encontro com o gozo, substituído por outros na cadeia de *significantes*, mas mantendo, contudo, a *estrutura*. Aparece em consequência da representação no *Simbólico* da interdição primária, do trilhamento *edipiano*<sup>27</sup>. Já na *paranoia* não existe a recriminação, ou seja, não está inscrita a crença no *Nome-do-Pai*, retornando como uma alucinação sobre o sujeito, dado que preso sob o significante mestre é retido, não deslizando na cadeia de *significantes* e, então, o *foracluído* retorna ao *Real*. O desejo da mãe não é barrado, encontrando-se o sujeito alienado ao *significante*.

24 CASARA, Rubens. MELCHIOR, Antonio Pedro. *Teoria do Processo Penal Brasileiro*. V. 1. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2013, p. 83.

25 LACAN, Jacques. *O seminário: as psicoses...*

26 QUINET, Antonio. *O número um, o único...*, p. 11-25.

27 QUINET, Antonio. *O número um, o único...* p. 15: “É o que aparece com clareza quando colocamos a mãe no lugar do encontro com o sexo e o pai como representante da lei. Temos, por um lado, a estrutura edipiana do sintoma neuótico e, por outro, a articulação de dois significantes (a representação da experiência de gozo e a recriminação) que bastam logicamente para constituir a cadeia significante do inconsciente.”

Nesse lugar de Um, todos os demais significantes se referem a ele, tornando-se, como diz Quinet: “o centro do mundo, aquele a quem todos se dirigem e com o qual todos são hostis. (...) É nas relações com as pessoas que ele interpreta, delira. Em um ambiente hostil, querem persegui-lo. Muitas vezes sofre quieto, sem se queixar, só ruminando, até que, um dia, desenvolve um delírio.”<sup>28</sup> No imbricamento entre o foracluído e o Outro, surgem signos que são sinais do Outro, no qual o sujeito projeta o ideal, na crença de comprovar a certeza que lhe é pressuposta<sup>29</sup>.

Qualquer semelhança com o Processo Penal e o Sistema Inquisitório, pois, não é mera coincidência. O lugar do Juiz Inquisidor guarda características paranoicas por excelência; Vossa Excelência diz a verdade projetada desde antes e retida no *significante* mestre, por esse sujeito que se acredita único, tal qual Schreber. Com efeito, diz Quinet, “o paranoico que se acredita esse Um único pode querer encarnar o Outro para todos os outros – posição que o aproxima do canalha. Presunçoso, sabe o que é bom para os outros, como conduzi-los e como fazê-los gozar, seja do saber, seja da vida eterna ou do paraíso.”<sup>30</sup> Mas não adianta buscar salvá-lo da armadilha do aprisionamento do desejo, porque a ‘Instituição’ se apoderou de seu discurso e ele, como responsável por extirpar o mal da terra, encontra-se alienado<sup>31</sup>. Afirma Legendre: “O inquisitor realiza mecanicamente sua função, trazendo pela instituição uma Salvação; não é sensato zombar dele, pois ele não pode ouvir nem entender a crítica.”<sup>32</sup> Não é mais ele, mas o cumpridor de uma tarefa social importantíssima, tal qual Eichmann, cooptado pelo discurso (*nazista*) do *amor-ao-poder*. A adubação *Imaginária* é perfeita e útil, manipuladora da posição e da verdade daí resultante.

Logo, a pretensão de construir uma *ciência formal*, materializada pela dogmática jurídica e sua pretensão de uma hermenêutica unitária, desta feita, é arrostada pela intersecção pela *psicanálise*, desnudando a

28 QUINET, Antonio. *O número um, o único...* p. 17.

29 QUINET, Antonio. *O número um, o único...* p. 17: “A interpretação delirante estabelece a significação (‘querem me matar’) ainda suspenso no fenômeno inicial da autorreferência mórbida, no qual o sujeito é tomado de perplexidade diante do enigma desses sinais que vêm do Outro. A interpretação delirante (S2) restabelece a cadeia significante, partindo como efeito da foraclução do Nome-do-Pai, articulando-se ao S1 ao qual está fixado o sujeito – S1 que pode ter sido soprado por uma voz ou inventado por ele mesmo –, arrancando-o da perplexidade e jogando-o na certeza delirante.”

30 QUINET, Antonio. *O número um, o único...* p. 18.

31 SANTNER, ERIC L. *A Alemanha de Schreber...*, p. 8: “O paranoico e o ditador sofrem de uma doença do poder, que implica uma vontade patológica de sobrevivência exclusiva e uma disposição ou mesmo um impulso concomitantes de sacrificar o resto do mundo em nome dessa sobrevivência.”

32 LEGENDRE, Pierre. *O amor do censor...*, p. 28.

coprodução do *inconsciente* nesse inscrever. Quem ‘mexe as cordinhas’ sabe muito bem em que local colocar o Juiz, empurrando-o para este local *paranoico*. Debruçando-se sobre o lugar do Juiz no Processo Penal, Cordero já havia constatado este quadro: “*El inquisidor labora mientras quiere, trabajando en secreto sobre los animales que confiesan; concebida una hipótesis, sobre ella edifica cábala inductivas; la falta del debate contradictorio abre un portillo lógico al pensamiento paranoide; tramas alambicadas eclipsan los hechos. Dueño del tablero, dispone las piezas como le conviene: la inquisición es un mundo verbal semejando al onírico; tiempos, lugares, cosas, personas, acontecimientos fluctúan y se mueven en cuadros manipulables.* (...) *Juego peligroso, pues el escribiente redacta com libertad, selectivamente atento a sordo a los datos, según que convaliden o no la hipótesis; y siendo las palabras una materia plástica (los acusados las lanzan como torrentes), cualquier conclusión resulta posible; el estro poético desarrolla un sentimiento nascista de omnipotencia, el cual desaparece cualquier cautela de autocritica*”.<sup>33</sup>

No campo jurídico brasileiro, cuja estrutura propicia esse ‘*estado ad-hoc*’, os magistrados – de regra – incorporam a função da lei do *Outro* e têm a certeza dessa verdadeira missão, muitas vezes, de extirpar o ‘mal’ da terra, informados pelo discurso *positivista* e *neoliberal* reproduzido pela ‘Mídia’ da ‘Lei e Ordem’<sup>34</sup>. Sustenta Lacan: “*acreditam nisso para valer, ainda que através de uma consideração superior de seu dever de encarnar uma função na ordem do mundo, pela qual elas assumem bastante bem a imagem da vítima eleita.*”<sup>35</sup> Projetam-se no *ideal*, por mandato do *Outro* e têm a certeza de serem; o *Imaginário* é atravessado e aparece no *Real*, eles não têm a dúvida do sujeito *neurótico clivado*, eles são o *Um*, o *ideal* dos outros, impondo daí seu modelo, suas verdades, claro, como se deu com a falácia desenvolvimentista da *Modernidade* denunciada por Dussel. Dentro de sua *normalidade de fachada*, projeta-se no *outro*, não sendo raro condená-lo, diz Miranda Coutinho: “*A anormalidade, todavia, pode aparecer, como de fato aparece, quando alguém quer resolver seu problema pessoal projetando a solução na desgraça alheia, o que não é incomum em nossos dias.*”<sup>36</sup>

33 CORDERO, Franco. *Procedimento Penal*, v. 1..., p. 23.

34 CARVALHO, Salo de. *Pena e Garantias...*, p. 25: “O inquisidor, representante divino, é órgão de acusação e julgamento, figura sob a qual não podem pairar dubiedades, ou seja, trata-se de ente ‘semidivino’ cuja atividade não admite o dissenso, pois, em última análise, colocar-se-ia em dúvida a própria figura onipresente e perfeita do Todo Poderoso.”

35 LACAN, Jacques. *Escritos...*, p. 152.

36 MIRANDA COUTINHO, Jacinto Nelson de. *Efetividade do Processo Penal...*, p. 36.

De sorte que a estrutura ‘paranoica’, no Processo Penal, aparece sutilemente, eis que encoberta por *recursos retóricos ordenados*, tanto na assunção de uma *postura inquisitória na gestão da prova*, quanto na *interpretação* da conduta. Com efeito, nesse movimento de autorreferência, na instrução probatória tudo se refere a ele (Juiz Inquisidor)<sup>37</sup>, seja um olhar do acusado, uma palavra ambígua da testemunha, um olhar perdido, é tido como algo que *não aconteceu por acaso* e refere-se a ele, e aí.... e aí.... condena-se, manejando-se recursos retóricos. Afinal, o Juiz agindo por mandato do *Outro*, possui o poder formal de dizer a *verdade* no caso em julgamento. Mesmo que seja um ‘neurótico’, ‘obsessivo’, ‘esquizofrênico’ no mundo da vida extrajurídica (se é que é possível), pelo menos nesses dois momentos pode assumir uma postura *paranóica*, agravada se partidário de movimentos de recrudescimento da repressão, como ‘tolerância zero’, ‘Lei e Ordem’<sup>38</sup>.

Por isto é que alguns que se dão conta da situação não suportam o fardo, mudam de Vara. Legendre, sobre o *locus*, assevera: “*Nenhum jurista pode fazer nada quanto a isso e pouco importa que ele saiba; ele ocupa seu quadrado, seu jardim fechado, hortus conclusus, dizia de maneira excedente o texto medieval.*”<sup>39</sup> Seu silêncio, todavia, não muda a estrutura que, por omissão, acaba com ela compactuando. Ainda que se esteja nesse local-processual, existe uma tarefa inafastável de democratização do Processo Penal brasileiro que passa pela modificação da postura ‘paranoica’, agravada, ainda, pela contingência da exclusão social e os movimentos de recrudescimento penal que sobrecarregam o fardo do ‘paranoico-juiz’ na Defesa Social da sociedade. Mas talvez quando se tenha certeza de que se não está mais neste lugar paranóico, o ego tenha vencido, de vez.

### III. UMA LEITURA GARANTISTA DA DECISÃO PENAL

Rompendo-se com a postura *paranoica* e desde o modelo de tripla inferência proposto pelo Sistema Garantista (SG), a primeira etapa do ra-

37 CORDERO, Franco. *Guida alla procedura penale...*, p. 52: “All'economia verbale tipica del formalismo agonistico accusatorio l'inquisizione oppone parole a diluvio: inevitabile qualche effetto ipnotico-vertiginoso-alucinatorio; fatti, tempi, nessi, svaniscono nel caleidoscopio parlato; nessun processo finirebbe mai se chi lo ordisce a un dato punto tagliasse il filo; e lo fa quando voglia, preché h谩 mano libera.”

38 CORDERO, Franco. *Procedimiento Penal*, v. 1..., p. 22-23: “Provisto de instrumentos virtualmente irresistibles, el inquisidor tortura a los pacientes como quiere; dentro de su marco cultural pesimista el animal humano nace culpable; estando corrompido el mundo, basta excavar en un punto cuallquiera para que aflore el mal. Este axioma elimina todo escr锚ulo en la investigació.”

39 LEGENDRE, Pierre. *O amor do censor...*, 35

ciocínio jurídico tendente à sentença é composto pela verificação empírica da acusação, em procedimento contraditório, no qual as ‘garantias penais’ e ‘processuais’ estejam satisfeitas, postando-se, ademais, o juiz como árbitro – sistema acusatório – na ‘gestão da prova’ e não como seu produtor<sup>40</sup>.

Invocando a contribuição de Hume<sup>41</sup> e Popper<sup>42</sup>, Ferrajoli irá apontar que no momento da ‘inferência indutiva’, probatória, a ser construída no decorrer da instrução processual, sem que se saiba de antemão, como acontece na dedução, a veracidade da premissa. A conclusão, portanto, é apenas uma das hipóteses explicativas possíveis, decorrentes de um procedimento jurisdicionalizado e, desta feita, diferente do científico em geral, balizado por restrições, limites e tempo. Porém, caso o raciocínio jurídico se apodere de um ‘indutivismo ingênuo’, advindo de generalizações causais, a conclusão das premissas é *mascarada*. Na lógica da causa-efeito, nem sempre o efeito decorre da mesma causa, deslegitimando, assim, as generalizações universais. A singularidade do caso, especialmente o conteúdo probatório, é que pode gerar hipóteses mais ou menos comprováveis, rejeitando-se a *causalidade extrema* entre as hipóteses de fato e as conclusões, como se verifica, por exemplo, na ‘presunção’ jurisprudencialmente construída de que ‘*quem está com o produto do furto, presume-se o seu autor*’; para além da ingenuidade<sup>43</sup>, essa verdadeira ‘inversão do ônus da prova’, como se costuma afirmar, fere de morte a lógica do Processo Penal democrático. Toda conduta resta sub-repticiamente escamoteada – satisfazendo-se, em regra, o acusador, o defensor e o juiz com essa ‘presunção’ *inconstitucional* –, acolhida, é certo, pelo manancial jurisprudencial editado pelo *sensu cum teórico* e pela ignorância dos atores jurídicos.

40 LOPES JR, Aury. *Sistemas de investigação preliminar no processo penal*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003, p. 165-167; PRADO, Geraldo. *Límite às interceptações telefônicas e a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005, p. 54-57.

41 FERRAJOLI, Luigi. *Direito e Razão...*, p. 105: “Os acontecimentos, como demonstrou Hume, não seguem necessariamente um a outro e, portanto, não é possível ‘demonstrar’ sua conexão causal, mas simplesmente sustentá-la como plausível, graças a generalizações idôneas baseadas na experiência passada.”

42 FERRAJOLI, Luigi. *Direito e Razão...*, p. 108-109.

43 SANTO AGOSTINHO. *Confissões*. Trad. J. Oliveira Santos. São Paulo: Martin Claret, 2002, p. 130-131: “Alípio, pois, passeava diante do tribunal, sozinho, com as tábua e o estilete, quando um jovem estudante, o verdadeiro ladrão, levando escondido um machado, sem que Alípio o percebesse, entrou pelas grades que rodeiam a rua dos banqueiros, e se pôs a cortar o seu chumbo. Ao ruído dos golpes, os banqueiros que estavam embaixo alvorçaram-se, e chamaram gente para prender o ladrão, fosse quem fosse. Mas este, ouvindo o vozerio, fugiu depressa, abandonando o machado para não ser preso com ele. Ora, Alípio, que não o vira entrar, viu sair e fugir precipitadamente. Curioso, porém, saber a causa, entrou no lugar. Encontrou o machado e se pôs, admirado, a examiná-lo. Bem nessa hora chegam os guardas dos banqueiros, e o surpreendem sozinho, empunhando o machado, a cujos golpes, alarmados, haviam acudido. Prendem-no, levam-no, e gloriam-se diante dos inquilinos do fato por ter apanhado o ladrão em flagrante, e já o iam entregar aos rigores da justiça.”

A *inferência indutiva*, pois, primeira etapa do raciocínio garantista, demanda que a acusação seja clara em relação à conduta imputada, isto é, que descreva uma hipótese – uma pretensão de validade – a ser comprovada durante a instrução processual<sup>44</sup>. Carvalho e Wunderlich discorrem: “É básico afirmarmos que no Estado Constitucional Democrático de Direito o indivíduo tem o direito público subjetivo de responder à acusação estatal com todas as garantias inerentes à sua defesa. O direito de defesa ampla e a submissão dos atos e fórmulas processuais ao princípio do contraditório dão o norte ao processo penal constitucional. Nessa senda, o exercício da defesa a partir da formulação de uma acusação explícita é o corolário dos princípios da ampla defesa e do contraditório. É possível sustentar, ainda, que as denúncias genéricas, fundadas em estruturas multitudinárias, indicam clara opção por modelos de responsabilidade penal objetiva ao não especificar condutas, autoria e formas de participação, postulando condenação simplesmente pelo dano produzido. (...) No Estado Constitucional Democrático de Direito, instrumentalizado processualmente em matéria processual penal pelo sistema acusatório, a acusação deve sempre atender aos requisitos legais e constitucionais. Resta, à evidência, que a individualização de condutas configura-se elemento essencial a qualquer iniciativa na apuração da responsabilidade criminal.”<sup>45</sup>

Com a pretensão de validade acusatória exposta individualmente é possível dar início ao processo, abrindo-se espaço para, em igualdade de condições<sup>46</sup>, produzir-se os *significantes probatórios*. Essa igualdade de condições efetiva preconiza que desde o início do processo as partes participem e fiscalizem os atos judiciais, inclusive o interrogatório que, até a edição da Lei n. 10.792/2003, era tido por alguns ainda como ‘ato privativo do ‘juiz inquisidor’, e se acrescenta, com Bueno de Carvalho: “Juízes, Hipócritas”<sup>47</sup>.

Em face dos *significantes probatórios* lançados diante da pretensão de verdade contida na acusação, o *um-juiz* poderá verificar a ocorrência

44 BOSCHI, José Antonio Paganella. **Ação Penal**. Rio de Janeiro: Aide, 1997, p. 90: “O texto da denúncia, por isso, deve ser claro, preciso, categórico e de tal modo explícito que, mesmo à rápida leitura, seja possível a identificação de todos os contornos da acusação.”

45 CARVALHO, Salo de; WUNDERLICH, Alexandre. “Criminalidade Econômica e Denúncia Genérica: uma prática inquisitiva”. In: BONATO, Gilson. **Garantias Constitucionais e Processo Penal**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002, p. 203-222.

46 BONATO, Gilson. “Por um efetivo ‘Devido Processo Penal’”. In: BONATO, Gilson (Org.). **Direito Penal e Processual Penal: uma visão garantista**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2001, p. 129-132.

47 BUENO DE CARVALHO, Amilton. “Nós, Juízes, Inquisidores (ou da não presença do advogado no interrogatório)”. In: BONATO, Gilson (Org.). **Direito Penal e Processual Penal: uma visão garantista**. Rio de Janeiro: Lumen Juris. 2001, p. 1-11.

ou não da hipótese acusatória, sendo-lhe vedado, ademais, *redefinir* a acusação, porque as disposições contidas no art. 384 do CPP, por violarem a separação entre os órgãos de acusação e julgamento, não são democráticas: “*Dai o valor da separação, segundo o esquema triangular, entre acusação, defesa e juiz: se a acusação tem o ônus de descobrir hipóteses e provas e a defesa tem o direito de contraditar com contra-hipóteses de contraprovas, o juiz, cujos hábitos profissionais são a imparcialidade e a dúvida, tem a tarefa de ensaiar todas as hipóteses, aceitando a acusatória só se estiver provada e não a aceitando, conforme o critério pragmático do favor rei, não só se resultar desmentida, mas também se não forem desmentidas todas as hipóteses em conflito com ela.*”<sup>48</sup>

Este será, portanto, o momento da ‘inferência dedutiva’, segunda etapa da epistemologia garantista. A partir da conduta comprovada *indutiva* e *democraticamente*, conforme as regras do jogo, pode-se proceder à verificação de sua pertinência *dedutiva*, com as *manhas* e *redefinições* próprias, antes delineadas. Por isso é que sem uma discussão séria das possibilidades e limites *epistemológicos*, em suma, do que se constitui em ‘verdade’, o jogo processual resta entregue ao (des)enlace *Metafísico*, abrindo espaço para adoção, mesmo *inconsciente* e em Estados (ditos) Democráticos de Direito, de práticas *antigarantistas*.

É que apesar de maneira elegante – e, às vezes, cínica –, defender-se, no discurso *consciente*, o respeito pelas *garantias penais e processuais* necessárias à legitimidade da sanção, a existência normativa adversa descarrilha a interpretação dos ferrenhos legalistas, dos ‘Trumans’. Sofrem do que se apontou como sendo ‘Complexo de Prazo de Validade’, uma vez que: “*O positivista ferrenho vai ao Supermercado e confere – na forma da lei – os prazos de validade e somente consome o produto até o dia fatídico, ou seja, se o prazo de validade é hoje, somente pode consumir até às 24:00 horas; às 00.01 o produto está fora do prazo de validade e, portanto, inservível ao consumo. Para este, no exato minuto que se transpõe o dia, as bactérias, em Assembleia Geral Ordinária – adrede convocada – decidiram, à unanimidade, avançar (estragar) sobre o produto. O prazo fatal é 24:00hs. Somente rindo ! E o pior é que essa ingenuidade mesclada com astúcia é reproduzida pelo senso comum teórico dos juristas.*”<sup>49</sup>

48 FERRAJOLI, Luigi. *Direito e Razão...*, p. 122.

49 MORAIS DA ROSA, Alexandre. *Amante Virtual...*, p. 73-74.

Condicionado pela interpretação rasteira, o *leguleio* acredita que a lei, palavra do Senhor – *Outro* – é capaz de, por si só, modificar a realidade, ou melhor, ‘é’ a realidade. Falta capacidade para pensar, refletir, criticar. Tiveram absoluta razão os militares, no seu projeto de aferrolhamento, ao retirar a *Filosofia* das grades curriculares. As sementes plantadas por eles, estão, pois, servindo às finalidades de sua semeadura: alienação e manutenção do *status quo*<sup>50</sup>.

Domingues<sup>51</sup>, referindo-se à abordagem estrutural do Texto Filosófico, indica os perigos na interpretação, as quais se aplicam ao caso jurídico. O primeiro é o da ‘certeza ingênua’, o ‘achologismo’, no qual o sujeito acredita, tem certeza de sua opinião (eu acho) e pronto, sem maiores cuidados. O perigo do juiz é que, de tanto julgar, acredita ser o senhor da verdade, o ‘Cavaleiro da Fé Jurídica’, tal qual ‘Dom Quixote’ que, de tanto ler romances de cavalaria, acreditou ser ele mesmo um ‘cavaleiro andante’ – personagens imaginários com que se identificou – e passou o resto de sua vida, com seu fiel escudeiro (*Sancho Pança*), na busca de novas aventuras, perigos, inimigos imaginários e moinhos de vento. De outra face, e mais temerário de todos, é o do sujeito estúpido e ignorante, decorrente de uma anemia de leitura e teórica, defasado filosoficamente, que acredita ser Sócrates um ex-jogador de futebol; Pascal um programa de computador; a ‘alegoria da caverna de Platão’, uma fantasia de escola de samba; Canotilho material para, juntamente com a miçanga, fixar lantejoula em roupas; Barata, animal doméstico de hábitos noturnos; *Fórum* o nome de uma grife de roupas. Há, por fim, o mais comum, o perigo daquele que ao início de um livro mais denso o fecha por acreditar ser a leitura muito difícil (ou mesmo por preguiça mental), procurando a salvação numa jurisprudência ou num doutrinador abalizado, reconhecido pelo ‘Monastério dos Sábios’. Afinal, se o mundo é o da ‘eficiência’ e de não ter decisões reformadas pelo Tribunal-Pai, para que pensar?

Desprovido de controle de constitucionalidade – oxigenação constitucional –, a ser efetivada pelos atores jurídicos, os quais repetem as regras, numa hermenêutica à ‘boca da lei’, somente por serem editadas formalmente, o resultado do processo de atribuição de sentido de feição *decisista* transita em julgado e, no dizer de Warat, *a paternidade legitima e faz coisa julgada*. E as vítimas continuam pagando o preço, cumprindo pena.

50 MIRANDA COUTINHO, Jacinto Nelson de. *Sonhocídio*: Estragos Neoliberais nos Ensino do Direito ou ‘La Busqueda del Banquete Perdido’ como diria Enrique Marí..., p. 97-108, 2003.

51 DOMINGUES, Ivan. “A abordagem estrutural do texto filosófico”. In: DOMINGUES, Ivan; MARI, Hugo; PINTO, Julio. *Estruturalismo: memória e repercussões*. Rio de Janeiro: Diadorm, 1996. p. 137-152.

Por outro ângulo, a construção de uma ‘liberdade de escolha’, fulcrada no ‘livre-arbítrio’, encontra condicionantes *inconscientes* inexprimíveis no *Simbólico*. O padrão de normalidade da conduta, do poder agir de maneira diversa, mesmo se adotada a “dirigibilidade normativa” de Roxin<sup>52</sup>, traz consigo uma construção impossível de ser aceita, salvo ao preço de muita retórica. O julgamento, aqui também, é da ordem subjetiva, cheia de jogos e manhas, salvo se adotado o ‘encurtamento conceitual’ de Ferrajoli, no sentido de que a *culpabilidade*: “Assim, fica solidamente redimensionada a máxima cognitivista, formulada já há cinco séculos por Brian e retomada por Beccaria, da impenetrabilidade e não processabilidade de pensamentos e intenções. A culpabilidade não é nem um pensamento nem um mero aspecto interno da pessoa, como pretendem as orientações puramente subjetivistas, senão um elemento do fato, isto é, uma **conditio sine qua non** do mesmo, fundada, mais do que em razões éticas ou utilitaristas, na estrutura lógica da proibição, que implica a possibilidade material de realização ou omissão da ação, imputáveis, ambas, à intenção de um sujeito. Como tal, aquela é constatável, empiricamente, por meio de procedimentos indutivos, não distintos, em princípio, dos que permitem comprovar o chamado ‘elemento objetivo’.”<sup>53</sup>

Assim, o ‘encurtamento garantista da culpabilidade’ deve ser visto de maneira que se não perquira o interior do agente, mas tão somente a exterioridade da conduta: “Conclui-se, pois, que o livre-arbítrio, ou a possibilidade alética segundo Ferrajoli, entendido como pressuposto normativo da culpabilidade, corresponde ao atuar, mas nunca ao ser do autor. Como consequência, impede que se utilize a culpabilidade como atributo (adjetivo) da pessoa, mas apenas como uma relação de comportamento. Logo, exemplifica Ferrajoli que é inadmissível advogar que ‘A é culpado’, mas tão somente que ‘A é culpado de uma ação’, pois a exterioridade da pessoa não deve interessar ao Direito Penal mais do que para deduzir o grau de culpabilidade de suas ações.”<sup>54</sup> Somente isso pode ser perquirido, resultando que a *culpabilidade* em face da conduta deve se circunscrever à possibilidade de agir de modo diverso, conforme a norma, mas não de forma a aumentar a pena base. É que a *culpabilidade* é condição para a

52 ROXIN, Claus. **Derecho penal**. Trad. Diego-Manuel Luzón Pená. Madrid: Civitas, 1997, p. 792-793: “El sujeto actúa culpablemente cuando realiza un injusto jurídico penal pese a que (todavía) le podía alcanzar el efecto de llamada de atención de la norma en la situación concreta y poseía una capacidad suficiente de autocontrol, de modo que ele era psíquicamente asequible una alternativa de conducta conforme a Derecho.”

53 FERRAJOLI, Luigi. **Direito e Razão...**, p. 401.

54 BUENO DE CARVALHO, Amilton Bueno de; CARVALHO, Salo de. **Aplicação da pena...**, p. 40.

imposição da sanção, caso contrário há exculpante, constituindo-se, pois, em *bis in idem* a sua sobreposição na configuração do tipo e na aplicação da pena. Por isso, é ilegal a majoração da pena base diante da *culpabilidade* com o adjetivo que quiser, retoricamente, dar-se: *exasperada, forte, acima da média...*

No terceiro momento do Sistema Garantista (SG), o da inferência prática, dirigida ao *mundo da vida*, é preciso que os atores jurídicos e, em especial, o *um-juiz*, dê-se conta de que sua decisão gera efeitos inexoráveis aos envolvidos (acusado, vítima, etc.). Não é uma atividade lúdica, nem desprovida de uma função na estrutura social, como exaustivamente se deixou assentado<sup>55</sup>. Daí é que, comprovada a autoria e materialidade da infração, bem como os pressupostos para aplicação de sanção, reabre-se na aplicação da pena um momento especial de invocação do *garantismo* e da atuação emancipatória, como aponta Bueno de Carvalho: “Finalmente, além de conhecer a si próprio, a situação em litígio e o todo social, deve, a partir daí, decidir com um pé na utopia. Sentenciar com a perspectiva do amanhã, com a possibilidade transformadora na diretiva da utópica vida com dignidade para todos. E propor o ainda não, mas que pode vir a ser. Decidir com os olhos no futuro e não no passado, como se as coisas não se alterassem. É fazer parte ativa na construção de novo modelo social.”<sup>56</sup>

Isso porque pela construção efetivada, o fundamento da pena é *agnóstico*, como indica Carvalho, sendo antidemocrática qualquer pretensão de reforma interior ou moral do condenado<sup>57</sup>, na linha *fascista* da ‘Defesa Social’. A *secularização* antes indicada impede a análise incontrolável, por *infalsificável*, da subjetividade do agente. A atuação constitucionalizada do Poder Estatal é a de aplicar *isonomicamente* a pena, independentemente de critérios subjetivos e incontrolados, tudo de maneira fundamentada e *falsificável*. Todavia, remanesce a aplicação dedutiva do Código Penal (arts. 32-99), sem que se dê a verdadeira dimensão ao processo de *secularização* nessa etapa processual. Con-

55 STEIN, Ernildo. *Epistemologia e crítica da modernidade...*, p. 44: “Vamos entender que o direito não é simplesmente um processo em que o juiz subsume um caso particular numa espécie de princípio universal. Vamos começar a perceber que este princípio, do qual tanto se faz uso no direito – da subsunção –, é um caso concreto, (...) faz parte de um mundo comum, de onde a lei emerge e de onde o juiz, de certo modo, retira os critérios últimos para aplicar a lei a um caso. Quer dizer, começamos a perceber em todos os campos das ciências humanas esta questão do mundo vivido.”

56 BUENO DE CARVALHO, Amilton. *O juiz e a jurisprudência...*, p. 8.

57 FERRAJOLI, Luigi. *Direito e Razão...*, p. 33: “Disso resulta excluída, ademais, toda função ética ou pedagógica da pena, concebida como aflição taxativa e abstratamente preestabelecida pela lei, que não pode ser alterada com tratamentos diferenciados do tipo terapêutico ou correcional.”

sabido, também, que a aplicação da pena se procede em três etapas distintas, nos termos do art. 68 do Código Penal, primeiro com a fixação da pena base, depois, as *agravantes* e *atenuantes* e, ao fim, as *causas especiais de aumento e diminuição*.

#### IV. CONCLUSÃO

Embora não seja acolhido na sua integridade, nem blindado de críticas, o modelo garantista, dos três momentos de inferências, desde que superada a noção hermenêutica da Filosofia da Consciência, pode se mostrar como um sendero na democratização do processo decisório no campo do processo penal. É verdade que não se pode apostar todas as fichas no modelo analítico, consoante proposto, dado que a linguagem, suas manhas e artimanhas, no campo da articulação dos discurso, por certo, roubam a cena. De qualquer sorte, a superação do modelo selvagem de subsunção da premissa maior e da premissa menor, ainda prevalecente, demanda crítica feroz, dado que desliza em imaginário e promove o caos hermenêutico do modelo decisório brasileiro. É uma aposta. O tempo dirá. ♦♦

#### V. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BONATO, Gilson. "Por um efetivo 'Devido Processo Penal'". In: BO-NATO, Gilson (Org.). **Direito Penal e Processual Penal: uma visão garantista**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2001, p. 129-132.

BOSCHI, José Antonio Paganella. **Ação Penal**. Rio de Janeiro: Aide, 1997.

BUENO DE CARVALHO, Amilton. "O juiz e a jurisprudência: um desabafo crítico". In: BONATO, Gilson (Org.). **Garantias Constitucionais e Processo Penal**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002.

BUENO DE CARVALHO, Amilton. "Nós, Juízes, Inquisidores (ou da não-presença do advogado no interrogatório)". In: BONATO, Gilson (Org.). **Direito Penal e Processual Penal: uma visão garantista**. Rio de Janeiro: Lumen Juris. 2001, p. 1-11.

BUENO DE CARVALHO, Amilton; CARVALHO, Salo de. **Aplicação da pena e garantismo**. Rio de Janeiro: Lumen Juris. 2001.

CARVALHO, Salo de; WUNDERLICH, Alexandre. "Criminalidade Econômica e Denúncia Genérica: uma prática inquisitiva". In: BONATO, Gilson. **Garantias Constitucionais e Processo Penal**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002, p. 203-222.

CASARA, Rubens. MELCHIOR, Antonio Pedro. **Teoria do Processo Penal Brasileiro**. V. 1. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2013, p. 83.

CORDERO, Franco. **Procedimento Penal**. Trad. Jorge Guerrero. Santa Fé de Bogotá: Temis, 2000. V. 1 e 2.

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

CUNHA, Rosa Maria Cardoso da. **O caráter retórico do Princípio da Legalidade**. Porto Alegre: Síntese, 1979.

DOMINGUES, Ivan. "A abordagem estrutural do texto filosófico". In: DOMINGUES, Ivan; MARI, Hugo; PINTO, Julio. **Estruturalismo: memória e repercussões**. Rio de Janeiro: Diadorim, 1996. p. 137-152.

DUSSEL, Enrique. **Hacia una Filosofia Política Crítica**. Bilbao: Desclee, 2001.

FERRAJOLI, Luigi. **Direito e Razão**: teoria do garantismo penal. Trad. Ana Paula Zomer et alii. São Paulo: RT, 2002.

LACAN, Jacques. **O seminário**: o avesso da psicanálise. Trad. Ari Roitman. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 1992. (Livro 17).

LACAN, Jaques. **O seminário**: mais, ainda. Trad. M. D. Magno. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 1985. (Livro 20).

LACAN, Jacques. **O seminário**: as psicoses. Trad. Aluisio Menezes. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2002. (Livro 3)

LACAN, Jacques. **Escritos**. Trad. Vera Ribeiro. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 1998.

LEGENDRE, Pierre. **O amor do censor**. Trad. Aluísio Menezes. Rio de Janeiro: Forense, 1983.

LOPES JR, Aury. **Sistemas de investigação preliminar no processo penal**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003.

MAXIMILIANO, Carlos. **Hermenêutica e aplicação do direito**. Rio de Janeiro: Forense, 1998

MIRANDA COUTINHO, Jacinto Nelson de. "Efetividade do Processo Penal e Golpe de Cena: Um problema às reformas processuais" In: **JURIS-POIESIS – Revista Jurídica dos Cursos de Direito da Universidade Estácio de Sá**. Rio de Janeiro, ano 4, n. 5, p. 31-36, 2002.

MIRANDA COUTINHO, Jacinto Nelson de. "Sonhocídio: Estragos Neoliberais no Ensino do Direito ou 'La Busqueda del Banquete Perdido' como diria Enrique Marí." In: **Em busca dos Direitos Perdidos – Revista do Instituto de Hermenêutica Jurídica**, Porto Alegre, v. 1, n. 1, p. 97-108, 2003.

MORAIS DA ROSA, Alexandre. **Amante Virtual: (In)consequências no Direito de Família e Penal.** Florianópolis: Habitus, 2001.

MORAIS DA ROSA, Alexandre. **Guia Compacto do Processo Penal conforme a Teoria dos Jogos.** Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2014.

MORAIS DA ROSA, Alexandre. **Decisão Penal: a bricolage de significantes.** Rio de Janeiro; Lumen Juris, 2005.

PRADO, Geraldo. **Limite às interceptações telefônicas e a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça.** Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.

QUINET, Antonio. "O número um, o único". In: QUINET, Antonio. **Na mira do Outro: a paranóia e seus fenômenos.** Rio de Janeiro: Rio Ambicioso, 2002. p. 11-25.

ROXIN, Claus. **Derecho penal.** Trad. Diego-Manuel Luzón Penã. Madrid: Civitas, 1997.

SANTNER, Eric L. **A Alemanha de Schreber.**

SANTO AGOSTINHO. **Confissões.** Trad. J. Oliveira Santos. São Paulo: Martin Claret, 2002

STEIN, Ernildo. **Epistemologia e crítica da modernidade.** Ijuí: Unijuí, 1991.

STRECK, Lenio Luiz. "Quinze anos da Constituição – análise crítica da jurisdição constitucional e das possibilidades hermenêuticas de concretização dos direito fundamentais-sociais." In: SCAFF, Fernando Facury (Org.). **Constitucionalizando direitos: 15 anos de constituição brasileira de 1988.** Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 134.

STRECK, Lenio Luiz. **Verdade e Consenso.** São Paulo: Saraiva, 2012.

STRECK, Lenio Luiz. **Hermenêutica Jurídica e(m) Crise.** Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012.

WARAT, Luis Alberto. "Apresentação fora das rotinas" In: MORAIS DA ROSA, Alexandre. **Garantismo Jurídico e Controle de Constitucionalidade Material.** Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005, p. XV.

WARAT, Luis Alberto. **O Direito e sua linguagem.** Porto Alegre: Sérgio Fabris, 1984.

WARAT, Luis Alberto. **Introdução Geral ao Direito:** a epistemologia jurídica da modernidade. Trad. José Luís Bolzan de Moraes. Porto Alegre: Sérgio Fabris, 1995.

WARAT, Luis Alberto. **A ciência jurídica e seus dois maridos.** Santa Cruz do Sul: EDUNISC, 2000.

# Ambiguidade, Multidimensionalidade e Disputas nas Manifestações do Brasil

**Carol Proner**

*Doutora em Direito, professora de Direito Internacional e Direitos Humanos da UFRJ, diretora do Master en Derechos Humanos, Interculturalidad y Desarrollo UPO-UNIA, Sevilha-ES.*

## I. A AMBIGUIDADE DOS PROTESTOS MULTIDIMENSIONAIS

As manifestações que tomaram as ruas das grandes cidades brasileiras a partir de junho de 2013 e que prometem se intensificar em 2014 ainda surpreendem e causam perplexidade. Os protestos ou Jornadas de Junho, como têm sido chamados, surgiram para contestar aumentos nas tarifas de transporte público nas principais cidades do país.<sup>1</sup> Embora tenham histórico muito anterior a 2013, as reivindicações por redução de tarifas eclodiram no mês de junho, levando às ruas milhares de pessoas que passaram a contestar também outras pautas.

Até os dias de hoje os reais objetivos das manifestações, os protagonistas e os sentidos dos protestos e seu futuro continuam sendo de difícil análise. Não há consenso entre intelectuais, jornalistas e políticos sobre se foi um momento pontual, até que ponto foi espontâneo, etc., mas há consenso sobre sua importância como prenúncio de transformação da sociedade brasileira.

Em um livro que discute a “geração AI-5” e os movimento de Maio de 68 na França (**Duas revoluções intransitivas**, editora Argumento, 2004), Luciano Martins delineia algumas características recorrentes aos

<sup>1</sup> Principais manifestações em São Paulo, Rio de Janeiro, Vitória, Fortaleza, Manaus, Natal, Recife, Maceió, Curitiba, Belo Horizonte, Brasília e Porto Alegre.

movimentos de protesto, destacando a inerente natureza premonitória que vai mais além da capacidade de transformação imediata. Mesmo tratando-se do movimento Maio de 68, e sabendo que compará-lo aos protestos no Brasil de hoje seria absolutamente inadequado, o autor apresenta elementos de caráter geral que podem servir para a reflexão sobre as manifestações que aconteceram no Brasil em 2013.

Afirma, por exemplo, que os protestos guardam em si diferentes tempos históricos, sendo efêmeros ao mesmo tempo em que são capazes de indicar tendências para além do aqui e agora, assinalando tempos de transformação.

Inquietam justamente por essa ambiguidade dramática de apontarem para situações de horizonte que nem sempre são compreendidas, pois encerram novos conteúdos sociais e formas de comportamento inéditas. São ao mesmo tempo prematuros e atuais, contêm proposições utópicas e não conseguem converter-se propriamente numa estratégia política (MARTINS, L., *Op. cit.*, p.126).

Os protestos partem de inconformismos e do estranhamento dos que se rebelam em relação à sociedade, e, como tal, têm o potencial de desnudar problemáticas desta mesma sociedade e de visibilizar as fissuras e contradições que vão mais além das causas deflagradoras. Por vezes, como em Maio de 68, as manifestações são capazes de apontar para novas e paradigmáticas realidades sociais e denotar causas políticas e econômicas capazes de conduzir a uma dinâmica de transformação mais adiante.

O inconformismo presente nos protestos não é meramente reativo, mas crítico e propositivo, embora com limitada capacidade de transformação. Conforme ressalta Martins, é dessa ambiguidade que o protesto extrai a força maior, a grande capacidade propositiva; porém, essa é também sua principal limitação: a reduzida capacidade imediata de transformação.

No Brasil, as manifestações não são exceção à regra da ambiguidade, assim como também possuem a característica multidimensional que é comum a esse tipo de movimento e que agrava ainda mais a ambiguidade inerente: a multiplicidade de alvos simultaneamente questionados e a (baixa) profundidade da crítica pelo protesto (característica horizontal e vertical presente nesses movimentos).

Os manifestantes, para além das pautas deflagradoras relacionadas com a questão específica do reajuste de tarifas do transporte público, passaram a multiplicar os focos de crítica.

As manifestações passaram a ter outro caráter e temáticas associadas à PEC 37/2011<sup>2</sup> e à PEC 33/2011<sup>3</sup>, ao Projeto apelidado de “cura gay”,<sup>4</sup> ao projeto do Ato Médico<sup>5</sup>, aos gastos com a Copa das Confederações e à subordinação das autoridades brasileiras à FIFA, gastos com a Copa do Mundo e também a pautas transversais e difusas como o “fim da corrupção”.

A convocação das manifestações, assim como tem sido comum em outras parte do mundo, foi feita maciçamente por meio de redes sociais, bem como a discussão das novas pautas utilizou-se da Internet como “lugar” de encontro.<sup>6</sup>

Em 17 junho de 2013, ainda no início dos protestos, um vídeo intitulado “Anonymous Brasil – As 5 causas!”, de autoria do coletivo Anonymous,<sup>7</sup> é lançado na Internet anunciando haver cinco motivos consensuais para as manifestações: a rejeição ao PEC 37/2011; a renúncia de Renan Calheiros da presidência do Senado Federal<sup>8</sup>; as investigações e a punição de irregularidades nas obras da Copa do Mundo; a lei que torna corrupção crime hediondo<sup>9</sup> e a PEC 130/2007, que revoga dispositivos que garantem a prerrogativa de “foro privilegiado” para autoridades.<sup>10</sup> O vídeo contou com mais de um milhão de acessos em menos de 24 horas na Internet.

2 Apresentação da Proposta de Emenda à Constituição (PEC 37/2011), pelos Deputados Lourival Mendes (PTdoB-MA) e outros, que: “Acrecenta o § 10 ao Art. 144 da Constituição Federal para definir a competência para a investigação criminal pelas polícias federal e civis dos Estados e do Distrito Federal”. A emenda foi arquivada.

3 Apresentação da Proposta de Emenda à Constituição (PEC 33/2011) pelos Deputados Nazareno Fontes (PT-PI) e outros que: “Altera a quantidade mínima de votos de membros de tribunais para declaração de constitucionalidade de leis; condiciona o efeito vinculante de súmulas aprovadas pelo Supremo Tribunal Federal à aprovação pelo Poder Legislativo e submete ao Congresso Nacional a decisão sobre a constitucionalidade de Emendas à Constituição”. Atualmente na Comissão de Constituição e Justiça e de Cidadania. Proposição sujeita à Apreciação do Plenário Regime de Tramitação: Especial.

4 O Projeto de Decreto Legislativo do deputado federal João Campos (PSDB-GO), protocolado na Câmara em 2011 propunha suprimir a resolução do Conselho Federal de Psicologia que entendia a homossexualidade uma variação natural da sexualidade humana, e que não poderia ser considerada como condição patológica. O Projeto, que tinha sido aprovado na Comissão de Direitos Humanos da Câmara, foi arquivado em votação simbólica pelos Deputados.

5 Projeto de lei que estabelece quais atos ou procedimentos serão privativos de médicos, quais serão compartilhados com outros profissionais de saúde e quais serão exclusivos desses outros profissionais. O texto proposto suscitou debates sobre as competências de cada categoria profissional. O projeto foi aprovado pelo Senado em 18/06/2013 e sancionado pela Presidenta Dilma.

6 Segundo a pesquisa IBOPE/jun2013, 38% dos manifestantes foram às passeatas para protestar por melhorias no serviço de transporte público. Para 30%, a maior motivação foi de natureza política, como o combate à corrupção. Cerca de 12% manifestaram em defesa dos serviços públicos de saúde; 6%, contra a PEC 37; 5%, contra os gastos com a Copa do Mundo; e outros 5% por mais investimentos em educação. A pesquisa mostra ainda que 46% dos manifestantes nunca haviam participado de um protesto antes. Quase 80% dos que foram às ruas, se organizaram para as passeatas por meio das redes sociais.

7 <http://www.anonymousbrasil.com/>

8 Senador eleito para presidir o Senado Federal em janeiro de 2013 mesmo sob diversas acusações de irregularidades sobre mal uso de dinheiro público, nepotismo, tráfico de influências e outros.

9 Aprovado pelo Plenário do Senado em 26 de junho o projeto de autoria do senador Pedro Taques (PDT-MT), que inclui a corrupção ativa e passiva no rol de crimes hediondos.

10 Apresentação da Proposta de Emenda à Constituição pelo Deputado Marcelo Itagiba (PMDB-RJ) ainda está em tramitação na Câmara dos Deputados.

Ambíguos e multidimensionais, o que os diferencia de outras formulações de contestação é que o protesto nega o sistema e os modelos alternativos de organização e transformação existentes, rejeitando signos e associações com movimentos partidários, sindicais ou outros.

As manifestações de junho também repudiaram a presença de bandeiras de partidos políticos, o que levou alguns intelectuais a entenderem os movimentos de rua com propensão ao anti-institucionalismo ou ao apartidarismo ou ainda movimentos antipolíticos.

Não restou claro se as manifestações seriam majoritariamente apartidárias ou antipartidárias, bem como não faltaram acusações de que a mobilização social continha elementos antidemocráticos e até fascistas, como em outros lugares do mundo já se revelaram. De qualquer modo, a rejeição à presença de bandeiras partidárias e de outras agremiações pode bem ser analisada como crítica aos tradicionais modelos de representação política, burocrática, sindical, às estratégias de luta dos movimentos sociais tradicionais e, em suma, uma oposição ao sistema do qual também fazem parte as representações de esquerda ou progressistas.

Mesmo com certa hostilidade, os partidos se fizeram presentes nas manifestações. Em 11 de julho foi realizado o Dia Nacional de Luta, promovido pelas maiores centrais sindicais do país e que pode ser entendido como o momento de participação organizada dos trabalhadores e de partidos de esquerda nos protestos. Entre as pautas estavam o fim do Fator Previdenciário<sup>11</sup>, a redução de jornada para 40 horas<sup>12</sup>, o combate ao projeto de lei que visa ampliar as terceirizações<sup>13</sup> e também a criação de um marco regulatório dos meios de comunicação (com protestos em frente à sede da Rede Globo em SP).<sup>14</sup>

---

11 Bandeira de luta das centrais sindicais, foi criado em 199 (2º Governo Fernando Henrique Cardoso) como o objetivo de inibir aposentadorias precoces e controlar gastos na Previdência Social. O problema é que a aplicação do fator previdenciário chega a reduzir em 40% o valor da aposentadoria do trabalhador. A Central Única dos Trabalhadores (CUT) classifica o fator como “mecanismo perverso” e que já teria retirado dos trabalhadores mais de 60 bilhões de reais.

12 Demanda histórica e defendida pelas centrais sindicais, a Central Única dos Trabalhadores (CUT) tem uma série de argumentos que apontam para um cenário positivo e que representará um novo marco para a sociedade brasileira e com impacto positivo na economia. Para mais de 30 categorias, essa redução da jornada de trabalho já é realidade e foi conquistada nas negociações coletivas. Para os demais, as diversas formas de flexibilização do tempo de trabalho, como a hora extra ou o banco de horas, levam à perda, por parte da classe trabalhadora, do controle do tempo de trabalho ou do tempo livre, já que é comum que o empregador seja quem defina quando o empregado vai trabalhar a mais ou a menos, sem consulta prévia. (Ver <http://www.cut.org.br/>).

13 PL 4.330/2004.

14 Dezenas de entidades do movimento social movem uma campanha Para Expressar a Liberdade, impulsionada também pelo Fórum Nacional pela Democratização da Comunicação (FNDC) promovendo Projeto de Lei de Iniciativa Popular da Comunicação Social Eletrônica para regulamentar os artigos 5, 21, 221, 222 e 223 da Constituição de

A complexidade das temáticas crescia a cada nova (oportunidade de) manifestação, incluindo algumas pautas regressivas ou reacionárias sobre direitos humanos, como as manifestações de setores de médicos contra a Medica Provisória 621/2013, que cria o Programa Mais Médicos para o Brasil.<sup>15</sup> Ou a manifestação “contra a ditadura comunista” e pela volta dos militares ao poder, que reuniu menos de 100 pessoas na Avenida Paulista em 10 de junho de 2013. O ato foi organizado por entidades com inclinação nacionalista como Pátria Minha, União de Combate à Corrupção (UCC), Organização de Combate à Corrupção (OCC) e Mexeu com o Brasil Mexeu Comigo e contou com integrantes de grupos de extrema direita como Resistência Nacionalista, Frente Integralista Brasileira e Caceras do ABC.

Vale recordar ainda a reedição da “Marcha da Família com Deus, pela Liberdade”, realizada em 22 de junho em Brasília, movimento originalmente criado pelos setores conservadores da Igreja respaldando civilmente o Golpe Militar e a ditadura. Com o Golpe Militar, a classe média aderiu à marcha estimulada pela igreja e pela mídia com o argumento de que o comunismo seria implantado pelo Governo João Goulart. Em 2013, foi convocada a reedição pelas redes sociais e recebeu o apoio de lideranças evangélicas, espírita e por figuras emblemáticas da mídia e da política atual, com a então apresentadora do SBT Rachel Sheherazade, o Deputado Pastor Marcos Feliciano e o pastor Silas Malafaia.

Das ruas também ecoavam críticas sobre o modelo de desenvolvimento acelerado adotado pelo Brasil nos últimos anos, o preço da visibilidade internacional do país, os efeitos das metas e obras do Programa de Aceleração do Crescimento (PAC),<sup>16</sup> os custos para as cidades e a dis-

---

1988, e substituir a legislação vigente — o Código Brasileiro de Telecomunicações, que é de 1962. Alertam, entre outras razões, que grupos como mulheres, trabalhadores, negros, sertanejos, índios, camponeses, gays, lésbicas e tantos outros foram seguem sendo invisibilizados pela mídia nestas cinco décadas.

15 O Programa lançado em 8 de julho de 2013 pelo governo federal para suprir a carência de médicos nos municípios do interior e nas periferias das grandes cidades, tem como meta 15 mil médicos para as áreas onde faltam profissionais, contemplando mais de 50 milhões de pessoas. A vinda de médicos de outros países, especialmente de Cuba, foi alvo de duras críticas de associações representativas da categoria, sociedade civil, estudantes da área da saúde e inclusive do Ministério Público do Trabalho. Ver [www.saude.gov.br/naismedicos](http://www.saude.gov.br/naismedicos).

16 Programa de Aceleração do Crescimento (mais conhecido como PAC) lançado em 28 de janeiro de 2007 pelo governo federal engloba um conjunto de políticas econômicas com investimentos totais de R\$ 503,9 bilhões até 2010, sendo prioridade a infraestrutura, saneamento, habitação, transporte, energia e recursos hídricos. O PAC II, iniciado em 2011, já conta com mais de 82% das obras concluídas, contou com mais de 30 mil empreendimentos, e contribui para a geração de empregos em todo o Brasil, acarretando na menor taxa de desocupação em toda a série histórica: 4,3%, em dezembro de 2013, conforme apurou o Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE). Partidos de esquerda, como o PSOL, criticam o PAC dizendo que os elementos fundantes do atual modelo econômico brasileiro, neoliberal, vão prosseguir. Apontam contradição entre as intenções de uma aceleração do crescimento e uma estrutura que não é tocada pelas estruturas do PAC, que produz a estagnação ou o baixíssimo crescimento em relação às potencialidades brasileiras.

cussão sobre o modelo ideal de urbanismo, temas amplos que incluíam pautas locais e vivenciais.

O artigo do geógrafo David Harvey, “Territórios transversais”, publicado no livro **Cidades Rebeldes** (Boitempo, 2013) problematiza a liberdade da cidade que se reduz ao direito a ter acesso ao que já existe e não a transformá-la ou recriá-la. O tema da mobilidade, organização, saneamento e ocupação das cidades vai além da competência burocrático-urbanística, alcançando a esfera individual e coletiva do tipo de cidade que se quer para o tipo de pessoa que se quer ser e, como tal, “A liberdade de fazer e refazer a nós mesmos e a nossas cidades dessa maneira é um dos mais preciosos de todos os direitos humanos”.

O tema das cidades ganha voz nas ruas, especialmente no Rio de Janeiro e em São Paulo. Outros autores destacaram o entrelaçamento de pautas e agendas à questão urbana e ao tema da mobilidade e da vida privada, como a questão dos megaeventos e suas lógicas de gentrificação e limpeza social (Ver artigo da urbanista Ermínia Maricato “É a questão urbana, estúpido!”, **Cidades Rebeldes**, Boitempo, 2013) ou o processo excludente de cidade e a militarização de território populares (artigo de Felipe Brito e Pedro Rocha de Oliveira, “Territórios transversais” no mesmo livro).

Transversal a todas as pautas foram os protestos contra a repressão policial durante as manifestações e a – mais uma vez comprovada – necessidade de reforma das instituições de segurança pública, com ênfase na reforma ou até a extinção/substituição da polícia militar, que ainda representa uma das permanências autoritárias do regime ditatorial militar.

A ação policial com o fim de conter manifestantes recebeu duras críticas desde os primeiros protestos, não apenas pelo (mal) uso de armas tidas como “não letais” (balas de borracha, spray de pimenta e outras) que causaram danos graves à integridade física de alguns manifestantes, como também pelas detenções arbitrárias e o uso de policiais infiltrados nos protestos simulando situações de ilegalidade. Foi emblemática a prisão de cerca de 60 manifestantes em São Paulo pelo “porte de vinagre”, usado como forma de combater os efeitos do gás lacrimogêneo e do spray de pimenta.

Também no Brasil, portanto, pela quantidade das pautas e de protagonistas nos protestos, agudiza-se a característica da ambiguidade já descrita, de movimentos prematuros e ao mesmo tempo atuais; utópicos e propositivos, embora insuficientes para criar estratégias de transformação.

Como em outros protestos pelo mundo, os que participaram das manifestações do Brasil também não forjaram líderes ou guias, aparentemente rejeitando a figura carismática da liderança. Esse costuma ser mais um traço distintivo dos protestos e consequência da lógica segundo a qual, ao procurar uma nova racionalidade política, rompem-se as concepções carismáticas e tecnocráticas tanto de organização como de transformação da sociedade.

Daí, como destaca Martins, são grandes as perplexidades que o protesto provoca, já que não se enquadra em nenhum dos esquemas ideológicos convencionais: “O fato de serem considerados ou classificados como marxistas, leninistas, anarquistas, surrealistas, serve apenas para revelar e encobrir a própria novidade de que são portadores, eles já são *trans* tudo isso. Transcendem tanto na formulação como na práxis os esquemas convencionais de referência política, superando qualquer enfoque que, reduzindo-o a isso, o queira definir ou analisar. Sob esses aspectos, o protesto parece constituir um fenômeno histórico extremamente interessante.” (Duas manifestações Intransitivas, editora Argumento, 2004, p. 152).<sup>17</sup>

## II. MULTITUDE DE PROTAGONISTAS: JUVENTUDE, PARTIDOS, SINDICATOS, ASSOCIAÇÕES, GRUPOS RELIGIOSOS, BLACK BLOCS, TRABALHADORES, MÍDIA, GOVERNO E MAIS

O perfil dos manifestantes das Jornadas de Junho revelou que 52% são estudantes, 43% têm ensino superior completo, 43% têm menos de 24 anos, 46% nunca tinham participado de manifestações, 83% não se sentem representados por qualquer partido político, 96% não são filiados a partido político, 49% tinham renda familiar superior a cinco salários mínimos – o equivalente a R\$ 3.390, 66% acreditam que depredações de bens públicos e privados são injustificáveis, 94% acreditam que suas reivindicações serão atendidas.<sup>18</sup>

Naquilo que diz respeito à participação dos jovens, entra em cena outro elemento comum aos protestos: o protagonismo da juventude

17 O PSOL, partido que apoiou e participou amplamente das manifestações, quando questionado sobre relações as relações com os black blocs, respondeu que nenhuma, que historicamente a relação entre socialistas e anarquistas é tumultuada e distante e que o PSOL nunca concordou com os métodos de luta deles, nem nunca estabeleceu relações orgânicas e nem de parceria.

18 Pesquisa IBOPE em 24 de junho de 2013.

como sujeito privilegiado das manifestações. O privilégio não é necessariamente econômico de produção ou faixa de renda, mas de inserção a um sistema de conhecimento estratégico, um poder operacional que, nos tempos atuais, revela-se particularmente importante também no domínio da Internet (questão geracional).<sup>19</sup>

Ao mesmo tempo, como alerta Martins, o estudante, enquanto “tipo ideal”, está momentaneamente separado do sistema burocrático-produtivo, embora dele oriundo e, como privilegiado, é também dotado das condições críticas para julgá-lo, estando livre das responsabilidades na construção e administração da sociedade herdada e também livre dos mecanismos de que ela dispõe para neutralizar ou confundir os impulsos voltados para a sua negação. Por isso, o jovem está propenso a exercer a negação de forma muito mais radical que outros protagonistas.

A contradição da posição da juventude reside em que essa liberdade tem um prazo biológico fatal, transitório, por ser estudante jovem até que passe a fazer parte das engrenagens da sociedade. Ao mesmo tempo, e seguindo a ambiguidade antes mencionadas quanto aos limites do alcance transformador do protesto, se ser jovem e estudante faz com que se detenha o privilégio do conhecimento nos dias de hoje, é verdade que estes ainda não detêm o controle dos meios políticos indispensáveis para a transformação da sociedade.

Outros protagonistas tendem a se incorporar nos protestos e, no caso brasileiro, isto ocorreu de forma secundária. Os sindicatos e partidos quando atuam nas manifestações funcionam como fatores e agentes de integração dos clamores ao sistema e à lógica partidária ou sindical, buscando adaptar pautas de reivindicação. Nesse sentido, observa Martins que comumente ocorre uma distância entre o comportamento de protesto por direitos (agenda progressista) e o comportamento tradicional das esquerdas, causando discordância inevitável.<sup>20</sup>

19 A questão geracional precisa ser considerada. Os protestos reunem a Geração Y e a Geração Z. A Geração Y, também chamada de geração do milênio ou geração da Internet, conceito que em sociologia se refere aos nascidos após 1980 até meados da década de 90, desenvolveu-se numa época de grandes avanços tecnológicos e prosperidade econômica e acostumadas a utilizar aparelhos de alta tecnologia, como telefones celulares de última geração. Já a Geração Z, chamados de nativos digitais, é a definição sociológica para a geração de pessoas nascidas no final da década de 90 até o ano de 2010, indivíduos totalmente familiarizados com as últimas tecnologias digitais e não encontrariam dificuldade alguma em aprender a lidar com as novidades que aparecem praticamente todos os dias nesse mercado, diferentemente dos membros das gerações que os antecedem. O “Z” vem de “zapear”, “Zap”, do inglês, significa “fazer algo muito rapidamente” e também “energia” ou “entusiasmo”. São tempos em que os jovens superam os pais em tecnologia, sabem “mais” que os adultos.

20 Segundo Martins, em Maio de 68 o distanciamento entre a esquerda do protesto e a esquerda oficial foi inevitável. Para a esquerda, o comportamento dos manifestantes era provocativo, inconcebível e estranho aos esquemas de referência política. *Op. cit.*, p. 150.

Há um sentido de entender que a luta com a centralidade do trabalho, feita por sindicatos e partidos de esquerda, tentará manter o controle sobre os manifestantes e o tipo de luta de engajamento que, pelas características já mencionadas, não se coaduna aos modelos hierárquicos e de conquistas graduais e históricas dos partidos tradicionais. Os protestos multidimensionais repudiam o conceito carismático de liderança e, como tal, também tendem a subverter as bases sindicais e partidárias.

No Brasil não foi diferente. O cientista político Giuseppe Cocco, um dos intelectuais que é contundente crítico do Partido dos Trabalhadores e do governo, responde as acusações vindas de setores da esquerda partidária de que aos movimentos de junho lhes faltaria organicidade, lideranças e ‘projeto’. Cocco devolve a pergunta/acusação indagando qual seria a organicidade e os projetos desses partidos. Para ele, que defende a força dos protestos, é justamente na falta de organização formal e na multiplicidade das singularidades que jaz a força das manifestações, “sem lideranças e, por isso, mais potentes”.<sup>21</sup>

Giuseppe Cocco questiona o papel atualmente assumido pelos partidos tradicionais, que “parecem funcionar como coalizões espúrias de estratégias personalistas, grupos de interesse econômico que formam bancadas bem pouco ‘republicanas’ a partir do peso de determinados lobbies (agronegócio, telecomunicações, evangélicos, etc.) que passam por cima das próprias instâncias partidárias”.

O caso brasileiro reúne um componente atípico que é o fato de o partido da Presidenta Dilma Rousseff ser um partido de esquerda, o Partido dos Trabalhadores, fundado em 1980 e que representa um dos maiores movimento partidários de esquerda das Américas, possui mais de um milhão e meio de filiados e é o segundo maior partido do país.

Os protestos e a transformação das narrativas e pautas nas sucessivas manifestações de rua, críticas aos políticos de modo generalizado, encontram aí um ponto de ambiguidade, pois Dilma é também a sucessora de Lula, das conquistas sociais mais importantes da história do país e que impulsiona um modelo exitoso economicamente, prodigioso do ponto de vista do desenvolvimento com transferência de renda e diminuição da pobreza. Outro dado significativo é que hoje (05 de fevereiro de 2014) as pesquisas indicam que Dilma seria reeleita com 60% dos votos válidos, ou

21 Entrevista concedida à Revista do Instituto Humanitas da UNISINOS. [http://www.ihuonline.unisinos.br/index.php?option=com\\_content&view=article&id=5308&secao=434](http://www.ihuonline.unisinos.br/index.php?option=com_content&view=article&id=5308&secao=434).

seja, no primeiro turno das eleições presidenciais, contando com o apoio significativo da juventude carente economicamente.

Impactada com as mobilizações, em especial com as manifestações de 20 de junho, quando cerca de 35 mil pessoas ocuparam a Esplanada dos Ministérios e apedrejaram o edifício do Ministério das Relações Exteriores,<sup>22</sup> a Presidenta Dilma, depois de se reunir com membros do Movimento Passe Livre, convidou prefeitos e governadores para apresentar o que chamou de cinco pactos nacionais a serem implementados pelos três níveis de governo: (i) transporte público; (ii) reforma política e combate à corrupção; (iii) saúde; (iv) educação e; (v) responsabilidade fiscal.

O programa dos 5 pactos foi uma resposta imediata do Governo aos protestos, com o objetivo de chamá-los ao debate das causas principais verbalizadas pelos manifestantes nas ruas, mas também uma tentativa de colocar o debate em nível institucional, governamental, regional e municipal, utilizando-se, para isso, das estruturas democráticas de deliberação, partidária, sindical, movimentos sociais e manifestantes com representação para o diálogo.

A pauta dos pactos trouxe debates importantes que passaram a ocupar as notícias nos dias seguintes ao encontro, em especial sobre a proposta de reforma política e a criação de um plebiscito para a criação de uma assembleia constituinte exclusiva que conduziria tal reforma. O governo aproveitou a insatisfação das ruas para acelerar agendas de seu interesse, como a instalação do Programa Mais Médicos, mesmo diante de protesto de entidades médicas e da mídia.

A partir de julho as manifestações de rua arrefeceram com a entrada em cena de outros protagonistas, os anarquistas, colocando em prática as táticas black bloc (bloco negro) dedicadas a atacar e depredar símbolos do capitalismo e do poder. Manifestantes vestidos com roupas e máscaras pretas acompanharam as manifestações e entraram em confronto com a polícia, no exercício das táticas ou mesmo como reflexo a agressão e perseguição das forças policiais.

Alguns jovens que participaram das táticas aceitaram falar para uma rede de televisão,<sup>23</sup> explicaram que a (tática) *Black Bloc* Brasil é a mesma em todo o mundo, que os praticantes não formam um grupo, nem

---

22 Neste mesmo dia também ocorreram manifestações no Rio de Janeiro (300 mil pessoas), em Vitória (100 mil pessoas), em São Paulo (100 mil pessoas) e em Manaus (100 mil pessoas).

23 Programa "Sem Fronteiras" e "Fantástico" – **Globo**.

uma organização, mas utilizam uma tática, um meio de agir nos protestos. Não fazem reuniões, mas se reúnem em local e hora predeterminado para planejar as ações, não têm liderança, nem eles mesmo sabem quantas pessoas a utilizam e admitem que podem haver infiltrados.

Questionados sobre quais seriam as reivindicações, esclarecem que a *Black Bloc* tem uma ideologia, mas que os manifestantes que usam a tática normalmente concordam e se somam às reivindicações do protesto, inclusive defendendo manifestantes. **Sobre a violência, dizem que** a tática não é atacar, mas somente se defender. Segundo um integrante, “A polícia atira com bala de borracha, a polícia tem escudo, tem proteção, a polícia tem bomba de gás, a polícia tem bomba de efeito moral e a única coisa que a gente tem para se defender são madeiras, paus e pedras. Na verdade, a gente tem que responder à altura. Não diga que a gente é agressivo, nós respondemos simplesmente à altura que a polícia ataca, mas lixo na rua faz parte da tática *Black Bloc*, que atrasa a movimentação da tropa”.<sup>24</sup> Eles também se queixam de não serem ouvidos e de sofrerem a violência cotidiana contra a qual caberia o uso da desobediência civil.

A presença dos *Black Blocs* nos protestos é apontada como uma das principais causas desmobilizadoras das manifestações e, a partir de julho, o repúdio à violência é bandeira defendida também pelo movimento sindical, pela Central Única dos Trabalhadores – CUT, por partidos e manifestantes com pautas específicas que se queixam da violência. Pesquisas de novembro de 2013 indicam que 81,7% da população apoiam os protestos que ocorreram desde junho, mas 93,4% não concordam com a ação dos grupos que adotam a violência como estratégia (pesquisa da Confederação Nacional do Transporte e do Instituto MDA Pesquisa – nov/2013).

O fenômeno *Black Bloc* provocou como contrapartida a resposta policial mais repressiva, deixando evidente que a instituição ainda permanece atadas aos métodos autoritários dos tempos ditoriais, revelando as “permanências autoritárias” dentro das forças de segurança pública, em especial a polícia militar.

Com a repressão às manifestações, a crítica aos abusos policiais passa a ser outra pauta transversal: críticas ao aumento da violência e perseguição aos manifestantes, a criminalização dos movimentos, e a capacidade de produzir estrutura normativa de repressão com a conivência dos Poderes Legislativo, Judiciário e Executivo.

24 <http://g1.globo.com/fantastico/noticia/2013/10/integrante-do-black-bloc-admite-que-movimento-ficou-fora-de-controle.html>.

O próprio governo federal tem se pronunciado de modo ambíguo, motivo de críticas especialmente em ano que se rememora os 50 anos do Golpe civil-militar de 1964. O governo, por um lado, legitima os protestos e as manifestações democráticas e, por outro, diante do anunciado movimento “Não vai ter Copa”, tonifica o rigor contra o vandalismo e os movimentos contrários ao mundial. A Presidenta Dilma já admite até mesmo o auxílio/uso das forças armadas para garantir a segurança e a plena realização da Copa do Mundo.

No dia 10 de dezembro de 2013 (Dia Internacional dos Direitos Humanos), foi lançado um manifesto com o título “Se não tiver direitos, não vai ter Copa”, assinado por cinco entidades: Movimento Passe Livre (MPL), o Fórum Popular de Saúde do Estado de São Paulo, o Coletivo Autônomo dos Trabalhadores Sociais, o Periferia Ativa e o Comitê Contra o Genocídio da População Preta, Pobre e Periférica de SP. Essas entidades garantem que junho de 2013 foi só o começo e que as pessoas, os movimentos e os coletivos indignados que querem transformar a realidade afirmam, através das diversas lutas, que sem a consolidação dos direitos sociais (saúde, educação, moradia, transporte e tantos outros) não há possibilidade de o povo brasileiro admitir megaeventos como a Copa do Mundo ou as Olimpíadas.

A repressão, mesmo diante das críticas crescentes e da desmoralização de algumas ações, seguiu crescente não apenas nas ruas como também contando com o aparato repressivo na aplicação de legislação mais gravosa e restritiva de direitos, como a utilização da Lei de Segurança Nacional, de 1935, ou Lei de Organização Criminosa, sancionada em 2013, para punir manifestantes.

O texto da Lei n. 12.850/2013, com pena prevista de 8 anos, podendo ser estendida, define: “considera-se organização criminosa a associação de 4 (quatro) ou mais pessoas estruturalmente ordenada e caracterizada pela divisão de tarefas, ainda que informalmente, com objetivo de obter, direta ou indiretamente, vantagem de qualquer natureza, mediante a prática de infrações penais cujas penas máximas sejam superiores a 4 (quatro) anos, ou que sejam de caráter transnacional”.

Outra demonstração do aumento normativo da repressão é o projeto de Lei 2.405/2013, francamente inconstitucional, que propõe emendar a Constituição do Estado do Rio de Janeiro proibindo o uso de máscaras e o anonimato nas manifestações:

*PROJETO DE LEI 2.405/2013*

*A ASSEMBLEIA LEGISLATIVA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO*

*RESOLVE:*

*Art. 1º - O direito constitucional à reunião pública para manifestação de pensamento será protegido pelo Estado nos termos desta Lei.*

*Art. 2º - É especialmente proibido o uso de máscara ou qualquer outra forma de ocultar o rosto do cidadão com o propósito de impedir-lhe a identificação.*

*Parágrafo único - É vedada qualquer forma de anonimato no exercício do direito constitucional à reunião pública para manifestação de pensamento.*

*(...)*

Ou ainda o Projeto de Lei do Senado (de autoria do senador Romero Jucá – PMDB RR), que define crimes de terrorismo e dá outras providências:

*PROJETO DE LEI 499/2013*

*Art. 1º Esta Lei define crimes de terrorismo, estabelecendo a competência da Justiça Federal para o seu processamento e julgamento, além de dar outras providências.*

*(...)*

*Terrorismo*

*Art. 2º Provocar ou infundir terror ou pânico generalizado mediante ofensa à vida, à integridade física ou à saúde ou à privação da liberdade de pessoa, por motivo ideológico, religioso, político ou de preconceito racial ou étnico:*

*Pena – reclusão, de 15 (quinze) a 30 (trinta) anos.*

*§ 1º Se resulta morte:*

*Pena – reclusão, de 24 (vinte e quatro) a 30 (trinta) anos.*

*§ 2º As penas previstas no caput e no § 1º deste artigo aumentam-se de um terço, se o crime for praticado:*

*I – contra o Presidente e o Vice-Presidente da República, Presidente da Câmara dos Deputados, o Presidente do Senado Federal ou o Presidente do Supremo Tribunal Federal*

*II – contra Chefe de Estado ou Chefe de Governo estrangeiros;*

*III – contra agente diplomático ou consular de Estado estrangeiro ou representante de organização internacional da qual o Brasil faça parte;*

O tema do terrorismo sempre foi uma lacuna na legislação brasileira e mesmo durante a ditadura militar (Lei 7.170/83) não se conseguiu definir claramente um conteúdo preciso, tendo seu uso uma evidente conotação política. O projeto atual não define de forma clara o que seria terrorismo, dando margem a aplicação abusiva nos casos de distúrbios e atos de vandalismo. Trata-se de um tema preocupante, que merece todos os cuidados, principalmente dado o momento em que está tramitando, nas circunstâncias atuais em que também a opinião pública, sensibilizada pela morte do cinegrafista Santiago Ilídio Andrade durante os protestos de 06 de fevereiro de 2014, no Rio de Janeiro, clama por mais punição aos ditos “vândalos” das manifestações.

Foram anos de luta até que a liberdade de expressão fosse conquistada como um direito fundamental protegido pela Constituição e pela democracia. Muitas vidas foram perdidas em atos de resistência e luta pelo restabelecimento da democracia e o projeto de lei é uma ameaça e uma porta aberta para que a semântica do terrorismo seja utilizada de modo ideológico, político e, nos tempos atuais, principalmente social.

Além do mais, a legislação penal atual possui respostas para a punição de excessos em manifestações, o crime de dano, de lesão corporal e até de homicídio (este com pena de 12 a 30 anos), sendo suficientes para regular o bom andamento dos protestos sem a necessidade de nova e mais restritiva legislação.

O projeto antiterror vem acompanhado de ações ligadas ao papel das Forças Armadas. Preocupa especialmente a publicação, pelo Ministério da Defesa, da Portaria Normativa n. 3.461, de 19 de dezembro de 2013, com a finalidade estabelecer orientações para o planejamento e o

emprego das Forças Armadas em Operações de Garantia da Lei e da Ordem. Embora o Ministro Celso Amorim tenha negado que o objetivo seja este, a publicação visa claramente estabelecer as regras para permitir a contenção das manifestações que possam ameaçar a realização da Copa do Mundo e abre a porta para a atuação das Forças Armadas com ampla capacidade de deliberar sobre as manifestações e agir reprimindo os protestos.

Parece inacreditável que o Brasil, 50 anos após o golpe militar de 1964, com atos de “descomemoração” do Golpe por todo o país, ano em que a sociedade brasileira vivencia um rico debate público sobre seu passado e busca pela verdade, um verdadeiro manual para ação das Forças Armadas venha a ser aprovado pelo Ministério do Estado da Defesa, incumbido de exercer a direção superior das Forças Armadas e apoiado pela Presidenta Dilma, Comandante-em-chefe das Forças Armadas.

Para finalizar, vale uma breve referência ao protagonismo da mídia durante a cobertura das manifestações. Os principais meios de comunicação tentaram servir como intérpretes dos acontecimentos e poucas vezes obtiveram êxito. A maior parte do tempo, confusos com fatos isolados e incapazes de separar a interpretação jornalística da partidarização e preferência de edição, produziu desinformação e contrainformação que interferiram no andamento das próprias manifestações.

Ao mesmo tempo em que manteve um discurso pro liberdade de expressão e de apoio aos protestos, ajudou no trabalho de criminalização de manifestantes, aliando-se aos discursos mais repressivos. Não cabe aqui um debate mais apurado a respeito do papel da mídia brasileira durante as manifestações, mas vale destacar que esta cumpriu uma posição protagonista, ainda que injustamente e, não poucas vezes, prestou-se ao triste papel de transformar reivindicação por direitos em jogo de interesses de seus próprios militantes e convertidos.

### **III. A DISPUTA PARA EXPLICAR AS RAZÕES DOS PROTESTOS NO BRASIL**

A principal inquietude de intelectuais atentos aos movimentos de protesto em outras regiões do mundo é que, no Brasil, assim como na Turquia, com as manifestações na Praça Taksim, o país vive uma situação econômica próspera e é dotado de estrutura institucional estável e já experimentada desde o restabelecimento da democracia.

Slavoj Žižek é um dos pensadores que está no front da interpretação do mundo atual tentando identificar sentidos comuns nos protestos ocorridos nos movimentos Occupy Wall Street, Primavera Árabe, os Indignados da Espanha e também no Brasil. O autor considera que compreender as manifestações não é apenas uma luta epistemológica, com jornalistas e teóricos tentando explicar o real conteúdo, mas também uma luta ontológica que desafia deslindar o que vem acontecendo dentro do protesto, qual a combinação de problemas, quais as respostas que serão a chave para compreender o potencial de questionamento e de transformação desses movimentos.

Para entendê-los, é preciso distinguir o que neles é proposta e o que é prática de protesto e de ação política e essa distinção revelará, no mais das vezes, também os protagonistas das ruas e as tensões e contradições de atuação e de discurso.

No Brasil não há consenso a respeito dos reais motivos dos protestos. Como visto, a voz das ruas é plural e inclui elementos e discursos progressistas e conservadores, reivindicação por direitos de liberdade e direitos sociais, políticas públicas, mas também pautas regressivas e reacionárias presentes na dinâmica da própria sociedade brasileira.

Para alguns, as manifestações são revoltas de quem está empregado, mas vivendo em condições duras e precárias de trabalho, salários baixos e sem perspectiva de futuro, manifestando dessa forma a frustração social (essa é a análise do sociólogo Ruy Braga no livro *Cidades Rebeldes*).

Para outros, é o fenômeno da chamada “nova classe média”, que reivindica por serviços de qualidade, saúde, transporte, educação, mas, como alerta Marcio Pochmann, o próprio termo “nova classe média” teria esse condão mercantil para a classe trabalhadora que experimenta um aumento de renda e direcionar a setores de serviço privado que, como consequência, tende a desvalorizar o espaço e os serviços públicos (livro **A nova classe média?** Editora Boitempo, 2012).

Em outra leitura sobre a chamada classe média, Francis Fukuyama, em artigo intitulado "A Revolução da Classe Média" (publicado no **The Wall Street Journal**), afirma que este é um fenômeno que ocorre também na Turquia, nos países da Primavera Árabe e até na China, em que os protestos não foram liderados pelos pobres, mas por uma juventude com “nível educacional acima da média”. “Eles sabem usar tecnologia e as mídias sociais como o Facebook e Twitter para espalhar informação e organizar manifestações”.

De fato, os dados das pesquisas apontam que majoritariamente os manifestantes no Brasil eram provenientes da chamada “nova classe média”, que obtiveram mais qualidade de vida ou renda aumentada nos últimos 10 anos, e indicam que surpreendentemente 69% dos que participaram dos protestos estão satisfeitos com sua vida atual (dados PNAD do IBGE). São dados como estes que tornam as análises mais desafiadoras.

Esse ganho econômico e o surgimento da “nova classe média” também gerou protestos no sentido inverso, da elite, externando revolta contra os benefícios adquiridos por setores da população que nunca tinham tido acesso a certos privilégios. Com a redução das desigualdades econômicas e sociais ocorridas nos últimos 10 anos, a possibilidade de acesso a bens era exclusiva de uma classe social elevada, ou da antiga classe média (viagens aéreas, universidade e colégios particulares, planos de saúde, bens e serviços em geral) e agora são possíveis amplamente, gerando revolta, às vezes explícita, de setores da população.

A contrariedade é ainda maior quando o acesso se dá na forma de direitos adquiridos, como a ampliação dos direitos das empregadas domésticas acabando com o trato desigual e as privações que se mantiveram desde os tempos da escravidão. Nem todos ficaram satisfeitos com o novo Brasil que se avizinha.

Não são poucas as interpretações que utilizam o argumento difuso do combate à corrupção como principal objetivo para as manifestações, mas não qualquer corrupção, e sim aquela supostamente disseminada no país na era petista. Essa versão é a preferida da grande mídia, que costuma ecoar a ideia de “basta, chegamos ao limite”. A mídia tradicional (Globo, Folha, Estadão, Veja, etc.) repete diuturnamente e à exaustão o discurso da corrupção ligada ao governo do PT, tendo transmitido o desenrolar do processo da AP 470 (chamado “Mensalão”) durante todo o ano de 2013. Como opina Márcio Pochmann, os jornais de hoje também escrevem para os seus militantes, escrevem o que eles querem ouvir. O discurso da corrupção é também conveniente em ano pré-eleitoral e talvez seja um dos argumentos mais rasos para definir as razões das manifestações de junho.

Já no campo das análises mais profundas, o sociólogo Boaventura de Sousa Santos em artigo “O preço do progresso” publicado na Agência Carta Maior em 16/09/13, ao opinar sobre os motivos das manifestações no Brasil, foi contundente nas críticas ao governo brasileiro e, em especial, às opções que atribui diretamente à Presidência, ao modelo de desenvol-

vimento e à existência do que chamou de “dois Brasis”, sendo um deles o da exclusão social, das oligarquias latifundiárias, do caciquismo violento, das elites políticas restritas e racistas, origem dos tempos da colônia que tem se reproduzido de forma mutante até os dias de hoje.

Acresce ainda que as políticas de inclusão social iniciadas com Lula a partir de 2003 e que levaram a uma significativa redução da pobreza foram desaceleradas no governo Dilma, bem como teria ocorrido a desmobilização de pautas de participação democrática, tendo sido cooptadas ou neutralizadas no domínio das grandes infraestruturas e megaprojetos. Para Boaventura de Sousa Santos, as políticas de inclusão social teriam se esgotado, deixando de corresponder às expectativas de quem se sentia merecedor de mais e melhor.

Outros críticos também responsabilizam especificamente o governo federal. Giuseppe Cocco, ferrenho crítico do PT e das esquerdas tradicionais, afirma que as brechas de transformação dos governos Lula foram definitivamente fechadas por Dilma; que as experimentações em termos de orçamento participativo não apenas foram encerradas como foram totalmente sobrevalorizadas. O OP (Orçamento Participativo) não teria deixado rastros políticos de nenhum tipo.<sup>25</sup>

Embora não sejam poucos os atores a responsabilizar o governo e os partidos de esquerda ou como alvo ou como motivadores dos protestos no Brasil, é intrigante que passados seis meses dos principais protestos, a presidente Dilma Rousseff siga líder em intenções de voto para as eleições presidenciais, somando 47% e 60% dos votos válidos, o suficiente para vencer no primeiro turno (Pesquisa DataFolha - fev/2014). O mais surpreendente é que o aumento indica que o típico eleitor brasileiro simpatizante de Dilma tem entre 25 e 34 anos, possui ensino médio e renda familiar mensal baixa, cerca de R\$ 1.448, ou seja, os jovens pobres do Brasil.<sup>26</sup>

Uma leitura interessante para explicar as manifestações está baseada no perfil dos participantes, na questão geracional e no *modus operandi* dos protestos associa os motivos como aqueles forjados pelas novas es-

<sup>25</sup> Às vezes parece que aos críticos que centram seu alvo no governo e no PT falta recordar que o país adota o modelo do presidencialismo de coalizão (termo cunhado por Sérgio Abranches), aplicado desde a redemocratização e que se assenta em dois pilares: o papel do presidente e a existência de coalizões partidárias de sustentação ao governo. Os partidos da coalizão participam do governo quase que de forma semiparlamentarista e, ao mesmo tempo, oferecendo a maioria de que dispõem no Congresso para apoiar a agenda do presidente. Na prática, trata-se da única forma de governabilidade ao presidente e assegurar a aprovação das principais propostas diante do Congresso Nacional, evitando que a oposição paralise politicamente inviabilizando o governo.

<sup>26</sup> ver <http://oglobo.globo.com/pais/dilma-tem-simpatia-dos-eleitores-menos-escolarizados-11764800#ixzz2upNsGYqs>.

tratégias de consumo do capitalismo contemporâneo, caracterizado pela individualização extrema do consumo e pelo rompimento total com laços sociais mais perenes (leitura de Guilherme Leite Cunha na **Revista Fórum** de julho de 2013)<sup>27</sup>. Tratar-se-ia do primeiro protesto, da primeira aparição pública dos filhos do atual capitalismo, iniciado com o neoliberalismo.

Nesse perfil de sujeito do capitalismo criado sob os produtos da indústria contemporânea – a internet e as redes sociais –, desenvolve-se facilmente o ódio multifacetado, disperso, múltiplo e hiperindividualista. Guilherme Leite Cunha observa os dizeres na multidão de cartolinhas individuais, contraditórias, genéricas, egocêntricas, tal qual uma *timeline* da rede. Para esse novo sujeito, não seria este ou aquele governo que trai os anseios da população, mas o próprio capital, que trabalha na contradição entre massificar e individualizar o consumo ao paroxismo e obriga o sujeito a se resolver entre a insignificância absoluta e os desejos de notoriedade. Essa leitura mais sofisticada, de enquadramento marxista, dependeria de uma análise mais profunda.

Por fim, mas não menos importante e preocupante, como causadores ou fabricantes de protestos faz-se o registro de um fenômeno diferente que vem acontecendo em algumas partes do mundo, embora longe de ser associado com as manifestações no Brasil. Trata-se de um outro tipo de protesto, programado por métodos pacíficos para desmobilizar e até destituir governos tidos como autoritários. O documentário “O negócio da revolução” denuncia a organização OTPOR-Canvas como promotora e financiadora dos levantes da Primavera Árabe, ações na Tunísia, Egito, também da Ucrânia e Venezuela.<sup>28</sup>

Imaginar que esses agentes de protestos programados estejam no Brasil seria um exagero, mas ignorar os interesses externos na política interna do Brasil é ingenuidade e erro estratégico. Basta que se observe atualmente o exemplo da Venezuela para entender que os interesses anunciados explicitamente por John Karry, que considera a América Latina como sendo o quintal dos EUU, não é mera retórica provocativa.<sup>29</sup>

Registra-se a atuação da OTPOR-Canvas e organizações do gênero porque tais elementos, inéditos na tradição de protestos no Brasil, pode-

27 <http://www.revistaforum.com.br/blog/2013/06/a-catarse-da-classe-media/>

28 Otpor foi extinta, transformando-se em partido político na Sérvia, e levanta a sua bandeira no momento é a organização CANVAS (<http://www.canvasopedia.org/>), com sede em Belgrado, atua em mais de 50 países atualmente.

29 Em abril de 2013, em discurso realizado diante o Comitê de Assuntos Exteriores da Câmara de Representantes, John Kerry quis destacar a importância de uma maior aproximação com a América Latina, porque trata-se do “quintal” de seu país. Na mesma ocasião, perguntado sobre o resultados das eleições de Nicolás Maduro, respondeu “deve haver uma recontagem [dos votos]”.

rão trazer outras variáveis no futuro para se avaliar que tipo de formulação teórica e política pode conter uma manifestação desse tipo e quais interesses representa para além dos problemas efetivos da sociedade brasileira. A pregação dos jovens estimulados pelas entidades tem um caráter anti-institucional e até mesmo golpista.

#### **IV. UM OBJETIVO MAIOR: REINVENTAR A DEMOCRACIA**

Como se pode ver, são diversos os motivos apontados por especialistas e intérpretes para as manifestações no Brasil e a resposta mais provável seria a de que não há um único motivo, nem mesmo um conjunto fechado de razões, mas trata-se de campo aberto de disputa por pautas, propostas e projetos de transformação da sociedade brasileira.

Com o decorrer dos fatos e do tempo, talvez fique mais fácil analisar especificamente as razões que motivaram as manifestações de 2013. Ao mesmo tempo, o calendário de protestos vem sendo construído por diversos atores que prometem quebrar a rotina e a normalidade dos meses de 2014, ano simbólico por tantos motivos e também ano eleitoral.

Talvez a característica premonitória dos protestos possa coincidir com o que Žižek resumiu em artigo recente, “A caminho de uma ruptura global” (Sul21, 03/07/13). Ao descrever o mal-estar e o descontentamento fluido presente nas manifestações ao redor do mundo, aponta que os protestos atuais lidam com uma combinação de ao menos dois problemas: um econômico (da corrupção à ineficiência do próprio capitalismo) e outro político-ideológico (da demanda por democracia à demanda pelo fim da democracia convencional multipartidária). Em suma, o autor resume que os protestos indicam ser necessário reinventar a democracia.

Segundo ele, “as revoltas de hoje são sustentadas pela combinação de demandas sobrepostas, e é aí que está a sua força: lutam por democracia (“normal”, parlamentar) contra regimes autoritários; contra o racismo e o sexism, especialmente quando dirigidos contra imigrantes e refugiados; contra a corrupção na política e nos negócios (poluição industrial do meio ambiente etc.); pelo estado de bem-estar contra o neoliberalismo; e por novas formas de democracia que avancem além dos rituais multipartidários. Questionam também o sistema capitalista global como tal, e tentam manter viva a ideia de uma sociedade que avance além do capitalismo”.

O Brasil já não poderá seguir indiferente aos efeitos das manifestações de junho, pois, seja como for, os inconformismos estão à mostra, as fissuras estão aparentes e as contradições permanecem. As manifestações prenunciam diferentes tempos históricos, tempos atuais e prematuros, críticas históricas e indícios de uma sociedade global em transformação. O espaço de disputa segue aberto, bem como a capacidade de conduzir a uma dinâmica de transformação mais adiante. ♦♦

# **Estado Policial e Criminalização dos Movimentos Sociais**

## **Notas sobre a Inconstitucionalidade do Decreto nº 44.302/13 do Governo do Estado do Rio de Janeiro**

**Taiguara Libano Soares e Souza**

*Professor de Direito Penal da Faculdade de Direito IBMEC-RJ, Professor da Pós-graduação em Criminologia, Direito Penal e Processual Penal da UCAM, Professor da EMERJ, Doutorando em Direito pela PUC-Rio, Membro do Mecanismo Estadual de Prevenção e Combate à Tortura, Membro do Instituto de Defensores de Direitos Humanos e Membro do IBCCRIM.*

### **REFLEXÕES INICIAIS**

As revoltas populares de junho de 2013, iniciadas a partir de protestos do Movimento Passe Livre contra os abusivos aumentos nas tarifas de transportes públicos inauguraram um novo contexto no cenário político brasileiro. A exemplo do ocorrido meses antes na Grécia, no Egito, na Turquia e em outros países do Mundo Árabe, a normalidade institucional foi abalada pela maciça presença da multidão nas ruas. Em todas as grandes cidades do Brasil, milhares aderiram às manifestações, sinalizando, como um alarme, que a gota d'água havia transbordado toda a apatia política a que se assistia nos últimos anos.

Invariavelmente, a resposta estatal aos legítimos levantes populares fazia recorrer ao uso do aparato policial como forma de contenção da “besta feroz” e ao Direito Penal como estratégia de criminalizar as rebeledias em ebulação. Longe de dialogar ou atender as demandas da sociedade civil, o Estado entoa como mantra a resposta única, qual seja, a criminalização dos movimentos sociais. De tal modo, torna assustadora-

mente atual a expressão cunhada por Foucault para ilustrar o Estado em sua irresistível ânsia pela manutenção do *status quo*: o conceito de Estado Policial, Estado Gendarme.

Nesta esteira, vale observar que o mundo contemporâneo tem se caracterizado por um crescente recrudescimento nas medidas de controle social institucionalizado em âmbito global. A atmosfera criada após o atentado em 11 de setembro de 2001, nos EUA, com a edição do U.S.A. *Patriot Act* - pacote de leis antiterrorismo que implicou na restrição de direitos civis -, se reproduz em diversos países. A sensação pública de segurança e medo dá ensejo ao incremento e expansão de doutrinas conservadoras e repressivas no que se refere ao sistema penal.

Neste contexto, Hassemer bem demonstra o caráter repressivo dos atuais Movimentos de Lei e Ordem. Vai além, analisa, especialmente, a experiência dos riscos e da erosão normativa que determinam nossa vida cotidiana, provocando uma sensação de paralisia. De tal sorte que, o Estado, antes um Leviatã, passa, consoante o autor, a ser concebido como o “companheiro de armas dos cidadãos, disposto a defendê-los dos perigos e dos grandes problemas da época”.

Assim, crescem as políticas criminais bélicas, os aparatos policiais, as execuções sumárias, a profusão dos cárceres, a tortura como meio de obtenção de prova, o Estado de Polícia, especialmente diante das vidas nuas. Em contraponto, restringem-se os direitos e as liberdades individuais.

Dante da onda neoconservadora, o Estado Democrático de Direito vê-se ameaçado pela expansão do Estado Policial, pois a busca da segurança sobrepuja a luta pela liberdade, o discurso da segurança pública ocupa o lugar do discurso de direitos humanos, privilegia-se a proteção de poucos, em contraposição à proteção da coletividade. Dissemina-se a despolitização da política, a exacerbão do individualismo, multiplicação das desigualdades sociais, o medo e desprezo pelo outro. Assiste-se à passagem do Estado Providência para o Estado Penal, através da criminalização das consequências da miséria, segundo Wacquant<sup>1</sup>.

A sensação de medo enseja o discurso de combate às classes perigosas, de combate aos inimigos públicos. Na perspectiva do poder constituído, os inimigos, os perigosos, são aqueles que de algum modo ameaçam a ordem social excludente que busca se legitimar. Sejam as classes sociais subalternas - aqueles que sobraram da sociedade de consumo como diz Bauman -, sejam os movimentos de contestação desta ordem.

1 WACQUANT, Loïc. *Punir os pobres: a nova gestão da miséria nos Estados Unidos*. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 2001b.

Desta forma, implementa-se violentamente, como receituário autoritário, a criminalização da pobreza e dos movimentos sociais. O discurso criminalizante é utilizado para deslegitimar as reivindicações populares. Vândalos e baderneiros são as expressões utilizados como forma de captura da política pelo sistema penal.

No Rio de Janeiro, a repressão policial aos manifestantes recebeu a contribuição legiferante do Poder Executivo estadual. A contenção penal ganhou contornos de decreto de plenos poderes com a aprovação do Decreto Nº 44.302/13, exarado pelo Governador Sérgio Cabral. Dentre outros aspectos, o referido decreto prevê a suspensão de garantias processuais penais de manifestantes suspeitos de vandalismo, dando ensejo à polêmica sobre a constitucionalidade da adoção de tal medida no plano estadual.

Entender criticamente os aspectos políticos, criminológicos e normativos da disseminação do Estado Policial e suas estratégias de criminalização dos movimentos sociais é o objetivo central do presente artigo. Para tanto, primeiramente será abordado, à luz da Criminologia Crítica, o processo de recrudescimento das políticas criminais em curso no Brasil nos últimos anos, bem como será feita, em um segundo momento, a abordagem acerca das violações às garantias penais e processuais penais na repressão policial às manifestações populares, e a análise jurídico-penal considerando a inconstitucionalidade do Decreto Estadual Nº 44.302/13. Por fim, serão apresentadas as conclusões parciais deste breve estudo.

## **1 - ESTADO POLICIAL E CRIMINALIZAÇÃO DOS MOVIMENTOS SOCIAIS**

### **1.1 - A Ofensiva do Estado Policial como ameaça à Democracia e aos Direitos Fundamentais**

Foucault em **O Nascimento da Biopolítica** cunhou o conceito de Estado de Polícia, ou Estado Gendarme para caracterizar o exercício do controle social quase total almejado pelo Estado. Assim descreve:

*“Para os governantes, o Estado de Polícia trata-se de considerar e encarregar-se não somente das diferentes condições, isto é, dos diferentes tipos de indivíduos com seu estatuto particular, mas, sobretudo, encarregar-se da atividade dos indivíduos até em seu mais tênuem grão”<sup>2</sup>.*

---

<sup>2</sup> FOUCAULT, Michel. **O nascimento da biopolítica**. São Paulo: Editora Martins Fontes, 2008.

Hodiernamente, constata-se, diante da vigência do Estado Democrático de Direito, como modelo preconizado pela Carta Magna de 1988, a escalada do Estado Policial, através da suspensão de direitos e garantias fundamentais elementares ao regime democrático.

O Estado Policial se expande diante do esgotamento das respostas políticas da democracia liberal-capitalista à grave crise que se ergue desde a era neoliberal, conduzindo ao paulatino esvaziamento do Estado de Bem-Estar Social e à implementação de novas estratégias de gestão da pobreza. Logo, como afirmou o sociólogo francês Loic Wacquant, programa-se o desmonte do Estado Social, substituindo-o por um Estado Penal.

Neste cenário, a sociedade exige um discurso penal ampliado, ou a prevalência do Direito Penal de Emergência, que se expressa através do eficientismo penal (como proposta vinculada ao Movimento de Lei e Ordem, ao modelo intitulado de “Tolerância Zero”). Nesse diapasão, fundamenta-se o Estado de Polícia, que traz uma plataforma político-criminal que propõe, dentre outras medidas, a redução da maioridade penal, a aplicação da pena capital, a ampliação das penas de prisão para pequenas transgressões, o encarceramento em massa de indivíduos integrantes de classes sociais mais baixas e segmentos em situação de vulnerabilidade.

Nessa seara, Nilo Batista afirma que o Estado Policial “é aquele regido pelas decisões do governante. Pretende-se com certo simplismo estabelecer uma separação cortante entre o Estado de Polícia e o Estado de Direito: entre o modelo de Estado no qual um grupo, classe social ou segmento dirigente, encarna o saber acerca do que é bom ou possível, e sua decisão é lei, e outro, no qual o bom ou o possível é decidido pela maioria, respeitando os direitos das minorias, para o que tanto aquela quanto estas precisam submeter-se a regras que são mais permanentes do que meras decisões transitórias. Para o primeiro modelo, submissão à lei é sinônimo de obediência ao governo; para o segundo, significa acatamento às regras anteriormente estabelecidas. O primeiro pressupõe que a consciência do bom pertence à classe hegemônica e, por conseguinte, tende a uma Justiça substancialista. O segundo pressupõe que pertence a todo o ser humano por igual, e, portanto, tende a uma Justiça procedural. A tendência substancialista do primeiro o faz tender para um direito transpersonalista (a serviço de algo meta-humano: divindade, casta, classe, estado, mercado etc...); o proceduralismo do segundo, para um direito personalista (para os humanos)”<sup>3</sup>.

<sup>3</sup> ZAFFARONI, Eugenio Raúl; BATISTA, Nilo; ALAGIA, Alessandro; SLOKAR, Alessandro. *Direito penal brasileiro*. V.: I. Rio de Janeiro: Revan, 2003, p. 93 e 94.

Nessa perspectiva, quando, a pretexto de dirimir o crime, ignora-se o Ordenamento Jurídico, suprime-se o Estado Democrático de Direito, e o que se estabelece é o Estado Policial. Como salienta o ministro Celso de Mello<sup>4</sup>, “o Estado Policial é a negação das liberdades, indiferentemente de posição social ou hierarquia. Trata-se de uma antítese do sistema democrático”.

O sistema penal não pode atuar em nome do Estado Policial, visto que os direitos fundamentais, além da base tríplice processual-constitucional dos direitos do cidadão: contraditório, ampla defesa e devido processo legal, devem permanecer respeitados pela comunidade jurídica. Tais garantias, no entanto, não são asseguradas nas mais diversas esferas de atuação do Estado, que se conectam ao sistema penal, no que diz respeito aos Poderes Executivo, Legislativo e Judiciário, em âmbito tanto federal, quanto estadual.

Por sistema penal, como preleciona Zaffaroni, entende-se “o controle social punitivo institucionalizado”<sup>5</sup>, que abarca várias agências reguladoras, desde a elaboração do crime, passa pela persecução, julgamento, imposição da pena<sup>6</sup> e execução penal. Pressupõe a atividade normativa, do legislador; de perseguição aos desviantes, da polícia, e de condenação e fixação da sanção, dos juízes e administração da pena, dos juízes e funcionários da execução penal.

Em nossos dias, todas essas agências do sistema penal são estimuladas pelo recrudescimento do Estado Policial, sobrepondo-se aos direitos e garantias fundantes do Estado Democrático de Direito, configurando, de tal maneira, flagrante ameaça à sociedade. Nesse diapasão analisaremos suas manifestações em cada faceta do sistema penal nos três poderes da República: na norma incriminadora através do Poder Legislativo; no Poder Executivo, através da atuação das Polícias e do Sistema Penitenciário; e, por fim, nas decisões judiciais através do Poder Judiciário.

Movido pelo eficientismo penal, o Poder Judiciário naturaliza entendimentos que remetem à doutrina do Direito Penal do Inimigo, preconizada por Jakobs<sup>7</sup>, suspendendo garantias penais e processuais penais diante de determinadas categorias sociais, a exemplo do réu acusado de tráfico ilícito de substâncias entorpecentes.

---

<sup>4</sup> Revista VEJA, edição de 22 de agosto de 2007.

<sup>5</sup> ZAFFARONI, Eugenio Raúl; BATISTA, Nilo; ALAGIA, Alessandro; SLOKAR, Alessandro. **Direito penal brasileiro**. V.: I. Rio de Janeiro: Revan, 2003.

<sup>6</sup> ZAFFARONI, Eugenio Raúl. **Poder Judiciário: crise, acertos e desacertos**. Trad.: Juarez Tavares. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995, p. 36 e ss.

<sup>7</sup> JAKOBS, Günter & CANCIO MELIÁ, Manuel. **Derecho Penal del Enemigo**. Navarra: Editorial Aranzadi, 2006, p. 16.

Nesta matéria, comumente a atuação Poder Legislativo preconiza a aprovação de normas penais incriminadoras centradas, sobretudo, na criação de novos tipos penais, majoração de penas e recrudescimento da execução penal.

No que se refere ao Poder Executivo, especialmente no que tange à política criminal de segurança pública, é característica comum das Polícias Civil e Militar a implementação de políticas militarizadas e repressivas, tendo por base a metáfora da guerra ao inimigo<sup>8</sup>. Tal modelo bélico acarreta um elevadíssimo grau de letalidade policial, acobertado pelo dispositivo denominado auto de resistência<sup>9</sup>. Apenas nos últimos 10 anos, as polícias do Estado do Rio de Janeiro perpetraram a morte de mais de 10.000 civis computados em autos de resistência<sup>10</sup>. Números de um país em guerra provocados por uma política criminal com derramamento de sangue, para fazer uso da expressão cunhada por Nilo Batista<sup>11</sup>.

Por fim, cumpre apontar as mazelas do sistema penitenciário brasileiro. Convive-se com uma realidade de barbárie, na qual são rotineiras as práticas de tortura, condições degradantes, insalubridade, doenças, superlotação, ruptura de laços afetivos, familiares, sexuais. O Brasil possui hoje a 4ª maior população prisional do mundo em números absolutos, com mais de 550.000 presos, sendo que menos de 10% está inserido em atividades educacionais e menos de 20% realiza atividades laborativas. Mais de 70% corresponde a acusados dos crimes de tráfico de entorpecentes, furto e roubo<sup>12</sup>.

Como exposto, o Estado Democrático de Direito encontra-se ameaçado pela enunciação do Estado Policial, que se propaga por todas as esferas da vida humana. Nesta esteira, vale lembrar Alessandro Baratta em sua defesa intransigente dos direitos humanos, referindo-se aos crimes de Estado enquanto violência institucional. Assinalou que a violência institucional ocorre quando o agente é um órgão do Estado: o governo, o exército ou a polícia<sup>13</sup>. Baratta frisa que a luta pela contenção da violência estrutural é a mesma luta pela afirmação dos direitos humanos<sup>14</sup>. Pelo

8 DORNELLES, João Ricardo W. *Conflito e Segurança – Entre Pombos e Falcões*. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2003.

9 VERANI, Sérgio. *Assassinatos em Nome da Lei*. Rio de Janeiro: Aldebarã, 1996.

10 SOUZA, Taiguara L. S. e. "Constituição, Segurança Pública e Estado de Exceção Permanente". Dissertação de Mestrado do PPGD PUC-Rio. Orientador: José Maria Goméz. Rio de Janeiro: 2010. Dados disponíveis em: [www.isp.rj.gov.br](http://www.isp.rj.gov.br).

11 BARISTA, Nilo. "Política criminal com derramamento de sangue". In.: *Revista Discursos Sediciosos*: crime, direito e sociedade. V.: 5/6. ICC. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1998, p. 84.

12 Ver mais <http://global.org.br/wp-content/uploads/2013/01/RELAT%C3%93RIO-ANUAL-MEPCT-RJ-2012-FINAL.pdf> e <http://portal.mj.gov.br>.

13 BARATTA, Alessandro. "Direitos Humanos: entre a violência estrutural e a violência penal". In.: *Fascículos de Ciências Penais*. Trad.: Ana Lúcia Sabadell. Ano 6. V.: 6. Nº. 2. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1993, p. 48.

14 BARATTA, Alessandro. "Principios del derecho penal mínimo". In.: *Conferencia Internacional de Direito Penal*: outubro de 1988. Rio de Janeiro: Centro de Estudos da Procuradoria Geral da Defensoria Pública do Estado do Rio de Janeiro, 1991, p. 25.

Princípio da Superioridade Ética, o Estado não pode se igualar a criminosos. Nesse sentido, deve caminhar o Direito Penal, com o intuito de preservar os direitos humanos, o que significa preservar um mínimo ético de cada indivíduo, no primado do Estado Democrático de Direito.

## 1.2 - A Criminalização da Pobreza e dos Movimentos Sociais

Na linha de pensamento de Jacques Rancière, à luz de um contexto de mundialização da economia, de “pós-democracia”<sup>15</sup>, a democracia é concebida como espaço de produção de consenso, a partir da padronização de normas. Nesta vertente das “Sociedades de Controle”, a política é polícia, portanto, vigilância em meio-aberto contínua e modular. O autor, em sua crítica, afirma que a verdadeira política é calcada no dissenso, compreendendo consenso sempre como algo provisório e efeito de lutas constantes.

O receituário do Império indica a equação “mais polícia e menos política” diante da crescente autonomização dos mercados e a dilaceração da soberania estatal. Assiste-se então, a um duplo movimento: recuo na intervenção estatal em políticas de cidadania aliado ao incremento dos mecanismos coercitivos para assegurar o monopólio do uso legítimo da violência.

Esta transfiguração da atuação estatal é estudada por Loic Wacquant. Debruçando-se sobre as reformas nas políticas sociais implementadas nos EUA no último quartel do século XX, o autor aponta para o declínio do *Welfare State* (Estado de Bem-Estar Social) e a ascensão do *Warfare State* (Estado Penal), preconizando o incremento do aparato repressivo do Estado<sup>16</sup>.

A partir do momento em que o Estado retrocede no que tange à sua dimensão prestacional de direitos sociais, se torna necessária a intervenção do seu aparato repressivo em relação às condutas consideradas transgressoras da lei e o rigoroso controle dos grupos sociais ditos ameaçadores da nova ordem. Este binômio conduz Wacquant a fazer uso da expressão Estado Centauro<sup>17</sup>.

15 Rancière, J. (1996). **O desentendimento: política e filosofia**. São Paulo: editora 34.

16 O fim da Guerra Fria e a Queda do Muro de Berlim demarcam a ascensão da nova ordem mundial, cenário que torna obsoleta a necessidade de programas governamentais orientados na filosofia do Estado-Providência.

17 A metáfora utilizada por Wacquant simboliza ao mesmo tempo um ser dotado de cabeça humana, representando o racionalismo liberal, e de corpo bestial, espelhando sua face penal e de controle punitivo. Tal conceito fora anteriormente trabalhado por Maquiavel, Gramsci e Poulantzas.

Wacquant afirma que o Estado, que se mostra incapaz de superar a crescente crise social, empenha seus esforços em uma gestão penal da miséria, na criminalização das consequências da pobreza. O Estado penal que se delineia preconiza o recurso maciço e sistemático à prisão que, unido com a política repressiva às drogas, foi responsável por quadruplicar o número de presos entre os anos 70 e 90 nos EUA, com a grande maioria da população carcerária composta por negros de classes mais baixas (WACQUANT, 2007, pp. 207-211).

O período analisado por Wacquant marca a ascensão da doutrina chamada de “tolerância zero” nos EUA, experienciada na Prefeitura de Nova Iorque, sob a gestão de Rudolph Giuliani em 1994. A doutrina “tolerância zero” denota o rigor do aparato repressivo do Estado até mesmo em face dos pequenos desvios. Segundo afirma Dornelles (2008, p. 53), são estas as “tendências ideológicas neoliberais no campo do controle social, em especial nas práticas penais que forjam o modelo do eficientismo do direito penal máximo”, filosofia que passa a ser exportada<sup>18</sup>.

Como exposto por Wacquant, nos EUA, a partir das reformas na área da assistência social, assiste-se à transição do Estado de Bem-Estar Social (*Welfare State*) para o Estado Penal (*Warfare State*). No Brasil, como país de capitalismo periférico, não se pode falar sequer na vigência histórica do Estado de Bem-Estar. A tendência de hipertrófia do aparato penal vem apenas reforçar o controle violento das camadas excluídas da população exercido desde o século XVI, desde o genocídio colonial. Implementa-se uma política de Segurança Pública que busca construir no imaginário social a ideia de combate às classes perigosas, estabelecendo especialmente a figura do traficante enquanto inimigo público a ser combatido, dando ensejo à “política criminal com derramamento de sangue”, como afirma Nilo Batista.

O próprio Wacquant (2001, p. 7) destaca a peculiaridade dos países subdesenvolvidos:

(...) a penalidade neoliberal é ainda mais sedutora e mais funesta quando aplicada em países ao mesmo tempo atingidos por fortes desi-

<sup>18</sup> “Inicialmente desenvolveu-se uma rede de difusão de idéias, valores, práticas e modelos de regulação social e de universalização da regulação econômica que partiu dos Estados Unidos da América e chegou à Europa Ocidental, através da Inglaterra, e à América Latina.(...) Há, assim, um verdadeiro tráfico transcontinental de idéias e valores que reforçam as políticas públicas que se colocam no campo da internacionalização da penalização da miséria”. DORNELLES. *Conflito e Segurança*, 2008, p. 53.

gualdades de condições e de oportunidades de vida e desprovidos de tradição democrática e de instituições capazes de amortecer os choques causados pela mutação do trabalho e do indivíduo no limiar do novo século.

Com as políticas de ajuste estrutural implementadas na década de 90 dá-se o vertiginoso aumento da miséria e da exclusão social estrutural. Como estratégia de contenção das classes excluídas, o Estado Penal passa a preconizar a criminalização das consequências da miséria.

Tais processos de rotulação, afeitos à teoria do *labelling approach*, conduzem o estigma de *homo sacer*, vivente na vida nua, aos moradores de favelas e comunidades periféricas, tidos como as novas classes perigosas, os inimigos públicos, os matáveis. Wacquant (2007, p. 49), ao explicitar o que comprehende como criminalização da pobreza, afirmará que essas categorias ontológicas não necessitam mais praticar condutas delitivas para serem alvo do *jus puniendi*, mas elas próprias tornam-se crimes.

Do mesmo modo, a criminalização não atinge apenas os desvalidos pertences aos estratos mais pauperizados da sociedade, mas também, aos movimentos de contestação da ordem. *Pari passu* à criminalização da pobreza, o Estado Policial necessita da criminalização dos movimentos sociais, dando incrível pertinência à afirmação de Wacquant: “a manutenção da ordem pública e a manutenção da estrutura de classes se confundem”.

Deste modo, seja através da expressão Estado Policial cunhada por Foucault, seja Estado penal, como nomeia Wacquant, Estado de exceção, como estuda Agamben, sociedade de controle, como elaborou Deleuze, Estado de sítio com Paulo Arantes, bonapartismo *soft*, como afirma Losurdo<sup>19</sup>, fascismo societal, como diz Boaventura<sup>20</sup>, autoritarismo *cool*, como afirma Zaffaroni<sup>21</sup>, militarização da vida social como anuncia Menegat<sup>22</sup>, todas são denominações diversas para explicitar o mesmo processo de recrudescimento do controle social institucionalizado no contexto das democracias contemporâneas.

19 LOSURDO. *Democracia ou Bonapartismo*, 2004, p. 333.

20 Boaventura utiliza a denominação de fascismo societal para descrever a convivência de práticas excludentes, autoritárias e violentas, dentro de regimes ditos democráticos. SANTOS, Boaventura de Souza. "Reinventar a Democracia: entre o pré-contratualismo e o pós-contratualismo". In  *Democratizar a Democracia*. Porto Alegre: Editora Civilização Brasileira, 2002, p. 51 a 57.

21 ZAFFARONI. Eugênio Raul. *O inimigo no Direito Penal*, 2007, p. 78.

22 MENEGAT, Marildo. *O Olho da Barbárie*. São Paulo: Expressão Popular, 2006.

## **2 – A PRIMAVERA CARIOCA E O DECRETO ESTADUAL Nº 44.302/13**

### **2.1 – A repressão policial às revoltas populares: limites e possibilidades do uso da força**

O mês de junho de 2013 marca a grande onda de manifestações populares que eclodiu por todas as grandes metrópoles do Brasil. Iniciados com a bandeira do Movimento Passe Livre, contra os abusivos aumentos nas tarifas de transportes públicos, os protestos tomaram vulto gigantesco. No Rio de Janeiro, a onda de grandes manifestações passou a ser chamada Primavera Carioca, visto que iniciadas ainda no final de 2012. Já representam a maior onda de mobilizações populares após a campanha das Diretas Já<sup>23</sup>. Novas estratégias de comunicação, como as redes sociais, passam a fazer parte da rotina dos atos e cumprem um papel fundamental para capilarizar ainda mais as ações.

Os protestos parecem representar a explosão em catarse de todo acúmulo de indignação da sociedade brasileira diante do esgotamento do modelo de democracia representativa liberal, em um quadro histórico de corrupção endêmica, precarização de políticas públicas de saúde e educação, relação promíscua entre Estado e grandes corporações do capital e imensa demanda represada por participação popular nas decisões fundamentais do Estado.

As manifestações geraram em alguns episódios depredação de patrimônio público, bem como ocupações de prédios públicos. Em alguns casos mais isolados, há registros de saques nas cercanias dos atos. Não obstante, independente da existência ou não de incidentes protagonizados por manifestantes, a violenta repressão policial é característica marcante em todo o país.

A contenção repressiva das manifestações tem sido implementada prioritariamente pela Polícia Militar, contando com a colaboração da Polícia Civil e da Força Nacional de Segurança. Vale destacar, no Rio de Janeiro, a participação do Choque e do Bope, batalhões especiais, respectivamente da Polícia Civil e Militar, fazendo uso de helicópteros, blindados e fuzis.

<sup>23</sup> <http://noticias.uol.com.br/cotidiano/ultimas-noticias/2013/06/20/em-dia-de-maior-mobilizacao-protestos-levam-centenas-de-milhares-as-ruas-no-brasil.htm>.

Nesta perspectiva, implementa-se um verdadeiro processo de criminalização dos movimentos sociais. A resposta policial em regra tem sido absolutamente desproporcional e muitas vezes violenta e gratuita, antes mesmo de qualquer excesso por parte dos manifestantes. Prisões arbitrárias e desnecessárias, truculência e uso abusivo de armas não letais dão a tônica da atividade policial na “ contenção dos distúrbios civis”.

A utilização indiscriminada de armas não letais tem aberto um amplo debate sobre os limites ao uso da força na atividade policial. Há registros de mortes de manifestantes que inalaram grande quantidade de gás lacrimogênio e gás de pimenta<sup>24</sup>. Há ainda inúmeros registros de pessoas atingidas por balas de borracha no rosto e outras regiões sensíveis. Também foi observada a utilização de bombas de gás lacrimogênio e gás de pimenta fora do prazo de validade, fato que pode acarretar sérios danos à saúde da pessoa atingida pela substância.

Vale destacar que a ação policial nos protestos não possuía o escopo de dispersão dos manifestantes, mas sim almejava encurralar os mesmos e forçá-los a serem atingidos pelos efeitos das armas não letais, ou talvez melhor denominadas armas menos letais. Deixa-nos crer que o objetivo maior ensejado pelas forças policiais era infligir sofrimento aos manifestantes, de modo a servir ao objetivo pedagógico de convencê-los a não aderir aos próximos protestos.

Os resultados poderiam ter sido ainda mais graves, diante do pedido do Comandante da PMERJ para a utilização de armas letais nas manifestações. Como se trata de circunstância na qual é frequente a exaltação de ânimos de ambas as partes, um policial municiado de arma letal poderia fazer uso inadequado, evidentemente, resultando em uma catástrofe. O uso de armas letais na contenção de “distúrbios civis” é altamente temerário e contraria recomendação da ONU.

Se o uso excessivo da força ocasionou casos pontuais de vítimas letais, não se pode dizer o mesmo da ação do aparato repressivo nas áreas periféricas. A Polícia Militar do Rio de Janeiro é conhecida por sua altíssima letalidade, empreendida sobretudo nas favelas e demais periferias urbanas. Este *habitus* letífero confirmou-se na repressão a um dos protestos, este realizado nas proximidades da Favela da Maré. Após receber denúncia da prática de furtos na manifestação, a PMERJ deslocou-se para

<sup>24</sup> <http://g1.globo.com/rio-de-janeiro/noticia/2013/08/mp-e-pm-apuram-se-ator-morreu-por-inalar-gas-lacrimogeneo-em-ato-no-rio.html>.

o local, e como em ação vindicativa, a operação resultou em 10 mortes de civis<sup>25</sup>. É importante observar que, quando o argumento de combate a um arrastão foi usado contra manifestantes na Barra da Tijuca, não houve ação de policiais do Bope, nem assassinatos, demonstrando que há um tratamento diferenciado na favela e no “asfalto”.

Tal fatídica operação é altamente simbólica, visto que evidencia de modo draconiano a seletividade do estado penal, conferindo tratamento ainda mais belicoso aos setores sociais mais oprimidos. Fica patente a cultura violenta e repressiva reinante na instituição policial, demonstrando as permanências do entulho autoritário dos anos de chumbo.

Maranhão Costa propõe uma distinção entre o uso da força legítima e a violência policial. O ponto médio que separa o uso legítimo da força e a violência policial nem sempre é de fácil precisão. Este termômetro varia de acordo com pressupostos ético-políticos de cada sociedade, não apresenta, portanto, um padrão linear.

O autor cita três interpretações dominantes acerca dos limites entre força legítima e violência<sup>26</sup>: *uma interpretação jurídica* (parâmetro proibitivo presente no ordenamento jurídico), *uma interpretação sociológica* (embasada pela noção de legitimidade). Ainda que amparado pela legalidade, o uso da força pela polícia pode ser considerado ilegítimo em certas situações, como para desbaratar manifestações populares) e *uma interpretação profissional* (atenta para a necessidade de as instituições policiais estabelecerem padrões de conduta a serem seguidos). Cada uma dessas três interpretações irá preconizar perspectivas distintas de controle da atividade policial, uma vez que concebem a violência policial de modo variado.

## 2.2 – O Direito Penal Máximo: Sistema Acusatório x Sistema Inquisitório

O *modus operandi* dos órgãos de segurança pública gerou grande comoção no seio da população e deu ensejo a manifestações de instituições como a Ordem dos Advogados do Brasil. Em trecho de nota pública lançada no dia 17 de junho, a OAB “reitera que as manifestações, reali-

25 <http://noticias.r7.com/rio-de-janeiro/moradores-da-mare-organizam-ato-em-memoria-dos-10-mortos-em-acao-policial-no-local-02072013>.

26 Maranhão Costa, *Entre a Lei e Ordem*, 2005, p. 51.

zadas de forma pacífica, expressam o mais alto sentido de liberdade de nossa Constituição, e repudia, de pronto, qualquer iniciativa das autoridades em criminalizá-las”<sup>27</sup>.

No Rio de Janeiro, especialmente, os atos públicos receberam grande apoio de advogados, seja disponibilizados pela Comissão de Direitos Humanos da OAB-RJ, integrantes de organizações não governamentais, como o Instituto de Defensores de Direitos Humanos ou ainda advogados voluntários reunidos em torno do grupo *Habeas Corpus-RJ*, criado para oferecer assistência jurídica em solidariedade aos manifestantes atingidos pelo arbítrio policial<sup>28</sup>.

A atuação de tais advogados centrava-se na contenção do poder punitivo estatal, em defesa das liberdades democráticas, como a livre manifestação de pensamento, consagrada pela Constituição da República em seu art. 5º, inciso XVI, da Constituição da República. É papel das autoridades públicas assegurar o direito de reunião, harmonizando-o do melhor modo com outros direitos individuais como o direito de locomoção, o direito de propriedade e o direito à integridade física. As manifestações populares colocam em colisão tais garantias constitucionais, de modo que cabe ao Estado e a seus agentes, nessas situações limítrofes, harmonizar da maneira mais eficaz os direitos fundamentais, como corolário indispensável ao exercício da democracia.

A repressão policial nos protestos tem apresentado capulações altamente arbitrárias no intuito de tentar tipificar condutas dos manifestantes. Inúmeras detenções arbitrárias foram perpetradas, desconsiderando por completo o art. 301 do Código de Processo Penal, acerca da prisão em flagrante, visto que impossível configurar o flagrante delito sem qualquer indício de autoria ou prova da materialidade do crime.

Dentre o vasto rol, foram observadas prisões por crimes de dano, seja ao patrimônio privado (art. 163 CP) ou público (art. 163, § único, III CP) - sem qualquer prova -, formação de quadrilha (art. 288 CP) – mesmo entre pessoas que sequer se conheciam -, corrupção de menores (Art. 244 B do ECA), tentativa de lesão corporal (art. 129 CP c/c art. 14, II CP), desacato (art. 331 CP), resistência (art. 329 CP), incitação ao crime (art. 286 CP), apologia ao crime (art. 287 CP), dentre outros.

27 <http://www.oab.org.br/noticia/25770/oab-defende-respeito-a-livre-manifestacao-e-pede-protestos-pacificos>. “OAB defende respeito à livre manifestação e pede protestos pacíficos”.<http://noticias.terra.com.br/brasil/e-preciso-preservar-o-direito-de-protestar-diz-chefe-da-oab-rj.229dbb2979930410VgnCLD2000000dc6eb0aRCRD.html>. “É preciso preservar o direito de protestar”, diz chefe da OAB-RJ.

28 Segundo a entidade, 400 manifestantes foram auxiliados no Rio nos últimos meses.

O altíssimo grau de arbítrio na atuação da persecução criminal rasga as garantias penais e processuais penais inarredáveis a qualquer cidadão, dando ensejo à materialização do sistema inquisitório, em sobreposição ao sistema acusatório preconizado pela Carta Política de 1988<sup>29</sup>. É a enunciação do Direito Penal Máximo, como saliente Ferrajoli, mais afeito ao ideário da ditadura do que à democracia<sup>30</sup>.

## 2.3 – Da Inconstitucionalidade do Decreto Estadual nº 44.302/13

As grandes mobilizações que tomaram o Brasil realizam-se em um período singular, o qual antecede os megaeventos que serão realizados no país nos próximos anos como a Copa do Mundo de 2014 e as Olimpíadas de 2016. Frise-se ainda a realização da Copa das Confederações e a Jornada Mundial da Juventude, junto à visita do Papa, respectivamente em junho e julho de 2013.

O fato de sediar a Copa do Mundo acarretou ao Brasil a imposição de uma legislação excepcional, denominada Lei Geral da Copa (Lei 12.663/12). Aviltando a soberania nacional, a FIFA impõe ao país a incorporação na ordem jurídica de um marco legal que estabelece três novos crimes (**Utilização indevida de Símbolos Oficiais**, marketing de emboscada por associação e marketing de emboscada por intrusão), todos relacionados à proteção dos interesses econômicos da FIFA. Portanto, dá-se ensejo a um verdadeiro estado de exceção a serviço da defesa de interesses privados<sup>31</sup>.

Junto à realização dos megaeventos caminha ainda o clamor pela regulamentação do crime de terrorismo<sup>32</sup>, mencionado na Constituição Federal no art. 5º XLIII, no entanto, não tipificado no Ordenamento Jurídico-penal. A positivação do crime de terrorismo causa grande preocupação tendo em vista a possibilidade de a norma penal incriminadora servir à

29 NICOLITI, André Luiz. **Manual de Processo Penal**. Rio de Janeiro: Ed. Campus – Elsevier, 2010.

30 FERRAJOLI, Luigi. **Direito e razão**. Trad.: Juarez Tavares, Fauzi Hassan Choukr, Ana Paula Zomer e Luiz Flávio Gomes. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

31 <http://ultimainstancia.uol.com.br/conteudo/noticias/60339/>. Com leis próprias, megaeventos criam ‘estado de exceção’, dizem especialistas.

32 <http://www12.senado.gov.br/noticias/materias/2013/06/13/projeto-que-define-crime-de-terrorismo-pode-ser-votado-ate-agosto-pelo-congresso>.

imposição de ainda maior criminalização aos movimentos sociais<sup>33</sup>.

No Congresso Nacional há parlamentares defendendo acelerar tal pauta diante da repercussão das grandes manifestações. Proposições genuínas do populismo punitivo preconizando pelo Direito Penal de Emergência como solução à “crise” <sup>34</sup>.

Segundo salienta Maierovitch:

“um criminoso quando põe fogo em uma casa, o rapaz que deu um tiro na criança de cinco anos, isso tudo são métodos terroristas, mas não significa que estamos diante de um fenômeno terrorista, que é o que precisa de lei. Essa violência toda não é para busca de poder, para fins políticos partidários, para derrubar o Estado. O Brasil não sabe distinguir. Nessas propostas de legislação que estão tramitando agora, tudo é terrorismo, inclusive “baderna””.

Entretanto, não são estas as únicas legislações de exceção. No dia 22 de julho de 2013, o Governador do Estado do Rio de Janeiro, Sérgio Cabral Filho, baixou o decreto nº 44.302.

Dentre outras disposições, o decreto constitui a CEIV, Comissão Especial de Investigação de Atos de Vandalismo em Manifestações Públicas, criada após a onda de protestos nas ruas do Rio. Segundo o art. 2º do decreto:

“Art. 2º - Caberá à CEIV tomar todas as providências necessárias à realização da investigação da prática de atos de vandalismo, podendo requisitar informações, realizar diligências e praticar quaisquer atos necessários à instrução de procedimentos criminais com a finalidade de punição de atos ilícitos praticados no âmbito de manifestações públicas.”

Ademais, o referido dispositivo legal de exceção exige que as empresas de telefonia e internet entreguem informações de usuários suspeitos de envolvimento com os protestos. Diz trecho do decreto publicado: “As empresas operadoras de Telefonia e Provedores de internet terão prazo máximo de 24 horas para atendimento dos pedidos de informações da CEIV”.

33 Brasil não sabe distinguir terrorismo de outros crimes, diz jurista. Disponível em: <http://ultimosegundo.ig.com.br/politica/2013-07-14/brasil-nao-sabe-distinguir-terrorismo-de-outros-crimes-diz-jurista.html>.

34 Protestos apressam votação da lei de crimes de terrorismo no Brasil. Disponível em: <http://www.sul21.com.br/jornal/2013/06/protestos-apressam-votacao-da-lei-de-crimes-de-terrorismo-no-brasil/>.

No entendimento da OAB, o conteúdo do decreto carece de constitucionalidade<sup>35</sup>. “A Constituição Federal assegura a inviolabilidade das comunicações entre pessoas. Não tenho a menor dúvida em afirmar que o decreto é flagrantemente inconstitucional”, salientou Marcus Vinícius Furtado, Presidente da OAB. “Apenas a Justiça detém o poder de determinar a quebra do sigilo”, ressaltou.

Diante da repercussão negativa, o Governador decidiu baixar novo Decreto, que revoga o anterior, fazendo principalmente duas alterações<sup>36</sup>. Primeiro, ao tratar das competências da Comissão Especial de Investigação de Atos de Vandalismo em Manifestações Públicas, ressalta que “observar-se-á a reserva de jurisdição exigida para os casos que envolvam quebra de sigilo”. A outra alteração é na menção específica a empresas de telefonia e provedores. O primeiro Decreto dizia que “as empresas Operadoras de Telefonia e Provedores de Internet terão prazo máximo de 24 horas para atendimento dos pedidos de informações da CEIV”. O novo texto não faz mais citação expressa a prazo determinado.

Convém destacar que invariavelmente, os discursos de manutenção da ordem que buscam deslegitimar as grandes mobilizações em curso buscam atribuir aos manifestantes a pecha de vândalos e baderneiros. Ademais, sempre que há excessos no uso da força policial, afirma-se que houve confronto com os policiais.

O etiquetamento dos manifestantes enquanto vândalos trata-se de estratégia criminalizante que remonta os preceitos da doutrina do Direito Penal do Inimigo. A teoria esposada por Jakobs preconiza que diante de algumas categorias sociais, como criminosos econômicos, terroristas, delinquentes organizados, autores de delitos sexuais e outras “infrações penais perigosas” seria possível suspender garantias penais e processuais penais dos réus. Em síntese, inimigo seria aquele que supostamente se afasta de modo permanente do Direito e não oferece garantias cognitivas de que vai continuar fiel à norma<sup>37</sup>.

Nesta concepção o indivíduo que não admite ingressar no estado de cidadania, não pode participar dos benefícios do conceito de pessoa. O inimigo, por conseguinte, não é um sujeito processual, logo, não pode

35 "Decreto de Sérgio Cabral é inconstitucional, diz presidente da OAB nacional". Disponível em: <http://www1.folha.uol.com.br/poder/2013/07/1315596-decreto-de-cabral-e-inconstitucional-diz-presidente-da-oab-nacional.shtml>.

36 "Sob pressão, Sérgio Cabral muda decreto e inclui ordem judicial para quebra de sigilo". Disponível em: <http://convergenciadigital.uol.com.br/cgi/cgilua.exe/sys/start.htm?infoid=34363>.

37 JAKOBS, Günter & CANCIO MELIÁ, Manuel. *Derecho Penal del Enemigo*. Navarra: Editorial Aranzadi, 2006, p. 39.

contar com direitos processuais. Contra ele não se justifica o devido processo legal, mas sim, um procedimento de guerra.

A utilização de tal entendimento com o fulcro de criminalização dos movimentos sociais abre uma ampla discussão doutrinária em interface com a Teoria do Estado e a Filosofia do Direito acerca da pertinência da desobediência civil e do direito de resistência em face do autoritarismo, como hipóteses supralegais de exclusão da ilicitude.

Neste sentido, entende Juarez Cirino:

“Autores de fatos qualificados como desobediência civil são possuidores de dirigibilidade normativa e, portanto, capazes de agir conforme o direito, mas a exculpação se baseia na existência objetiva de injusto mínimo, e na existência de motivação política ou coletiva relevante, ou, alternativamente, na desnecessidade de punição, por que os autores não são criminosos – portanto, a pena não pode ser retributiva e, além disso, a solução dos conflitos sociais não pode ser obtida pelas funções de prevenção especial e geral atribuídas à pena criminal”<sup>38</sup>.

Do exposto, ao trilhar as teses do Direito Penal do Inimigo, o *jus puniti* em sua sanha punitiva acolhe o discurso de guerra ao inimigo, deixando de agir enquanto um Estado *sub lege*, para impor um Estado *contra lege*.

### 3 - CONSIDERAÇÕES FINAIS

À luz da ordem constitucional pós-88, a duras penas conquistada na luta contra o autoritarismo, todo o sistema penal, com destaque para o Direito Penal, deve atuar a serviço do Estado Democrático de Direito. Através da limitação do próprio poder punitivo, na obstaculização da violência institucional, visando, acima de tudo, à defesa da dignidade humana, epicentro de nossa ordem jurídica.

Nesse sentido, não podem ser consideradas compatíveis com a democracia políticas criminais que caracterizam o Estado Penal, o Estado de Polícia, como: mandados de busca e apreensão genéricos, prisões provisórias arbitrárias, proliferação dos autos de resistência, uso dos blindados caveirões, emprego das Forças Armadas para fins de policiamento, execuções sumárias, superlotação e precarização dos presídios.

---

<sup>38</sup> SANTOS, Juarez Cirino dos. *Direito Penal* – parte geral. 3<sup>a</sup> ed. Lumen Juris, Curitiba, 2008.

De igual sorte, doutrinas jurídico-penais, como o Direito Penal do Inimigo, Direito Penal de Emergência, Tolerância Zero e Movimento de Lei e Ordem, que embasam a repressão arbitrária a cidadãos que exercem seu constitucional direito à livre manifestação de pensamento, não condizem com os preceitos basilares do Estado Democrático de Direito.

Como bem destaca Roxin, o Direito Penal deve servir apenas à tutela de bens jurídicos imprescindíveis à vida coletiva em harmonia. De maneira que não cabe ao Direito Penal tutelar convicções morais, religiosas ou políticas<sup>39</sup>.

Cumpre salientar, como afirma o eminent professor Nilo Batista, que “seletividade, repressividade e estigmatização são algumas características centrais dos Sistemas Penais”<sup>40</sup>. Desse modo, pelo fato de o sistema penal trazer tantas máculas à dignidade humana, o Direito Penal, enquanto elemento que compõe o sistema penal deve ser um instrumento do Estado Democrático de Direito.

Nas palavras de Ferrajoli, o Direito Penal só é válido enquanto “instrumento de defesa e de garantia de todos: da maioria ‘não desviada’, mas também da minoria ‘desviada’, que, portanto, se configura como um Direito Penal Mínimo, como técnica de minimização da violência na sociedade”<sup>41</sup>.

Somente a partir de um Direito Penal inserido no paradigma do Estado Democrático de Direito é que se pode frear o Estado Policial. De modo que se coadune com os valores de respeito inexoráveis ao ser humano, que priorizem a dignidade humana. Apenas um Direito Penal ancorado sob a base principiológica e constitucional pode conter as arbitrariedades do próprio poder punitivo e propiciar a construção de um modelo de sociedade mais tolerante e harmônica, apto a erigir ideais de justiça e igualdade.

É necessário estar atento às violações ao ser humano, às afrontas cotidianas, sobretudo em tempos hodiernos, quando em nome da ordem e da segurança pública, direitos fundamentais como a dignidade humana têm sido cotidianamente açambarcados. Nesse sentido, o grande desafio posto para a democracia, é a contenção da barbárie perpetrada pelos modelos opressores, que se traduzem nos Estados de Polícia.

---

39 ROXIN, Claus. *A proteção de bens jurídicos como função do Direito Penal*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.

40 BATISTA, Nilo. *Introdução crítica ao direito penal brasileiro*. 4<sup>a</sup> ed. Rio de Janeiro: Revan, 1999, p. 26.

41 FERRAJOLI, Luigi. "A pena em uma sociedade democrática". Trad.: Christiano Fragoso. Instituto Carioca de Criminologia. In.: *Revista Discursos Sediciosos: crime, direito e sociedade*. V.: 12. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 2002, p. 32.

Como ensina Radbruch, “não precisamos de um Direito Penal melhor, mas de algo melhor que o Direito Penal”. Neste prisma, o Direito Penal jamais pode ser concebido parâmetro legitimador do Estado Penal, *a contrario sensu*, deve servir apenas como limite ao poder punitivo estatal, como proteção à pessoa humana diante do Estado Democrático de Direito.❖

#### 4 – REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- AGAMBEN, G. **Homo sacer: o poder soberano e a vida nua**. Trad.: H. Burigo. Belo Horizonte: UFMG, 2002.
- \_\_\_\_\_. **Estado de Exceção**. São Paulo: Boitempo Editorial, 2004.
- ANDRADE, Vera Regina Pereira de. **Sistema penal máximo x cidadania mínima**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003.
- BARATTA, Alessandro. "Direitos Humanos: entre a violência estrutural e a violência penal". In.: **Fascículos de Ciências Penais**. Trad.: Ana Lúcia Sabadell. Ano 6. V.: 6. Nº. 2. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1993.
- \_\_\_\_\_. **Criminologia Crítica e Crítica do Direito Penal**. Rio de Janeiro: REVAN, 1997.
- BARROSO, Luís Roberto. **O direito constitucional e a efetividade de suas normas – Limites e possibilidades da Constituição brasileira**. 6<sup>a</sup> ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.
- BATISTA, Nilo. "Todo crime é político". In.: **Caros amigos**. Ano VII. Nº. 77. Agosto de 2003.
- \_\_\_\_\_. "Política criminal com derramamento de sangue". In: **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, nº 20, São Paulo, Ed. Revista dos Tribunais, 1997.
- \_\_\_\_\_. **Introdução crítica ao direito penal brasileiro**. 4<sup>a</sup> ed. Rio de Janeiro: Revan, 1999.
- BATISTA, Vera Malaguti. **O Medo na Cidade do Rio de Janeiro**. Rio de Janeiro: Editora Revan, 2003.
- BAUMAN, Zigmunt. **Em Busca da Política**. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editor, 2000.
- BENJAMIN, Walter. "Sobre o conceito de história (Tese 8)". In **Obras escolhidas**. V.1. São Paulo:Brasiliense, 1994.
- BERCOVICI, Gilberto. **Constituição e estado de exceção permanente: atualidade de Weimar**. São Paulo: Azougue, 2004.

BITTENCOURT, Cesar Roberto. **Curso de Direito Penal** – Parte Especial. V. II. São Paulo, Impetus, 2010.

CERQUEIRA, Carlos M. N. "Remilitarização da segurança pública: a Operação Rio". In: **Discursos Sediciosos – Crime, Direito e Sociedade**. Ano 1, nº 1. Rio de Janeiro: Relume-Dumará, 1996.

COIMBRA, Cecília. **Memória e Reparação**. Disponível em: [www.gtnm-rj.org.br](http://www.gtnm-rj.org.br).

DELEZE, Gilles. "Post-scriptum sobre as sociedades de controle" in **Conversações**. Rio de Janeiro: Editora 34, 1992.

DORNELLES, João Ricardo W. **Conflitos e Segurança - Entre Pombos e Falcões**. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2003.

FERRAJOLI, Luigi. **Derechos y garantías: la ley del más débil**. Trad.: Perfecto Andrés Ibáñez e Andrea Greppi. Madrid: Trotta, 1999.

\_\_\_\_\_. **Direito e razão**. Trad.: Juarez Tavares, Fauzi Hassan Choukr, Ana Paula Zomer e Luiz Flávio Gomes. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

FOUCAULT, Michel. **Em Defesa da Sociedade**. São Paulo: Martins Fontes, 2005.

\_\_\_\_\_. **O nascimento da biopolítica**. São Paulo: Editora Martins Fontes, 2008.

HARDT, Michael e NEGRI, Antonio. **Multidão: guerra e democracia na era do imperio**. Tradução: Clóvis Marques. Rio de Janeiro: Record, 2005.

HASSEMER, Winfried. **Persona, mundo y responsabilidad: bases para una teoría de la imputación em derecho penal**. Trad. Francisco Muñoz Conde e María del Mar Díaz Pita. Santa Fe de Bogotá: Temis, 1999.

JAKOBS, Günter & CANCIO MELIÁ, Manuel. **Derecho Penal del Enemigo**. Navarra: Editorial Aranzadi, 2006.

NICOLITT, André Luiz. **Manual de Processo Penal**. Rio de Janeiro: Ed. Campus – Elsevier, 2010.

RANCIÈRE, Jacques. **O Desentendimento-Política e Filosofia**. São Paulo: Ed.34, 1996.

ROLNIK, Raquel. "As vozes das ruas: as revoltas de junho e suas interpretações." In: **Cidades Rebeldes: Passe Livre e as manifestações que tomaram as ruas do Brasil**. São Paulo: Boitempo, 2013.

ROXIN, Claus. **A proteção de bens jurídicos como função do Direito Penal**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.

SOUZA, Taiguara Líbano Soares e. **Constituição, Segurança Pública e Estado de Exceção Permanente**: A Biopolítica dos Autos de Resistência. Dissertação de Mestrado. PUC-Rio, 2010.

SULOCKI, Victoria-Amália de B. C. G. de. **Segurança Pública e Democracia – Aspectos Constitucionais das Políticas Públicas de Segurança**. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2007.

TELES, Edson. "Democracia, Segurança Pública e coragem para agir na política." In: **Occupy: movimentos de protesto que tomaram as ruas**. São Paulo: Boitempo, 2012.

WACQUANT, Loic. **Punir os Pobres – A Nova Gestão Penal da Miséria nos Estados Unidos**. Rio de Janeiro: REVAN, 2003.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl. **O inimigo no direito penal**. Pensamento Criminológico. V.: 14. Instituto Carioca de Criminologia. Trad.: S. Lamarão. Rio de Janeiro: Revan, 2007.

ZIZEK, Slavoj. **O Ano em que Vivemos Perigosamente**. São Paulo: Boitempo, 2014.

# Poder Judiciário: Tradição e Opressão

**Rubens R. R. Casara**

*Doutor em Direito, Mestre em Ciências Penais, professor universitário, membro da Associação Juízes para a Democracia (AJD) e do Corpo Freudiano. Escreve a coluna **Contracorrentes** com Giane Alvares, Marcelo Semer, Marcio Sotelo Felipe e Patrick Mariano.*

No imaginário democrático, o Poder Judiciário ocupa posição de destaque. Diante dos conflitos intersubjetivos, de uma cultura narcísica e individualista que cria obstáculos ao diálogo, de sujeitos que se demitem de sua posição de sujeito (que se submetem sem resistência ao sistema que os comanda e não se autorizam a pensar e a solucionar seus problemas<sup>1</sup>), da inércia do Executivo em assegurar o respeito aos direitos individuais, coletivos e difusos, o Poder Judiciário apresenta-se como o ente estatal capaz de atender às promessas descumpridas tanto pelos demais agentes estatais quanto por particulares e de exercer a função de guardião da democracia e dos direitos.<sup>2</sup>

A esperança depositada, porém, cede rapidamente diante do indifarçável fracasso do Sistema de Justiça<sup>3</sup> em satisfazer os interesses daqueles que recorrem a ele. Torna-se gritante a separação entre as expectativas geradas e os efeitos da atuação do Poder Judiciário no ambiente democrático. Não raro, para dar respostas (ainda que meramente formais) às

1 Cf. LEBRUN, Jean-Pierre. **Um mundo sem limite: ensaio para uma clínica psicanalítica do social.** Trad. Sandra Regina Felgueiras. Rio de Janeiro: Companhia de Freud, 2008, p. 73.

2 Nesse sentido: GARAPON, Antoine. **O juiz e a democracia: o guardião das promessas.** Trad. Maria Luiza de Carvalho. Rio de Janeiro. Revan, 1999.

Por *Sistema de Justiça* entende-se o conjunto de estruturas, leis, regulamentos e agentes que repercutem/atuam na função jurisdicional (na declaração e/ou realização de um direito através do Poder Judiciário). Ou seja, esse conceito abrange, não só os membros do Poder Judiciário (juízes, desembargadores, serventuários, juízos, tribunais, etc.), como também o Ministério Público, a Defensoria Pública, os diversos ramos da advocacia e os respectivos regulamentos, leis, órgãos e agentes.

crescentes demandas, o Poder Judiciário recorre a uma concepção política pragmática que faz com que ora se utilize de expedientes técnicos para descontextualizar conflitos e sonegar direitos, ora recorra ao patrimônio<sup>4</sup> gestado nos períodos autoritários da história do Brasil para manutenção da ordem.

Não obstante, na medida em que cresce a atuação do Poder Judiciário (ainda que essa atuação não atenda às expectativas geradas), diminui a ação política, naquilo que se convencionou chamar de ativismo judicial<sup>5</sup>. Esse quadro está a indicar um aumento da influência dos juízes e tribunais nos rumos da vida brasileira, fenômeno correlato à crise de legitimidade de todas as agências estatais e ao crescimento do sentimento de desconfiança em relação à Justiça.

Em outras palavras: hoje, percebe-se claramente que o Sistema de Justiça tornou-se um *locus* privilegiado da luta política, o que torna a escolha dos Ministros dos tribunais superiores (ou seja, dos tribunais com competência em todo território nacional e que produzem as decisões que servem de diretrizes/modelos para todos os órgãos do Poder Judiciário) um ponto sensível (embora, constantemente negligenciado) no processo de construção da democracia brasileira (democracia aqui entendida em seu sentido material, como efetiva participação popular na produção das decisões fundamentais à República somada ao respeito incondicional aos direitos fundamentais).

Por evidente, não se pode pensar a atuação do Poder Judiciário desassociada da tradição em que os magistrados<sup>6</sup> estão inseridos. Adere-se, portanto, à hipótese de que há uma relação histórica, teórica e ideológica entre o processo de formação da sociedade brasileira (e do próprio Po-

---

4 Com Rui Cunha Martins, entende-se que quer no eixo autoritário, quer o eixo democrático, há “um sistema complexo, intrinsecamente plural, de referências doutrinárias, mecanismos de ação, funções ideológicas e experiências históricas concretas, interagindo e agregando-se de forma dinâmica. Cada um desses conjuntos, à medida que vai sendo requisitado e em que vai incorporando novas formas históricas, devém patrimônio – patrimônio ditatorial e patrimônio democrático – e é nessa condição patrimonial que ele é recebido, encarado e utilizado em cada momento histórico. (...) só entendendo a democracia e a ditadura como patrimônio se pode compreender que elas ficuem em cada época, como valor que são, disponíveis para uso” (MARTINS, Rui Cunha. **O ponto cego do direito: the brazilian lessons**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p. 106).

5 Para os fins deste texto, o ativismo judicial identifica-se com a substituição das ações do Executivo e do Legislativo, bem como das reivindicações populares, por medidas e decisões judiciais.

6 No Brasil, adota-se o modelo do juiz profissional, em que os magistrados assumem as suas funções a partir da aprovação em concursos públicos ou por indicações políticas (os tribunais são compostos por juízes de carreira, que são promovidos, e por pessoas escolhidas sem a necessidade de concurso público; nos Tribunais Superiores, ou seja, naqueles com jurisdição em todo o território nacional, essa escolha cabe ao Presidente da República).

der Judiciário) e as práticas observadas na Justiça brasileira<sup>7</sup>. Em apertada síntese, pode-se apontar que, em razão de uma tradição autoritária, marcada pelo colonialismo e pela escravidão, na qual o saber jurídico e os cargos no Poder Judiciário eram utilizados para que os rebentos da classe dominante (aristocracia) pudessem se impor perante a sociedade<sup>8</sup>, sem que existisse qualquer forma de controle democrático dessa casta, gerou-se um Poder Judiciário marcado por uma ideologia patriarcal e patrimonialista (poder-se-ia dizer até aristocrática), constituída de um conjunto de valores que se caracteriza por definir lugares sociais e de poder, nos quais a exclusão do outro (não só no que toca às relações homem-mulher ou étnicas) e a confusão entre o público e o privado somam-se ao gosto pela ordem, ao apego às formas e ao conservadorismo.<sup>9</sup>

De igual sorte, não se pode desconsiderar que o Poder Judiciário tornou-se uma *máquina de burocratizar*.<sup>10</sup> Esse processo, que se inicia na seleção e treinamento dos magistrados, pode ser explicado: em parte, porque assim os juízes dispensam a tarefa de pensar (há nesses juízes um pouco de Eichmann) e, ao mesmo tempo, ao não contrariar o sistema (ainda que arcaico), evitam a colisão com a opinião daqueles que podem definir sua ascensão e promoção na carreira (“comodismo crônico”);<sup>11</sup> em parte, porque há uma normalização produzida pelo senso comum e internalizada pelo juiz (“neurose conservadora”),<sup>12</sup> através da qual esse ator jurídico passa a acreditar no papel de autoridade diferenciada, capaz de julgar desrido de ideologias e valores. Assume, enfim, a postura que o processo de produção de subjetividades lhe outorgou, o que acaba por condicioná-lo a adotar posturas conservadoras no exercício de suas funções com o intuito de preservar a tradição.

7 Segundo Gizlene Neder, tanto a colonização quanto a escravidão ainda condicionam o padrão de estrutura social e de poder, se manifestando sob a forma de permanências simbólicas que atravessaram várias conjunturas do processo histórico brasileiro (Nesse sentido: NEDER, Gizlene. *Discurso jurídico e ordem burguesa no Brasil*. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 1995).

8 Cf. WOLKMER, Antonio Carlos. "Sociedade liberal e tradição no bacharelismo jurídico". In **Direito, Estado, Política e sociedade em transformação** (Org. BORGES FILHO, Nilson). Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 1995, p. 10.

9 GARAPON, Antoine. *O juiz e a democracia: o guardião das promessas*. Trad. Maria Luiza de Carvalho. Rio de Janeiro. Revan, 1999, p. 61.

10 Nesse sentido: ZAFFARONI, Eugênio Raul. *Em busca das penas perdidas: a perda da legitimidade do sistema penal*. Trad. Vânia Pedrosa e Amir da Conceição. Rio de Janeiro: Revan, 1991, p. 141.

11 Cf. MEDEIROS, Osmar Fernando de. *Devido processo legal e indevido processo penal*. Curitiba: Juruá, p. 239.

12 MEDEIROS, Osmar Fernando de. *Devido processo legal e indevido processo penal*. Curitiba: Juruá, p. 239.

Para além dessa tendência à conservação da tradição que acompanha o Poder Judiciário desde sua origem, há também o caráter ideológico do direito burguês, a serviço do velamento da facticidade, em especial das contradições existentes na sociedade. Conforme a crítica marxista ajuda a compreender<sup>13</sup>, os textos legais, com suas abstrações generalizantes, são capazes de produzir uma alienação mundana que favorece a manutenção do *status quo*. Assim, se o texto legal, potencialmente conservador, é um evento que não pode ser ignorado pelo juiz, intérprete privilegiado que irá criar a norma para o caso concreto<sup>14</sup>, reforça-se, ainda mais, o caráter conservador da atuação do Poder Judiciário.

A burocratização, marcada por decisões conservadoras em um contexto de desigualdade e insatisfação, e o distanciamento da população fazem com que o Judiciário seja visto como uma agência seletiva a serviço daqueles capazes de deter poder e riqueza. Se por um lado, pessoas dotadas de sensibilidade democrática são incapazes de identificar no Poder Judiciário um instrumento de construção da democracia; por outro, pessoas que acreditam em posturas fascistas (na crença da força em detrimento do conhecimento, na negação da diferença, etc.) aplaudem juízes que atuam a partir de uma epistemologia autoritária.

Não causa surpresa, portanto, que considerável parcela dos meios de comunicação de massa, a mesma que propaga discursos de ódio e ressentimento, procure construir a representação do “bom juiz” a partir dos seus preconceitos e de sua visão descomprometida com a democracia. Não se pode esquecer que “o sistema midiático tem a capacidade de fixar sentidos e ideologias, o que interfere na formação da opinião pública e na construção do imaginário social” (Dênis de Moraes). Assim, o “bom juiz”, construído/vendido por essas empresas de comunicação e percebido por parcela da população como herói, passa a ser aquele que considera os direitos fundamentais como óbices à eficiência do Estado (ou do mercado). Para muitos, alguns por ignorância das regras do jogo democrático, outros por compromisso com posturas autoritárias, o “bom juiz” é justamente aquele que, ao afastar direitos fundamentais, nega a concepção material de democracia.

13 BASTOS, Ronaldo. **O conceito do direito em Marx**. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 2012.

14 Adere-se aqui à tese que pugna pela diferença ontológica entre texto e norma, esta sempre o produto da criação do intérprete. Por todos: STRECK, Lenio Luis. **Verdade e consenso**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

Note-se que o distanciamento em relação à população gerou em setores do Poder Judiciário, mesmo entre aqueles que acreditam na democracia, uma reação que se caracteriza pela tentativa de produzir decisões judiciais que atendam à opinião pública (ou, ao menos, aos anseios externados através dos meios de comunicação de massa). Tem-se o populista judicial, isto é, o desejo de agradar ao maior número de pessoas possível através de decisões judiciais, como forma de democratizar a Justiça aos olhos da população, mesmo que para tanto seja necessário afastar direitos e garantias previstos no ordenamento.<sup>15</sup> Assim, não raro, juízes de todo o Brasil passaram a priorizar a hipótese que interessa à mídia ou ao espetáculo em detrimento dos fatos que podem ser reconstruídos através do processo (nesse particular, a Ação Penal 470 é um exemplo paradigmático).

Na democracia, porém, os direitos fundamentais de todos (culpados ou inocentes, desejáveis ou odiáveis) devem ser respeitados. A atuação dos magistrados não pode ser pautada pelo desejo das maiorias, sob pena de inviabilizar o direito das minorias. O Poder Judiciário atua como garante contra a opressão, inclusive contra abusos promovidos pela maioria, e é, portanto, contramajoritário. Mais do que isso: para assegurar o direito de um, o Poder Judiciário pode (e deve) julgar em sentido contrário à vontade de todos os demais<sup>16</sup>. Dito de outra forma: os direitos fundamentais funcionam como trunfos contra as maiorias de ocasião e cabe ao Poder Judiciário assegurar não só esses direitos como também a própria democracia em sentido substancial.<sup>17</sup>

Em suma, a tradição em que os atores jurídicos estão inseridos, as práticas autoritárias e conservadoras, e a burocratização são fatores que fazem com que o Poder Judiciário não conte com a confiança da sociedade brasileira. Percebido como uma agência estatal seletiva, voltada somente aos interesses da elite, incapaz de concretizar os direitos da grande maioria da população, o Judiciário passa por séria crise de legitimidade. Crise agravada pelo fato de que as tentativas de satisfazer a opinião públi-

15 Na esfera penal, o populismo tem gerado a admissão de provas ilícitas e o afastamento de direitos e garantias fundamentais dos investigados e acusados com o objetivo de satisfazer os anseios punitivos da mídia.

16 Em se tratando de direitos indisponíveis, na salvaguarda desses, o Poder Judiciário deve julgar inclusive contra a vontade do próprio titular do direito.

17 Para além da democracia formal, em sentido material a democracia exige a concretização dos direitos fundamentais. Nesse sentido: FERRAJOLI, Luigi. **Derecho y razon**. Trad. Perfecto Andrés Ibáñez *et alii*. Madrid: Trotta, 1998.

ca, com a adoção de medidas judiciais que contam com o apoio dos meios de comunicação de massa, têm resultado em violações aos direitos fundamentais, que deixam de funcionar como limites à opressão do Estado e das maiorias, colocando em risco a própria democracia.

Diante desse quadro, para evitar frustrações, é importante reconhecer que o Poder Judiciário é incapaz de substituir a luta política. Os membros desse poder, na condição de agentes políticos, devem aderir e incentivar essa luta. Para tanto, precisam se interpretar, compreender o contexto em que atuam, seus preconceitos e suas limitações, como forma de romper com a tradição em que estão inseridos e reconquistar a legitimidade perdida (quiçá construir uma legitimidade que nunca existiu). Impõe-se, pois, trabalhar pelo resgate da política como meio de satisfação das potencialidades humanas e, ao mesmo tempo, atuar sempre voltados à concretização do projeto constitucional. Isso, por sua vez, significa assumir a função do Poder Judiciário no jogo democrático, de assegurar o respeito aos direitos fundamentais e acomodar os conflitos, e zelar pela divisão das responsabilidades nesse processo de construção da democracia brasileira. ♦♦

# Condições e Possibilidades aos Direitos Humanos na Sociedade de Consumo: A Necessária Resistência Democrática

**Sérgio Graziano**

*Advogado, Mestre em Direito pela Universidade Federal de Santa Catarina, Doutor em Direito - PUC/RJ e Pós-Doutor em Ciências Criminais pela PUC/RS, através do Programa Nacional de Pós-Doutoramento - PNPD. Em 2009 sua tese de doutorando foi escolhida a melhor do País na área de Direito pela Capes.*

## 1. INTRODUÇÃO: EXPOSIÇÃO DO PROBLEMA

Nos últimos meses, tem havido notícias de ações de justiceiros em vários pontos do Brasil. As notícias dão conta de procedimentos semelhantes àqueles utilizados por esquadrões da morte de décadas passadas, como foi na década de 1960 com o chamado Scuderie Detetive Le Cocq. Mais ainda, revela um ato extremamente perigoso e selvagem, vez que o justiceiro criminoso se reveste da verdade e da sua força física para acusar, julgar e condenar aprioristicamente. As práticas são semelhantes: após algum episódio criminoso, os justiceiros procuram o suposto autor dos fatos, praticam violência física contra o mesmo e o prendem, normalmente sem roupas, amarrando-o a postes com cordas ou cadeados<sup>1</sup>.

1 O fato ocorreu na cidade de Crato, no Ceará, no dia 8 de fevereiro de 2014. Após um surto psicótico, Francisco do Nascimento quebrou alguns vidros de uma loja e logo alguns “justiceiros” prenderam-no e amarraram-no a um poste. Esta notícia foi veiculada no jornal **Correio do Brasil**, em 9 de fevereiro de 2014. Ver site: <http://correiodobrasil.com.br/noticias/brasil/preto-pobre-e-com-problemas-mentais-e-amarrado-a-um-poste-por-duas-horas/683623/>. Outros fatos idênticos ficaram registrados em outros locais como, por exemplo, <http://www1.folha.uol.com.br/cotidiano/2014/02/1407239-adolescente-e-agredido-a-pauladas-e-acorrentado-nu-a-poste-na-zona-sul-do-rio.shtml> e também <http://www.dm.com.br/texto/164810-foto-de-homem-amarrado-nu-no-rio-de-janeiro-volta-a-internet>, todos acessados em 10 de fevereiro de 2014.

Esses fatos estão a revelar uma situação teórica complexa: a coexistência, no plano real, de um Estado Democrático de Direito e de um Estado Policialesco, os quais atingem estruturas sociais diferentes, dimensionadas geopoliticamente em locais diferentes. Esse aparente paradoxo consolida uma prática típica de Estados autoritários, um permanente estado de exceção, em que os alvos estão fixos e são de fácil identificação.

Essas práticas demonstram o grau de indiferença e desrespeito com o “Outro” e, justamente por conta disso, é importante fazer esta reflexão sobre os motivos dessa tendência, em especial do Estado de Exceção que se instala nestas relações de poder para suspender “temporariamente” direitos de determinadas classes sociais. As conquistas herdadas de revoluções históricas – como a americana e a francesa – em especial a introdução da ideia dos direitos do homem, parecem perdidas e parece ter havido também alguma ruptura que merece nossa reflexão.

Este é, portanto, o objeto do presente estudo, isto é, tentar entender, de forma racional, este permanente estado de exceção vigente, no qual o particular se coloca com as vestes do Estado e protagoniza, por meio da violência física e moral, juízos de verdade, produzindo mais violência e mais tragédias.

## **2. O ESTADO DEMOCRÁTICO E O ESTADO DE EXCEÇÃO**

A partir de conceitos e princípios do Estado moderno, o liberalismo político, fundado na autonomia do indivíduo, pensou a liberdade no sentido de ausência de oposição e que tenha, além desta liberdade, condições institucionais, por meio de um ordenamento jurídico e político, capazes de garantir o pleno exercício dessas liberdades.

Ocorre que, diante do núcleo duro das liberdades individuais como a vida, a propriedade, a segurança, inclusive a tutela de outros direitos como o devido processo e o acesso à justiça, é a instância do Estado que está encarregada de velar e aplicar a lei justamente quando algum tipo de direito esteja sendo violado. Este funcionamento – institucionalmente articulado – somente é possível quando se cria esta proteção e o elenco dos direitos fundamentais esteja totalmente vinculado a um Estado que os garante: o Estado de Direito.

É necessário entender que a garantia das liberdades individuais está vinculada ao paradoxo estatal da antítese opressão-liberdade, pois se

por um lado as instituições devem garantir as liberdades, estas liberdades devem servir como limitadoras do poder estatal à interferência na vida privada. Estas liberdades pressupõem uma igualdade jurídica como condição de universalizá-la, sem, entretanto, ultrapassar esses limites, entendendo ainda que esta igualdade está caracterizada apenas sob o ponto de vista formal. Frise-se, ainda, que esta igualdade formal é absolutamente insuficiente e que as críticas às liberdades formais revelaram e induziram a necessidade de medidas políticas que ultrapassem as desigualdades, de modo que todos tenham condições de exercer seus direitos e o reconhecimento de que essas políticas equalizadoras necessitam de medidas mais específicas e, como consequência, vários tipos de auxílio social e legal foram criados àqueles que possuem dificuldades para exercerem seus direitos (O'Donnell, 2000, p. 343).

Contudo, o surgimento de uma sociedade globalizada – complexa e contraditória – não foi suficiente para evitar as marcas dessa perversa igualdade legal-formal, pois estamos a conviver com a barbárie da escravidão, dos regimes totalitários, dos campos de concentração, do xenofobia, do colonialismo exploratório, da discriminação racial, de gênero e das minorias. A racionalização da exclusão social, neste universo globalizado de disputa de todos contra todos (indivíduos ou grupos sociais), é inaugurada pela naturalização da desigualdade – já que todos são formalmente iguais – e fundada no império da lei, uma vez que, no caminho sedimentado pela racionalização jurídica buscou-se, no princípio da igualdade (mais tarde igualdade jurídica), a conservação da idéia *darwinista* da competição como pressuposto da plena liberdade de todos. Esta liberdade formal (a qual não passa de uma ilusão) contribuiu para justificar a igualdade material de todos.

Esta dimensão imaginária da racionalização, em que limites são estabelecidos por normas e adequados, pretensamente, à consecução de uma sociedade justa, equitativa e livre, é idealizada de forma contundente na tentativa de se trazer, diante da suposta neutralidade da norma, a apresentação de uma verdade (e apenas uma) com a consequência direta de impedir a criação dos desejos e facilitar a morte do sujeito.

O vínculo estabelecido entre o sentido de liberdade idealizado pelos princípios liberais dos séculos XVII e XVIII e o contexto da estrutura social que estamos vivendo permite que o modo de produção tome a frente da sociedade, impondo-se como única alternativa possível, normalizando

condutas por meio de um intenso processo de subjetivação constante na produção e satisfação dos desejos. O princípio de mercado – característica fundante do capitalismo global – impõe padrões de consumo, ditando e otimizando as promessas da modernidade, revelando que os intensos processos de globalização somente podem ser mantidos se, e somente se, estiverem também mantidos os pressupostos à violência estatal, isto porque nas democracias de mercado tudo está centralizado no sujeito, desde sua autonomia econômica, política, jurídica, até simbólica.

Para além das mais enfáticas demonstrações narcísicas da sociedade, “as formas de destituição subjetiva que invadem as nossas sociedades revelam-se através de múltiplos sintomas: os colapsos psíquicos, o mal-estar no campo cultural, a multiplicação de atos de violência e a emergência de formas de exploração em vasta escala. Todos estes elementos são vetores de novas formas de alienação e desigualdade” (Cf. Dufour, 2001, p. 1).

Aqui está o ponto de contato que pretendo analisar, isto porque estas manifestações de barbárie apresentadas cotidianamente são exatamente os sintomas dos colapsos psíquicos contemporâneos, os quais nos permitem identificar duas situações aparentemente paradoxais: tanto a coexistência entre o Estado Democrático de Direito e o Estado de Exceção no espaço geopolítico estatal, como também a possibilidade da vingança privada, pois se naquela coexistência fática o Estado pode romper regras diante de determinadas situações, acusar e julgar aprioristicamente pela própria estrutura judicial e policial, sem o devido processo ou por decisão midiática, o imaginário popular também cede e se traveste de justiceiro, curiosamente sob o argumento de ausência daquele mesmo Estado. Nestas situações o estado de exceção se torna a regra. Ele é permanente. Nas palavras da Professora Vera Malaguti, é a adesão subjetiva à barbárie.

É neste sentimento de vazio e de ausência que nasce a barbárie das guerras, da exploração do trabalho infantil e sexual, da precarização da relação e dos direitos trabalhistas, surgindo com mais intensidade um estado policial e não mais social, como consequência inevitável do desenvolvimento do capitalismo. É possível, portanto, afirmar que existe uma inflexão no contexto de nossa sociedade, justamente por conta do estado de exceção recalcado no inconsciente da população, isto porque as promessas da modernidade – em especial vida digna, paz e felicidade – além de não terem sido satisfeitas, produziram o desejo e o medo da insegurança de suas não realizações, não permitindo a necessária capaci-

dade subjetiva de reflexão racional, nem o reconhecimento da existência do Outro enquanto Outro.

Certamente nossa formação social, vinculada a representações conservadoras, se vale da profusão do medo para impor políticas de controle social cada vez mais autoritárias e, a partir de práticas totalitárias, incapacita os seres humanos de pensar sua responsabilidade nos atos lesivos cometidos, isto é, conforme definição de Hannah Arendt, é a banalidade do mal.

Cabe destacar aqui a rica pesquisa realizada por Vera Malaguti (2003) sobre o Brasil do século XIX, na qual mostra com detalhes que os medos da população brasileira sempre estiveram vinculados à descartabilidade dos trabalhadores pobres, em especial os negros; contudo, é interessante perceber a ideia de demonização das ações populares desde o Brasil Imperial.

É grande a ameaça que o jovem negro das camadas mais populares representa e os exemplos trazidos do século XIX podem ser fielmente equiparados com a “a guerra contra o terrorismo” ou o discurso do “aumento da criminalidade”. Conforme Malaguti Batista (2003, p. 30), a “evangelização era o suporte superestrutural da conquista, através da pedagogia do pecado, da morte e da culpabilização; era o universo penitencial que tratava de ser interiorizado individualmente através da experiência subjetiva”, pois era preciso “um medo desproporcional à realidade para manter violentas políticas de controle sobre aqueles setores que estavam potencialmente a ponto de rebelar-se e implantar a ‘desordem e o caos’”.

Percebe-se, portanto, que nossa sociedade, forjada a partir de um referencial econômico, de viés neoliberal, travestida pela metáfora do mercado, induz determinados desejos, diretamente vinculados aos pressupostos de realização e expansão do capital, buscará implantar, igualmente aos moldes históricos, estratégias de políticas de segurança pública estatal que contam com um novo modelo de dominação, não mais exercido pelo autoritarismo, mas pela tentativa de indução das práticas dos indivíduos (produção dos desejos) e produções de subjetividades, o que corresponde hoje à busca incontrolada pelo consumo. É exatamente nestes processos de subjetivação que se pretende o controle social das massas, porque a procura do consumidor é incessante e, especialmente, deve-se mantê-los “permanetemente insatisfeitos”.

Para Vera Malaguti (2003, p. 79) os consumidores falhos – os que não conseguem ser consumidores – são os novos impuros e, portanto, como o novo critério de pureza, ou de reordenamento, é a aptidão e a capacidade de consumo, aqueles que não se inscrevem nesta nova ordem estarão submetidos às estratégias de privatização, desregulamentação e controle da vida, isto porque “o ideal de pureza da pós-modernidade passa pela criminalização dos problemas sociais”.

Se de um lado havia a disposição sobre a vida, agora é a vida “dos condenados” – impuros e os não consumidores – que se pretende controlar com a adoção das políticas econômicas e penais cada vez mais severas. Significativamente em relação às políticas de segurança pública e, em função do exacerbado sentimento de medo instalado na sociedade contemporânea, sentimento este umbilicalmente vinculado ao sentimento de insegurança, em detrimento da implementação de políticas públicas de segurança (moradia, saúde, educação, etc.), é possível verificar seus efeitos devastadores como a progressiva pauperização da população, às devastações ambientais, a destruição das instâncias coletivas e, em consequência, a destruição do indivíduo e os perversos processos de subjetivações em relação aos indivíduos que ficam “sujeitados” a um violento e funcional processo de anulação do seu *status jurídico*, o que proporciona o espaço próprio da biopolítica (seu significado é o estado de exceção), fomentando, cada vez mais, novas formas de controle e de reprodução do capital.

Para Giorgio Agamben “a criação voluntária de um estado de emergência permanente (ainda que, eventualmente, não declarado no sentido técnico) tornou-se uma das práticas essenciais dos Estados contemporâneos, inclusive dos chamados democráticos”, cuja tendência é a de se apresentar como “paradigma de governo na política contemporânea” num patamar de “indeterminação entre democracia e absolutismo” (2004, p. 13).

### **3. CONSIDERAÇÕES FINAIS: A VINGANÇA PRIVADA COMO RESOLUÇÃO DE CONFLITOS**

No Brasil, sob os auspícios da imprensa, a produção normativa tem sido alterada profundamente e as condições de atuação do sistema penal vêm se mostrando cada vez mais rigorosas, protagonizando a disseminação, também, de uma legislação de exceção.

Ocorre, entretanto, que a resultante dessas ações excepcionais, marcadas principalmente pela substituição da ação normativa democrática por uma ação arbitrária do Poder Executivo, justifica a violação de direitos pela garantia de segurança. Contudo, este tipo de atuação estatal tem demonstrado o descompasso entre o recurso retórico (discursos declarados) e seus verdadeiros efeitos (discursos velados), isto porque as medidas e métodos emergenciais de caráter “excepcional” tão somente tem proporcionado uma atuação não só de maior intensidade qualitativa (na rigidez do processo), mas também uma majoração quantitativa da população encarcerada.

Este aumento dos índices de encarceramento é alcançado pela implementação ‘justificada’ de políticas penais cada vez mais rígidas, pela indiferenciação (ou relativização) dos Direitos Humanos, pela selectividade primária e secundária, pelo aumento dos vínculos com o sistema penal, enfim, por diversos instrumentos que visam não só o controle social (por meio de técnicas e tecnologias de monitoramento), mas, sem dúvida, a exploração econômica do medo ao encontro de espaços à expansão e acumulação do capital. É exatamente neste contexto que se inserem as ações privadas de relativização dos Direitos Humanos e até mesmo de sua indiferença.

O caso do Golpe de 1964, no Brasil, por exemplo, mostra como os militares romperam a ordem jurídica e social vigente e instalaram um modelo autoritário, sob o manto da necessidade de impedir a ameaça do comunismo. Foi o discurso da segurança novamente utilizado para legitimar práticas autoritárias. As peripécias nefastas que assolaram o Brasil nos 20 anos seguintes demonstraram a necessidade da retomada do modelo democrático, muito embora se saiba que as práticas autoritárias não terminaram com a vigência do regime democrático. Este é o ponto a que quero chegar.

Curioso entender e perceber os discursos legitimadores das práticas autoritárias no estado democrático. Uma figura híbrida de estado democrático com suspensão temporária de direitos, em que o estado democrático serve para os momentos de paz e a suspensão dos direitos nos momentos de crise. A vida democrática não permite o poder absoluto. É preciso resistir. Contudo, mormente estejamos formalmente inseridos numa sociedade democrática, convivemos com demonstrações diárias de intolerância e práticas autoritárias, como a suspensão de direitos, convivendo “haremonicamente” com o estado democrático.

A complexidade é ainda mais aguçada quando percebemos que práticas autoritárias e truculentas de alguns policiais não destoam, mas, ao contrário, convergem para os discursos que legitimam as práticas violentas cotidianas de pessoas, como é o caso dos “justiceiros” que algemaram um suposto assaltante a um poste.

A legitimação do estado polialesco e violento que reprime manifestações sociais se ancora na existência de práticas violentas e intolerantes da própria comunidade, simbolicamente suportadas no discurso da segurança, da proteção dos direitos e do cidadão de bem, mostrando claramente a necessidade da suspensão dos direitos para determinadas classes sociais. É necessário perceber, portanto, que as conquistas humanas não podem ser perdidas pelo olhar, ainda que incrédulo, das práticas desumanas. ♦♦

## BIBLIOGRAFIA

- AGAMBEN**, Giorgio. **Homo Sacer**: o poder soberano e a vida nua. Tradução de Henrique Búrigo. Belo Horizonte: UFMG, 2002. 204 p.
- \_\_\_\_\_. **Estado de Exceção**. Tradução de Iraci D. Poleti. São Paulo: Boitempo, 2004, 142 p.
- DUFOUR**, Dany-Robert. **Uma nova condição humana: os extravios do indivíduo-sujeito**. Tradução de Selvino J. Assmann. Le Monde Diplomatique, Paris, Fevereiro de 2001. Versão italiana: **Una nuova condizione umana**. "Gli smarritamente dell'individuo-soggetto". Le Monde Diplomatiqe/Il Manifesto, Fevereiro de 2001 (<http://www.ilmanifesto.it/Monde-Diplo/LeMonde-archivio/febbraio-2001/01021m22.01.html>).
- MENEGAT**, Marildo. **Depois do fim do mundo**: a crise da modernidade e a barbárie. Rio de Janeiro: Relume Dumará, 2003. 262 p.
- MALAGUTI BATISTA**, Vera. **Difícil ganhos fáceis**: drogas e juventude pobre no Rio de Janeiro. 2<sup>a</sup> ed., Rio de Janeiro: Revan. 2003, 150 p.
- O'DONNELL**, Guillermo. "Poliarquias e a (in)efetividade da lei na América Latina: uma conclusão parcial". In: MÉNDEZ, Juan E., O'DONNELL, Guillermo e PINHEIRO, Paulo Sérgio (orgs.). **Democracia, violência e injustiça**: o não Estado de Direito na América Latina. Tradução de Ana Luiza

Pinheiro (com exceção do capítulo de autoria de Guillermo O'Donnell, traduzido por Otacílio Nunes). São Paulo: Paz e Terra, 2000. 389 p.

PARIS, Rachel. “Preto, pobre e com problemas mentais é amarrado a um poste por duas horas.” Jornal **Correio do Brasil**. Publicado em 09 de fevereiro de 2014: <http://correiodobrasil.com.br/noticias/brasil/preto-pobre-e-com-problemas-mentais-e-amarrado-a-um-poste-por-duas-horas/683623/>. Acesso em 10 de fevereiro de 1014.

# Sonegação de Informações Requisitadas

**Cesar Roberto Bitencourt**

*Doutor em Direito Penal.*

*Parecerista. Advogado Criminalista*

*Art. 21. Recusar ou omitir dados cadastrais, registros, documentos e informações requisitadas pelo juiz, Ministério Público ou delegado de polícia, no curso de investigação ou do processo:*

*Pena - reclusão, de 6 (seis) meses a 2 (dois) anos, e multa.*

*Parágrafo único. Na mesma pena incorre quem, de forma indevida, se apossa, propala, divulga ou faz uso dos dados cadastrais de que trata esta Lei.*

## 1. CONSIDERAÇÕES PRELIMINARES

Os artigos 15 a 17 da Lei 12.850/2013 disciplinam os limites, os meios e a forma que as autoridades repressoras (delegado de polícia, juiz e membros do Ministério Público) podem ter acesso “a Registros, Dados Cadastrais, Documentos e Informações” de todos os cidadãos, inclusive, na nossa ótica, violando o direito constitucional do sigilo das comunicações, conforme demonstramos adiante. Pois a tipificação do crime constante deste dispositivo legal objetiva reforçar a importância do atendimento das diligências encetadas pelas referidas autoridades, com a finalidade de instruir investigação ou processo criminal.

## 2. BEM JURÍDICO TUTELADO

*Bem jurídico é, igualmente, a boa e regular Administração da Justiça, que, necessariamente, é atingida pelo descumprimento ou desatendimento de diligências determinadas pelas autoridades que a representam, especialmente no curso de investigações criminais, mormente naquelas relativas a crimes graves, como os eventualmente praticados por uma organização criminosa.*

### **3. SUJEITOS DO CRIME**

*Sujeito ativo* das condutas descritas no *caput* deste art. 21 pode ser, em tese, qualquer pessoa, contudo, de um modo geral, será, com mais frequência, um funcionário público que descumpre a requisição efetuada por qualquer das autoridades. Com efeito, com relação àqueles que não são funcionários públicos as autoridades referidas usam, frequentemente, de outros meios processuais, mais violentos e mais agressivos, para conseguirem o que desejam. Raramente há requisição desse tipo de objeto contra os particulares.

As condutas descritas no parágrafo único, por sua vez, configuram *crimes próprios*, isto é, só podem ser praticados pelas autoridades requisitantes e seus assessores que tomam conhecimento dos resultados das diligências realizadas. As demais pessoas, digamos comuns, isto é, não envolvidas oficialmente com a matéria, não têm esse dever legal de *fidelidade funcional*.

*Sujeito passivo* é o Estado, via Administração da Justiça, que é, necessariamente, atingida por eventuais descumprimento ou desatendimento de diligências determinadas pelas autoridades mencionadas no tipo penal. O funcionário público (delegado, juiz ou membro do Ministério Público), ao contrário do que afirmam alguns autores, não é sujeito passivo desta infração penal, pois o funcionário age de forma impessoal em nome do Estado e, por isso, este é considerado como sujeito passivo.

A autoridade (delegado de polícia, juiz ou Ministério Público) que eventualmente tenha desatendida sua requisição não é vítima desse crime, pois ela representa o Estado-Administração, não sofre nenhum dano ou lesão nem mesmo à sua autoridade, que continua intocada e invulnerável. Na verdade, toda autoridade representa somente uma partícula operacional do Estado, que é, em última instância, o sujeito passivo dessa desobediência, que não é personalizada.

### **4. TIPO OBJETIVO: ADEQUAÇÃO TÍPICA**

Este tipo penal compõe-se de dois verbos nucleares – *recusar* e *omitir* -, os quais, de forma distinta, implicam, de certa forma, negativa ou não atendimento da exigência das autoridades mencionadas. Mas, na nossa ótica, ambos têm naturezas distintas, ou seja, no primeiro – *recusar*

– há uma *ação negativa* de repulsa à requisição; no segundo – *omitir* – há somente uma *inação*, isto é, um omissão pura e simples. Vejamos nossa concepção de cada conduta:

1) *Recusar* – significa não aceitar a requisição recebida, repeli-la, desatendê-la; há uma repulsa do agente à requisição, enfim, há uma ação positiva ignorando-a. Embora a conduta “recusar” implique no não atendimento da requisição recebida, não me parece que caracterize simplesmente o crime *omissivo próprio*, que é o simples *não agir*. Dito de outra forma, o crime omissivo próprio é a pura inação, isto é, a ausência de ação. A rigor, vemos na conduta de *recusar* uma ação negativa-positiva, qual seja, não há a pura omissão, mas uma reação negativa à requisição recebida. Nesse sentido, discordamos, *venia concessa*, de autores que sustentam que ambas as condutas são *omissivas*<sup>1</sup>.

2) *Omitir* – significa deixar de fazer, isto é, deixar de atender à requisição recebida, configurando o autêntico crime omissivo próprio, o qual se configura quando do agente não faz o que pode e deve fazer, que lhe é juridicamente ordenado. Portanto, o sujeito ativo deixou de atender à ação requisitada pela autoridade competente, o qual tinha o dever de atendê-la e que podia fazê-lo sem risco pessoal. O sujeito ativo estaria dispensado de atender à requisição recebida somente se, para cumpri-la, corresse risco pessoal; esse risco, se existir, não constitui mera *causa justificante* ou excluidente de ilicitude, mas afasta direta e imediatamente a própria tipicidade.

Trata-se de crime de ação múltipla, que tipifica condutas alternativas; assim, ainda que o sujeito ativo pratique ambas as condutas, o crime será único. Contudo, o atendimento de requisição de diligências pelas autoridades competentes poderá deixar de ser atendida por *justa causa*, a despeito da ausência de previsão no tipo. Assim, havendo obstáculo irremovível ou se, por ventura, houver *risco pessoal* para o seu atendimento, tais requisições poderão ser justamente desatendidas, afastando sua adequação típica.

O poder requisitório atribuído ao Ministério Público e ao delegado de Polícia, constante do art. 15 desta Lei 12.850/13, é limitado e restrito “aos dados cadastrais do investigado que informem exclusivamente a qualificação pessoal, a filiação e o endereço” do investigado. Nesse aspecto, é

---

<sup>1</sup> Guilherme de Souza Nucci. *Organização criminosa...* p. 96; Rogério Sanches Cunha e Ronaldo Batista Pinto. *Crime organizado ...* p. 136.

absolutamente correto. No entanto, seu âmbito de aplicação estende-se à *fase investigatória preliminar* e à *fase processual propriamente*, segundo consta deste art. 21, *in fine*: “no curso de investigação ou do processo”. Por outro lado, deve-se destacar que a atribuição do delegado de polícia está restrita à fase investigatória, que é o seu âmbito de atuação, ou seja, após iniciada a ação penal essa atribuição será do Ministério Público.

Destaque-se, ademais, a diferença desta previsão daquela contida lá no § 1º do art. 2º deste mesmo diploma legal, no qual consta simplesmente: “*embaraça a investigação de infração penal* que envolva organização criminosa” (grifamos). Portanto, como lá afirmamos, quando o legislador quer dar maior abrangência ao âmbito de incidência do tipo penal, o faz expressamente, sendo vedado ao intérprete ampliá-lo para criminalizar conduta não contida no texto legal.

Podem ser objeto da requisição: “dados cadastrais, registros, documentos e informações”. a) *dados cadastrais* - são as informações ou os dados relativos a nome, filiação, idade, formação, antecedentes, atividades desenvolvidas, trabalhos realizados, enfim, todas as informações pregressas relativas a pessoas, instituições, entidades públicas ou privadas em geral; b) *registros* – são anotações, apontamentos, feitos ou realizações, atividades desenvolvidas ou acontecimentos promovidos ou dos quais participou, enfim, tudo a respeito do objeto da investigação; c) *documentos* – que podem ser *públicos* (elaborado por servidor público no exercício de sua função) ou *particulares* (por exclusão, que não seja elaborado por servidor público) e que tenham idoneidade para servir de prova legítima; enfim, *documento* é todo instrumento que sirva de base material para registrar manifestação de vontade, incluindo-se o que passamos a denominar “documentos eletrônicos”, tais como, discos, CDs, DVDs; d) *informações* – são todos e quaisquer outros dados, elementos, motivos, circunstâncias, peculiaridades relativos aos objetos da investigação que possam interessar à autoridade requisitante.

#### **4.1. Figuras equiparadas: apossar-se, propalar, divulgar ou fazer uso dos dados cadastrais**

O parágrafo único determina que incorre na mesma pena quem, de forma indevida, “se apossa, propala, divulga ou faz uso dos dados cadastrais de que trata esta Lei”. Trata-se de mais uma previsão de *crime de ação múltipla* ou de *conteúdo variado*.

*Apossar-se* significa tomar para si, apropiar-se, apoderar-se dos documentos, informações ou registros requisitados. Dito de outra forma, a previsão legal está determinando que as autoridades requisitantes não podem *apropriar-se* dos resultados de suas ações, dos quais são uma espécie de *fiéis depositários*, isto é, responsáveis pelo bom uso e proteção desse material. Aliás, esse dever de policiar esse material, de forma neutra e profissional, é complementado pelos outros verbos nucleares que os próibem de “*propalar*” e “*divulgar*” tais resultados.

As *condutas propalar* ou *divulgar* têm significados semelhantes e consistem em levar ao conhecimento de outrem, por qualquer meio e, no caso, indevidamente. Essa incriminação deixa claro que as autoridades requisitantes e seus subordinados têm o dever de manter em sigilo o resultado das requisições que fizerem. Embora tenham significados semelhantes, a abrangência das duas expressões é distinta: *propalar* limita-se, em tese, ao relato verbal, à comunicação oral, circunscreve-se a uma esfera menor, enquanto *divulgar* tem uma concepção mais ampla, que seria tornar público por qualquer meio, inclusive através da fala.

Em nenhuma das hipóteses se faz necessário que um número indeterminado de pessoas tome conhecimento da divulgação ou da propalação; é suficiente que se comunique a outrem, mesmo em caráter confidencial. É desnecessário que haja um grande número de pessoas a quem se *propale*, sendo suficiente apenas um ouvinte ou confidente que não seja o ofendido. Essa forma de conduta pode, afinal, acabar criando uma cadeia através da qual se amplia a divulgação ou propalação, com profunda repercussão negativa, indevida, ao ofendido, que, no caso, é o investigado.

Embora o parágrafo único refira-se somente a dados cadastrais, consideramos que abrange também registros, documentos e informações; apenas o texto legal pretendeu não ser repetitivo.

Andou bem o legislador que, após determinar uma extraordinária invasão na privacidade individual, destaca a responsabilidade de quem fizer *mau uso* de todas as informações registradas. Embora o texto legal refira-se a “quem”, indevidamente, pratique as condutas mencionadas, destina-se, inegavelmente, às autoridades que as requisitaram, pois serão suas detentoras, e não podem e não devem delas fazer uso indevido.

## **4.2. Sonegação de informações requisitadas e os crimes de prevaricação e desobediência**

É um grande equívoco técnico-dogmático afirmar-se que o *servidor público* não pode figurar como sujeito ativo, pois, referindo-se a ordem recebida a funções suas poderá configurar o delito de prevaricação. Na verdade, isso não ocorre por várias razões, inclusive porque o *crime de prevaricação* tem suas próprias peculiaridades, além de exigir o *fim especial*, qual seja, “para satisfazer interesse ou sentimento pessoal”, enquanto este crime não exige elemento subjetivo algum. Aliás, comentando sobre o crime de *prevaricação*, em determinada passagem fizemos a seguinte afirmação, *verbis*: “É indispensável, por fim, que a ação ou omissão do funcionário público seja praticada para satisfazer *interesse ou sentimento pessoal*, constituindo uma característica fundamental que distingue a *prevaricação* de outros crimes da mesma natureza.”

Com efeito, essa particularidade diferenciadora dos demais crimes similares foi uma introdução do grande Código Criminal do Império, reconhecido mundialmente como um dos melhores diplomas legais codificados do século XX, distanciando-se, no particular, do não menos extraordinário Código Penal francês, de 1810. Com efeito, passou-se a exigir que a infidelidade funcional com descumprimento ou violação de dever funcional tivesse uma *causa psicológica*, que o atual Código Penal de 1940 sintetizou com o *especial fim de satisfazer interesse ou sentimento pessoal*. No entanto, como essa satisfação de interesse ou sentimento pessoal constitui elementar subjetiva especial do injusto, vamos examiná-la mais detidamente no tópico seguinte<sup>2</sup>.

Por outro lado, ainda que houvesse grande semelhança com o crime de prevaricação, este seria afastado pelo princípio da especialidade, destinando-se à situação específica, inclusive com sanções mais graves.

Por outro lado, tampoco confunde-se com o crime de *desobediência* (art. 330), qual seja, “desobedecer a ordem legal de funcionário público”, o que, visivelmente, constitui crime subsidiário, cujas sanções penais são quinze dias a seis meses de detenção e multa. O crime de desobediência é tipo penal aberto, simples, objetivo e singelo. Examinando essa infração penal tivemos oportunidade de afirmar: “A conduta incriminada consiste em *desobedecer ordem legal* de funcionário público, que significa descumprir, desobedecer, desatender dita ordem. É necessário que

<sup>2</sup> Cezar Roberto Bitencourt. *Tratado de Direito Penal*, 7ª ed., São Paulo, Saraiva, 2013, v. 5.

se trate de *ordem*, e não de mero pedido ou solicitação, e que essa ordem dirija-se expressamente a quem tenha o *dever jurídico* de obedecê-la; deve, outrossim, a *ordem* revestir-se de *legalidade formal e substancial*. Ademais, ‘o expedidor ou executor da ordem há de ser funcionário público, mas este, na espécie, entende-se aquele que o é no sentido estrito do direito administrativo’”<sup>3</sup>.

Com efeito, a infração penal descrita no art. 21 deste diploma legal é mais abrangente, mais específica e enriquecida por várias elementares normativas inexistentes no crime de desobediência; consequentemente, esta infração penal é afastada pelo princípio da especialidade.

#### **4.3. Questionável constitucionalidade do afastamento do controle judicial**

No art. 15 está estabelecido, corretamente, que “O delegado de polícia e o Ministério Público terão acesso, independentemente de autorização judicial, apenas aos dados cadastrais do investigado que informem exclusivamente a qualificação pessoal, a filiação e o endereço mantidos pela Justiça Eleitoral, empresas telefônicas, instituições financeiras, provedores de internet e administradoras de cartão de crédito”.

Convém destacar que, segundo esse dispositivo legal, delegado de polícia e Ministério Público “terão acesso... apenas aos dados cadastrais do investigado que informem exclusivamente a qualificação pessoal, a filiação e o endereço”. Com efeito, referidas autoridades podem ter acesso, *sem autorização judicial*, somente aos dados cadastrais relativos “a qualificação pessoal, a filiação e o endereço”. E não mais que isso; portanto, não poderão aproveitar-se de tais dados para quebrarem sigilo telefônico, bancário ou fiscal, sem autorização judicial. Aliás, é indispensável que se criminalize condutas como essas, sendo insuficiente apenas considerar como *prova ilícita*, exigindo, assim, maior responsabilidade da autoridades repressoras (polícia e Ministério Público) nessas atividades investigativas.

Quanto a esses dados não há problema, é desnecessária autorização judicial, independentemente de onde tais dados se encontram, na “Justiça Eleitoral, empresas telefônicas, instituições financeiras, provedores de internet e administradoras de cartão de crédito”. Com a disposição desses dados é suficiente para referidas autoridades localizarem e identi-

---

<sup>3</sup> Cezar Roberto Bitencourt. *Tratado de Direito Penal*, 7<sup>a</sup> ed., São Paulo, Saraiva, 2013, v. 5.

ficarem qualquer cidadão, suspeito ou não. E, para essa finalidade, é absolutamente legítimo que não necessitem de autorização judicial.

Contudo, lendo-se os artigos seguintes, quais sejam, 16 e 17, fica-se com a impressão que a previsão do artigo 15 tem um sentido um tanto dúvida, ou seja, trazem em seu bojo uma certa *dissimulação*, objetivando desarmar os espíritos, iludindo o intérprete, para, afinal, autorizar polícia e Ministério Público a violarem as garantias fundamentais asseguradas nos incisos X e XII do artigo 5º da Constituição Federal. Com uma leitura menos atenta, despercebe-se a existência de uma certa armadilha que referidos dispositivos encerram.

Quanto ao disposto no art. 16, relativamente “aos bancos de dados de reservas e registro de viagens”, por cinco anos, não há, em tese, maiores problemas, desde que haja fundada suspeita para se investigar alguém, o que não deixa de ser uma violação à vida privada e a intimidade do cidadão (inciso X).

No entanto, o art. 17 é - usando expressão do Ministro Marco Aurélio -, *desenganadamente* *inconstitucional*, infringindo o disposto no inciso XII do art. 5º da Constituição Federal, *violando o sigilo das comunicações telefônicas*. Ao determinar que as concessionárias de telefonia mantenham, por cinco anos, os “registros de identificação dos números dos terminais de origem e de destino das ligações telefônicas internacionais, interurbanas e locais”. Ora, com esses dados, polícia e Ministério Público violam o sigilo das comunicações telefônicas, sem autorização judicial. Só faltou dizer para fornecer os nomes dos interlocutores e o conteúdo dos diálogos; aliás, nem precisa, pois com todos esses dados identifica-se com absoluta facilidade os interlocutores.

Enfim, para não nos alongarmos em algo tão claro, trata-se de dispositivo legal *flagrantemente inconstitucional*. Mais: sutilmente o texto legal evitou mencionar expressamente “delegado de polícia e Ministério Público”, e, para não chamar a atenção, substituiu essa locução por “autoridades mencionadas no art. 15”. Essas autoridades mencionadas no art. 15 receberam lá, nesse dispositivo, o direito para acessar somente “aos dados cadastrais do investigado que informem exclusivamente a qualificação pessoal, a filiação e o endereço”. Só! No entanto, a previsão do art. 17 autoriza que referidas autoridades repressoras quebrem o sigilo telefônico, *sem autorização judicial*, em flagrante *inconstitucionalidade*.

## 5. TIPO SUBJETIVO: ADEQUAÇÃO TÍPICA

Elemento subjetivo é o *dolo*, representado pela vontade livre e consciente de recusar ou omitir requisição efetuada pelas autoridades mencionadas, total ou parcialmente. É necessário, inclusive, que o agente tenha consciência do seu *dever funcional* de atender à requisição recebida, ou seja, com conhecimento de todos os elementos constitutivos da descrição típica.

Não há exigência de nenhum *elemento subjetivo especial do injusto*, nem mesmo a finalidade de obter qualquer vantagem com a recusa ou omissão de atender à requisição recebida, que, se existir, poderá caracterizar outro crime, como, por exemplo, corrupção passiva ou cussão. Tampouco há previsão de modalidade culposa, por mais clara que seja eventual culpa (consciente) do sujeito ativo.

## 6. CONSUMAÇÃO E TENTATIVA

Consuma-se o crime de *recusar ou omitir* o atendimento de requisição das diligências mencionadas no *caput*, formulada por autoridade competente. Consuma-se o crime no momento em que o *sujeito ativo* recusa ou omite o atendimento de requisição formulada por qualquer das autoridades mencionadas, (delegado de polícia, juiz ou Ministério Público). Consuma-se, enfim, com o simples *ato de recusar ou omitir o atendimento da requisição mencionada*, independentemente da ocorrência efetiva de dano a investigação ou processo em curso, que, se ocorrer, constituirá somente o exaurimento do crime.

Consuma-se, igualmente, nas hipóteses previstas no parágrafo único, quando, qualquer das autoridades mencionadas no *caput* (ou mesmo sua assessoria direta), se apossa, propala, divulga ou faz uso dos dados cadastrais referidos neste dispositivo legal.

A *tentativa*, na *modalidade de recusar*, é de difícil configuração, mas teoricamente possível, embora seja de difícil comprovação, pois se trata de ato fracionável. Na modalidade *omissiva*, por sua própria natureza, a tentativa é absolutamente impossível, como demonstramos quando examinamos o crime de omissão de socorro, no segundo volume de nosso Tratado de Direito Penal.

Nas hipóteses previstas no parágrafo - se apossa, propala, divulga ou faz uso dos dados cadastrais – é praticamente impossível comprovar-se a ocorrência da figura tentada, por sua própria natureza.

## **7. CLASSIFICAÇÃO DOUTRINÁRIA**

Trata-se de *crime comum* (que pode ser praticado por qualquer pessoa, independentemente de qualidade ou condição especial, embora seja mais comum referir-se às *autoridades*, que são naturalmente os destinatários de requisições das autoridades mencionadas, sendo mais raro destinarem-se aos outros cidadãos ante a existência de outras medidas processuais mais rigorosas); *crimes próprios* (nas hipóteses descritas no parágrafo único, na medida em que só podem ser praticadas pelas autoridades requisitantes e seus assessores que tomam conhecimento dos resultados das diligências realizadas. As demais pessoas, digamos, comuns, isto é, não envolvidas oficialmente com a matéria, não tem esse dever legal de *fidelidade funcional*); *formal* (que não exige resultado naturalístico, pois se consuma com a simples realização das condutas descritas no tipo penal); *comissivo-omissivo* (na modalidade de *recusar* (ação seguida de omissão); omissivo (na modalidade de *omitir* que representa simples inação, isto é, ausência de ação no sentido de atender à requisição recebida); *instantâneo* (consuma-se no momento em que o agente descumpre ou omite a requisição recebida, esgotando-se aí a lesão jurídica, sem demora entre ação e resultado); *doloso* (não havendo previsão da modalidade culposa) *unissubjetivo* (que pode ser praticado por um agente apenas); *plurissubsistente* (crime que, em regra, pode ser praticado com mais de um ato, admitindo, em consequência, fracionamento em sua execução).

## **8. PENA E AÇÃO PENAL**

As penas cominadas, cumulativamente, são reclusão de seis meses a dois anos, e multa. Trata-se de *infração de menor potencial subjetivo*, da competência dos Juizados Especiais Criminais, com aplicação prioritária de penas alternativas. Além da possibilidade de adotar-se a *suspensão condicional do processo* (art. 89 da Lei n. 9.099/95). A natureza da ação penal é pública incondicionada. ♦♦

# **Modernidade, Intolerância e Mídia: Reflexos na Propaganda pelo Autoritarismo do Judiciário**

**André Augusto Salvador Bezerra**

*Juiz de Direito em São Paulo. Membro da Associação Juízes para Democracia (AJD). Mestre pelo Programa de Pós-Graduação em Integração da América Latina da Universidade de São Paulo (PROLAM/USP) e doutorando pelo Núcleo de Estudos das Diversidades, Intolerâncias e Conflitos da Universidade de São Paulo (DIVERSITAS/USP).*

## **1. INTRODUÇÃO**

Os conflitos sociais que se intensificam no Brasil nesse início de século têm servido de justificativa para que as empresas de comunicação cobrem do Judiciário maior rigor na condução dos processos e na tomada de decisões.

No âmbito da cobrança realizada, tem-se exigido que os juízes de direito menosprezem garantias essenciais ao Estado Democrático de Direito. O respeito à integridade física dos presos, as reivindicações de movimentos sociais e a própria vigência dos direitos humanos em seu conjunto são divulgados como fatores de manutenção ao que as empresas midiáticas consideram por impunidade e desordem existentes no país.

O presente trabalho sustentará que, por trás da defesa de instrumentos autoritários de punição pelo Judiciário, há o papel ideológico exercido pela mídia em favor da *modernidade capitalista*. Para isso, será levada em conta a histórica intolerância das elites do sistema econômico ao que consideram obstáculo à expansão do mercado e o consentimento social aos interesses dos grupos dominantes, obtido, em considerável parcela, pela propaganda divulgada pelos meios de comunicação.

## 2. CONTRATO SOCIAL E MODERNIDADE

Quando se fala em *modernidade* fala-se de um processo histórico que teve início no final da Idade Média na Europa ocidental, fundado na crença da capacidade do ser humano em dominar a natureza, mediante o conhecimento científico, em busca do progresso. Para isso – lembra Boaventura de Sousa Santos (2002, p. 50) – tal processo assentou-se em dois pilares: a regulação e a emancipação.

A *regulação* encontra base teórica em autores como Thomas Hobbes (1588-1679). Na obra Leviatã, publicada em 1651, sustenta Hobbes a necessidade de um Estado forte e centralizado, criado por um contrato social estabelecido entre os homens, “[...] garantindo-lhes assim uma segurança suficiente [...]” (HOBES, 1979, p. 61).

A defesa do Estado absoluto não é novidade do pensamento hobbesiano. No XVI, o absolutismo já se fazia presente em Jean Bodin (1530-1596). Todavia, como representante da modernidade, Hobbes sustentou o Estado como obra do homem (e não de deus), por meio do contrato, que, como tal, teria de ser rigorosamente cumprido.

O pilar teórico da regulação, porém, não está necessariamente relacionado ao Estado absoluto. Autores como Adam Smith (1723-1790) também teorizaram acerca da segurança dos indivíduos, mas por intermédio da estabilização das relações econômicas regradas na mão invisível do mercado. De maneira semelhante, Jean-Jacques Rousseau (1712-1778), com a peculiaridade de buscar a segurança por intermédio de relações entre os indivíduos segundo critérios de pertencimento à comunidade (SANTOS, 2009, p. 31).

O que há de comum em todos esses autores é, como ressalta Boaventura de Sousa Santos (2007, p. 52-53), a construção de um saber que busca a *ordem* em substituição do *caos*. É, porém, em Hobbes que a obtenção da ordem encontra-se formulada de maneira mais intensa, devendo, para ele, prevalecer, inclusive, em detrimento das liberdades individuais.

A noção do pilar da *emancipação*, por seu lado, pode ser obtida em Rousseau<sup>1</sup>, a partir da obra **Do Contrato Social**. Como Hobbes, defende Rousseau a construção do Estado por um ato dos homens, o contrato social, mas a funcionar pela participação cidadã permanente, via reuniões

<sup>1</sup> Da obra de Rousseau, como se vê, é possível extrair os dois pilares da modernidade. Como afirma Boaventura de Sousa Santos (2002, p. 129-130), “dá que, ao meu ver, Rousseau exprima, melhor do que ninguém, a tensão dialética entre regulação e emancipação que está na origem da modernidade.”

abertas ou assembleias, preservando a vontade geral contra os interesses particulares: “e não sendo as leis mais que atos autênticos da vontade geral, não poderia o soberano agir senão quando o povo se encontra reunido” (ROUSSEAU, 2002, p. 43).

Sob relações igualitárias entre os cidadãos, encontra-se a construção de um conhecimento que busca a solidariedade. Isso, em detrimento do *colonialismo*, entendido como “[...] a incapacidade de reconhecer o outro como igual, a objetivação do outro – transformar o outro em objeto [...]” (SANTOS, 2007, p. 53).

Sem embargo das divergências existentes entre o Estado absoluto de um e do Estado baseado na vontade geral do outro, o fato é que as reflexões de Hobbes e Rousseau caminham igualmente ao encontro de valores caros para o funcionamento do sistema capitalista. A noção de respeito ao contrato – presente em ambos na explicação da criação e da existência do Estado – amolda-se perfeitamente aos interesses da burguesia, cuja segurança na realização de negócios repousa no velho princípio romano do *pacta sunt servanda*.

A diferença encontra-se no momento histórico de cada um dos autores. No período vivido Hobbes, havia uma burguesia que ainda procurava fortalecer-se e que, para isso, necessitava de um Estado forte em contraposição à descentralização excessiva da Idade Média. Na época de Rousseau, tinha-se uma classe comerciante fortalecida e que necessitava de liberdade para negociar.

### 3. INTOLERÂNCIA COMO PRODUTO DA MODERNIDADE

Daí ser o pensamento de Rousseau uma das principais fontes de inspiração do movimento que simbolizou, mais do que qualquer outro, as esperanças de efetivação do projeto de emancipação capitalista moderna, a Revolução Francesa, de 1789. O novo modelo de exercício de poder construído pelos revolucionários fez parecer o absolutismo definitivamente superado pelo Estado limitado, a quem foi atribuída a função de garantir a aplicação de direitos fundamentais como a liberdade de iniciativa, a igualdade perante a lei, a propriedade individual e a liberdade de expressão.

Somada às esperanças das ações dos insurgentes franceses, adveio a Revolução Industrial inglesa (séculos XVIII e XIX), responsável pela

instauração de um até então desconhecido, pela amplitude, processo de crescimento econômico e de descobertas científicas. Tudo a corroborar a crença na capacidade do homem ocidental e do sistema econômico fundado no domínio da burguesia.

O problema é que esse quadro de aparente progresso trouxe consigo a adoção de um discurso universalista, de caráter eminentemente *messiânico*, conforme asseverado por Tzvetan Todorov (2012, p. 41). Tratava-se de um *messianismo político*, baseado na ideia de que os benefícios da modernidade deveriam ser espalhados a todas as regiões do planeta, em missões civilizadoras sobre povos a quem, segundo Edward Said (1990, p. 46), era atribuída a qualidade de *raça submetida*, tendo, pois, necessidade de dominação.

O messianismo político da modernidade levou, portanto, à intolerância. Aquilo que não se amoldava à racionalidade ocidental capitalista não poderia ser admitido: que os digam os povos indígenas da América Latina, submetidos ao processo de dizimação inclusive após a independência política dos países da região; que os digam também os asiáticos e africanos sujeitos às conquistas imperiais dos países centrais do capitalismo.

Essa prática perdura nos dias atuais. Os tempos, entretanto, são outros. De um lado, eventos como a Grande Depressão de 1929, as duas guerras mundiais e a degradação ambiental revelaram que as leis do mercado e as grandes descobertas científicas não levavam, por si sós, a humanidade ao desenvolvimento. De outro lado, tem-se a vitória da modernidade capitalista sobre a alternativa socialista soviética advinda com a Revolução Russa, de 1917, representada pela Queda do Muro de Berlim em 1989.

É nesse quadro que Todorov (2012, p. 55) identifica uma nova fase do messianismo político capitaneado pela burguesia. Trata-se de “[...] impor o regime democrático e os direitos humanos pela força”, como se o fim da União Soviética tivesse representado a vitória definitiva da democracia liberal dos países ocidentais.

Eis um entendimento eminentemente conservador, que arrebata qualquer alternativa que não é do capitalismo deste início de século – o capitalismo neoliberal -, de modo a radicalizar o presente como forma de resolver todos os problemas. Como ressalta Boaventura de Sousa Santos (2007, p. 54), criticando esse modelo, “há fome no mundo, há desnutrição, há desastre ecológico; a razão de tudo isso é que o mercado não conseguiu se expandir totalmente. Quando o fizer, o problema estará resolvido.”

Se o futuro é o presente dos países ocidentais, faz-se necessário, então, segundo essa concepção, expandi-lo para as localidades não alcançadas por ele. Foi assim que, entre o final do século passado e o início desse século XXI, em nome dos valores tidos por universais dos direitos humanos modernos, as potências militares do capitalismo intervieram no conflito da Iugoslávia, atacaram o Iraque, ocuparam o Afeganistão e derribaram o chefe de Estado da Líbia (TODOROV, 2012, p. 56-71), eliminando a vida ou mutilando grandes contingentes de civis inocentes.

O que se vê é que a prevenção e a segurança perduram como preocupação central dos governos das principais economias dos tempos atuais (TODOROV, 2012, p. 63). A ordem prevalece sobre a solidariedade e a participação. O pilar da regulação, sobre o pilar da emancipação (SANTOS, 2002, p. 78). A intolerância, sobre a tolerância. Hobbes, sobre Rousseau.

É certo que os direitos humanos positivados ao longo dos séculos impediram o retorno, nos países do centro do capitalismo, do Estado absoluto hobbesiano. Todavia, ao final, o *Deus Mortal* do todo-poderoso Leviatã (HOBBES, 1979, p. 61) prevaleceu, se não nas mãos do Estado, mas nas mãos do sistema econômico, representado pelo mercado em constante expansão, ainda que, como defendia Hobbes, em detrimento das liberdades individuais.

#### 4. A PROPAGANDA DA INTOLERÂNCIA PELOS MEIOS DE COMUNICAÇÃO

Quando se fala do predomínio da regulação vem à lembrança o monopólio da violência do Estado como recurso à manutenção da segurança. A ordem, todavia, não é mantida primordialmente pela coerção. No primeiro plano, tem-se a obtenção do *consentimento voluntário* das classes subalternas à dominação das elites— e, portanto, à intolerância moderna.

Por isso, a importância da noção sociológica de *hegemonia*. Como anota Boaventura de Sousa Santos (2002, p. 34), trata-se da “[...] capacidade das classes dominantes em transformarem suas ideias dominantes. Por via dessa transformação, as classes dominadas acreditam estar a ser governadas em nome do interesse geral [...]”.

A reflexão da sociologia crítica gramsciana é, nesse sentido, esclarecedora. Lembra Perry Anderson (1981, p. 21-24) que Gramsci parte da ideia de que o consenso em favor do capital é obtido através da noção de igualdade jurídica sustentada pela burguesia, a qual permite o acesso do

proletariado ao Estado, especialmente em período eleitoral. Esse acesso, porém, é limitado, na medida em que à classe subalterna é vedada a possibilidade de substituir o sistema econômico dominante por outro.

Os meios de comunicação são fundamentais no trabalho de obtenção do *consenso*. Produtos diretos da expansão dos mercados, que os levou a estruturar-se em oligopólios altamente capitalizados, a eles foi atribuída a tarefa de realizar a propaganda favorável ao capital. Fazendo uso da liberdade de expressão consagrada desde as revoluções burguesas, tornaram-se verdadeiros “[...] ‘comissários’ do grupo dominante para o exercício das funções subalternas da hegemonia social e do governo político [...]” (GRAMSCI, 1982, p. 11), pautando os debates públicos de forma a mantê-los, quase sempre, sob a ordem e a segurança esperadas pelas elites.

É possível sustentar empiricamente essa ilação. Nesse sentido, tem-se o caso do domínio ocidental sobre os países do Oriente Médio desde os séculos XVIII e XIX, liderado inicialmente por franceses e ingleses, cuja autoridade deu-se, primordialmente, pelo trabalho conjunto promovido na literatura, na academia e na imprensa, responsáveis pela formação do consenso às ideias que “[...] reiteravam a superioridade europeia sobre o atraso oriental [...]” (SAID, 1990, p. 19).

No início do século XX, o trabalho midiático de formação de opinião pública revelou sua força quando do ingresso dos Estados Unidos da América na Primeira Guerra Mundial. Descreve Noam Chomsky (2003, p. 11) que, na época, a propaganda divulgada pelas empresas de comunicação “[...] conseguiu, em seis meses, transformar uma população pacífica em histéricos beligerantes, determinados a destruir tudo o que fosse germânico, esquartejar alemães, ir à guerra e salvar o mundo.”

Atuação semelhante da mídia estadunidense deu-se na Segunda Guerra Mundial e, encerrado o conflito, no decorrer da Guerra Fria contra a União Soviética e todos os governos que a ela se aliavam, ainda que democraticamente eleitos. Tal atuação refletiu-se em países periféricos como os da América Latina, cuja imprensa empresarial, em nome de supostas ameaças comunistas, apoiou a série golpes de Estado ocorridos na região entre as décadas de 1960 e 1970, promovidos contra governos que faziam concessões aos setores populares (BEZERRA, 2012, p. 113).

Em tempos atuais de imposição de direitos humanos pela força, a mídia tem atuado, mais uma vez, de forma decisiva. É o caso das incursões imperiais sobre o Oriente Médio, ora lideradas pelos Estados Unidos

da América. Para proporcionar legitimidade ao domínio ocidental, os meios de comunicação ainda difundem as velhas visões dos árabes “[...] como libertinos montados em camelos, terroristas, narigudos e venais cuja riqueza não merecida é uma afronta à verdadeira civilização” (SAID, 1990, p. 117).

Não é diferente a propaganda favorável às chamadas reformas neoliberais na América Latina e na Europa, realizadas em nome da *modernização* das economias dos respectivos países. Pouco importa, para a grande mídia, o quanto essas reformas ampliam o fosso existente entre as condições de vida das classes dominantes e das classes oprimidas, valendo apenas a difusão da *utopia conservadora* do capital (SANTOS, 2007, p. 54), no sentido de impedir o advento de qualquer outra possibilidade que não a do neoliberalismo.

Por não haver alternativa, não se tolera aqueles que possam oferecer alguma outra opção ao sistema prevalente. As demandas dos grupos subalternos que atingem o capital são, então, excluídas, repreendidas ou, até mesmo, criminalizadas: “a propaganda está para a democracia assim como o cassetete está para o Estado totalitário”, afirma Noam Chomsky (2003, p. 19). A intolerância midiática moderna alcança, então, o poder punitivo do Estado, cuja derradeira palavra cabe ao Judiciário.

## 5. O JUDICIÁRIO NA MODERNIDADE

É dessa circunstância que se pode estabelecer uma relação entre a propaganda dos meios de comunicação e a atividade jurisdicional do Estado. Trata-se, porém, de vínculo que veio a intensificar-se somente em tempos relativamente recentes.

De fato, nos primeiros anos de construção teórica do paradigma da modernidade, ao Judiciário foi concedida importância mínima. Na obra de Rousseau (2002, p. 28), por exemplo, não há referência à atividade jurisdicional do Estado, limitando-se o autor a considerar o que entendia como os dois móveis do corpo político: a força (o Executivo) e a vontade (o Legislativo). Em Hobbes (1979, p. 61), por seu turno, uma divisão na atividade estatal sequer era cogitada, já que a segurança dos indivíduos exigia a concentração de poder.

A ideia de um Judiciário como função autônoma do Estado apareceu em Montesquieu (1973, p. 157), cuja obra *O Espírito das Leis* teve in-

fluência decisiva na separação de poderes consagrada na Constituição dos Estados Unidos, de 1787. Ao mencionar a função jurisdicional, contudo, o autor revelava cautela demasiada, imputando o poder de julgar como “[...] terrível entre os homens [...]”.

A instituição do *Estado de bem-estar social* na Europa Ocidental e do *New Deal* nos Estados Unidos da América ao longo do século XX alteraram esse quadro. Como ressalta Boaventura de Sousa Santos (2009, p. 89-90), as exigências de maior intervenção estatal para a efetivação dos direitos sociais e econômicos positivados no período abriu caminho para outros campos de lides, o que, ao final, levou à explosão da litigiosidade e proporcionou maior visibilidade política e social aos juízes, expondo-os à atenção midiática.

O ativismo por parte dos juízes deu-se sob diversas frentes - por vezes progressistas, por vezes conservadoras. No primeiro caso, há o exemplo do movimento da *magistratura democrática* da Itália, em defesa de um projeto emancipador e alternativo do direito. No segundo caso, tem-se o exemplo da investida dos magistrados chilenos contra as reformas de base promovidas pelo governo Allende (1970-1973) (SANTOS, 2009, p. 81-91).

## 6. MÍDIA E JUDICIÁRIO NO BRASIL

No Brasil, a visibilidade do Judiciário ampliou-se somente na derradeira década do século passado. Tal delonga foi em muito ocasionada pelo regime ditatorial instaurado após o golpe militar de 1964, cujo projeto de modernização capitaneado pelas elites econômicas era centralizado no Executivo, destituído de efetivo controle legislativo ou jurisdicional e de qualquer participação da sociedade civil.

Na década de 1980, o regime ditatorial cedeu lugar à democracia. O contexto em que esse processo ocorreu era francamente propício à ampliação dos litígios: de um lado, havia uma nova Constituição Federal, promulgada em 1988, a qual previu uma série de direitos civis, políticos e sociais, dentre os quais o acesso incondicionado ao Judiciário (art. 5º, XXXV), visando à instituição de uma democracia de alta intensidade; de outro lado, uma das sociedades mais desiguais do mundo, fruto da modernização autoritária, tomada pela explosão da violência nas cidades e no campo e, concomitantemente, testemunha do surgimento de novas

formas de resistência de grupos oprimidos, os quais passaram a fazer uso de instrumentos hegemônicos para fins contrahegemônicos (SANTOS, 2007, p. 84), como a própria legalidade.

O Judiciário veio a ser visto como alternativa real à emancipação projetada pela Constituição. Foi na atividade jurisdicional que, muitas vezes, passou a residir a esperança de trabalhadores violados em seus direitos; de consumidores que são obrigados a submeter-se à vontade das grandes corporações empresariais e de minorias que têm seus apelos ignorados pelos agentes públicos por serem considerados inviáveis eleitoralmente.

A realidade existente foi prontamente percebida por alguns magistrados. Por isso, o advento de novos movimentos associativos, como a fundação da *Associação Juízes para a Democracia* em 1991, que, de maneira semelhante à da *magistratura democrática* italiana, apareceu como estratégia de luta pela efetivação da democracia.

Sob esse quadro, o Judiciário obteve uma visibilidade até então desconhecida na história do Brasil. Os juízes e suas decisões foram descobertos pela sociedade e pelos meios de comunicação.

O Judiciário objeto da mídia não é, contudo, o Judiciário da emancipação delineada constitucionalmente. Na cobertura de casos que envolvem a atividade jurisdicional do Estado, os meios de comunicação, em linhas gerais, continuam a propagar o mesmo projeto de modernidade excludente implementado no período ditatorial, incentivando, para isso, a prevalência do uso da força sobre o diálogo. Daí um blogueiro de uma das mais lidas revistas de informação do Brasil ter afirmado, de forma enfática, que “tudo aquilo por que um indivíduo comum precisa torcer é para não dar de cara com um membro da Associação de Juízes para a Democracia” (AZEVEDO, 2013, p.1).

Sendo assim, em nome da segurança da população das grandes metrópoles, os meios pressionam os juízes de direito para que neguem benefícios previstos em lei aos acusados da prática de crimes, apliquem as normas penais com rigor extremo e silenciem-se diante da violência policial, principalmente a ocorrente nas periferias. Em nome da ordem, demandam do Judiciário a repressão aos movimentos sociais, associando-os à prática de crimes – invasões de propriedade, violência física e desvio de recursos financeiros -, aplaudindo-se, por isso, decisões que, ao final, obstam o associativismo pelas classes subalternas. E, apenas para não alongar a exemplificação, em nome do progresso, calam-se sobre a omissão do

Judiciário na implementação de direitos de povos cujo modo de vida não se coaduna com os interesses do capital, como no caso dos indígenas.

O debate promovido dá-se superficialmente. Pouco se discute acerca das origens da violência ou das reivindicações dos grupos oprimidos. Não se fala de aprofundamento democrático, em que pesem os dispositivos constitucionais que permitem almejá-lo, imputando-se como ameaça à ordem qualquer movimento nesse sentido.

O que a grande mídia quer do Judiciário, em suma, é a mera reprodução do *fascismo social*, baseado em “[...] brutais desigualdades sociais que são invisíveis, que estão aceitas, que estão naturalizadas, ainda que se mantenha a ideia democrática, o Estado democrático” (SANTOS, 207, p. 89). Eis a essência do trabalho diuturno de formação do consenso em favor de um Judiciário autoritário. Tão autoritário quanto a modernidade propagada pelos meios de comunicação.

Dessa forma, se em 1964 a obtenção da ordem e segurança exigia o autoritarismo militar e a derrubada de um presidente que legitimamente exercia suas funções; no presente início de século XXI exige-se o autoritarismo judicial como resposta hegemônica ao longo rol de direitos humanos e ao projeto de democracia participativa, consagrados constitucionalmente. Hobbes permanece atual.

## 7. CONSIDERAÇÕES FINAIS

A cobertura realizada pela grande mídia a respeito dos conflitos a serem solucionados pelo Judiciário revela-se como reflexo da propaganda, em geral, favorável a um projeto autoritário da modernidade capitalista. O que se transmite é a mesma ideia da proposta emancipatória estampada nos direitos humanos como obstáculo à segurança da sociedade. Segurança, diga-se de passagem, essencial à expansão do capital.

E, de fato, a despeito dos esforços de alguns magistrados, o que se tem hoje é um Judiciário, em linhas gerais, conservador, que mantém população carcerária prevalentemente pobre, que nem sempre apura os casos de violência policial e que frequentemente trata os movimentos sociais como se fossem organizações criminosas.

Resta saber o quanto o trabalho hegemônico dos meios de comunicação efetivamente influí na atuação dessa atividade estatal que pouco tem colaborado na construção de uma democracia de alta intensidade. Eis um problema a merecer a devida atenção da academia. ♦♦

## 8. REFERÊNCIAS

ANDERSON, Perry. *Las antinomias de Antonio Gramsci: Estado y revolución en Occidente*. Barcelona: Ediotial Fontamara, 1981.

AZEVEDO, Reinaldo. "Vídeo de globais que flerta com *Black blocs* tem a participação de um juiz!" Blog Reinaldo Azevedo. São Paulo, 30/10/2013. Disponível em: <http://veja.abril.com.br/blog/reinaldo/general/video-de-globais-que-flerta-com-black-blocs-tem-a-participacao-de-um-juiz-e-aquele-mesmo-senhor-que-pendurou-em-sua-sala-gravura-que-traz-um-negro-na-cruz-no-lugar-de-cristo-alvejado-por-um-pm-iss/>. Acesso em 30/10/2013.

BEZERRA, André Augusto Salvador. "Políticas públicas de comunicação social e liberdade de expressão: os casos da Argentina, Bolívia, Equador e Venezuela". Cadernos PROLAM/USP. **Brazil Journal of Latin America Studies**. Ano 11, n. 20, v. 1 (jan./jun. 2012). p. 130-140.

CHOMSKY, Noam. **Controle da mídia: os espetaculares feitos da propaganda**. Rio de Janeiro: Graphia, 2003.

GRAMSCI, Antonio. **Os intelectuais e a organização da cultura**. 4 ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 1982.

HOBBES, Thomas. "Leviatã ou matéria, Forma e Poder de um Estado Eclesiástico e Civil." Col. **Os Pensadores**. 2 ed. São Paulo: Abril Cultural, 1979.

MONTESQUIEU, Charles-Louis de Secondat. "O espírito das leis." Coleção **Os Pensadores**. São Paulo: Abril Cultural, 1973. v. 21.

ROUSSEAU, Jean-Jacques. **Do contrato social**. Edição eletrônica. s.l. Ridendo Castigat Mores. 2002.

SAID, Edward. **Orientalismo: o Oriente como invenção do Ocidente**. São Paulo: Companhia das Letras, 1990.

SANTOS, Boaventura de Sousa. **A crítica da razão indolente: contra**

- o desperdício da experiência.** 4 ed. São Paulo: Cortez, 2002.
- . **Renovar a teoria critica e reinventar a emancipação social.** São Paulo: Boitempo, 2007.
- . **Sociología jurídica critica: para un nuevo sentido común en el derecho.** Bogotá: Editorial Trotta, 2009.
- TODOROV, Tzvetan. **Os inimigos íntimos da democracia.** São Paulo, Companhia das Letras, 2012.

# A Democracia Interrompida e o Crescimento do Estado Policial\*

**Marcelo Semer**

*Juiz de Direito em São Paulo e escritor. Mestre em Direito Penal pela USP. Ex-presidente da Associação Juízes para a Democracia. Autor de **Crime Impossível e a Proteção aos Bens Jurídicos** (Ed. Malheiros) e do romance **Certas Canções** (Ed. 7 Letras), co-organizador de **Direitos Humanos: essência do Direito do Trabalho** (Ed. LTr). Colunista no "Terra Magazine". Responsável pelo "Blog Sem Juízo".*

## A DEMOCRACIA INTERROMPIDA

A primeira observação que se pode fazer em um debate sobre mídia e justiça é que, juntas, essas instituições compõem um quadro que mostra, com maior nitidez, o quanto o processo de reconstrução da democracia ficou incompleto, ou melhor, interrompido.

Se algo, por assim dizer, os aproxima nessa relação quase sempre tumultuada é justamente o fato de que os arquivos da redemocratização não foram suficientemente instalados nestes programas.

Seja porque entendemos que o fim da censura e a consigna da liberdade de expressão seriam suficientes para uma ‘imprensa livre no estado democrático’, seja porque, por temor ou ignorância, simplesmente nos omitimos quanto à democratização do Poder Judiciário –esperando, de uma forma pueril, que ele pudesse ser bafejado pelos ares da democracia sem alterações significativas na sua estrutura.

Assim, tivemos um direito de família que se democratizou com a incorporação da igualdade e da ótica da solidariedade sobre o patri-

---

\* Esse texto foi a base para a participação na Mesa “Mídia, Justiça e Produção das Subjetividades”, no Seminário Resistência Democrática: Diálogos entre Política e Justiça, realizado na Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro em 15/05/13.

mônio e o patriarcalismo, a expressão da função social da propriedade constitucionalizada, a revigoração de relações trabalhistas e o respeito à sindicalização e uma nova visão na psiquiatria, incorporando ideais antimanicomiais e a consideração do doente mental como sujeito de direitos; o mesmo, aliás, que se pretendeu fazer com o réu, na expressão de um processo como garantia.

Mas tudo isso, supondo que uma estrutura hierarquizada, formalista, conservadora e fundada no respeito à tradição, como o Judiciário, seria capaz de lidar imediatamente com este rol de novos equipamentos, ou reconhecer uma visão de sociedade que rapidamente mudava a face. Não foi.

Não só o *ancien régime* não tem dado conta de absorver a guinada jurídica em direção à dignidade humana, como as novas gerações de juízes continuaram a ser expostas às instâncias fortemente verticalizadas do Judiciário –por intermédio das quais o novo ou o diferente é quase sempre discriminado ou preterido. E vêm, assim, sendo estimuladas pela estrutura a repetir as interpretações tradicionais, atrasando em décadas a incorporação dos direitos.

No âmbito da imprensa, por fraqueza ou arrogância, acreditamos que o *laissez faire* seria capaz de nos levar à consagração da liberdade de expressão, sem nos dar conta de que uma aguda concentração econômica representava mais um obstáculo do que um trampolim ao pluralismo que lhe dá base. Ou seja, uma situação em que muitos podem falar, mas pouquíssimos são ouvidos.

Um duplo paradoxo, portanto, entre uma liberdade de expressão que sufoca o pluralismo e uma aparelhagem de direitos humanos por quem não é ensinado, treinado ou estimulado a usar.

Mas se isoladamente a democracia interrompida pode ter causado ruídos ao exercício dos direitos com a concentração da comunicação e a hierarquia do Judiciário, há muitos pontos em que essas perversões se imbricam e provocam o que parecia ser até improvável. Sendo arenoso o terreno quando mídia e justiça se desencontram e falam línguas distintas e inconciliáveis (afinal, o maior receio do juiz na atualidade é a mídia, e de certa forma, o maior medo da imprensa é o juiz), a situação consegue ser pior quando chegam à mesma conclusão. Uma combinação explosiva capaz de fulminar direitos que se pretendia tutelar.

## O CONFLITO ENVIESADO DE GERAÇÕES

Quando ingressei na carreira da Magistratura, tinha a impressão de que os juízes mais antigos eram mais severos e mais inflexíveis, *dura lex sed lex*, por conta de anos de ensino e de tradição positivista e um respeito mais do que sagrado às formas; ao passo que os juízes novos, frutos de experiências mais recentes da doutrina, relativizando o normativismo, por intermédio dos ares que se intrometiam com a Constituição, tinham mais maleabilidade.

Vinte e três anos depois, com o caminho percorrido, tenho a impressão inversa: de que justamente os mais novos juízes são ainda mais rigorosos e menos garantistas, e atualmente invertem esse conflito de gerações.

Considerando que esse foi mais ou menos o tempo de vida da Constituição cidadã seria mesmo o caso de entender o que, exatamente, falhou.

Parte da resposta pode ser dada pela própria falta de democracia interna no Judiciário em que os novos se sentem encorajados a repetir os antigos, uma vez que as cúpulas formadas pela *gerontocracia*, encarnam ao mesmo tempo a jurisprudência dos tribunais e a sua gerência política, criando um horizonte nada propício a transformações.

Mas parte da resposta pode estar também na insuficiência da democratização da mídia.

Uma pista pode ser encontrada em um tradicional adágio do meio jurídico, que vem funcionando como uma espécie de referência: ‘o juiz é um homem do seu tempo’.

Por muitos anos, eu mesmo costumava me perguntar, após cada decisão: será que estou sendo um homem do meu tempo?

Para mim, a expressão tinha o sentido de um juiz que, além de conhecer o direito, também estava aberto à sociedade, não era cego aos problemas vividos e se obrigava a conhecer o novo.

Mas, analisando cada uma das decisões em que essa expressão aprebia, fui me dando conta de que, em regra, ela costumava abrigar, com uma face hipocritamente simpática ou falsamente vanguardista, a expressão de um juiz essencialmente repressor – em especial no campo penal.

O juiz, homem de seu tempo, servia como álibi aos avanços e garantias que a nova Constituição projetava. Sim, tínhamos novos direitos e garantias, mas um juiz que é “homem de seu tempo” saberia reconhecer a oportunidade ou a inconveniência de utilizá-los.

A perversão que o adágio tomou é mais ou menos como o comentário recente sobre o julgamento no STF da Ação Penal 470: decisão boa, porque além da Constituição, o tribunal também prestou atenção à “realidade”. Digno de um “homem de seu tempo”...

Para além da nossa capacidade de compreensão dos novos institutos ou de uma leitura garantista dos velhos códigos empoeirados, o moderno seria integrar-se ao “nossa tempo” –o que, na prática, significa, quase sempre, afastar essa leitura por outra supostamente mais atual, ou seja, trocar a Constituição pela “realidade”; o Código Penal, pelas telas da TV.

Enquanto procuramos disputar, dentro do meio jurídico, as principais interpretações dos institutos, caímos na real de que entender o direito não basta para superar o predomínio das visões draconianas. Porque elas estão, fundamentalmente, além do direito (ou, mais corretamente, aquém dele). A questão chave passa a ser: qual é o nosso tempo?

## **SENSO COMUM: A MÍDIA E OS AXIOMAS SUBJURÍDICOS**

E é aí que o discurso dominante na mídia exerce o seu papel de forma mais intensa. O retrato do nosso tempo, tanto mais na área do direito penal, é descrito como um tempo de violência, de alta criminalidade e, fundamentalmente, de muita impunidade.

Poucos vão nos dizer que é o tempo de prisões excessivas, superlotadas e seletivas, de violências que comprimem a liberdade, de direitos prometidos e não alcançados, de desigualdades persistentes. Isso não vai ser manchete do Jornal Nacional nem capa da Veja. Salvo se for para mostrar a superlotação de cadeias e vender prisões para a iniciativa privada.

O juiz, homem de seu tempo, segundo a visão mais comumente lavrada pela grande mídia, se impõe como um juiz que reconhece a fragilidade do sistema repressor e se assume em uma função que de toda a forma não é sua, a de garantir não os direitos fundamentais como lhe compete, mas a segurança pública. Põe-se nos ombros do juiz uma cruz de que não só ele não precisa, como não pode e não deve carregar.

O juiz, homem do seu tempo, é um juiz que *combate a criminalidade* e se arrosta contra a *impunidade*, ou seja, um juiz que não apenas assume um lado no conflito que deve mediar, como vira ele mesmo um fator de supressão das garantias que lhe era devido tutelar.

É essa compreensão da realidade, ou do “tempo em que vivemos” que explode sobre o intérprete da lei com muito mais eficácia e contundência do que qualquer manual, com uma dupla função: não apenas torna a repressão como algo lógico e insuperável, como ainda moderna e de vanguarda. O garantismo se tornou não apenas minoritário, mas arcaico, ultrapassado, quase pernicioso.

Mais do que a produção de subjetividades de que a mídia é capaz, com um discurso praticamente monopolista, estimulando a criação de culpas (por exemplo, quando privilegia a versão única de cada evento, explorando os detalhes mais trágicos, levando o sensacionalismo a buscar o elemento mais vingativo e cruel de cada indivíduo), é de se preocupar com a produção das objetividades –as verdades que se inserem no discurso jurídico de tal forma que se tornam praticamente dogmas.

Essas interpretações, que se podem dizer, subjurídicas, não encontram dignidade no direito, mas se transformam em axiomas que motivam expressivas decisões judiciais e respondem, enfim, por parcela significativa da população carcerária.

**Roubo é um crime que desassossega a sociedade e deve ser cumprido em regime fechado.**

Nada mais ‘homem de seu tempo’ do que vincular a pena de um crime ao ‘desassossego da sociedade’, senso comum derivado não apenas de impressões pessoais, mas do conjunto de informações transmitidas e repassadas pela mídia.

Esse axioma não tem propriamente amparo legal, uma vez que a fixação de regime se impõe pelo volume de pena ou por características pessoais do agente, ou, no máximo, com uma identificação casuística – jamais genérica.

E tampouco tem amparo na jurisprudência superior, uma vez que o STF já até sumulou a impossibilidade de impor regime mais severo com base apenas na ‘opinião abstrata do julgador sobre a gravidade do crime’. Todavia, é a expressiva maioria das decisões de quem fornece a palavra que, no cotidiano das penas e prisões, tende a ser a final.

**O tráfico de entorpecentes é crime grave que corrói a sociedade e não permite liberdade provisória, cumprimento de pena em meio aberto ou a substituição por restritiva de direitos.**

A tônica do tráfico de entorpecentes como um dos crimes mais graves do ordenamento, nasceu das entranhas da Constituição que o equiparou ao hediondo que ainda nem existia.

A jurisprudência dos tribunais superiores foi paulatinamente considerando constitucionais todas as restrições genéricas, como a que determinava o cumprimento de pena integralmente em regime fechado, proibia a liberdade provisória e, enfim, a restritiva de direitos.

Mesmo depois disso, o axioma subjurídico continua permeando porções significativas da jurisprudência dos Estados, provocando uma plêiade de condenações e de prisões provisórias que acabam se tornando definitivas.

Afinal, a nova interpretação restritiva aos *habeas corpus* faz com que a jurisprudência dos Tribunais Superiores só seja acessível aos réus soltos (que podem esperá-la), porque os réus presos cumprirão as penas praticamente integralmente antes de poderem usufruir de um entendimento mais liberal. Na prática, uma espécie de *apartheid* processual.

No caso do tráfico, como sabemos, a seletividade é ainda mais profunda, pois o grosso da vigilância policial (que resulta nas denúncias criminais) se dirige ao microtráfico, das vielas e favelas; e o axioma subjurídico atinge, ainda, de chofre, o juízo da infância e juventude, pervertendo a regra de que a internação do primário só pode ser justificada diante da ocorrência de ato infracional com violência ou grave ameaça. Estatísticas indicam que quase 50% dos adolescentes internados em SP lá estão por tráfico de entorpecentes.

O mais feroz dos axiomas subjurídicos que, derivado do senso comum, suplanta o ordenamento é o que diz:

**O inocente jamais se cala.**

Não se pode dizer que esta seja uma interpretação nova ou vanguardista, derivada de um *quem cala consente* muito antigo; surpreendente é a sua persistência mesmo depois da incorporação explícita de garantias constitucionais e infraconstitucionais em sentido contrário.

Muitas condenações ainda são mantidas sob a alegação de que o indiciado se calou na delegacia – como o inocente não se cala....

O axioma aí não é apenas sub-jurídico, mas antijurídico, pois implode em uma só frase nada menos que dois princípios constitucionais: o direito ao silêncio e a presunção da inocência.

Representa a consagração, muito moderna aliás, do não processo: se o silêncio do indiciado na prisão em flagrante já é prova de sua culpa, qual é a relevância do processo?

E da mesma forma, acórdão do STF que desqualifica a aplicação da confissão como circunstância atenuante, nos casos de prisão em flagrante, porque aí já se tem como *certa a autoria*. Para que o processo então?

Ou a interpretação que vem surgindo no sentido de aumentar a pena do réu porque teria mentido.... Se o silêncio é culpa, e a negação é pena, sobra só a confissão. Mais uma vez se justifica a pergunta: para que o processo, então, com uma condenação tão anunciada?

Nem é preciso dizer o efeito nefasto que estes axiomas produzem no ato de julgar.

Mas o senso comum e a influência dessa *realidade transmitida* vai fulminando tantos outros conceitos jurídicos cuja corrosão implica, a médio prazo, o esvaziamento de quaisquer limites do poder punitivo.

A ideia de pena como limite da culpabilidade vai se pervertendo. Primeiro com o esfacelamento gradual do sistema progressivo.

A LCH, vigente por mais de quinze anos, fulminou explicitamente a progressão e provocou a superlotação carcerária que vivenciamos hoje.

O senso comum já dá por vencido que pena, pena mesmo, é só o tempo de cumprimento em regime fechado (v.g. a manchete pós sentença do Carandiru: Policiais condenados “cumprirão só 3% das penas”). A fixação da pena já vem sendo considerada para indiretamente esvaziar a progressão: fixa-se pensando no quanto de regime fechado representa.

Lance mais expressivo desse esvaziamento do sentido da pena foi a admissão, praticamente expressa, pelo STF, do aumento da pena-base para fugir aos efeitos da prescrição.

A prescrição, instituto formatado para limitar no tempo o poder punitivo, ou seja, uma medida de compressão do poder, volta-se como instrumento regressivo: quanto mais tempo o Estado demorar para julgar, mais pena deverá o réu cumprir. Poucas perversões de princípios se tornam tão explícitas.

Nessa onda, segue-se um ataque especulativo ao elemento subjetivo, com a consagração midiática do dolo eventual para contornar situações claramente culposas de grande repercussão. E, por fim, a própria ideia de prova, também flexibilizada no julgamento do Supremo, no contrabando de uma teoria da ação.

Em resumo, é o Direito penal quem está perdendo o domínio do fato. Não se o disputa mais no Parlamento ou na academia.

A disputa agora é na opinião pública, porque esta repercute diretamente nas decisões que viram axiomas e depois subjurisprudências.

E a forma sedutora como o discurso invade o jurídico é a via da ‘legitimidade popular’. Tem se tornado cada vez mais comum a pesquisa de opinião sobre o resultado de um julgamento, antes que ele se inicie.

E alguns juízes ou tribunais se animam a consagrar equivocadamente a publicidade ou transparência, proporcionando espetáculos midiáticos, que só ajudam a introduzir a “opinião pública” para dentro das decisões.

A tentação de estar com a maioria – ou, pior, o receio de nadar contra a maré- contrasta fortemente com a natureza contramajoritária da função do juiz – o julgamento vai sendo gradualmente substituído pela enquete, uma espécie formalizada de *você decide*.

A legitimidade direta se traduz na recuperação da tática Volkisch, muito empregada no nazismo: direitos são tratados como empecilhos, uma análise imparcial tão criminosa quanto o ilícito, tudo o que não faz parte da correia da condenação sumária é traduzido como defesa da impunidade.

Combater a impunidade, aliás, virou a grande chave para a popularidade e o acesso ilimitado à mídia, ao mesmo tempo o álibi para a reconstituição do estado policial.

Ou, como diz o presidente do STF, que trata os juízes como pro-impunidade e promotores como rebeldes contra o *status quo*.

Não é muito difícil saber onde tudo isso desagua:

*Informes sugeriam à população que o sistema legal era irremediavelmente fraco contra o crime(...)*

*Eles favoreciam julgamentos mais rápidos e a redução das proteções legais (...)*

*Os cidadãos foram informados que o princípio liberal de “nenhum crime sem uma lei” (**nullum crimen sine lege**) foi trocado para “nenhum crime sem uma punição” (**nullum crimen sine poena**). Esse slogan tinha o objetivo de exercer apelo sobre aqueles que estavam fartos pelo fato de o sistema judicial dar muitos direitos a perpetradores de crimes (...)*

*O sinal era impossível de ser ignorado: os tribunais ficariam mais “radicais” ou simplesmente se tornariam supérfluos.*

em que Robert Gelatelly explica como o endurecimento penal foi mecanismo de legitimação da ditadura nazista<sup>1</sup>.

<sup>1</sup> Apoiando Hitler: consentimento e coerção na Alemanha nazista. Ed. Record, 2011, p. 74.

## A CONSAGRAÇÃO DA REPRESSÃO COMO ÚLTIMA ESPERANÇA DA CIVILIZAÇÃO

Zaffaroni já havia nos advertido da sobrevida da Idade Média.

O Malleus Maleficarum, manual de martírio às bruxas continha, na sua estrutura, a gênese de grande parte desse salvacionismo Lei e Ordem.

A criminalidade que se expande sem limites, o inimigo que precisa ser abatido frontalmente, o remédio amargo que é o único necessário, a conduta nociva de quem não adere ao punitivismo<sup>2</sup>. Tudo já estava lá desde 1484. Mas o neopunitivismo tem-se vitaminado nas últimas décadas nos escombros dos estados de bem-estar. A mídia é o seu mais eficaz portador.

Os antigos jornais espume-sangue não são mais discriminados como lixo. Suas matérias invadiram os espaços e publicações nobres, que destacam generosas porções de suas edições para os crimes.

Os programas policiais exageram na representação, mas o sensacionalismo dos telejornais noturnos não se aparta muito deles. O prurido que havia em *mostrar imagens fortes* desapareceu completamente e as empresas de comunicação lidam com a estratégia de galvanizar, primeiro o sentimento, depois a opinião, acerca de uma multidão interminável de crimes, que repetem todos os dias.

Estudo de Alex Niche Teixeira sobre programas policiais que retratam situações reais de crimes concluiu:

*“Estes programas produzem sua própria demanda por mais e mais punição”*

*“Constroem uma forma de cidadania orientada pela desconfiança e pelo medo”*

*“No âmbito do controle criminal, este é o período em que tanto nos EUA como na Inglaterra, se verifica uma forte tendência de reorientação das políticas penais, as quais configuraram um endurecimento da ação punitiva do Estado”<sup>3</sup>.*

Situação esta que não é nada diversa da atual realidade brasileira.

2 La Cuestión criminal. Ed. Planeta, 2012, p. 41/43.

3 “Televisão, hipocrimes e violências na Modernidade Tardia”, in **Violência e Cidadania – Práticas Sociológicas e Compromissos Sociais**. Ed. Sulina, organizado por José Vicente Tavares dos Santos, Alex Niche Teixeira e Maurício Russo.

O neopunitivismo não está relacionado com estatísticas (em certos casos, como os homicídios em SP, é ele precisamente quem produz as elevações). Tem a ver com os objetivos do mercado, este novo Leviatã, de não mais explodir simplesmente o Estado, mas sim de se apropriar dele.

Lois Wacquant nos explica como este novo punitivismo usa a mão direita forte para compensar o enfraquecimento da mão esquerda no estado social<sup>4</sup>.

Jonathan Simon atribui ao movimento a ideia de governança através do crime, pelo qual a sociedade norte-americana trocou a figura central do cidadão e consumidor para a da vítima, inclusive pela maior facilidade de lidar com expectativas populares mais alcançáveis (e baratas) do que a recuperação do new deal<sup>5</sup>. O endurecimento penal é, enfim, o populismo de direita.

Nesta governança contra o crime, revela o estudo de Simon, cresce vertiginosamente o poder do Ministério Público (fortemente atuante na política norte-americana) ao mesmo tempo em que enfraquece o do juiz –cujo desprestígio é crescente, especialmente pela ideia de que a neutralidade equivale à impunidade.

A mídia não está nesta barca à toa. Nem apenas por uns trocados.

Mas para entender isso é preciso se desprender daquela visão idílica do jornalista liberal em busca da verdade contra o poder e os poderosos, como um Quixote redivivo.

A grande mídia é hoje cada vez mais concentrada e não apenas é financiada pelas, mas é em si mesma, uma grande corporação.

Embora clame por ser representante do “interesse público” ou porta-voz da “opinião pública”, jamais deixa de ser empresária atuante na defesa do conjunto de valores de classe.

E, como tal, realiza com frequência uma crítica exacerbada ao setor público, poupança quase sempre o privado (mesmo quando poderoso, como bancos).

Tudo que é do Estado é errado, custoso, opressivo, ineficiente e pesado –salvo o Direito penal, que, ao contrário, é tolerante, fraco, permissivo, frouxo.

Busca-se quase sempre salvar o indivíduo do Estado, e ao mesmo tempo, a sociedade do indivíduo (através da ideia de cidadania para uns e não para outros).

---

<sup>4</sup> Punir os pobres. A nova gestão da miséria nos Estados Unidos. Ed. Revan, 2007, p. 30.

<sup>5</sup> Governing through crime. Oxford University, 2007 [e-book]

Não à toa, adere ao discurso “anticorrupção”, quando dirigido aos agentes públicos, mas nunca aos corruptores, que em grande parte a financiam; patrocina atos contra a corrupção, mas não aqueles que questionam o próprio sistema (como os indignados, que esconde).

Extrapolou a crítica feroz à toda e qualquer autoridade pública, mas toma palavras do delegado ou promotor como verdades quase absolutas.

O sensacionalismo não se limita a um mecanismo de varejo para aumento de vendas –mas como defesa do tônus criminal que é inherente à proposta neoliberal.

Há uma enorme distância do novo do velho liberalismo, com consequências profundamente diversas na estrutura do Estado, e em especial na área penal.

A Revolução Francesa permitiu o crescimento da burguesia, servindo a visão iluminista como importante limitador do poder do Estado. Resultou em um Direito penal tido por humanitário, com a consolidação da maior parte dos princípios que conformam até hoje o poder punitivo.

Mas no atual momento, não há classe a emergir entre as grandes corporações, e sim o interesse de que os vulneráveis jamais se emancipem.

Enquanto o Estado é apropriado pelo mercado, diminuem fortemente os amortecedores sociais, e aumenta a rigidez penal. O Estado policial assim, se coloca como um contraponto ao Estado social.

Por isso que a advertência de Zaffaroni devia ser melhor ouvida:

*“O maior risco em nossa região é que os próprios políticos comprometidos com a restauração dos demolidos estados de bem-estar, fazendo concessões, acabem por serrar o galho em que estão sentados, pois a criminologia midiática é parte da tarefa de neutralização de qualquer tentativa de incorporação de novos estratos sociais”<sup>6</sup>.*

O Estado policial combinado com a apropriação pelo mercado tende a produzir uma terceira capa de autoritarismo, sucedendo ao absolutismo e os fascismos construídos sob a lei, a ditadura sem ditador.

---

<sup>6</sup> Op. Cit. p. 243.

## CAMINHOS DA RESISTÊNCIA DEMOCRÁTICA

Não há soluções mágicas para impedir ou retroceder este caminho de entronização do estado policial, porém a resistência democrática pode se dar em várias frentes.

Primeiro, a retomada no processo das democratizações interrompidas, no âmbito das comunicações e no Judiciário.

É preciso encontrar instrumentos para reequilibrar as vozes, de modo a fazer com que liberdade de expressão volte a ter base no pluralismo, como a limitação de controle da propriedade dos meios de comunicação.

Sem prejuízo de aproveitar os mecanismos informais de pulverização da comunicação, no qual a Internet certamente é o mais relevante.

A luta pela democratização do Judiciário também deve ser retomada. É preciso reduzir as oligarquias e o poder de reprodução contínua do mesmo pensar no Judiciário. Onde existir hierarquia não haverá independência. Onde não houver independência, não haverá garantismo.

Onde essas resistências se encontram, essas redemocratizações se mesclam, é justamente na ação que possamos fazer, a partir do direito, na pulverização da informação. Ou, na recomendação de Zaffaroni, que é ao mesmo tempo um estudioso do Judiciário e feroz crítico da criminologia midiática: sair dos guetos e deixar o discurso acadêmico para disputar essa *encruzilhada civilizatória*<sup>7</sup>.

Jonathan Simon relembra que algumas das leis de referência da expansão da criminalização foram produzidas em governo e congresso de maioria democrata, na antevéspera de eleições<sup>8</sup>.

Se serve de alerta para nós, sucumbir ao conservadorismo não evitou em nada as derrotas eleitorais que vieram.

Começa-se a perder o poder, quando se perde a capacidade de defender as ideias. ♦♦

## REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

GELLATELY, Robert. **Apoiando Hitler – Consentimento e coerção na Alemanha nazista.** Tradução de Vitor Paolozzi. Rio de Janeiro. Ed. Record, 2012.

7 Op. Cit. p. 17.

8 Op. Cit.

SIMON, Jonathan. **Governing Through Crime**. New York City. Oxford University, 2007 [e-book].

TEIXEIRA, Alex Niche. “Televisão, hipercrimes e violências na Modernidade Tardia”, in **Violência e Cidadania – Práticas Sociológicas e Compromissos Sociais** (José Vicente Tavares dos Santos, Alex Niche Teixeira e Maurício Russo, org.) URGS/Ed. Sulina. Porto Alegre, 2011.

WACQUANT, Loic. **Punir os pobres. A nova gestão da miséria nos Estados Unidos**. Tradução de Sérgio Lamarão. Rio de Janeiro. Ed. Revan, 2007.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl. **La cuestión criminal**. Buenos Aires. Pla-  
neta, 4<sup>a</sup> edição, 2012.

# A Política Legislativa Criminal e a Necessidade de Resistência Democrática

**Patrick Mariano Gomes**

*Mestre em Direito, Estado e Constituição pela Universidade de Brasília – UNB. Advogado popular integrante da Rede Nacional de Advogados e Advogadas Populares – RENAP e atual Coordenador-Geral de Elaboração e Acompanhamento do Processo Legislativo da Secretaria de Assuntos Legislativos do Ministério da Justiça.*

O tema deste evento, “Resistência Democrática: diálogos entre política e justiça”, não poderia ser mais oportuno e necessário no atual estado das coisas em nosso País. Quero focar essa reflexão, naquilo que me é mais próximo, ou seja, o processo legislativo em matéria criminal.

Infelizmente, nos cursos de direito, não se ensina processo legislativo ou como são elaboradas as leis. Muitas vezes se ouve, não raro, quando um professor comenta uma lei: “o espírito do legislador da época era esse”. Como se a gênese e o trâmite tortuoso que um projeto de Lei tem que se passar até a sanção presidencial fosse algo transcendental ou ligado a questões de divindade, sobrenaturais.

Desconsidera-se assim que as leis são o resultado de uma correlação de forças políticas num dado momento histórico da sociedade. Essa falha no ensino jurídico, talvez seja proposital porque ao interpretar *o espírito do legislador*, não precisa mais de nenhuma reflexão ou crítica sobre sua legitimidade ou justeza. Foi o espírito do legislador e acabou-se. Quem ousaria se pôr contra o espírito de alguém? Logo nós, tão demasiadamente humanos?

Relembrando uma frase que resume bem o processo legislativo, cuja atribuição é disputada entre Otto Von Bismarck e o poeta John Gofrey Saxe: *as leis, como salsichas, deixará de inspirar respeito que você sabe como eles são feitos*. Embora faça galhofa, a frase é bem significativa e de uma precisão cirúrgica.

Uma vez posto em andamento um projeto de Lei, incontáveis negociações, debates, arranjos, acertos e desacertos ocorrerão até a sua aprovação. Modificações no texto, incorporações de outros assuntos, mais pena, menos pena, etc. O problema é que isto se dá muitas vezes sem a participação dos atores jurídicos e da sociedade organizada.

Dinâmico e muitas vezes incompreensível para quem está de fora, o processo legislativo se torna, deste modo, um importante espaço de disputa de poder e, em material criminal, disputa do poder punitivo. O fato de o Congresso Nacional distar mil, dois mil quilômetros das outras capitais e dos grandes centros urbanos, contribui para que este isolamento entre produção de leis e participação neste processo se acentue e aprofunde.

Há, portanto, um distanciamento não só do ponto de vista do conhecimento do processo como também físico, o que acaba por ser prejudicial e gerar problemas de compreensão. Explico.

## A ACADEMIA

Na academia se percebe certa dificuldade e, até mesmo repulsa quando se analisa o Parlamento e a produção de leis penais, quiçá um pouco influenciados pelos meios de comunicação de massa que atuam na deslegitimização e enfraquecimento (dia pós dia), da atuação parlamentar, com a presunção de que todos que a façam sejam corruptos ou não sabem nada do que ali fazem.

Esse preconceito estimulado termina por afastar aqueles que refletem criticamente sobre a ciência penal, daqueles que fazem as leis. Esse distanciamento é fatal para sociedade, pois reforça o achismo em matéria punitiva e, também, o ato de punir como solução para problemas complexos da sociedade.

Os dados empíricos, os possíveis impactos que determinada lei pode causar no sistema de justiça criminal não chegam a quem toma decisões em matéria legislativa, porque também, não atingem os grandes meios de comunicação (base da racionalidade legislativa).

Cria-se, então, um círculo vicioso que pode ser resumido desta forma:

A academia produz reflexões e críticas sobre o sistema penal. Essas críticas e constatações da realidade não chegam aos parlamentares. Quer porque não atingem ou não interessam aos grandes meios de comunicação, quer pelo distanciamento entre academia e parlamento.

Infelizmente, o resultado deste círculo são leis elaboradas sem o mínimo de reflexão técnica e científica séria. Poderíamos desfilar um ro-sário de exemplos dessas leis.

Nos últimos anos, o Congresso Nacional tem chamado para si a iniciativa de se reformar códigos através de Comissões de Juristas<sup>1</sup>. No entanto, o que se vê são indicações de composição baseadas em critérios de representatividade, Ministérios Públicos, Magistratura, Defensoria sem, contudo, ter como norte principal o notório saber jurídico que a função exige.

O reflexo do distanciamento entre academia e parlamento se dá também nessas iniciativas de reforma de códigos, o que é preocupante.

## A SOCIEDADE CIVIL ORGANIZADA

Um pouco mais próxima da atuação do parlamento, algumas entidades de direitos humanos e com sensibilidade para questões penais têm buscado realizar uma maior participação e interferência no processo legislativo. No entanto, ainda é muito pouco quando se olha a defesa de interesses dos grandes grupos econômicos que dispõem de escritórios de lobby para realizar o acompanhamento passo a passo dos projetos de seus interesses.

Essas entidades compreenderam que sem uma atuação de convencimento e sensibilização nos poderes não se avançará em termos de um sistema de justiça criminal mais digno e cidadão.

O problema é que este acompanhamento é caro, sendo que a maior parte dessas entidades não dispõe de recursos para realizar, com qualidade, esse acompanhamento.

Esse distanciamento entre participação popular e as decisões legislativas resulta, da mesma forma, em leis que não guardam relação com as reais necessidades do povo brasileiro.

Se a pressão dos grandes meios de comunicação de massa e dos grandes grupos de interesse dão a tônica no processo legislativo, as dificuldades de maior aproximação da academia e da sociedade civil organizada para tentar fazer um contrapeso nesta balança, possibilitam ou reforçam a desconsideração da real correlação de forças na sociedade.

---

1 Nesta entrevista abordamos melhor o tema da reforma penal: <<<http://www.ihu.unisinos.br/entrevistas/511782-reforma-do-codigo-penal-qual-a-sociedade-que-queremos-entrevisa-especial-com-patrick-mariano-gomes>>>

## ESQUERDA E DIREITA EM MATÉRIA PUNITIVA

Maria Lúcia Karam, em seu já clássico texto *A esquerda punitiva*, descontou esse certo paradoxo da esquerda que é ligada historicamente às pautas de direitos humanos, mas que não consegue se despir do viés punitivista, porque eleitoralmente é refém do senso comum estimulado pela mídia.

Sobre este aspecto, vale mencionar Zaffaroni<sup>2</sup>:

*Vai conseguir cinco minutos na televisão, porque quanto mais absurdo é um projeto ou uma lei penal, mais espaço na mídia ele tem. No dia seguinte, o espetáculo acabou. Mas a lei fica. O Código Penal é um instrumento para fazer sentenças. O político pode achar que o Código Penal é um instrumento para enviar mensagens e propaganda política, mas quando isso acontece fazemos sentenças com um monte de telegramas velhos, usados e motivados por fatos que estão totalmente esquecidos, originários deste mundo midiático.*

Veja o discurso do então Deputado Plínio de Arruda Sampaio, quando da votação da Lei dos Crimes Hediondos<sup>3</sup>:

*(...) Por uma questão de consciência, fico um pouco preocupado em dar meu voto a uma legislação que não pude examinar. (...) Tenho todo o interesse em votar a proposição, mas não quero faze-lo sob a ameaça de, hoje à noite, na TV Globo, ser acusado de estar a favor do sequestro. Isso certamente acontecerá se eu pedir adiamento da votação.” – Deputado Plínio de Arruda Sampaio (PT)*

Por óbvio, o deputado que tem (e tinha à época) uma longa história de dedicação à causa dos direitos humanos, não desejava que a Lei dos Crimes Hediondos causasse o caos em nosso sistema penitenciário e determinasse o sofrimento de milhares de pessoas em sua maioria pobres e negros. Mas, ao dar aval a uma Lei de caráter inconstitucional, pressionado pela mídia, acabou por servir de inocente útil à ampliação do poder punitivo com trágica consequência social, todos sabem, nos anos seguintes até os dias atuais.

Recentemente, a Lei de Organizações Criminosas foi aprovada com respaldo de todos os partidos, esquerda e direita. E o faz a nova Lei? Au-

2 <<http://www.conjur.com.br/2009-jul-05/intervista-eugenio-raul-zaffaroni-ministro-argentino>> Acesso em 10.03.2013.

3 Diário do Congresso Nacional. Edições de 29/06/1990 e 11/07/1990.

menta o poder da polícia sobre o indivíduo a pretexto de se combater o novo “inimigo” da sociedade, qual seja, a criminalidade organizada. Depois da sua aprovação, no Rio de Janeiro, este instrumento que aumentou o poder de polícia acabou sendo aplicado contra manifestantes populares.

O que nos demonstra que, uma vez posta em marcha a ampliação do estado policial, não há qualquer controle sobre seu direcionamento. O canto da sereia que seduz parlamentares dos partidos das mais variadas matrizes ideológicas é o da solução do direito penal simbólico.

O discurso de maior combate à corrupção, adotado por todos os partidos na atualidade, pressupõe aumento do rigor punitivo e ampliação do estado policial, na vã esperança de que ele seja direcionado somente para os de cima.

Zaffaroni<sup>4</sup> espanca essa possibilidade:

*Sim. O rico, às vezes, vai para a cadeia também. Isso acontece quando ele se confronta com outro rico, e perde a briga. Tiram a cobertura dele. É uma briga entre piratas. Nesse caso, o sistema usa o rico que perdeu. E, excepcionalmente, o derrotado acaba na cadeia. Mas ter um VIP na prisão é usado pela mídia para comprovar que o sistema penal é igualitário. É a contracara do self-made man.*

As penas para os crimes de lavagem de dinheiro são de 3 a 10 anos de prisão! O pobre vai para a cadeia por lavagem? Não. O rico vai? Possivelmente, também não. Mas, qual o reflexo para o pobre? A desproporcionalidade que essa inflação de penas traz para o sistema de justiça criminal, pois cada vez que uma conduta nova recebe uma pena alta, o reflexo se dará na ação legislativa de aumento de pena para outras condutas.

Se a sedução punitiva agrada à mídia e possibilita dividendo (ou deixa de trazer prejuízo nesta seara), o reflexo se dá na ação dos partidos no Congresso Nacional que, embora tenham historicamente uma ação de defesa dos direitos humanos, não conseguem fazer o necessário enfrentamento político na questão criminal.

Seja porque estão distanciados da academia, seja porque a sociedade civil organizada não consegue reunir forças para disputar a correlação de forças e, seja porque às vezes há a concordância com a saída punitiva.

---

<sup>4</sup> Idem.

## **QUAIS OS DESAFIOS PARA A RESISTÊNCIA DEMOCRÁTICA NA SEARA DA DISPUTA LEGISLATIVA CRIMINAL?**

Dante deste quadro, é preciso tentar responder ao questionamento para sermos capazes (nós que acreditamos e defendemos a democracia) de realizar esse confronto.

É preciso quebrar certo comodismo que existe na academia – lugar de reflexão por excelência – para que a crítica saia das teses e dissertações e disputem a política. Para tanto, é preciso diminuir o preconceito que existe com relação ao parlamento. Poder que, diga-se de passagem, é o que mais possui a representatividade popular entre os três estabelecidos.

Entretanto, há outro desafio que é o da linguagem. Geralmente, nós acadêmicos, falamos para nós mesmos, com termos e conceitos que só quem é da área domina ou entende. Na política, existem outros códigos discursivos. De nada adianta falar para um parlamentar que não é da área do direito, que tal projeto de lei possui um viés etiológico. No entanto, mostrar ao parlamentar que se caso aprovado o projeto terá um impacto financeiro, com a necessidade de aumento de vagas no sistema penitenciário, estando sujeito o país a visitas e denúncias na ONU, pode surtir mais efeito de convencimento.

Outro aspecto importante é quanto ao tempo de atuação. O processo legislativo possui uma dinâmica alheia a prazos estabelecidos, o que é uma dificuldade para quem é da área do direito, tão acostumados que somos a prazos e procedimentos.

O parlamento, já dizia Ulisses Guimarães, é como nuvem que toda hora muda de forma. Um projeto que está parado há anos pode ser aprovado da noite para o dia, bastando a tanto que se torne prioridade.

Não raro acontece que os estudiosos só se dão conta de uma determinada aprovação de lei quando é sancionada. No entanto, de nada adianta criticar neste momento. Geralmente o projeto tramitou durante anos no Congresso, passando incólume em comissões, sem nenhuma crítica qualificada. É preciso intervir antes. Mas, para que isso ocorra se faz necessário um acompanhamento mais atento do processo legislativo.

O tempo do parlamento é muito fluído e dinâmico, enquanto que o tempo da academia é muito mais cadenciado. Estar atento, portanto, às essas peculiaridades é fundamental para atuação durante a ocorrência do processo.

Um último ponto a ser destacado se refere à capacidade de aglomeração de estudiosos sobre determinado tema. Como a pesquisa é algo muito individual e, também, sujeito a vaidades, se constata certa dificuldade de ações de mobilização conjuntas. Recentemente, por ocasião da apresentação do anteprojeto de Código Penal, se conseguiu articular uma ampla mobilização da sociedade civil com juristas contra o projeto. Deu efeito. No entanto, essa mobilização deve ser constante, pois apesar de toda mobilização, o projeto continua a tramitar.

Anos atrás, o Movimento do Antiterror Legal<sup>5</sup> que se insurgiu contra propostas altamente punitivas como Regime Disciplinar Diferenciado, entre outras, também se constituiu um bom exemplo de mobilização social na questão criminal. Depois disso, não se viu, infelizmente, outras ações políticas com exceção desta que mencionamos sobre a reforma penal.

## CONCLUSÕES

São essas as linhas gerais que me instigaram o título do evento. Título que, diga-se, muito bem escolhido e oportuno é, em si, um estímulo à reflexão para todos nós que defendemos o aprofundamento democrático e um País mais justo e solidário.

É inaceitável convivermos tranquilamente com os números do sistema carcerário brasileiro. Assim como é intolerável percebermos que estes números só aumentam. Com relação ao encarceramento feminino o aumento do encarceramento é acintoso. Situação que nos coloca em estado de desrespeito à Democracia e ao estado de direito.

Se o diagnóstico é pessimista, temos que ser otimistas na ação. Para tanto, é preciso que organizemos a resistência e enfrentamento a esse estado das coisas. Só assim, poderemos dizer que vivemos em uma Democracia.

5 Texto do documento Carta para Maria Thereza: "Um grupo de estudiosos e profissionais das áreas penal, processual penal e penitenciária, reuniu-se no dia 25 de abril, no escritório do advogado Arnaldo Malheiros Filho, em São Paulo. O objetivo foi a organização de idéias para um plano nacional de reação intelectual de trabalhadores e estudiosos das aludidas ciências contra determinados projetos em tramitação urgente no Congresso Nacional e que mutilam princípios e regras do sistema criminal vigente em favor de uma legislação de pânico. Ao fundo dessa escalaada que procura combater a violência do crime com a violência da lei, recrudesce o discurso político e se avivam os rumos na direção de um direito penal do terror".

Entre outras instituições e juristas subscreveram: Instituto Brasileiro de Ciências Criminais (IBCCrim), Instituto Carioca de Criminologia (ICC), Grupo Brasileiro da Associação Internacional de Direito Penal (AID), Instituto Transdisciplinar de Estudos Criminais (ITEC), Instituto de Defesa do Direito de Defesa (IDDD), Instituto de Hermenêutica Jurídica (IHJ), Instituto de Ciências penais de Minas Gerais (ICP/MG), Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal do Paraná, Curso de Especialização em Advocacia Criminal da Universidade Candido Mendes (UCAM), Escola Superior de Direito Constitucional de São Paulo (ESDC), Associação dos Advogados de São Paulo (ASSP), Instituto de Criminologia e Política Criminal (ICPC) e Instituto de Ensino Jurídico Luiz Flávio Gomes (IELF), Associação dos Defensores Públicos do Rio de Janeiro (ADPERJ).

O escritor José Saramago dizia, com acerto, que é preciso discutir a democracia. Após 25 anos de redemocratização, é preciso avançar mais. Existe certa tendência de termos a democracia como valor absoluto e nos limitarmos a, de tempos em tempos, elegermos nossos representantes. No entanto, só se conseguirá efetivar os direitos consagrados na Constituição da República de 1988 quando formos capazes de termos ação política efetiva para além do voto.

Na questão criminal, isso representa intervir no processo legislativo, aglutinar forças e disputar o terreno político da elaboração legislativa. Disputar o poder de legislar. Do contrário, aceitaremos inertes e cabisbaxos aquela explicação que recebemos na faculdade. Ou seja, de que as leis são assim (injustas) porque quis o espírito do legislador da época. ♦♦

# A Cultura Inquisitória Vigente e a Origem Autoritária do Código de Processo Penal Brasileiro

**Marco Aurélio Nunes da Silveira**

*Doutor em Direito do Estado pela UFPR. Professor de Direito Processual Penal na Universidade de Passo Fundo e na Universidade Positivo (Curitiba).*

Atualmente, o papel da Constituição de 1988, com seu amplo rol de garantias processuais penais, vem eclipsado pela circunstância de se tratar o Código de Processo Penal de uma lei autoritária, surgida num momento de violenta centralização política. Nada obstante, importa sobremaneira problematizar as velhas concepções doutrinárias e, se for o caso, delas abrir mão, na direção da construção de um direito processual penal democrático e adequado à Constituição da República. Eis por que é indispensável, aqui, o adequado entendimento do contexto histórico de criação da legislação processual penal em vigor.

O Código de Processo Penal brasileiro é fruto do regime autoritário instalado após a Revolução de 1930, sob a batuta de Getúlio Vargas, denominado de Estado Novo.

Como ensina a historiadora Maria Helena CAPELATO, da Universidade de São Paulo, “o Estado Novo se constituiu em decorrência de uma política de massas que se foi definindo no Brasil a partir da Revolução de 1930, com a ascensão de Getúlio Vargas ao poder”. Segue a autora: “Correntes intelectuais e políticas antiliberais e antidemocráticas, de diferentes matizes, revelaram extrema preocupação com a questão social e muito se discutia sobre novas formas de controle das massas com o intuito de evitar a eclosão de revoluções socialistas. Uma das soluções propostas era a do controle social através de um Estado forte comandado por um

líder carismático, capaz de conduzir as massas no caminho da ordem".<sup>1</sup> Neste diapasão, à luz das sucedidas experiências do fascismo italiano e do nazismo alemão, países latino-americanos como Brasil e Argentina experimentaram regimes autoritários. Nada obstante, segundo o historiador brasilianista Thomas SKIDMORE, há uma certa originalidade no modelo brasileiro, que caracteriza como híbrido: ao contrário dos seus mentores europeus em matéria de fascismo, Vargas não organizou nenhum movimento político para nele basear seu regime autocrático. Não havia partido de Vargas, movimento do Estado Novo, nem quadros governamentais na sociedade brasileira. O Estado Novo, na sua forma não diluída, entre 1937 e 1943 (quando Vargas começou a preparar-se para a volta às eleições), representou um hiato no desenvolvimento da política partidária, organizada em linhas classistas ou ideológicas – uma política que, em si mesma, só havia começado a tomar forma no Brasil em começos da década de 30. Todos os grupos de alguma significação haviam sido desbaratados e suprimidos. Os comunistas e radicais de esquerda sofreram a repressão mais brutal. Os integralistas desapareceram, devido à repressão, em parte, porque a lógica do seu autoritarismo era minada pela forma de ditadura mais brasileira, de Vargas. Os constitucionalistas liberais emudeceram. Os comunistas capitalizavam o seu sofrimento, conforme a dialética da história. Podiam esperar que a ditadura de Vargas preparasse mais ainda as massas para a revolução, ao passo que os liberais viam seus ideais de eleições livres, liberdades civis e justiça imparcial repudiados, sem levantarem protestos relevantes. (...). Em suma, o Estado Novo era um estado híbrido, não dependente de apoio popular organizado na sociedade brasileira e sem qualquer base ideológica consistente. Vargas esperava assumir, para seu próprio proveito político, a direção das mudanças sociais e do cresci-

1 CAPELATO, Maria Helena. "O Estado Novo: o que trouxe de novo?" In: FERREIRA, Jorge; DELGADO, Lucilia de Almeida Neves (org.). *O Brasil republicano: o tempo do nacional-estatismo: do início da década de 1930 ao apogeu do Estado Novo*. V. 2. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2003, p. 109.

2 Francisco CAMPOS, articulador político-jurídico do regime de Vargas, afirma que "o novo Estado brasileiro resultou de um imperativo de salvação nacional. Como acentuou o chefe do Governo, no manifesto de 10 de novembro, quando as exigências do momento histórico e as solicitações do interesse colectivo reclamam imperiosamente a adopção de medidas que afectam os pressupostos e convenções do regimen, incumbe ao homem de Estado o dever de tomar uma decisão excepcional, de profundos efeitos na vida do paiz, acima das deliberações ordinárias da actividade governamental, assumindo as responsabilidades inherentes á alta função que lhe foi delegada pela confiança publica. Identificado com o destino da Patria, que salvou em horas de extremo perigo e engradeceu no maior dos seus governos, o sr. Getulio Vargas, quando se impôz aquella decisão, não faltou ao dever de tomal-a, enfrentando as responsabilidades, mas também revestindo-se da glória de realizar a grande reforma que, pela primeira vez, integra o paiz no senso das suas realidades e no quadro das suas forças criadoras. A sua figura passa, então, do plano em que se define o valor dos estadistas pelos actos normaes da politica e administração, para o relevo histórico de fundador do regimen e guia da nacionalidade" (*O Estado Nacional: sua estructura, seu conteudo ideologico*. 3ª ed. Rio de Janeiro: José Olympio, 1941, p. 35. Sem grifos no original. Grafia original mantida).

mento econômico do Brasil. A despeito das roupagens corporativistas, o seu Estado Novo era uma criação altamente pessoal.<sup>3-4</sup>

Nos campos político e jurídico do regime, desponta o nome de Francisco Campos, alcunhado Chico Ciência, como o principal teórico estado-novista e um dos grandes teóricos do autoritarismo no Brasil. Nomeado Ministro da Justiça dias antes do golpe de 1937, coube a Campos a missão de redigir (quase exclusivamente) a Constituição de 1937, além de articular a criação de um novo Código Penal (que foi promulgado em 1940) e a unificação da legislação processual (Código de Processo Civil, em 1939, e o Código de Processo Penal, em 1941). Note-se, ainda, que Francisco Campos é o autor do texto do Ato Institucional n.º 1 (o AI-1), do golpe militar de 1964.<sup>5</sup> Em sua obra “O Estado Nacional: sua estrutura, seu conteúdo ideológico”, que constitui uma coletânea de artigos, entrevistas e discursos, Campos promove uma tentativa de fundamentação teórica do regime baseada numa suposta inaptidão do modelo liberal-democrático à resolução daquilo que designa por “grandes tensões políticas”, propondo o estado autoritário como única solução exequível. Em suas palavras:

"O clima das massas é o das grandes tensões políticas, e as grandes tensões políticas não se deixam resolver em termos intellectuaes, nem em polemica de idéas. O seu processo dialectico não obedece ás regras do jogo parlamentar e desconhece as premissas racionalistas do liberalismo. Com o advento politico das massas, a irracionalidade do processo politico, que o liberalismo tentara dissimular com os seus postulados optimistas, torna-se de uma evidencia

3 SKIDMORE, Thomas. *Brasil: de Getúlio a Castelo, 1930 a 1964*. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1982, p. 53-4.

4 No mesmo sentido, afirma Célio da CUNHA que “o novo regime não tinha unidade doutrinária, ainda que muito teóricos, como Francisco Campos e Azevedo Amaral, quisessem ver nele uma nova ordem social e política. (...) Em documentos oficiais e em obras que procuraram teorizar o Estado Novo, às vezes se constata o que poderíamos chamar aqui de doutrina do Estado Novo. Na prática, entretanto, a conduta de Getúlio, múltiplice por excelência, ‘recuando aqui para recuperar alhures’, fazia do Estado Novo um Estado híbrido. A composição de seu ministério atesta este hibridismo. Francisco Campos, oligarca-autoritário, ocupa a pasta da Justiça. Eurico Dutra no Ministério da Guerra e Filinto Müller como chefe da Polícia são simpatizantes do fascismo e do nazismo. Para contrabalançar, Souza Costa na Fazenda, Gustavo Capanema na Educação e Oswaldo Aranha nas Relações Exteriores, não se incluem entre os autoritários, sendo que a indicação de Oswaldo Aranha agradou aos americanos. Assim, Vargas tinha representantes para todas as tendências, no plano interno e externo. Por essa época, o nazi-fascismo europeu ganhava terreno. Através de um jogo duplo, Vargas soube tirar proveito da situação” (*Educação e autoritarismo no Estado Novo*, 2<sup>a</sup> ed. São Paulo: Cortez, 1989, p. 30-1).

5 O cronista Rubem Braga teria dito: “Toda vez que o Sr. Francisco Campos acende sua luz, há um curto-circuito nas instalações democráticas brasileiras” (Cf. AQUINO, Rubim Santos Leão de; et al. *Sociedade brasileira: uma história através dos movimentos sociais: da crise do escravismo ao apogeu do neo-liberalismo*. Rio de Janeiro: Record, 2007, p. 377).

tão lapidar, que até os professores, jornalistas e litteratos, depositarios do patrimonio intellectual da democracia, entram a temer pelo destino theorico do seu thesouro ou da summa theologica cuja substancia espiritual parece ameaçada de perder a sua preciosa significação.”<sup>6</sup>

E, ainda, “na Allemania, enquanto um parlamento em que já houve o maior numero de partidos procurava inutilmente chegar a uma decisão politica mediante os methodos discursivos da liberal-democracia, Hitler organizava nas ruas, ou fóra dos quadros do governo, pelos processos realistas e technicos, por meio dos quaes se subtrahe da nebulosa mental das massas uma fria, dura e lucida substancia politica, o contrôle do poder e da nação”.<sup>7</sup>

Nada obstante, esforça-se em apresentar a ditadura das massas como uma instituição democrática, fundada no apoio popular ao presidente, que não precisaria de qualquer intermediação (leia-se, principalmente, o Poder Legislativo) em sua relação “direta” com o povo. *In verbis:*

"A Constituição de 10 de novembro attende, de modo cabal, ás transformações que, em nosso seculo, se encontram em via de rapida realização, nos ideaes e nas instituições democráticas. É bastante verificar a função por ella reconhecida ao sufragio universal, a limitação do poder dos juizes de declarar a inconstitucionalidade das leis, e os capitulos relativos á ordem economica e á educação e cultura. Por sua vez, conferindo o poder supremo ao Presidente da Republica, colloca-o em contacto directo com o povo, não sendo possivel ao Presidente descarregar sobre outros órgãos do poder as graves responsabilidades que a Constituição lhe dá, em consequencia dos poderes e prerrogativas que lhe são atribuidos. *O Presidente é o chefe responsável da Nação e só poderá exercer as enormes prerrogativas da presidencia si contar com o apoio e o prestígio do povo*, precisando, para isto, de appellar frequentemente para a opinião, e tendo, assim, o seu mandato um caracter eminentemente democratico e popular."<sup>8-9</sup>

<sup>6</sup> CAMPOS, F. *O Estado Nacional...* *Op. cit.*, p. 21 (Grafia original mantida).

<sup>7</sup> *Id. Ibid.*, p. 29 (Grafia original mantida).

<sup>8</sup> *Id. Ibid.*, p. 58. (Sem grifos no original. Redação original mantida).

<sup>9</sup> Nas palavras de Edgard CARONE: “A Constituição de 1937 beneficia-se de muitos elementos da Constituição de 1934, alguns deles tirados da *Carta del Lavoro* e da Constituição Fascista italiana. Assim, o trabalho de Francisco

Quando se considera a relação entre o governo federal e os Estados presentes ao Estado Novo,<sup>10</sup> tornam-se bastante nítidos os contornos da centralização de poder operada em contraposição à estrutura federalista da Constituição de 1891. O próprio ditador, em sua “Proclamação ao Povo Brasileiro”,<sup>11</sup> lida no Palácio da Guanabara e irradiada para todo o país na noite de 10 de Novembro de 1937, imediatamente após o Golpe de 1937, refere-se à necessidade de um governo central forte, fundado no discurso da supremacia do “interesse público” sobre os “centros de decisão política”, desagregadores, em que se tinham transformado os chefes de governos locais, em expressa referência ao modelo oligárquico de sucessão presidencial alimentado pelo que chama de “caudilhismo provinciano”.<sup>12</sup> Este discurso esteve voltado à “eliminação do excesso de federalismo da Constituição de 1891, que conferia ampla autonomia aos Estados”.<sup>13</sup>

Em suma, “o Estado Novo nasce absolutista. Antes mesmo de regulamentar legalmente as relações entre o plano Governo-Federal-Estados, sua ação se faz sentir contra toda oposição e contra todas as formas de autonomia anteriores. A subordinação ao poder central é a norma. Desaparecem as velhas liberdades federalistas, a autonomia política dos Estados e o jogo de pressão recíproco entre oligarquias locais e o governo federal, e as novas relações que se formam se baseiam na subserviência em relação ao Chefe da Nação. Devido a isto não é preciso mais se formular planos e ideologias. O que se faz e se repete é a fórmula de obediência aos poderes constituídos, ao Chefe poderoso”.<sup>14</sup>

---

Campos é um amálgama entre fórmulas fascistas, nacionalistas e as de caráter liberal, a última como solução de camuflagem. Este conjunto de fórmulas é subordinado à uma estrutura legal totalitária, onde o executivo é o poder dominante. Seu limite é extenso e abrange não só o poder político, como também os de decisão social e econômica” (*A Terceira República (1937-1945)*). 2<sup>a</sup> ed. São Paulo: Difel, 1982, p. 142).

10 Como ensina Eli DINIZ, “A Carta Constitucional de 1937 implantaria um regime autoritário, reforçando os poderes do Presidente da República, conferindo-lhe a faculdade de governar por decretos-leis, ampliando a possibilidade de intervenção do governo federal nos Estados pela reativação das interventorias e abolindo, pelas chamadas disposições gerais e transitórias, o Poder Legislativo, aos níveis nacional, estadual e municipal. As interventorias constituiriam o elemento-chave nas relações do governo central com os Estados, representando efetivamente um meio de enfraquecer as oligarquias regionais pela perda das condições institucionais de sua autonomia” (DINIZ, Eli. *O Estado Novo: estrutura de poder. Relações de classes*. In: AA. VV. *O Brasil republicano*. t. III. Coleção História Geral da Civilização Brasileira (dir. Boris Fausto). São Paulo: Difel, 1986, p. 110).

11 Transcrita em: VARGAS, Getúlio. *A Nova Política do Brasil*. V. V. Rio de Janeiro: José Olympio, 1938.

12 “Pode ser ressaltado um aspecto explorado pela ideologia oficial, qual seja, o papel do fortalecimento do Executivo como condição para restaurar a autoridade nacional e garantir o poder de Estado contra a ação desagregadora do privatismo e do localismo, tendências típicas da política brasileira antes de 1930. (...).” (DINIZ, Eli. *O Estado Novo... Op. cit.*, p. 80).

13 *Id. Ibid.*, p. 81.

14 CARONE, E. *A Terceira República... Op. cit.*, p. 24-5.

No tocante à legislação processual, observa-se o fim dos Códigos estaduais preconizados pela primeira constituição republicana brasileira, já determinado na Constituição de 1934, mas executado apenas sob a égide da Carta de 1937. Ao Estado Novo getulista importava a unificação da legislação processual, não tanto como uma inovação cultural e política, eis que a então existente pluralidade de leis processuais não refletia um verdadeiro sentimento republicano (o Brasil nunca deixou de ser um Estado unitário, malgrado o cariz federalista da Constituição de 1891), mas como uma espécie de (re)afirmação da centralidade do exercício do poder.

Neste sentido, mencione-se a lição de Fauzi Hassan CHOUKR: “A pulverização cultural num momento de reestruturação dos valores fundantes do Estado brasileiro claramente demonstrava que os ideais republicanos apenas estiveram presentes formalmente naquela quadra de nossa História, e não foram suficientes para evitar os reflexos autoritários já existentes e os que ainda estavam por vir. Por isso, pode-se afirmar que o processo penal não foi um instrumento legal que tenha causado preocupação quanto das violências iniciais do Estado Novo (assim como não o seria ao longo do século que se seguiria) e a unificação promovida tornou apenas mais dócil a administração deste aparato legal”.<sup>15</sup>

O discurso de unificação, como sói acontecer, vem imbuído da verborragia repressiva e punitiva, tão típica de momentos totalitários como este que se analisa.<sup>16</sup> Francisco CAMPOS afirma: “De par com a necessidade de coordenação das regras do processo penal num código único para todo o Brasil, impunha-se o affejoamento ao objectivo de maior facilidade e energia da acção repressiva do Estado. As nossas leis vigentes de processo penal asseguram aos réus, ainda que colhidos em flagrante ou confundidos pela evidencia das provas, um tão extenso catalogo de ga-

15 CHOUKR, Fauzi Hassan. *Código de Processo Penal: comentários consolidados e crítica jurisprudencial*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005, p. 2.

16 A adoção do processo “misto” napoleônico, caracterizado como um processo inquisitório de aparência acusatória (quicá como o lobo em pele de cordeiro), foi precedido de inflamados discursos políticos repressivos. Por todos, Jean-Jacques-Régis de Cambacérès, depois nomeado arquichanceler do Império Napoleônico, a despeito de toda a contestação estatística, em defesa da retomada das Ordenações Criminais de 1670, inquisitorias, e da supressão do Júri, argumentava que os índices de criminalidade se multiplicavam, eis que o modelo processual não condenava o bastante (v. CORDERO, F. *Guida alla procedura penale*. Turim: UTET, 1986, p. 68-74). Ontem, como hoje, o discurso punitivo surge como a panaceia para todos os males da segurança pública e da criminalidade, solução rápida e fácil, que se pretende magicamente capaz de driblar as causas sociais do problema, sem enfrentá-las. Assim, termina por legitimar sistemas processuais violentos e contrapostos aos postulados constitucionais contemporâneos. Ressalta-se que tal ordem de ideias é inerente às estruturas processuais autoritárias e inquisitorias, mas segue presente na boca da maioria dos políticos e profissionais de imprensa nos dias atuais.

rantias e favores, que a repressão terá de ser deficiente, decorrendo daí um indireto estímulo à criminalidade. Urgia abolir semelhante critério de primado do interesse do indivíduo sobre o da tutela social". Paradoxalmente, num esforço de legitimação do sistema processual empregado, apregoa que "si, por um lado, os dispositivos do projecto tendem a fortalecer e prestigiar a actividade do Estado, na sua função repressiva, é certo, porém, que asseguram, com muito mais sinceridade do que a legislação actual, a defesa dos acusados".<sup>17-18</sup>

A comissão nomeada por Francisco Campos era constituída por importantes juristas daquele período: Nelson Hungria, Roberto Lyra, Cândido Mendes de Almeida, Viera Braga, Florêncio de Abreu e Narcélio de Queiroz. O resultado foi um código que representava os ideais políticos vigentes ao Estado Novo, declaradamente autoritário e fundado num pretenso pensamento "popular-democrático". A base foi o *Codice Rocco* de processo penal (1930), da Itália fascista de Mussolini, da qual Alfredo Rocco era Ministro da Justiça. Diante da incumbência de reformar a legislação penal e processual penal segundo os princípios autoritários, Rocco concede a Vincenzo Manzini, principalmente, a missão de redigir o *codice di procedura penale*, que só fez agravar a natureza inquisitorial dos códigos processuais anteriores, já inseridos na lógica "mista" napoleônica.<sup>19</sup>

17 CAMPOS, F. *O Estado Nacional...* *Op. cit.*, p. 128 (Redação original mantida). No tocante à reforma do Código Penal, o mesmo autor declara que "o princípio cardeal que inspira a lei projectada e que é, aliás, o princípio fundamental do moderno direito penal, é o da defesa social. É necessário defender a comunhão social contra todos aqueles que se mostram perigosos à sua segurança" (*Id. Ibid.*, p. 132-3).

18 Num paralelo possível com a literatura inglesa, note-se que é a própria estrutura do *duplipensar (doublethink)* orwelliano em ação, a justificar um ato autoritário. Em sua indefectível novela intitulada "1984", George Orwell descreve seu futurista modelo de estado autoritário, regido por diversos princípios entre os quais se encontra o *duplipensar*, como a capacidade de apreender duas ideias contraditórias e aceitá-las ambas. Nas palavras do próprio autor: "Saber e não saber, ter consciência de completa veracidade ao exprimir mentiras cuidadosamente arquitetadas, defender simultaneamente duas opiniões opostas, sabendo-as contraditórias e ainda assim acreditando em ambas; usar a lógica contra a lógica, repudiar a moralidade em nome da moralidade, crer na impossibilidade da Democracia e que o Partido era o guardião da Democracia; esquecer tudo quanto fosse necessário esquecer, trazê-lo à memória prontamente no momento preciso, e depois torná-lo a esquecer; e acima de tudo, aplicar o próprio processo ao processo. Essa era a sutilza derradeira: induzir conscientemente a inconsciência, e então, tornar-se inconsciente do ato de hipnose que se acabava de realizar. Até para compreender a palavra "duplipensar" era necessário usar o duplipensar (ORWELL, George. *Nineteen Eight-Four*. Londres: Martin Secker & Warburg, 1949, p. 32. [Tradução livre de: "To know and not to know, to be conscious of complete truthfulness while telling carefully constructed lies, to hold simultaneously two opinions which cancelled out, knowing them to be contradictory and believing in both of them, to use logic against logic, to repudiate morality while laying claim to it, to believe that democracy was impossible and that the Party was the guardian of democracy, to forget, whatever it was necessary to forget, then to draw it back into memory again at the moment when it was needed, and then promptly to forget it again, and above all, to apply the same process to the process itself -- that was the ultimate subtlety; consciously to induce unconsciousness, and then, once again, to become unconscious of the act of hypnosis you had just performed. Even to understand the word 'doublethink' involved the use of doublethink"].

19 Segundo Renzo ORLANDI, "venata di maggior autoritarismo appariva la riforma processuale. Essa confermava la scelta del modello misto di matrice napoleonica, già caratteristica delle previgenti codificazioni del 1865 e del 1913,

Sem surpresas, note-se que o argumento circunstante ao surgimento do “novo” código italiano foi, em certa medida, reproduzido por Francisco Campos ao justificar a reforma brasileira. Como se pode observar nas palavras de Floriana COLAO: “No horizonte de um inquisitório ‘eterno’ – exigência profunda da sociedade italiana durante e, talvez, depois do fascismo – Alfredo Rocco queria contudo assinalar uma ruptura com o Código de 1913, que definiu como ‘democrático-liberal’, eis que marcado por um ‘sentimentalismo aberrante e mórbido em relação aos delinquentes’; o texto foi acusado de enfraquecer a repressão e favorecer a propagação da criminalidade”.<sup>20</sup>

Estruturalmente, as reformas processuais (penal e civil) encabeçadas por Francisco Campos, trataram o processo, no melhor sentido inquisitório, como uma busca quase ilimitada da verdade, adjetivada neste momento histórico como “verdade autoritária”<sup>21</sup>: o “que se pôde considerar como corollario da função activa e *autoritaria* do juiz é, seguramente, o papel atribuído ao juiz em relação á prova”<sup>22</sup>; “A direcção do processo deve caber ao juiz; a este não compete apenas o papel de zelar pela observância formal das regras processuais por parte dos litigantes, mas o de intervir no processo de maneira que este atinja, pelos meios adequados, o objectivo de investigação dos factos e *descoberta da verdade*”.<sup>23</sup> Assim, a gestão da prova é confiada ao magistrado, que é o senhor todo-poderoso do processo, na medida em que o papel das partes é reduzido ao mínimo necessário para que se justifique sua existência.<sup>24</sup>

---

ma si caratterizzava subito per l'aperto disconoscimento della presunzione d'innocenza, bollata come 'stravaganza derivante da quei vietati concetti, germogliati dai principi della Rivoluzione francese, per cui si portano ai più esagerati e incoerenti eccessi le garanzie individuali' (così Alf. Rocco, nella Relazione min. sul prog. preliminare al c.p.p.: passo citato in V. Manzini, *Trattato di diritto processuale penale italiano*, Torino 1931, v. I, p. 181, nt. 1). Inoltre, fu varata una disciplina delle nullità processuali che, sopprimendo le nullità assolute, indebolì la posizione della difesa. Infine, fu rafforzata la posizione del pubblico ministero, all'epoca dipendente dal potere governativo, con l'attribuire al suo ufficio un potere di archiviazione delle notizie di reato insindacabile in sede giurisdizionale" ("La giustizia penale", In: *Enciclopedia giuridica Treccani*. Roma: Istituto della Enciclopedia italiana, 2012)

20 COLAO, Floriana. "Processo penale e pubblica opinião dall'età liberal al regime fascista." In: GARLATI, Loredana (coord.) *L'inconscio inquisitorio: l'eredità del Codice Rocco nella cultura processualpenalistica italiana*. Milão: Giuffrè, 2010, p. 250 [Tradução livre de: "Nell'orizzonte di un inquisitorio 'eterno' – bisogno profondo della società italiana prima durante e forse dopo il fascismo – Alfredo Rocco voleva comunque segnare una cesura col codice del 1913, che definiva 'demo-liberal', perché connotato dal 'sentimentalismo aberrante e mórbido per i delinquenti'; quel testo era accusato di aver indebolito la repressão e favorito il dilagare della criminalità".]

21 Á medida que crescem o âmbito e a densidade da justiça, a sua administração ha de ser uma administração cada vez mais rigorosa, mais eficaz, mais prompta e, portanto, requerendo cada vez mais o uso da *autoridade pública*" (CAMPOS, F. O Estado Nacional... Op. cit., p. 180-1, sem grifos no original. Redação original mantida)

22 CAMPOS, F. O Estado Nacional... Op. cit., p. 184. (Sem grifos no original. Redação original mantida)

23 Id. Ibid., p. 181. (Sem grifos no original. Redação original mantida)

24 No tocante ao papel das partes do processo penal, já sob a vigência do Código de Processo Penal de 1941,

Aliás, esta cultura inquisitória, que sobrevaloriza o papel do juiz durante a instrução, cujas raízes estão na Idade Média, produz evidentes efeitos até os dias de hoje, apesar de toda a moderação no modelo (inquisitório) operada em sucessivas reformas e, principalmente, após a Constituição de 1988. Basta observar como são conduzidas as audiências de instrução e comparar o papel desempenhado pelo juiz e pelo membro do Ministério Público. Em geral, o primeiro é o mais ativo, fala o tempo todo, pergunta, questiona, dirige os interrogatórios para o caminho que quiser, guiado por sua impressão do fato (e, assim, se afasta do ideal de imparcialidade); já, agora, o segundo, a quem deveria caber o papel principal na formação dos elementos de prova, é normalmente o mais silencioso, não raro deixando de formular perguntas e, verdadeiramente, “deixando” o trabalho instrutório para o juiz. A lógica que orienta esta configuração processual tem natureza autoritária e representa a fé na capacidade do juiz de descobrir a “verdade”, independentemente da contribuição das partes. Segundo CAMPOS: “Á concepção duellística do processo haveria de substituir-se a concepção *autoritaria* do processo. Á concepção do processo como instrumento de lucta entre particulares, haveria de substituir-se a concepção do processo como *instrumento de investigação da verdade e de distribuição de justiça*”.<sup>25-26</sup>

---

Joaquim Canuto Mendes de ALMEIDA escreve: “A disponibilidade penal negada às partes pelo sistema jurídico, na medida legal, poupa, na mesma medida, o poder-dever de espontaneidade do juiz penal, chamado ‘poder-dever inquisitivo’. E a disponibilidade civil, atribuída às partes, autor e réu, pelo sistema jurídico, na medida legal, tolhe, na mesma medida, a espontaneidade do juiz cível. (...). A não ser que se exclua o processo penal do âmbito da ciência processual judiciária, é preciso reconhecer que, secularmente, o juiz penal, de regra, foi e é *automático* (e não *alomático*, como foi e é, de regra, o juiz cível), liberto de travas estabelecíveis por obra das partes. (...). Aliás, no processo penal, é preferível, por isso, falar de *partícipes*, a falar de *partes* (**Processo penal, ação e jurisdição**). São Paulo: Revista dos Tribunais, 1975, p. 10, com grifos no original).

25 CAMPOS, F. *O Estado Nacional... Op. cit.*, p. 177 (Sem grifos no original. Redação original mantida)

26 Independentemente da ideologia que lhe sirva como pano de fundo, esta racionalidade processual orientada por um discurso absoluto da verdade é comum a todos os tipos de Estado totalitário, e sempre é justificada com artifícios retóricos que associam os conceitos de verdade e justiça social. Note-se, pois, como o modelo inquisitório é inerente a tais sistemas políticos, na medida da ampla centralização de poder que encerram. Neste sentido, o direito processual soviético, penal e civil, não era exceção. Segundo Andrei VISHINSKI, jurista soviético do período stalinista: “O direito processual soviético repele as provas formais. As leis adjetivas soviéticas conferem a competência para a admissão das provas, tanto no crime quanto no cível, exclusivamente ao tribunal, e estabelecem, como base única para tanto, a convicção íntima do juiz que se apoia no exame de todas as circunstâncias da causa, em seu conjunto. (...). O estabelecimento da verdade material, uma das missões básicas do processo soviético, resume uma complexa atividade psicológica e mental, que culmina no convencimento do juiz de que a decisão por ele adotada, especificamente, é justa, isto é, na formação da convicção íntima do juiz. (...). A convicção íntima que constitui o resultado, o resumo da atividade dos juízes ao investigar o caso, a culminação de sua obra, determina o conteúdo da sentença. (...). O método do materialismo filosófico marxista abre o caminho até para o conhecimento das causas, dos fenômenos e das relações, tal como são na realidade. Ainda: ensina a compreender e a resolver as contradições, em consequência das quais os acontecimentos investigados pelo tribunal são, com grande frequência, extraordinariamente complicados. Por outro lado, garante, em grau máximo, a infalibilidade das sentenças, isto é, assegura o estabelecimento da verdade material. (...) O Direito probatório soviético, ao contrário do Direito probatório dos

Ainda, quando trata do papel do juiz e das partes no processo, Francisco CAMPOS classifica como antipopular o “princípio dispositivo” e a noção de contraditório,<sup>27</sup> sobrevalorizando a contribuição do juiz com um pretenso discurso democrático (que é, de fato, populista), sugerindo que os poderes instrutórios do juiz permitiram diminuir as desigualdades sociais.<sup>28</sup>

Em suma, o Código de Processo Penal brasileiro vigente nasce autoritário e sobrevive inquisitório até os dias atuais, na medida em que segue orientado pela lógica da descoberta da verdade real como um dever de ofício do magistrado. Como já se mencionou, este modelo processual (re) produz uma práxis judiciária deletéria, fundada naquele argumento totalitário e plenamente adequada a ele.

Todavia, no confronto com as garantias constitucionais hodiernamente vigentes, exigiria juízes extra-humanos, capazes de, simultaneamente, investigar (o que sempre se faz a partir de uma hipótese pré-determinada, não raro construída desde o primeiro contato com o inquérito policial) e manter a imparcialidade; instruir (em geral produzindo provas contra o réu) e, ao mesmo tempo, observar os postulados da presunção de inocência. É evidente que tal juiz não existe, razão pela qual o modelo inquisitório (aqui sempre entendido como *gestão da prova confiada ao magistrado*)<sup>29</sup> é de todo incompatível com a ordem constitucional vigente.

---

Estados baseados na exploração, não trata somente de categorias jurídicas e da metodologia determinada por estas, mas de todo o sistema de idéias, concepções e convicções ou, noutros termos, de toda a concepção filosófica dominante na sociedade socialista. (...) Estes elevados princípios da justiça socialista são os que garantem ao tribunal soviético sua autêntica independência, sua verdadeira existência autônoma, subordinando a vontade e a razão do tribunal à lei soviética, que exprime a vontade e a razão do povo soviético” (*A prova judicial no direito soviético*. Trad. Roberto Pereira de Vasconcelos. Rio de Janeiro: Editora Nacional de Direito, 1957, p. 5-34, *passim*). E, ainda, ao tratar do ônus de prova, o mesmo autor conclui que a lei soviética impõe “aos tribunais o dever de tratar, por todos os meios, de esclarecer os direitos efetivos e as relações mútuas dos litigantes, sem limitar-se às declarações e aos dados apresentados pelas partes. (...) Este papel ativo do tribunal é o que lhe garante a possibilidade de sair dos limites de uma atitude estritamente jurídica, dogmático-formal, frente aos interesses das partes, como sucede no tribunal burguês. (...) Tudo isto permite estabelecer, como resultado do exame judicial, a verdade material e não a jurídica. Este dever transforma o tribunal e, em particular, seu presidente, em uma força ativa e fecunda, que procura uma decisão acertada e atua no processo com iniciativa, com capacidade criadora” (*Id. Ibid.*, p. 133-134).

27 CAMPOS, F. *O Estado Nacional...* Op. cit., p. 177-8. Em suas palavras: “Nesse sentido, o novo processo é eminentemente popular. Pondo a verdade processual não mais apenas a cargo das partes, mas confiando, numa certa medida, ao juiz a liberdade de indagar della, rompendo com o formalismo, as ficções e presunções que o chamado ‘princípio dispositivo’, de ‘controversia’ ou ‘contradicção’, introduzira no processo, o novo Código procura restituir ao público a confiança na Justiça e restaurar um dos valores primordiais da ordem jurídica, que é a segurança nas relações sociais reguladas pela lei” (Redação original mantida).

28 *Id. Ibid.*, p. 177-9

29 Segundo Jacinto Nelson de Miranda COUTINHO, “se o processo tem por finalidade, entre outras, a reconstrução de um fato pretérito crime, através da instrução probatória, a forma pela qual se realiza a instrução identifica o princípio unificador” (“Introdução aos princípios gerais do processo penal brasileiro”. *Revista da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Paraná*, Curitiba, a. 30, n. 30, 1998, p. 165). Ainda, durante um congresso cuja temática era a reforma do processo penal italiano, o IV Convegno di studio “Enrico de Nicola” su “Criteri direttivi per una riforma del processo penale”, organizado em Lecce, no ano de 1964, a propósito da distinção entre os sistemas processuais, Franco CORDERO discorre:

Giuseppe BETTIOL ensina que há uma estrita relação genética entre a forma de Estado e a forma do processo, que está além do texto legal, pois inserida nas práticas concretas, no âmbito da cultura. A lição, proferida nos anos 60, é importante e merece transcrição:

Existe, portanto, um nexo entre forma de Estado e forma do processo. Onde prevaleça a ideia do Estado de Direito, onde o cidadão é justamente tal, munido de direitos subjetivos invioláveis, o processo tende à ampliação das garantias defensivas e, assim, ao rito acusatório. Aonde a relação Estado-cidadão é desequilibrada exclusivamente em favor do primeiro, as garantias defensivas são enfraquecidas ou eliminadas e o processo tende, assim, a ser inquisitório. No entanto, uma advertência se faz necessária. Se existe uma estrita relação genética entre forma de Estado e forma do processo, tal relação não deve ser entendida em sentido mecanicista. A forma de Estado pode mudar e o processo anteriormente vigente ser mantido em vigor. É o caso da República Italiana. O código do regime fascista, embora com muitas modificações, permaneceu em vigor por mais de 50 anos. Há um peso da tradição, pelo qual não há uma adequação automática entre a forma do Estado e a forma do processo. *Ainda, lembre-se que o processo é feito não apenas de normas abstratas, mas de práticas concretas.* Um código iliberal pode ser interpretado liberalmente e, por outro lado, o código mais garantista aplicado com ótica

---

"Para começar, reflitamos sobre a nomenclatura. Os adjetivos 'inquisitório' e 'acusatório' são usados em, pelo menos, dois sentidos: no primeiro, sublinham a diferença entre os procedimentos instaurados *ex officio* e aqueles nos quais a decisão pressupõe uma demanda (de onde o binomio 'poder de agir e poder de decidir'). *No segundo, configuram dois modos, diametralmente opostos, de compreender o que acontece no processo: o inquisitor é um juiz ao qual a lei confere um crédito ilimitado, e isso explica porque ao inquirido não é permitida a interlocução.* Nos sistemas acusatórios, ao contrário, vale a regra do diálogo: o que se faz em juízo, se faz publicamente; as iniciativas dirigidas à formação das provas, em particular, são rituais e eficazes na medida em que são conduzidas na presença e com a participação das partes. Poderia-se enumerar outros pontos de diferença, mas esses são os mais importantes. Deixamos de lado o primeiro: o monopólio da ação penal, com poucas exceções, pertence ao Ministério Público, de modo que, às custas de uma pequena excentricidade linguística (da qual se aconselha a abstenção), se poderia mesmo dizer que o nosso é um processo acusatório. O segundo perfil é o mais importante. *A este respeito não há qualquer dúvida de que o nosso ordenamento contenga institutos de feição inquisitorial; mas a ligação com o passado não se limita às normas e ao que prescrevem: inquisitorio è o spirito em que as normas sono frequentemente concebidas*" (Linee di un processo acusatorio. In: AA. VV. Convegni di Studio 'Enrico de Nicola': criteri direttivi per una riforma del processo penale, v. IV. Milão: Giuffrè, 1965, p. 61-2. Sem grifos no original). [Tradução livre de: "Per cominciare, riflettiamo sulla nomenclatura. Gli aggettivi 'inquisitorio' e 'acusatorio' sono usati in almeno due significati: nel primo, sottolineano la differenza tra i procedimenti instaurati *ex officio* e quelli, nei quali la decisione presuppone una domanda (dove il binomio 'potere d'agire e potere di decidere'). Nel secondo, configurano due modi, che stanno agli antipodi, d'intendere ciò che avviene nel processo: l'inquisitore è un giudice al quale la legge accorda un credito illimitato, e ciò spiega perché all'inquisito non sia permesso d'interloquire. Nei sistemi accusatori, al contrario, vale la regola del dialogo: ciò che si fa in judicio, si fa pubblicamente; le iniziative volte alla formazione delle prove, in particolare, sono rituali e quindi efficaci nella misura in cui siano state compiute in cospetto e con la partecipazione dei contraddittori. Si potrebbero enumerare altri caratteri differenziali ma questi sono i più interessanti. Lasciamo da parte il primo: il monopolio dell'azione penale, eccettuati pochi casi, spetta al pubblico ministero, sicché, a prezzo di una piccola bizzarria d'espressione (da cui è consigliabile astenersi), si potrebbe persino dire che il nostro è un processo accusatorio. Il profilo più importante è il secondo. A questo riguardo non v'è alcun dubbio che il nostro ordinamento contenga istituti d'impronta inquisitoria; ma il legame con il passato non si limita alle norme e a ciò che esse prescrivono: inquisitorio è lo spirito con cui le norme spesso sono intese."]

*iliberale pode efetivamente anular as garantias estabelecidas em favor do acusado, em nome da defesa social a todo custo.* Como já mencionado por Voltaire, a propósito do princípio do livre convencimento do juiz, sua virtude estava vinculada aos juízes, a quem competiria aplicá-lo. Este aviso demonstra uma outra circunstância, *o processo é ligado à cultura do tempo e à cultura são inerentes os princípios da lógica que conduzem às decisões jurisdicionais.*<sup>30</sup>

A legislação processual penal brasileira autoritária, por sua vez, sobrevive há mais de 70 anos. Apesar de toda a modulação operada por reformas pontuais e pela emergência de uma constituição democrática e “garantista”, a estrutura segue regida pelos mesmos elementos culturais inerentes à práxis inquisitória, em especial a lógica da verdade real e o papel que o magistrado, desde aí, assume na condução da instrução. Poder-se-ia, ainda, mencionar a forma escrita que ainda prevalece, malgrado a opção legal pelo processo oral (após a Lei 11.719/2008).

De tudo o que se expôs, é possível concluir que os ranços autoritário-inquisitórios são ainda vigentes, não apenas no âmbito legal, mas, principalmente, através da cultura inquisitória que está impressa no DNA das práticas judiciárias brasileiras. Nada obstante, ressalte-se que tal cultura não pertence exclusivamente aos magistrados, mas é compartilhada por membros do Ministério Público, advogados, professores, estudantes, delegados de polícia, etc.

Neste panorama, considerando que a lei e/ou a Constituição não são capazes de, isoladamente e em curto prazo, modificar a cultura forense (esta vigente há séculos), impõe-se um grande desafio à interpretação constitucional do direito processual penal, que possivelmente só encontrará êxito num horizonte longínquo que, quiçá, depende da formação político-jurídica que será recebida pelas novas gerações de juristas. ♦♦

30 BETTIOL, Giuseppe; BETTIOL, Rodolfo. *Istituzioni di diritto e procedura penale.* 7<sup>a</sup> ed. Pádua: CEDAM, 2000, p. 128-9. [Tradução livre de: “Esiste dunque un nesso tra forma di Stato e forma del processo. Laddove prevalga l’idea dello Stato di Diritto, ove il cittadino è appunto tale, munito di diritti soggettivi inviolabili, il processo tende all’ampiamento delle garanzie difensive e quindi al rito accusatorio. Laddove il rapporto Stato-cittadino è squilibrato a favore esclusivo del primo le garanzie difensive vengono indebolite o eliminate ed il processo tende quindi ad essere inquisitorio. Un’avvertenza si rende peraltro necessaria. Se esiste uno stretto rapporto genetico tra forma di Stato e forma del processo, il rapporto peraltro non va inteso in senso meccanicistico. La forma di Stato può mutare ed il processo vigente in precedenza essere mantenuto in vigore. È il caso tipico della Repubblica Italiana. Il codice del regime fascista, pur con molte modifiche è rimasto in vigore per oltre cinquant’anni. Esiste un peso della tradizione, per il quale non vi è un automatico adeguamento tra la forma dello Stato e la forma del processo. Ancora, va ricordato come il processo sia fatto non solo di norme astratte, ma di prassi concrete. Un codice illiberale può essere interpretato liberamente, e viceversa il codice più garantista applicato con ottica illiberale può vanificare di fatto le garanzie dettate a favore dell’imputato, in nome delle difesa sociale a tutti costi. Come già faceva notare Voltaire a proposito del principio del libero convincimento del giudice, la bontà dello stesso era legata ai giudici che lo dovevano applicare. Questo richiama dimostra un’ulteriore circostanza, il processo è legato alla cultura del tempo e nella cultura sono insiti i principi della logica che portano alla decisione giurisdizionale.”]

# Defesa Criminal e Direitos Humanos: Uma Necessária Releitura do Direito ao Duplo Grau de Jurisdição

Rafael Folador Strano

*Defensor Público do Estado de São Paulo. Mestrando em Direito Penal e Criminologia pela USP.*

*São José da Costa Rica, coração civil  
Me inspire no meu sonho de amor Brasil  
Se o poeta é o que sonha o que vai ser real  
Bom sonhar coisas boas que o homem faz  
E esperar pelos frutos no quintal*  
(Milton Nascimento - **Coração Civil**)

## 1. INTRODUÇÃO: DIREITOS HUMANOS E MAXIMIZAÇÃO DE GARANTIAS PENALIS

Modificar paradigmas enraizados na seara penal é tarefa árdua, especialmente no Brasil, país no qual tradição e conservadorismo se confundem com Justiça. A vereda torna-se ainda mais espinhosa quando a alteração de postulados consolidados volta-se à ampliação e efetivação dos direitos e garantias daqueles que servem de alvo para o sistema punitivo, encontrando resistência não apenas dos *experts jurídicos*, mas também da sociedade civil, de um modo geral. Nesse sentido, a maximização de um processo penal garantista liga-se umbilicalmente à tutela dos Direitos Humanos<sup>1</sup>.

1 Não se olvidando, logicamente, que as garantias penais também são consideradas Direitos Humanos, sendo classicamente enquadradas nos chamados «Direitos Humanos de primeira geração», pesem embora as críticas a tal classificação. Acerca do tema, v. CARVALHO RAMOS, André de. *Teoria Geral dos Direitos Humanos na Ordem Internacional*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 87.

De início, é necessário ressalvar que os termos defesa criminal, processo penal e maximização de garantias são nesta oportunidade invocados no sentido de defesa da maior parte da população processada criminalmente, qual seja, aquela composta por segmentos sociais marginalizados e mais carentes de tutela estatal. Afinal, a seletividade, a reprodução de violência, a criação de condições para maiores condutas lesivas, a corrupção institucionalizada, a concentração de poder e a destruição das relações horizontais ou comunitárias são características estruturais de todos os sistemas penais<sup>2</sup>.

A parcela populacional majoritariamente atingida pelo controle social formal é justamente a que menos possui influência ou visibilidade política e, por tal motivo, a mais suscetível de ter os direitos violados<sup>3</sup>, daí porque a luta pela efetivação de direitos nessa seara implica no enfrentamento ao que há de mais reacionário e socialmente excludente em termos acadêmicos, jurídicos, políticos e sociais.

Por sua vez, “*o Direito dos Direitos Humanos não rege as relações entre iguais; opera precisamente em defesa dos ostensivamente mais fracos. Nas relações entre desiguais, posiciona-se em favor dos mais necessitados de proteção*”<sup>4</sup>. Isso ocorre, conforme assevera André de Carvalho Ramos, pois as maiorias são bem-sucedidas no processo político, enquanto as minorias têm dificuldade de fazer valer a sua perspectiva nas esferas política e judicial internas, razão pela qual a tutela dos Direitos Humanos geralmente (quase sempre) encontra o seu estado da arte apenas por meio da proteção internacional, última esperança aos que foram ignorados no plano interno<sup>5</sup>.

Sob essa perspectiva, é possível afirmar que a defesa de indivíduos na esfera criminal e o consequente pleito por garantias judiciais possuem a mesma pedra de toque da tutela dos Direitos Humanos, na medida em que tendem a rechaçar concepções jurídicas autoritárias e que, como regra, atingem violentamente segmentos populacionais minoritários e marginalizados.

A tutela dos Direitos Humanos, portanto, comunga da essência contramajoritária inerente à defesa criminal (da população desprovida de re-

2 ZAFFARONI, Eugenio Raul. *Em busca das penas perdidas*. Trad. Vania Romano Pedrosa, Amir Lopez da Conceição, 5 ed. Rio de Janeiro: Revan, 2001, p. 15.

3 v. CARVALHO RAMOS, André de. *Op. cit.*, p. 130.

4 CANÇADO TRINDADE, Antônio Augusto. “Apresentação”. In. PIOVESAN, Flávia. *Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional*, 13 ed. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 51.

5 CARVALHO RAMOS, André de. *Op. cit.*, p. 130.

cursos sociais, financeiros e políticos). Aliás, se considerarmos que as minorias devem ser entendidas como grupos não hegemônicos, ainda que numericamente superiores<sup>6</sup>, bem como que a maior parcela da população encarcerada é composta por indivíduos socialmente excluídos, constata-se a existência de uma “minoria” de ao menos quinhentos e cinquenta mil brasileiros, contabilizando apenas as pessoas que se encontram presas até dezembro de 2012<sup>7-8</sup>.

A revisão de estatutos repressores sob o prisma dos Direitos Humanos sintetiza, nesse sentido, o encontro entre um ramo jurídico contramínoritário<sup>9</sup> por excelência e uma concepção de ordem jurídica fundada na proteção das minorias. A pretensão de fundi-los não tem outro escopo senão a construção de um ordenamento penal que respeite o exercício de garantias individuais e consagre a dignidade humana, legitimando-se na medida em que admite a sua ilegitimidade. É o que ilustra Zaffaroni ao equiparar um Direito Penal essencialmente garantista (e redutor) ao Direito Humanitário e à Cruz Vermelha: *“en la medida en que ejerza su poder para reducir el poder punitivo, estará incuestionablemente legitimado, y que para ello en modo alguno necesita legitimar lo que se reduce”*<sup>10</sup>.

No Brasil, por influência da teoria geral do processo, a relação entre desiguais que funda o processo penal é praticamente ignorada, razão pela qual os institutos processuais civis são vulgarmente incorporados à persecução punitiva<sup>11</sup>. Essa conjuntura, por óbvio, impacta no direito ao duplo grau de jurisdição, que, sob o (falso) prisma da neutralidade processual, caracterizar-se-ia como um imperativo quantitativo, isto é, restaria satisfeito com o exame jurisdicional, por duas vezes, de determinada imputação, ainda que a solução final seja condenatória e inverta a interpretação absolutória de primeiro grau.

---

6 CARVALHO RAMOS, André de. *Op. cit.*, p. 130.

7 Cumpre, porém, ressaltar que além das pessoas encarceradas, há outras milhares também submetidas ao controle formal, mas que não são contabilizadas em tais estatísticas, e.g., indivíduos submetidos ao livramento condicional.

8 O quantitativo mencionado corresponde aos dados publicados pelo Ministério da Justiça no sítio eletrônico do Sistema Integrado de Informações Penitenciárias - INFOPEL: <[9 Tratamos como “contramínoritário” o Direito Penal na forma em que é aplicado rotineiramente, isto é, voltado ao encarceramento e estigmatização da população pobre, aqui considerada uma “minoria”. Já o Direito Penal permeado por efetivas garantias e que respeite os Direitos Humanos, por sua vez, deve ser considerado contramajoritário.](http://portal.mj.gov.br/main.asp?View={D574E9CE3C7D437AA5B622166AD2E896}&Team=&params=ItemID={C37B2AE94C6840068B1624D28407509C};&UIPartUID={2868BA3C-1C72-4347-BE11-A26F70F4CB26}></a></p></div><div data-bbox=)

10 ZAFFARONI, Eugenio Raul. *“Abolicionismo y Garantías”*. In. *Derecho Procesal Penal*. t. 1. 2 ed. Buenos Aires: Del Puerto, 1995, p. 23.

11 LOPES JR, Aury. *Direito Processual Penal e sua Conformidade Constitucional*. V. I. 5 ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p. 36.

Verifica-se, então, a situação em que o imputado é absolvido em primeira instância e, posteriormente, condenado pelo órgão recursal, sem haver previsão normativa para um reexame efetivo dessa condenação “originária em segundo grau”. Desse modo, ainda que o acórdão condenatório inove na interpretação dos fatos, não há possibilidade de revisá-la, já que o ordenamento pátrio restringe o grau recursal à análise estritamente jurídica (Recurso Extraordinário e Recurso Especial).

Em suma, conquanto se argumente haver no Brasil a possibilidade de dupla análise jurisdicional sobre os fatos, não há que se olvidar da inexistência de um duplo grau de exame sobre a condenação levada a cabo somente em segundo grau.

O presente artigo singra esse turbulento estuário para propor uma releitura da concepção do direito ao duplo grau de jurisdição, à luz da jurisprudência da Corte Interamericana de Direitos Humanos (CIDH), tendo por escopo viabilizar o efetivo direito (Humano) ao devido processo legal àqueles que se sujeitam à persecução penal.

Registre-se que a constatação dessa mazela processual-penal não é inédita. Conforme doravante retomado, Prado<sup>12</sup> e Casara<sup>13</sup> já alertaram a necessidade de uma releitura do direito ao duplo grau de jurisdição, embora tenham oferecido soluções com matizes diversas à que ora se propõe.

## 2. DA NECESSIDADE DE TUTELA INTERNACIONAL DOS DIREITOS HUMANOS

A solidificação de garantias penais em um país como o Brasil, que ainda se acostuma aos valores democráticos, relaciona-se intimamente com o papel desempenhado pelo Poder Judiciário. De fato, ainda que determinado Estado ratifique e incorpore sofisticados tratados internacionais voltados às garantias judiciais, é certo que a eficácia de tais normas dependerá, em um primeiro momento, da interpretação que lhes será dada pela Jurisdição local.

Nesse aspecto, a identidade comum entre a defesa criminal (leia-se, a postulação em juízo de garantias processuais penais) e a tutela dos Direitos

12 V. PRADO, Geraldo. “Duplo grau de jurisdição no processo brasileiro: homenagem às ideias de Julio B. J. Maier”. In. *Cidadania e Justiça*. Rio de Janeiro, v. 5, n. 10, 2001.

13 V. CASARA, Rubens R. R. “O direito ao duplo grau de jurisdição e a Constituição: em busca de uma compreensão adequada”. In. PRADO, Geraldo e MALAN, Diogo (Coords). *Processo Penal e democracia; estudos em homenagem aos 20 anos da Constituição da República de 1988*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

Humanos evidencia-se no que tange à postura refratária com a qual ambas se deparam no âmbito interno, sobretudo por parte do Poder Judiciário local.

Consoante mencionado no tópico anterior, a defesa<sup>14</sup> de indivíduos na esfera penal se depara com obstáculos essencialmente ideológicos, carregados de preconceitos, estereótipos e tendentes à redução de garantias e à punição<sup>15</sup>. No Brasil, a cultura punitiva possui contornos ainda mais pungentes, encontrando raízes na desigualdade social, nas décadas de escravidão e nos anos de chumbo militar, além de, evidentemente, na própria essência expiatória do direito repressor<sup>16</sup>.

Em regra, portanto, as Cortes locais (e não apenas as brasileiras, já que se trata de um problema estrutural do ordenamento penal) tendem a rechaçar concepções garantistas, especialmente quando estão em jogo direitos e garantias de indivíduos provenientes das camadas menos favorecidas da população. A situação é agravada na hipótese de a postura progressista ser oriunda do direito internacional, chocando-se com séculos de contaminação de autoritarismo penal na normativa interna.

Em verdade, a tendência jurisprudencial de consolidar (e manter) a ideologia das classes dominantes é verificada em relação a todos os ramos englobados pelo Direito Internacional dos Direitos Humanos. É possível, de plano, citar dois escapes retóricos comumente utilizados por tais tribunais: a violação à soberania nacional, bem como uma suposta quebra da rigidez normativa, paradigmas com os quais os julgadores são acostumados desde que ingressam nas academias jurídicas.

Desse contexto derivam interpretações nacionais deturpadas e em completa falta de sintonia com o conjunto axiológico que permeou a elaboração de determinado diploma internacional. É o que Carvalho Ramos denomina de “*truque de ilusionista*” dos Estados no plano internacional, os quais, embora assumam obrigações relacionadas à tutela dos Direitos Humanos, deixam de cumpri-las sob o argumento de que, em verdade, as cumprem, mas de acordo com uma interpretação própria<sup>17</sup>.

14 Neste ponto, reiteramos que o artigo considera “defesa criminal” aquela relacionada à maior parte da população processada criminalmente, qual seja, a composta por segmentos sociais marginalizados.

15 V. BARATTA, Alessandro. *Criminologia e Crítica do Direito Penal: introdução à sociologia do direito penal*. Trad. Juarez Cirino dos Santos. 6 ed. Rio de Janeiro: Revan, 2011, p. 177.

16 Apenas para ilustrar a situação, vale mencionar o protesto constante do Editorial do *Boletim do Instituto Brasileiro de Ciências Criminais - IBCCRIM* de novembro de 2013: “veja-se o caso do *Habeas Corpus*. Agora que a parte mais pobre da população consegue finalmente bater às portas das Cortes Superiores, alguém aparece para dizer que o rei não poderá recebê-la”. IBCCRIM. “Editorial: O esforço de Sísifo e a audiência de custódia”. In. *Boletim*: São Paulo, ano 21, n. 252, Nov. 2013, p. 1)

17 CARVALHO RAMOS, André de. “Crimes da Ditadura Militar: A ADPF n. 153 e a Corte Interamericana de Direitos Humanos”, in GOMES, Luiz Flávio e MAZZUOLI, Valério de Oliveira (orgs). *Crimes da Ditadura Militar: sua análise à luz da jurisprudência interamericana*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 175.

Decorre, então, que aqueles segmentos sedentos por uma mínima tutela de Direitos Humanos não encontram alternativa senão clamar por socorro junto às instâncias internacionais. A propósito, vale lembrar que a vulnerabilidade dos indivíduos diante do respectivo Estado foi o próprio vetor do movimento de internacionalização dos direitos humanos<sup>18</sup>.

Conquanto a responsabilidade pela implementação dos direitos humanos seja sempre do Estado<sup>19</sup>, é certo que a interpretação internacional dos Direitos Humanos mostra-se como meio legítimo – e subsidiário – para o reconhecimento de garantias ignoradas ou “mal interpretadas” pelos tribunais locais, os quais interpretam os direitos previstos na Convenção ao seu bel-prazer, criando uma *“convenção americana de direitos humanos paralela”*<sup>20</sup>.

No caso do sistema interamericano, nos termos do art. 33, do Pacto de São José da Costa Rica, incumbe à Corte Interamericana de Direitos Humanos (CIDH) conhecer de assuntos relacionados ao cumprimento dos compromissos assumidos pelos Estados-partes na Convenção. Desse modo, a despeito do esforço hermenêutico interno, é a CIDH que, no exercício do *“controle de convencionalidade”*<sup>21</sup>, define a interpretação autorizada sobre os direitos constantes da Convenção. Contudo, antes de expor mencionada interpretação, cumpre tecer uma sintética recapitulação sobre o duplo grau de jurisdição “à brasileira”.

### 3. DO DUPLO GRAU DE JURISDIÇÃO NO BRASIL

Conforme ensina Aury Lopes Jr., o princípio do duplo grau consiste, essencialmente, no direito fundamental de o prejudicado por determinada decisão poder submetê-la a outro órgão jurisdicional hierarquicamente superior na estrutura da administração da justiça<sup>22</sup>. No mesmo sentido,

18 V. PIOVESAN, Flávia. “Introdução ao Sistema Interamericano de Proteção dos Direitos Humanos: a Convenção Americana de Direitos Humanos”. In. GOMES, Luís Flávio e PIOVESAN, Flávia (orgs). *O Sistema Interamericano de Proteção dos Direitos Humanos e o Direito Brasileiro*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000, p. 18-19.

19 CARVALHO RAMOS, André de. “O Brasil no banco dos réus: dez anos do reconhecimento da jurisdição obrigatória da Corte Interamericana de Direitos Humanos”. In. *Boletim IBCCRIM*, São Paulo, v. 16, n. 190, set. 2008, p. 11.

20 CARVALHO RAMOS, André de. “Crimes...”, p. 176.

21 O controle de convencionalidade existe justamente para que se evite interpretações equivocadas e tendentes à violação dos direitos protegidos (CARVALHO RAMOS, André de. “Crimes...”, p. 179).

22 LOPES JR, Aury. *Direito Processual Penal e sua Conformidade Constitucional*. V. II. 3 ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2012, p. 457.

Rubens Casara afirma ser um direito típico da cidadania, enunciando a possibilidade de o inconformado com uma decisão judicial submeter a questão à cognição de dois órgãos julgadores sucessivamente, sendo o segundo apto a reformar ou anular a decisão do primeiro<sup>23</sup>.

Juridicamente, a súplica pelo reexame de determinada decisão funda-se em dois argumentos: inconformidade do prejudicado<sup>24</sup> e possibilidade de erro judicial. Pressupõe-se que, quanto mais uma determinada decisão for reexaminada, maior a sua tendência de distribuir justiça<sup>25</sup>. Em termos políticos, o duplo grau de jurisdição encontra razão de ser na inafastabilidade do controle dos atos estatais, perfazendo verdadeiro postulado do Estado de Direito<sup>26</sup>. Por essa razão, Luigi Ferrajoli salienta ser o duplo grau uma garantia de legalidade e de responsabilidade contra arbitrariedades<sup>27</sup>.

Tal como ocorre na Argentina, França e Portugal, a Constituição Brasileira de 1988 deixou de prever expressamente o direito ao duplo grau de jurisdição<sup>28</sup>. A omissão constituinte deu azo a diversas interpretações sobre a existência da mencionada garantia em nosso ordenamento. Lopes Jr., por exemplo, defende que não há de fato previsão constitucional, não obstante as mais diversas teorias que tentam extraí-lo de outros princípios constitucionais, tais como o direito de defesa e o devido processo legal<sup>29</sup>. Por outro lado, Grinover, Gomes Filho e Scarance entendem que *apesar da inexistência de regra constitucional expressa que garanta o duplo grau de jurisdição, trata-se, segundo a melhor doutrina, de regra imanente na Lei Maior*<sup>30</sup>.

A questão parecia ter sido superada pelo entendimento de que o direito ao duplo grau de jurisdição encontra previsão expressa nos textos internacionais dos quais o Brasil é signatário e que foram incorporados ao bloco de constitucionalidade brasileiro por meio do art. 5º, § 2º, da Cons-

23 CASARA, Rubens R. R. *Op. cit.*, p. 497.

24 LOPES JR, Aury. *Op. cit.*, p. 453.

25 GRINOVER, Ada Pellegrini; GOMES FILHO, Antônio Magalhães; FERNANDES, Antônio Scarance. **Recursos no Processo Penal**. 6 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009, p. 19.

26 GRINOVER, Ada Pellegrini; GOMES FILHO, Antônio Magalhães; FERNANDES, Antônio Scarance, *op. cit.*, p. 20.

27 FERRAJOLI, Luigi. “Los valores de la doble instancia y de la nomofilaquia”. In. **Crimen y Castigo: cuaderno del departamento de derecho penal y criminología de la Facultad de Derecho**. V. 1. Buenos Aires: Ediciones Depalme, 2001, p. 38.

28 CASARA, Rubens R.R. *Op. cit.*, p. 499.

29 LOPES JR, Aury. *Op. cit.*, p. 457.

30 GRINOVER, Ada Pellegrini; GOMES FILHO, Antônio Magalhães; FERNANDES, Antônio Scarance, *op. cit.*, p. 20-21.

tituição Federal<sup>31</sup>. Há, pois, previsão expressa tanto no Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos (art. 14, n. 5) como no Pacto de San José da Costa Rica (art. 8º, h)<sup>32</sup>.

O tema foi levado ao Supremo Tribunal Federal, o qual cristalizou a interpretação “à brasileira” do duplo grau de jurisdição por ocasião do julgamento do Habeas Corpus nº 79.785-7. Neste, foi reforçada a preponderância da Constituição frente à Convenção Americana<sup>33</sup>, tendo o STF “acentuado a não-configuração de um direito ao duplo grau de jurisdição, a não ser naqueles casos em que a Constituição expressamente assegura ou garante esse direito [...]”<sup>34</sup>. Como consequência, o “modelo jurisdicional positivado na Constituição afasta a possibilidade de aplicação geral do princípio do duplo grau de jurisdição”<sup>35</sup>, não havendo que se falar em ampliação do mesmo para além dos casos recursais expressamente previstos.

A interpretação nacional engessa, por exemplo, qualquer possibilidade de reinterpretação do recurso de apelação (art. 593, do Código de Processo Penal) sob a óptica de um direito exclusivamente de defesa ao reexame da matéria, tampouco dá margem à criação de um recurso pleno em caso de condenações exclusivamente em segunda instância.

Ocorre que, na linha do acima exposto, uma vez adotada a teoria do duplo controle<sup>36</sup>, o Supremo Tribunal Federal deve estar limitado à realização do controle de constitucionalidade, enquanto a Corte Interamericana de Direitos Humanos é responsável pelo controle de convencionalidade. Desse modo, sendo o duplo grau de jurisdição um direito de previsão expressamente convencional, incumbe à CIDH ditar a sua exegese.

Consignadas tais premissas, urge analisar o duplo grau de jurisdição à luz da interpretação preconizada pela CIDH.

---

31 Acerca do tema, v. PIOVESAN, Flávia. *Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional*. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 128.

32 CASARA, Rubens R.R. *Op. cit.*, p. 499.

33 V. CASARA, Rubens R.R. *Op. cit.*, p. 500.

34 MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Martires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. 4 ed. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 540.

35 MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Martires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet., *op. cit.*, p. 542.

36 CARVALHO RAMOS, André de. “Crimes...”, p. 224.

## **4. A INTERPRETAÇÃO DA CIDH: O CASO MOHAMED VS. ARGENTINA**

### **4.1. Fatos**

Por volta das 10 horas da manhã do dia 16 de março de 1992, Oscar Alberto Mohamed, então motorista de ônibus na cidade de Buenos Aires, dirigia seu veículo quando, ao passar por um cruzamento, atropelou uma senhora, a qual faleceu minutos depois. Imputou-se a Oscar, por meio do expediente nº 25.013, o cometimento do delito de homicídio culposo.

Em 30 de agosto de 1994, o caso foi julgado em primeira instância e, em razão de diversas circunstâncias relacionadas à prova da infração (testemunha contraditória, veículo que obstava a visão do condutor, ausência de prova no que tange ao semáforo, etc), o réu foi absolvido.

Em face de tal sentença, o Ministério Público interpôs apelação aos 31 de agosto de 1994, pleiteando a condenação de Oscar. O mesmo se deu em 14 de setembro daquele ano em relação ao representante da vítima.

Em 22 de fevereiro de 1995, a “*Sala Primera de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Criminal y Correccional*” revogou o dispositivo absolutório da sentença de primeira instância, condenando Oscar Mohamed à pena de três anos de prisão, embora tenha declarado a suspensão da pena. Foi, ainda, decretada a inabilitação para a condução de veículo automotor pelo prazo de oito anos, além de condená-lo ao pagamento das custas judiciais.

A segunda instância entendeu, em síntese, que o critério utilizado pela primeira instância (semáforo) não era suficiente para avaliar a responsabilidade do condutor e que teria havido violação ao dever de cuidado ao tentar ultrapassar outro coletivo. Além disso, levou em consideração o depoimento da testemunha considerada contraditória pelo juiz de primeiro grau.

Houve, então, a interposição de recurso extraordinário<sup>37</sup>, por meio do qual foram ventiladas diversas violações à lei federal argentina, bem como arbitrariedades da decisão de segundo grau. O pleito foi negado pela Justiça Argentina, apesar das três tentativas recursais (*extraordinario, queja e reposición*) interpostas pela Defesa de Oscar Mohamed.

---

<sup>37</sup> Assim como ocorre no Brasil, a despeito da previsão de recurso extraordinário por meio do qual é possível alegar violação à lei federal, o ordenamento jurídico argentino não previa nenhum recurso penal ordinário para que fosse reexaminada essa sentença condenatória de segunda instância.

## 4.2. A decisão da CIDH

Com fundamento nos artigos 51 e 61, da Convenção Americana, o caso foi levado à Corte Interamericana de Direitos Humanos por meio da Comissão Interamericana de Direitos Humanos. Esta invocou, dentre outras, a violação ao direito ao duplo grau de jurisdição previsto no art. 8.2., h, da Convenção Americana, uma vez que a condenação foi imposta apenas em segunda instância após uma absolvição em primeira instância. Também foi suscitada a violação ao dever de adotar disposições de direito interno.

A Comissão argumentou que o direito ao duplo grau de jurisdição não comprehende um “direito a duas instâncias”, mas um direito à revisão de uma condenação criminal por parte de um tribunal superior, independentemente da etapa em que aquela seja produzida, o qual não restaria satisfeito pelo recurso extraordinário. A Comissão recuperou, inclusive, o histórico de formulação da Convenção Americana, registrando que houve a exclusão da expressão “primeira instância” quando da redação do artigo 8.2, h<sup>38</sup>. Foi, ainda, ressaltado que toda pessoa condenada em segunda instância carrega consigo uma absolvição em primeira instância.

O Estado Argentino alegou que o direito ao duplo grau de jurisdição comporta reservas, inclusive na ordem internacional, como ocorre no art. 2º, inciso 2, do Protocolo nº 07, da Convenção Europeia de Direitos Humanos. Sustentou, ainda, que Mohamed, ao interpor o recurso extraordinário, deixou de alegar qualquer violação ao duplo grau de jurisdição e que teria obtido o devido acesso a tal direito caso tivesse manejado os recursos da maneira correta.

A Corte Interamericana, então, consignou que o duplo grau de jurisdição é uma garantia do indivíduo frente ao Estado e que é violada quando há condenação em segunda instância após sentença absolutória em primeiro grau, quando o ordenamento interno não previr recurso hábil à impugnação da última decisão. No que tange à exceção prevista no sistema europeu, a CIDH frisou que aquele sistema não tem o alcance atribuído pela Argentina, isto é, não pode ser utilizado como critério interpretativo da Convenção Americana, até porque esta não prevê qualquer ressalva<sup>39</sup> em relação ao duplo grau<sup>40</sup>.

<sup>38</sup> Corte Interamericana de Direitos Humanos, *Caso Mohamed vs. Argentina*, sentença de 23 de novembro de 2012, p. 22.

<sup>39</sup> No mesmo sentido, v. MAZZUOLI, Valério de Oliveira. “O caso ‘Mensalão’ e a regra do duplo grau de jurisdição”. In: *Boletim IBCCRIM*, São Paulo, n. 248, jul. 2013, p. 7.

<sup>40</sup> *Mohamed vs. Argentina*, p. 30.

Por fim, restou reforçado o entendimento no sentido de que o recurso deve ser acessível, bem como garantir a possibilidade de um reexame integral da sentença condenatória, inclusive sobre questões fáticas, probatórias e jurídicas, afinal, uma indevida determinação dos fatos implica em uma errada aplicação do direito<sup>41</sup>.

Assim, a CIDH decidiu que o Estado Argentino está obrigado a adotar medidas internas para garantir a Mohamed um recurso em face da decisão condenatória de segunda instância, bem como determinou o pagamento de indenização no valor de cinquenta mil dólares à vítima<sup>42</sup>.

## 5. REFLEXÕES FINAIS

Os Direitos Humanos tornam-se “vivos” por meio do processo interpretativo ao qual são submetidos e são passíveis de constantes transformações, sempre no intuito de potencializar o seu caráter protetivo. É, pois, a evolução dos tempos que guia a exegese do conjunto normativo de Direitos Humanos<sup>43</sup>.

Em que pese a incorporação legislativa de diversos institutos jurídicos progressistas extraídos, sobretudo, da ordem internacional, não há, por parte da jurisprudência brasileira, a esperada contrapartida consistente em uma interpretação enviesada à promoção e defesa dos Direitos Humanos. Impõe-se, assim, a necessidade de invocar a proteção internacional de tais garantias.

Embora soe estranho diante da realidade pátria, no caso *Mohamed vs. Argentina*, a Corte Interamericana de Direitos Humanos interpretou o duplo grau de jurisdição sob a óptica de mitigação do sistema repressor estatal. Garantiu-se, pois, uma dupla revisão da condenação, independentemente da instância que a originou, sob pena de se deixar desprotegido aquele que é surpreendido por uma condenação em segundo grau.

Tudo indica que a mencionada interpretação representa a continuidade de esforços da CIDH em blindar o duplo grau de jurisdição em relação às mitigações realizadas em âmbito interno. A título de exemplo,

41 *Mohamed vs. Argentina*, p. 32.

42 *Mohamed vs. Argentina*, p. 44 e 50.

43 CARVALHO RAMOS, André de. *Op. cit.*, p. 101.

vale citar o caso Lopes Mendoza vs. Venezuela<sup>44</sup>, por meio do qual foi consignado que o recurso deve possibilitar uma efetiva análise da questão posta em Juízo.

A necessidade da modificação do paradigma do duplo grau de jurisdição reverbera na doutrina brasileira há algum tempo, conforme já vislumbrara Casara ao afirmar que ao lado da garantia de reexame em segundo grau, há a garantia de exame em primeiro grau, de modo que a condenação depende de um “duplo juízo de reprovabilidade”<sup>45</sup>.

Ao seu turno, Geraldo Prado contesta a própria lógica do direito ao duplo grau de jurisdição ao asseverar que não é possível à defesa fazer prova em segunda instância, motivo pelo qual a análise ficaria restrita a um mecanismo de interpretação de textos, prejudicando demasiadamente a efetividade recursal<sup>46</sup>. Dessa forma, o autor afirma que “tanto no *Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos* como no de São José da Costa Rica, a previsão de recursos para a assegurar o princípio de duplo grau de jurisdição é exclusiva da defesa”<sup>47</sup>, não havendo que se falar em recurso da Acusação.

Nota-se que, embora apresente meios diferentes, a solução apontada por Prado caminha no mesmo sentido ontológico da decisão da CIDH. No mesmo sentido, Casara frisa que o recurso acusatório não deriva do duplo grau de jurisdição, razão pela qual deve ser considerado de natureza infraconstitucional e com limites distintos e mais reduzidos que o do acusado<sup>48</sup>.

No *Caso Mohamed vs. Argentina*, a CIDH não refutou o fato de a Acusação poder recorrer, mas impôs a obrigação de o Estado Argentino garantir ao condenado o reexame da sentença condenatória de segundo grau. O direito ao duplo grau de jurisdição, portanto, foi reafirmado sob o viés de proteção ao processado e não como pressuposto meramente “quantitativo”.

Adotando essa perspectiva, nota-se uma crescente evolução do próprio conceito de duplo grau de jurisdição, havendo plena possibilidade de que o sistema recursal brasileiro enquanto “fato” seja levado à CIDH, conferindo-lhe nova roupagem, a fim de que se conforme a uma concepção de ordenamento penal garantista e que respeite os Direitos Humanos.

44 Corte Interamericana de Direitos Humanos, *Caso López Mendoza vs. Venezuela*, sentença de 1º de setembro de 2011.

45 CASARA, Rubens R.R. *Op. cit.*, p. 508.

46 PRADO, Geraldo. *Op. cit.*, p. 217.

47 PRADO, Geraldo, *Op. cit.*, p. 218.

48 CASARA, Rubens R.R. *Op. cit.*, p. 509.

É evidente, porém, que a tentativa de mudança sofrerá resistência, pois, “*ao se extrair toda a efetividade libertária do princípio do duplo grau de jurisdição, ele será demonizado, apontado como um instrumento de impunidade*<sup>49</sup>”. Pode haver relutância até mesmo por parte das organizações voltadas à promoção de Direitos Humanos, dada a crescente tendência punitiva de tais segmentos (pauta positiva dos movimentos sociais).

Ao lado de outros obstáculos, essa possibilidade de “fogo amigo” integra a luta daqueles que vislumbram um ordenamento jurídico alinhado à dignidade humana. Afinal, não há Direito Humano que não se depare com resistência. Não há defesa criminal efetiva sem enfrentamento.❖

## 6. BIBLIOGRAFIA

BARATTA, Alessandro. **Criminologia e Crítica do Direito Penal: introdução à sociologia do direito penal.** trad. Juarez Cirino dos Santos. 6 ed. Rio de Janeiro: Revan, 2011.

CANÇADO TRINDADE, Antônio Augusto. “Apresentação”. In. PIOVESAN, Flávia. **Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional**, 13 ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

CARVALHO RAMOS, André de. “Crimes da Ditadura Militar: A ADPF n. 153 e a Corte Interamericana de Direitos Humanos”, in GOMES, Luiz Flávio e MAZZUOLI, Valério de Oliveira (orgs). **Crimes da Ditadura Militar: sua análise à luz da jurisprudência interamericana**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

\_\_\_\_\_. “O Brasil no banco dos réus: dez anos do reconhecimento da jurisdição obrigatória da Corte Interamericana de Direitos Humanos”. In. **Boletim IBCCRIM**, São Paulo, v. 16, n. 190, set. 2008, p. 11.

\_\_\_\_\_. **Teoria Geral dos Direitos Humanos na Ordem Internacional**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

CASARA, Rubens R. R. “O direito ao duplo grau de jurisdição e a Constituição: em busca de uma compreensão adequada”. In. PRADO, Geraldo e MALAN, Diogo (Coords). **Processo Penal e democracia; estudos em homenagem aos 20 anos da Constituição da República de 1988**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

49 CASARA, Rubens R.R. *Op. cit.*, p. 510.

FERRAJOLI, Luigi. "Los valores de la doble instancia y de la nomenclatura". In. **Crimen y Castigo: cuaderno del departamento de derecho penal y criminología de la Facultad de Derecho**. V. 1. Buenos Aires: Ediciones Depalme, 2001

GRINOVER, Ada Pellegrini; GOMES FILHO, Antônio Magalhães; FERNANDES, Antônio Scarance. **Recursos no Processo Penal**. 6 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

IBCCRIM. "Editorial: "O esforço de Sísifo e a audiência de custódia". In. **Boletim**: São Paulo, ano 21, n. 252, Nov. 2013, p. 1.

LOPES JR, Aury. **Direito Processual Penal e sua Conformidade Constitucional**. V. I. 5 ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

\_\_\_\_\_. **Direito Processual Penal e sua Conformidade Constitucional**. V. II. 3 ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. "O caso 'Mensalão' e a regra do duplo grau de jurisdição". In. **Boletim IBCCRIM**, São Paulo, n. 248, jul. 2013, p. 7.

MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Martires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. 4 ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

MINISTÉRIO DA JUSTIÇA. Sistema Integrado de Informações Penitenciárias - Infopen:<<http://portal.mj.gov.br/main.asp?View={D574E9CE3C7D437AA5B622166AD2&Team=&params=itemID={C37B2AE94C6840068B1624D28407509C}&UIPartUID={2868BA3C1C724347BE11A26F70F4CB26}>>, acesso em 20 dez. 2013.

PIOVESAN, Flávia. **Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional**. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

\_\_\_\_\_. "Introdução ao Sistema Interamericano de Proteção dos Direitos Humanos: a Convenção Americana de Direitos Humanos". In. GOMES, Luis Flávio e PIOVESAN, Flávia (orgs). **O Sistema Interamericano de Proteção dos Direitos Humanos e o Direito Brasileiro**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

PRADO, Geraldo. "Duplo grau de jurisdição no processo brasileiro: homenagem às ideias de Julio B.J. Maier". In. **Cidadania e Justiça**. Rio de Janeiro, v. 5, n. 10, 2001.

ZAFFARONI, Eugenio Raul. "Abolicionismo y Garantías". In. **Derecho Procesal Penal**. t. 1. 2 ed. Buenos Aires: Del Puerto, 1995, p. 23.

\_\_\_\_\_ . Em busca das penas perdidas.  
trad. Vania Romano Pedrosa, Amir Lopez da Conceição, 5 ed. Rio de Janeiro: Revan, 2001.

Corte Interamericana de Direitos Humanos, *Caso López Mendoza vs. Venezuela*, sentença de 01º de setembro de 2011.

Corte Interamericana de Direitos Humanos, *Caso Mohamed vs. Argentina*, sentença de 23 de novembro de 2012.

# **De Acusados de Vadiagem a Condenados à Liberdade: Breve Narrativa do Estado de Exceção Vivido pela População em Situação de Rua em Franca/SP**

**Caio Jesus Granduque José**

*Defensor Público do Estado de São Paulo. Doutorando em Filosofia e Teoria Geral do Direito pela USP. Mestre em Direito pela UNESP.*

*“É curioso que haja ainda tantas pessoas razoáveis que não tenham percebido o caráter demente da justiça e o ridículo de seu aparato: magistrados, advogados, testemunhas, etc”* (Pascal Pia, **Correspondance 1939-1947**)

O cáustico comentário de Pascal Pia, jornalista que se destacou no movimento da Resistência francesa à ocupação pela Alemanha nazista em virtude de seu trabalho como redator-chefe do jornal clandestino **Combat**, em carta datada de 2 de setembro de 1942, destinada ao amigo e também jornalista resistente Albert Camus, por ocasião da recente publicação do seu romance **O estrangeiro**, que veio a se tornar um clássico da literatura do século XX, permanece, surpreendentemente, aplicável aos dias atuais.<sup>1</sup>

Essa constatação, exarada numa atmosfera niilista em meio ao combate às ideologias nazifascistas, fazia referência ao aparelho de Estado judicial da Argélia colonial francesa, lastreado em paradigmas anacrônicos que jamais permitiram a percepção da absurdidade do mundo largamente constatada no pós-guerra após o anúncio nietzschiano da morte

<sup>1</sup> CAMUS, Albert; PIA, Pascal. **Correspondance 1939-1947**. Paris: Fayard; Gallimard: 2000., p. 101.

de Deus no século XIX, revelando-se, pois, incapaz de compreender o anti-herói Meursault, cujas desventuras levam-no a matar um árabe por causa do sol, mas pode ser invocada para definir o sistema de justiça mesmo após a reconstrução dos direitos humanos, a independência política das colônias e a prevalência do regime democrático de governo no ocidente.

Com efeito, a justiça mostra-se, às vezes, desvairada, sobretudo quando se imiscui em questões ético-políticas atinentes às contradições que exsurgem do sistema-mundo capitalista e obliteram, de certa forma, o regular funcionamento da ordem social, reproduzindo práticas e ativando dispositivos típicos de sistemas políticos autoritários, não raras vezes com inconfundível viés fascista, cuja violência resta dissimulada e legitimada, todavia, pela forma da democracia em que se erigem os contemporâneos Estados de Direito.

Não por outra razão, o filósofo italiano Giorgio Agamben demonstra que "... a criação voluntária de um estado de emergência permanente (ainda que, eventualmente, não declarado no sentido técnico) tornou-se uma das práticas essenciais dos Estados contemporâneos, inclusive democráticos", de modo que "... o estado de exceção tende cada vez mais a se apresentar como paradigma de governo dominante na política contemporânea".<sup>2</sup>

Diferentemente do estado de defesa ou de sítio, o eclipse dos direitos fundamentais no estado de exceção ocorre sem a sua suspensão formal, durante a normalidade constitucional, legitimado pelo verniz da legalidade. Muito embora sua instauração se dê, normalmente, pelo chefe do poder executivo através da edição de atos e decretos com força de lei, como na famigerada "military order", promulgada por George W. Bush em 13 de novembro de 2001, que permite o processo perante comissões militares e a prisão por tempo indeterminado em Guantánamo, a despeito da constituição e do controle do judiciário, de não cidadãos suspeitos de envolvimento em atividades terroristas, anulando-se o estatuto jurídico do indivíduo e, com isso, criando-se um ser jurídico inominável e inclassificável cuja situação jurídica somente é comparável àquela dos judeus nos *Lager* nazistas,<sup>3</sup> o fenômeno tende a se pulverizar por todo o globo, reproduzindo-se capilarmente em todo o aparelho de Estado, inclusive no judiciário, o qual, ironicamente, tem por função zelar pela supremacia da constituição e pela garantia dos direitos humanos fundamentais dos cidadãos.

2 AGAMBEN, Giorgio. *Estado de exceção*. Trad. Iraci D. Poletti. São Paulo: Boitempo, 2004. p. 13.

3 Ibid., p. 14.

Manifestação desse fenômeno teve curso na cidade de Franca, localizada na região nordeste do estado de São Paulo, no ano de 2012, quando autoridades dos poderes constituídos com atuação local debruçaram-se sobre o problema da população em situação de rua da cidade.

É importante registrar, desde já, na esteira das lições de Paul Ricouer, que o exercício da memória é uma luta contra o esquecimento e seu uso mobiliza inelutavelmente o caráter seletivo da narrativa, na medida em que é impossível lembrar de tudo, assim como é impossível narrar tudo. Desse modo, pela necessária mediação narrativa, que sempre permite que se narre de outro modo, com supressão e deslocamento de ênfases, reconfiguração diferente dos protagonistas da ação e dos próprios contornos dela, os usos da memória são passíveis de abusos, vale dizer, manipulação concertada da memória e do esquecimento pelos detentores do poder, que promovem uma autêntica ideologização da memória, prevalecendo-se da sua vulnerabilidade fundamental, que resulta da ausência da coisa lembrada e sua presença na forma de representação.<sup>4</sup>

Como os fatos que irão se narrar no presente ensaio correm riscos de sofrerem “abusos de esquecimento”, seu registro integra o dever ético-político de exercer a memória, que nada mais é do que o dever de fazer justiça: “O dever de memória é o dever de fazer justiça, pela lembrança, a um outro que não o si (...) Somos devedores de parte do que somos aos que nos precederam. O dever de memória não se limita a guardar o rastro material, escrito ou outro, dos fatos acabados, mas entretém o sentimento de dever a outros (...) dentre esses outros com quem estamos endividados, uma prioridade moral cabe às vítimas (...) A vítima em questão aqui é a vítima outra, outra que não nós”.<sup>5</sup>

As vítimas da história que ora se relata são as pessoas que estiveram em situação de rua na cidade de Franca durante o primeiro semestre de 2012. Para elas, o exercício da lembrança se torna mais difícil e a possibilidade do esquecimento do drama que viveram por meio dos abusos de memória com o intento do esquecimento promovidos pelos detentores do poder torna-se ainda maior porque são pobres, conforme constatara Albert Camus em seu romance autobiográfico inacabado *O primeiro homem*: “A memória dos pobres já é por natureza menos alimentada que a dos ricos, tem menos pontos de referência no espaço, considerando que

4 Cf. RICOUER, Paul. *A memória, a história e o esquecimento*. Trad. Alain François. Campinas: Unicamp, 2007, p. 72, 94, 98, 455.

5 Ibid., p. 101-102.

eles raramente saem do lugar onde vivem, e tem também menos pontos de referência no tempo de uma vida uniforme e sem cor. (...) Só os ricos podem reencontrar o tempo perdido. Para os pobres, o tempo marca apenas os vagos vestígios do caminho da morte".<sup>6</sup>

Por se tratar o presente ensaio de um verdadeiro testemunho, é importante esclarecer, na esteira das lições de Agamben, que em latim há dois termos para representar a testemunha: "*testis*, de que deriva o nosso termo testemunha, significa etimologicamente aquele que se põe como terceiro (*tertis*) em um processo ou em um litígio entre dois contendores", e *superstes*, "... que indica aquele que viveu algo, atravessou até o final um evento e pode, portanto, dar testemunho disso".<sup>7</sup> Evidentemente, por participar do litígio, na condição de membro da Defensoria Pública do Estado de São Paulo, ao lado das pessoas em situação de rua, conforme se verá a seguir, não podemos assumir a posição de um terceiro (*testis*), mas sim a de supérstite, muito embora não tenhamos vivido o evento como eles viveram-no, não se olvidando que "não existe, em sentido próprio, um sujeito do testemunho", já que "sujeito do testemunho é quem dá testemunho de uma dessubjetivação", na medida em que "todo testemunho é um processo ou um campo de forças percorrido sem cessar por correntes de subjetivação e dessubjetivação".<sup>8</sup>

A dessubjetivação levada a cabo contra cerca de 80 pessoas em situação de rua em Franca<sup>9</sup> se deu através de uma ação articulada entre alguns representantes do judiciário local, da polícia militar, da secretaria de ação social do município, contando com o beneplácito, ou melhor, vigoroso estímulo, da imprensa local.

---

6 CAMUS, Albert. **O primeiro homem**. Trad. Teresa da Fonseca e Maria Luiza Silveira. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 2005, p. 11.

7 AGAMBEN, Giorgio. **O que resta de Auschwitz**: o arquivo e a testemunha. Trad. Selvino Assmann. São Paulo: Boitempo, 2008, p. 27.

8 Giorgio Agamben chega a essas conclusões após analisar a fenomenologia do testemunho em Primo Levi, a impossível dialética entre o sobrevivente e o "muçulmano" ("morto vivo", "cadáver ambulante", "homem-múmia", "presença sem rosto" de Auschwitz, cuja degradação pelo poder biopolítico coloca-o no umbral entre o homem e o não-homem), a pseudo testemunha e a "testemunha integral", o homem e o não homem: "O testemunho apresenta-se no caso como um processo que envolve pelo menos dois sujeitos: o primeiro é o sobrevivente, que pode falar, mas que não tem nada de interessante a dizer; e o segundo é quem "viu a Górgona", quem "tocou o fundo" e tem, por isso, muito a dizer, mas não pode falar. Qual dos dois dá testemunho? *Quem é o sujeito do testemunho?*". AGAMBEN, *op. cit.*, 2008, p. 123-124.

9 Em 2005, através de pesquisa realizada pela própria municipalidade de Franca junto a equipamentos sociais, foram identificadas 73 pessoas em situação de rua. Em 2007, no contexto da "Pesquisa nacional sobre a população em situação de rua", realizada em 71 municípios com mais de 300 mil habitantes em todo o Brasil, por iniciativa do Ministério de Desenvolvimento Social e Combate à Fome juntamente com a UNESCO, foram identificadas 78 pessoas em situação de rua, o que faria do município a décima cidade com o menor número de pessoas nessa situação por habitantes.

Com efeito, após reportagens dos hebdomadários locais, nas quais se pretendia radiografar a situação das pessoas que viviam nas ruas da cidade,<sup>10</sup> assim como artigos e editoriais de formadores de opinião, cujas conclusões exortavam a uma solução enérgica e derradeira para o suposto problema que afligia a comunidade francana, a polícia militar, em março de 2012, passou a abordar e deter as pessoas que se encontravam no espaço público, conduzindo-as às delegacias de polícia para que fossem lavrados termos circunstanciados por contravenção penal de vadiagem (artigo 59 do Decreto-lei 3.688/41).

Instaurado o estado de emergência, as pessoas em situação de rua despareceram, momentaneamente, das ruas e praças das regiões centrais da cidade, conforme reportagem do jornal “Diário da Franca”: “Uma ação da Polícia Militar de Franca desencadeada na semana passada, principalmente nos semáforos centrais da cidade, fez com que os pedintes quase desaparecessem da região. Talvez assustados pelo trabalho policial, eles se ausentaram por uns dias, mas ontem já era possível flagrar pessoas pedindo ajuda novamente perto dos semáforos, na frente de bancos e mesmo nas praças do Centro”.<sup>11</sup>

Somente em abril, em reportagem do dia 1º, cujo teor poderia levar à conclusão de que se tratava de alguma brincadeira relacionada ao “dia da mentira”, veio a público a informação de que a ação da polícia militar contra as pessoas em situação de rua foi determinada pelo juiz de direito da Vara do Júri, Execuções Criminais e da Infância e Juventude, conforme noticiou jornal da cidade: “O juiz José Rodrigues Arimatéia responsável pela Vara do Júri, Execuções Criminais e da Infância e da Juventude, cobrou uma atuação mais firme da Polícia Militar no sentido de coibir a presença de pedintes nos pontos de movimento de Franca. (...) Segundo o magistrado, a mendicância está ajudando a fomentar o tráfico de drogas na cidade. A orientação passada no início de março é para que os desocupados sejam enquadrados na contravenção de vadiagem, uma vez que a mendicância não é crime, e que passem por uma triagem nas unidades policiais. (...) ‘O que foi falado é a necessidade de se tomar algumas pro-

10 Em reportagem de 14 de outubro de 2011, intitulada “Metade dos moradores de rua estão na Major Nicácio”, o jornal **Comércio da Franca** chega a lamentar a presença de pessoas em situação de rua em área central da cidade: “Considerada uma das áreas mais nobres de Franca, a Avenida Major Nicácio abriga uma verdadeira cidade. É endereço de lojas, edifícios, agências bancárias, escolas e imobiliárias. Em seus dois quilômetros e meio de extensão, tem áreas que o metro quadrado chega a custar R\$ 2 mil. Mas esses atributos, em alguns trechos, são ofuscados pela presença de pedintes”.

11 **Diário da Franca**. “Após ação da PM, pedintes voltam às ruas de Franca”. 17 de março de 2012.

vidências em relação aos praticantes da vadiagem, que ficam nos semáforos prejudicando e, às vezes, praticando violência contra as pessoas'. (...) Os policiais foram informados de que – a ação sendo legal – terão o respaldo do Judiciário para minimizar os transtornos causados pelos pedintes. Arimatéia afirma que há, sim, meios legais de coibir a presença de desocupados nas ruas. 'Eles praticam contravenção penal de vadiagem, que exige reiteração. Os policiais sabem que se a pessoa for pega uma segunda, terceira vez nesta mesma atividade, ela pode ser presa'".<sup>12</sup>

Já no dia 13 do mesmo mês, ficou assentada a participação do poder executivo local na repressão, através da secretaria de ação social do município, cujo secretário, à época, Roberto Nunes Rocha, que também é advogado integrante da Comissão de Justiça, Cidadania e Direitos Humanos da subseção de Franca da Ordem dos Advogados do Brasil, não vislumbrava razões para as pessoas estarem nas ruas, eis que a sua pasta oferecia a esta população amplo atendimento: "Um trabalho conjunto entre órgãos policiais e a Secretaria de Ação Social da Prefeitura de Franca (400 Km de São Paulo) quer tirar pedintes das ruas da cidade. (...) 'Temos um trabalho amplo de atendimento, não justifica a pessoa estar nas ruas pedindo dinheiro (...) Para aqueles que são criminosos [a ação é para] resgatar também o lugar próprio deles, que não é na rua, é na cadeia'".<sup>13</sup> Posteriormente, o então secretário lançou hipóteses com dignidade quase científica para a situação de rua daquelas pessoas: "Segundo uma projeção do secretário de Ação Social de Franca, Roberto Nunes Rocha, é possível afirmar que os pedintes ganham quatro vezes mais do que um sapateiro. O piso salarial da categoria é de R\$ 751,50. As esmolas rendem aos moradores de rua até R\$ 3 mil por mês, mais do que o dobro da média salarial dos franceses que é de R\$ 1.271 (...) O secretário confirma que as pessoas ganham em esmola de R\$ 80 a R\$ 100 por dia. 'Isso foi constatado. Não é estatística e nem previsão'".<sup>14</sup>

Em reação ao consenso que se formava em torno da legalidade e legitimidade do discurso de higienização social, os membros da Defensoria Pública com atuação em Franca, em coautoria com o Padre Júlio Lancellotti, da Pastoral de Rua da Arquidiocese de São Paulo, e com Anderson Miranda, liderança do Movimento Nacional da População de Rua,

12 Comércio da Franca. "Juiz cobra ação da polícia para tirar pedintes das ruas". 1º de abril de 2012.

13 Folha de SP. Cotidiano. "Franca (SP) põe em prática ação para tirar pedintes das ruas". 13 de abril de 2012.

14 Comércio da Franca. "Justiça nega habeas corpus para pedintes". 1º de junho de 2012.

publicaram artigo questionando a campanha “Não dê esmolas, dê oportunidades”, idealizada pela municipalidade, e a criminalização da pobreza: “A fabricação ideológica do estereótipo do ‘mendigo perigoso’ deve ser desvelada, justamente porque trata como se fosse criminal um problema social, qual seja, a situação de rua em que se encontram essas pessoas ocasionada pela sonegação e negligência histórica do poder público e do poder econômico na realização e tutela universal de direitos fundamentais. Evidentemente, para os entusiastas da investida contra os moradores de rua, é mais fácil criminalizar a pobreza do que pensar em políticas públicas, que removam os obstáculos que impedem os excluídos de reinserirem-se socialmente. Neste aspecto, aliás, seria de bom grado que a municipalidade esclarecesse quais as oportunidades que estão sendo oferecidas aos moradores de rua, porquanto nem mesmo se dignou a aderir à ‘Política Nacional para a População em Situação de Rua’ (Decreto Presidencial nº 7.053/2009), a qual prevê a implementação de um CREAS/POP, inexistente na cidade. Já a militarização do cotidiano dessas pessoas é flagrantemente contrária ao que dispõe a Constituição de 1988, os tratados de direitos humanos e a lei, que somente autoriza a abordagem policial em caso de fundada suspeita de delito, revelando-se discriminatória, porquanto ser pobre ainda não é tipificado como crime. Aliás, a anacrônica contravenção penal de vadiagem, cuja recepção pela Constituição de 1988 é discutível, remonta ao nascedouro capitalismo industrial, que recorreu ao sistema penal para garantir a mão de obra, criminalizando-se o pobre que não se convertesse em trabalhador, tanto por simples recusa quanto pelo fracasso na venda de sua força de trabalho. Será que para o morador de rua francano não há outra oportunidade para além do abrigo e do cárcere?”.<sup>15</sup>

A Defensoria Pública realizou, ademais, diligências junto a equipamentos para tratamento de viciados em drogas, bem como ao abrigo provisório municipal, além de reuniões com a cúria diocesana com o intuito de obtenção de apoio do bispo com atuação local.

De qualquer modo, a população em situação de rua em Franca passou a ser afugentada do espaço público e constrangida a submeter-se a constantes abordagens policiais, a despeito dos objetivos fundamentais da República (artigo 3º) e à revelia do direito fundamental constitucionalmente assegurado à liberdade ambulatória (artigo 5º, inciso XV), bem como das

15 CASTRO, André Cadur; MACHADO NETO, Antônio; GRANDUQUE JOSÉ, Caio Jesus; SPEXOTO, Mário Eduardo Bernardes; LANCELLOTTI, Pe. Júlio; MIRANDA, Anderson Lopes. “Cárcere e abrigo: as oportunidades oferecidas à população de rua em Franca”. *Diário da Franca*. 25 de abril de 2012.

hipóteses em que se permite as abordagens com a respectiva busca pessoal (artigos 240 e 244 do Código de Processo Penal), sem falar na pléiade de direitos e garantias fundamentais constantes dos tratados e convenções internacionais de direitos humanos dos quais o Brasil é signatário.

As normas que exsurgem desses referidos direitos e garantias fundamentais foram suspensas e perderam sua “força de lei”, deixando de ser aplicadas à população em situação de rua, ao passo que a anacrônica e caduca norma que determina a punição criminal da vadiagem, presente no artigo 59 do Decreto-lei 3.688/41, editado sob a égide do Estado Novo, em claro desuso, ressurgiu com força total e passou a ser largamente aplicada, não obstante sua clarividente incompatibilidade com a Constituição da República em vigor e a própria ordem democrática:<sup>16</sup> “[O estado de exceção] define um ‘estado de lei’ em que, de um lado, a norma está em vigor, mas não se aplica (não tem ‘força’) e em que, de outro lado, atos que não têm valor de lei adquirem sua ‘força’. (...) O estado de exceção é um espaço anônimo onde o que está em jogo é uma força de lei sem lei (que deveria, portanto, ser escrita: força de lei)<sup>17</sup>”.

Com o estado de emergência, as pessoas em situação de rua foram abandonadas pela lei, permitindo-se que inúmeras violências e abusos fossem perpetrados tanto por agentes públicos quanto por agentes de segurança privada contratados por comerciantes,<sup>18</sup> o que explica o desapareci-

16 Diz o dispositivo: “Art. 59. Entregar-se alguém habitualmente à ociosidade, sendo válido para o trabalho, sem ter renda que lhe assegure meios bastantes de subsistência, ou prover à própria subsistência mediante ocupação ilícita: Pena – prisão simples, de quinze dias a três meses. Parágrafo único. A aquisição superveniente de renda, que assegure ao condenado meios bastantes de subsistência, extingue a pena”. Em rápido exame, percebe-se que somente o pobre, aquele que não tem renda, pode ser contraventor, o que fere gravemente o princípio da isonomia. Além disso, o tipo penal viola o princípio da secularização ao tutelar como bem jurídico a moral que valoriza o trabalho, assim como as próprias garantias da intimidade e da liberdade de expressão, ao não tolerar um projeto existencial que não guarde compatibilidade com a atividade laboral ou com o acúmulo de dinheiro. Em termos criminológicos, Nilo Batista explica que “históricamente o capitalismo recorreu ao sistema penal para duas operações essenciais: 1a garantir mão de obra; 2a impedir a cessação do trabalho. Para garantir a mão de obra, criminalizava-se o pobre que não se convertesse em trabalhador. (...) Com a revolução industrial, o esquema jurídico ganhou feições mais nítidas: criou-se o delito de vadiagem. Referindo-se à reforma dos dispositivos conhecidos como *Poor Law*, em 1834, Disraeli dizia que na Inglaterra ser pobre passava a ser um crime. Aquelas que, por uma razão ou outra, se recusavam ou não conseguiam vender sua força de trabalho, passaram a ser tratadas pela justiça mais ou menos como nos julgamentos descritos por Jack London em seu conto autobiográfico: a cada 15 segundos, uma sentença de 30 dias de prisão para cada vagabundo”. BATISTA, Nilo. **Punidos e mal pagos:** violência, justiça, segurança pública e direitos humanos no Brasil de hoje. Rio de Janeiro: Revan, 1990, p. 35.

17 AGAMBEN, *op. cit.*, 2004, p. 61. “A exceção é uma espécie de exclusão. Ela é um caso singular, que é excluído da norma geral. Mas o que caracteriza propriamente a exceção é que aquilo que está excluído não está, por causa disto, absolutamente fora de relação com a norma; ao contrário, esta se mantém em relação com aquela na forma da suspensão. A norma se aplica à exceção desaplicando-se, retirando-se desta. O estado de exceção não é, portanto, o caos que precede a ordem, mas a situação que resulta da sua suspensão. Neste sentido, a exceção é verdadeiramente, segundo o etímo, *capturada fora* (*ex-capere*) e não simplesmente excluída”. AGAMBEN, Giorgio. **Homo sacer**: o poder soberano e a vida nua I. Trad. Henrique Burigo. Belo Horizonte: UFMG, 2007, p. 25.

18 Nas diligências realizadas, algumas pessoas em situação de rua relataram-nos terem sofrido agressões físicas, que caracterizariam até mesmo tortura, dentro de conhecidos estabelecimentos comerciais da cidade, mas, por medo, recusaram-se a formalizar as denúncias.

mento momentâneo desses cidadãos dos espaços de uso comum do povo da cidade: “A relação de exceção é uma relação de *bando*. Aquele que foi banido não é, na verdade, simplesmente posto fora da lei e indiferente a esta, mas é *abandonado* por ela, ou seja, exposto e colocado em risco no limiar em que a vida e direito, externo e interno, se confundem. Dele não é literalmente possível dizer que esteja fora ou dentro do ordenamento”.<sup>19</sup>

Nessa esteira, tendo em vista a assertiva de Agamben de que o campo de concentração é o paradigma biopolítico do moderno, não é exagerado dizer que as ruas, avenidas, viadutos e praças centrais de Franca funcionaram como um autêntico campo: “... se a essência do campo consiste na materialização do estado de exceção e na consequente criação de um espaço em que a vida nua e a norma entram em um limiar de indistinção, deveremos admitir, então, que nos encontramos virtualmente na presença de um campo toda vez que é criada uma tal estrutura, independentemente da natureza dos crimes que aí são cometidos e qualquer que seja a sua denominação ou topografia específica”.<sup>20</sup>

Em contrapartida ao “uso liberticida do direito” que estava sendo levado a cabo no município, a Defensoria Pública, após oficiar e receber da delegacia de polícia seccional cópia de todos os termos circunstanciados lavrados nos últimos meses por contravenção penal de vadiagem, impetrou, em 23 de maio de 2012, um *habeas corpus* coletivo, no qual figuraram 52 pacientes, junto à Turma Recursal do Juizado Especial Criminal da Comarca de Franca,<sup>21</sup> buscando desativar os dispositivos auto-

19 AGAMBEN, *op. cit.* 2007, p. 36.

20 “Será um campo tanto o estádio de Bari, onde em 1991 a polícia italiana aglomerou provisoriamente os imigrantes clandestinos albaneses antes de reexpedi-los ao seu país, quanto o velódromo de inverno no qual as autoridades de Vichy recolheram os hebreus antes de entregá-los aos alemães; tanto o *Konzentrationslager für Ausländer* em Cottbus-Sielow, no qual o governo de Weimar recolheu os refugiados hebreus orientais, quanto as *zones d'attente* nos aeroportos internacionais franceses, nas quais são retidos os estrangeiros que pedem o reconhecimento do estatuto de refugiado. Em todos estes casos, um local aparentemente anódino (como, por exemplo, o Hotel Áradas, em Roissy) delimita na realidade um espaço no qual o ordenamento normal é de fato suspenso, e que aí se cometam ou não atrocidades não depende do direito, mas somente da civilidade e do senso ético da polícia que age provisoriamente como soberana (por exemplo, nos quatro dias em que os estrangeiros podem ser retidos nas *zone d'attente*, antes da intervenção da autoridade judiciária)”. AGAMBEN, *op. cit.*, 2007, p. 181.

21 Trata-se do processo n. 12/12 do Colégio Recursal da Comarca de Franca. É importante ressaltar que com a notícia da impetratura do *habeas corpus*, a imprensa local, por meio de jornais e programas de rádio, atacou sistematicamente a atuação da Defensoria Pública e, não raras vezes, os próprios defensores públicos, constituindo-se rara exceção um artigo do jornalista Mauro Ferreira: “Preocupa-me nesta questão a situação dos artistas. Pois vadiar é essencial à arte. Sem tempo livre, numa sociedade capitalista, difícil produzir obras que elevem o espírito humano através da arte, mesmo sabendo que arte é trabalho duro, muito mais suor que inspiração. Artistas escrevem, desenham, pintam, compõem, cantam, interpretam, alguns mais bordam até que pintam, distantes da indústria cultural, que é outra coisa, é negócio. (...) Vivo neste ramo nada novo da vadiagem, ainda não percebida pela polícia: o da mendicância criativa, passando o pires a empresários para manter as atividades e as múltiplas ações culturais do Laboratório das Artes. Do jeito que a repressão à vadiagem está caminhando, por via das dúvidas, quando vejo o

ritários através de um “uso libertário do direito”, por meio da expedição de salvos-condutos aos pacientes e outras eventuais pessoas em situação de rua, a fim de que não fossem acossados, intimidados e violentados por agentes públicos sob o pretexto de que estariam incorrendo na prática da inconstitucional contravenção penal de vadiagem, garantindo-lhes o direito de ir, vir e permanecer, a qualquer hora do dia, em locais públicos de uso comum do povo, não podendo ser removidos contra sua vontade, bem como o trancamento dos procedimentos criminais decorrentes de termos circunstanciados para apuração da contravenção penal de vadiagem.<sup>22</sup>

Em outras palavras, em nome do direito, a Defensoria Pública se contrapôs aos horrores que estavam sendo cometidos, paradoxalmente, em nome do próprio direito. Com efeito, ante a dessubjetivação, destruição e destituição do sujeito realizada pelo aparelho repressor do estado ao estabelecer àqueles que não compactuam com as regras do jogo da sociedade de mercado a *impossibilidade* de viver nas ruas e de pedir esmolas, e criar a *necessidade* de viver de acordo com a moral laboral por meio do consumo de bens através do trabalho ou dos rendimentos advindos do acúmulo de dinheiro, a Defensoria Pública buscou ativar os operadores da subjetivação, quais sejam, a *possibilidade* e a *contingência*, de acordo com os quais o sujeito *pode ser* e *pode não ser*,<sup>23</sup> conforme o projeto de vida que lhe aprouver.<sup>24</sup>

---

carro da polícia por perto vou saindo de fininho, finjo que não é comigo. Para não ser enquadrado, justamente, por vadiagem”. “O ramo da mendicância”. **Comércio da Franca**. 09 de junho de 2012. É de se destacar, outrossim, que com a repercussão nacional do caso, a atuação da Defensoria Pública foi elogiada por jornalistas em programas de rádio de alcance nacional, assim como em telejornais de emissoras de televisão regionais. Digna de nota, ademais, é a moção de apoio do Conselho Municipal de Assistência Social, expedida em 05 de junho de 2012.

22 “O que abre uma passagem para a justiça não é a anulação, mas a desativação e a inatividade do direito – ou seja, um outro uso dele”. AGAMBEN, 2004, p. 98.

23 “As categorias modais – possibilidade, impossibilidade, contingência e necessidade – (...) são operadores ontológicos, isto é, as armas devastadoras com que se combate a gigantomanquia biopolítica pelo ser, e se decide, de cada vez, sobre o humano e sobre o inhumano, sobre um ‘fazer viver’ ou um ‘deixar morrer’. (...) Possibilidade (poder ser) e contingência (poder não ser) são os operadores da subjetivação, do ponto em que um possível chega à existência, se dá por meio da relação com uma impossibilidade. A impossibilidade, como negação da possibilidade [não (poder ser)], e a necessidade, como negação da contingência [não (poder não ser)], são operadores da dessubjetivação, da destruição e da destituição do sujeito, ou seja, dos processos que nele estabelecem a divisão entre potência e impotência, entre possível e impossível. (...) O sujeito é, sobretudo, o campo de forças sempre já atravessado pelas correntes incandescentes e historicamente determinadas da potência e da impotência, do poder não ser e do não poder não ser”. AGAMBEN, 2008, p. 147-148.

24 Nesse sentido, argumentou o defensor público Antonio Machado Neto: “A gente não pode achar que o único projeto de vida que seja legítimo, e de acordo com uma ótica moralizante, seja aquele voltado ao trabalho. A pessoa que queira se dedicar ao ócio tem que ser respeitada”. **Comércio da Franca**. “Justiça nega *habeas corpus* para pedintes”. 1º junho de 2012. Ademais, de acordo com o professor de filosofia do direito da Universidade de Sevilha, em correio eletrônico no qual, generosamente, teceu comentários sobre o presente texto, há que se questionar também a cultura de trabalho do capitalismo, que o reduz a trabalho assalariado e dependente do capital: “*No solo hay ocio frente al trabajo dependiente y asalariado, sino también otros modos y tipos de trabajo o acciones humanas con las que se satisfacen las necesidades humanas que no se pueden expresar solo desde el capitalismo*”.

A permanecer o estado de exceção, o processo de dessubjetivação atingiria até mesmo Jesus Cristo e Buda, esteios das grandes religiões monoteístas, seminais para o desenvolvimento das civilizações ocidental e oriental, consoante as reflexões de Zaffaroni,<sup>25</sup> assim como os filósofos cínicos da Antiguidade grega, para quem a verdadeira vida, pura, soberana e autossuficiente, seria uma vida outra, para cuja realização seria fundamental o exercício da pobreza ativa com a procura incessante de despojamentos possíveis, ou seja, uma conduta efetiva de vivência na penúria de maneira física, material e efetiva, para além da simples aceitação da pobreza, do que resulta a exaltação da vida nua, mendicante, bestial, de impudor, de despojamento, de animalidade.<sup>26</sup>

Não obstante, ao pedido de liminar posicionou-se contrariamente o Ministério Público, em parecer da lavra do promotor de justiça Murilo César Lemos Jorge: “Pelo que se percebe não há nos autos notícia de injusta coação ou ameaça de lesão contra os pacientes, uma vez que a suposta ‘ordem’ determinada pelo MM. Juiz de Direito da Vara de Execuções Criminais não apresenta qualquer ilegalidade, pois em absoluta conformidade com a legislação vigente, uma vez que é dever do agente público responsável pela segurança da população agir quando verificada uma situação de flagrante delito. Ademais, não se tratou na verdade de ordem, mas sim de uma orientação, uma cobrança aos policiais militares do município para que intensifiquem suas ações”. Da mesma forma, o entendimento do judiciário, eis que no dia 30 de maio, o juiz de direito presidente do Colégio Recursal, Humberto Rocha, denegou o pedido liminar: “Nesta fase de cognição sumária em que o procedimento se encontra, não ausculto qualquer violação de direitos do paciente a recomendar, nesta fase, trancamento ou outra providência a ensejar a suspensão do procedimento”<sup>27</sup>.

Diante do indeferimento da liminar, em 1º de junho, a Defensoria Pública impetrou outro *habeas corpus* coletivo no Tribunal de Justiça de São Paulo.<sup>28</sup> Em decisão do desembargador Paulo Antonio Rossi, o judiciá-

25 “Não é difícil imaginar Cristo ou Buda condenados por ‘vadiagem’ e, na pior das hipóteses, ‘desaparecidos’ por terem atentado contra a segurança nacional”. ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *Em busca das penas perdidas: a perda de legitimidade do sistema penal*. Trad. Vânia Pedrosa; Amir da Conceição. 5. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2001. p. 148.

26 “A pobreza cínica (...) é a afirmação do valor próprio e intrínseco da feiura física, da sujeira, da miséria. Isso é importante e introduziu, ao mesmo tempo na ética, na arte da conduta e, infelizmente, também na filosofia, valores da feiura a que elas nunca renunciaram”. FOUCAULT, Michel. *A coragem da verdade: o governo de si e dos outros II*. Trad. Eduardo Brandão. São Paulo: Martins Fontes, 2011. p. 228-238.

27 Conferir páginas 109/111 do processo n. 12/12 do Colégio Recursal da Comarca de Franca.

28 Trata-se do processo n. 0115880-26.2012.8.26.0000, da 12ª Câmara de Direito Criminal (<http://esaj.tjsp.jus.br/cpo/sq/search.do?paginaConsulta=1&localPesquisa.cdLocal=4&cbPesquisa=NUMPROC&tipoNuProcesso=UNIFI->

rio, em 04 de junho, pôs fim ao estado de exceção e reestabeleceu a normalidade: “Defiro a liminar alvitrada. Examinando os autos, entendo que prudente a suspensão dos procedimentos com relação aos pacientes até a decisão de mérito no pedido de *habeas corpus* interposto na origem. Oficie-se às autoridades policiais e Comando do Batalhão da Polícia Militar da Comarca de Franca, no sentido que as abordagens devem ser dirigidas às pessoas que lei autoriza a ação, e não somente porque mendigo ou morador de rua, devendo ser observado que a busca pessoal somente será procedida quando fundadas razões a autorizarem, em consonância com os artigos 240, § 2º, e 244, ambos do Código de Processo Penal, e artigo 5º, inciso LXI, da Constituição Federal, de modo a não se consumar abordagens arbitrárias pelo simples trânsito dos pacientes em via pública ou mesmo que nela estejam dormitando”.

Posteriormente, em sessão de julgamento no dia 25 de agosto, presidido pela desembargadora Angélica de Almeida, com participação do relator Paulo Rossi, juntamente com o desembargador Vico Mañas, foi proferido acórdão no qual se concedeu a ordem impetrada e convalidou-se a liminar concedida, determinando-se a suspensão dos procedimentos criminais que tramitavam nos Juizados Especiais da Comarca de Franca até a decisão de mérito acerca do pedido de *habeas corpus* impetrado na origem, ou seja, no Colégio Recursal dos Juizados Especiais, garantindo-se, ademais, aos pacientes o direito de ir, vir e permanecer em logradouros públicos, a qualquer hora do dia, não podendo ser removidos contra sua vontade.

O Colégio Recursal dos Juizados Especiais da Comarca de Franca, por sua vez, em sessão de julgamento no dia 25 de setembro, após parecer do Ministério Público subscrito pelo mesmo promotor de justiça, do qual se extrai que os pacientes “... são na verdade meliantes que somente se interessam pelas atividade ilícitas, e que visam sempre tumultuar a tranquilidade e a paz da sociedade, que, por sua vez, se vê obrigada a viver confinada em condomínios e casas equipadas com sistemas de segurança cada vez mais avançados, tornando-se refém de uma situação caótica instalada por marginais perigosos e traiçoeiros”,<sup>29</sup> por maioria de votos, indeferiu a ordem, nos termos do voto da juíza relatora Márcia Christina T. Branco Mendonça, de acordo com o qual haveria ilegitimidade passiva das autoridades apontadas como coatoras, eis que a autoridade coatora

CADO&numeroDigitoAnoUnificado=0115880-26.2012&foroNumeroUnificado=0000&dePesquisaNuUnificado=011-5880-26.2012.8.26.0000&dePesquisa=&pbEnviar=Pesquisar.

29 Cf. páginas 121/123 do processo n. 12/12 do Colégio Recursal dos Juizados Especiais.

seria o juiz corregedor da polícia judiciária e das Varas do Júri, de Execuções Penais e da Infância e Juventude,<sup>30</sup> sendo acompanhada pelo 3º juiz da Turma Recursal, Paulo Sérgio Jorge Filho, restando vencido o 2º juiz da Turma Recursal, Fernando da Fonseca Gajardoni, que votou pela conversão do julgamento em diligência, não enfrentando, outrossim, a questão atinente à não recepção da contravenção penal de vadiagem pela Constituição da República, muito embora a 12ª Câmara de Direito Criminal do Tribunal de Justiça sinalizasse essa apreciação pelo colegiado: "... no que tange à não recepção pela Constituição Federal promulgada em 1988 da contravenção penal por vadiagem (...) tenho que o tema deverá ser sopesado pelo juízo singular, em apreciação ao pedido de *habeas corpus* originariamente impetrado junto ao Colégio Recursal da Comarca de Franca".

Novo *habeas corpus* coletivo foi impetrado pela Defensoria Pública junto ao Tribunal de Justiça de São Paulo, em 26 de outubro, e novamente o desembargador relator Paulo Rossi concedeu liminar para impedir o estado de exceção instaurado no município de Franca, garantindo-se às pessoas em situação de rua o direito à liberdade ambulatória, bem como suspendendo-se os procedimentos criminais referidos.<sup>31</sup> Em seguida, em sessão de julgamento no dia 20 de março de 2013, presidida pelo desembargador Breno Guimarães, com participação e voto dos desembargadores Vico Mañas e João Morenghi, para além do relator Paulo Rossi, foi convalidada a liminar e reconhecida a não recepção da contravenção penal de vadiagem pela Constituição da República: "Alega-se que os pacientes sofrem constrangimento ilegal, pois são abordados pela Polícia Militar fora das situações previstas em lei, somente pelo fato de serem pessoas em situação de rua, e encaminhados perante aos distritos policiais, para a lavratura de termos circunstanciados por vadiagem. Pleiteia-se a cessação

30 O Juiz Corregedor da Polícia Judiciária, do Júri, das Execuções Criminais e da Infância e Juventude da Comarca de Franca, ao prestar informações no processo n. 12/12 do Colégio Recursal dos Juizados Especiais, em 05 de novembro de 2012, confirmou que determinou à polícia militar e civil que fossem "... conduzidos à delegacia de polícia, para registro de B.O. ou lavratura de termo circunstaciado, aqueles, moradores de rua ou não, que estivessem praticando crime ou contravenção penal, para as providências judiciais cabíveis. Aqueles moradores de rua, assim entendidos, aqueles que viviam embaixo de pontes e viadutos, foram encaminhados ao abrigo público. Não tem sentido deixar embaixo da ponte qualquer pessoa, quando a cidade dispõe de abrigo e alimentação para os mais desvalidos e tratamento de saúde adequado ao caso de cada um. A ação da Polícia é legal e se fundamenta no poder de polícia. A Polícia não é inimiga da liberdade. Ao contrário, é uma garantia das liberdades individuais. No caso concreto, não se trata de simples "moradores de rua", mas sim de ladrões e traficantes que não só pedem dinheiro, mas também o subtraem se não atendidos voluntariamente pelas vítimas. Parte deles sequer são habitantes de Franca. Não se pode garantir a ladrões, traficantes e contraventores o "direito de roubar, traficar e vadiar" em nome de uma inexistente ameaça à liberdade individual". Cf. páginas 114/116 do Processo n. 12/12 do Colégio Recursal dos Juizados Especiais da Comarca de Franca.

31 Trata-se do processo n. 0237401-35.2012.8.26.0000, da 12ª Câmara de Direito Criminal (<https://esaj.tjsp.jus.br/cjsg/getArquivo.do;jsessionid=881DD2906CDFE0C3E1D3EC106710BF73.cjsg3?cdAcordao=6611871&vlCapcha=cSqt>).

das abordagens policiais aos pacientes. Admissibilidade. As abordagens policiais vêm sendo dirigidas de modo arbitrário contra mendigos e moradores de rua da Comarca de Franca, sem que sejam observados os preceitos legais para tanto, violando a liberdade de locomoção dos pacientes, o que por si só já autoriza a concessão do *writ*. Convalidada a liminar, ordem concedida. Alega-se, ainda, a constitucionalidade da contravenção penal de vadiagem, prevista no artigo 59 do Decreto-lei 3.688/41, ao argumento que não foi recepcionado pela CF/88 – Questão prejudicial ao mérito do pedido nesta parte. A questão deve ser submetida a julgamento pelo Órgão Especial desta Corte, conforme cláusula de reserva de plenário inserta no art. 97 da Constituição Federal, arts. 481 e ss. do Código de Processo Civil e Súmula Vinculante no 10. Incidente de constitucionalidade instaurado, com remessa ao Colendo Órgão Especial para apreciação”.<sup>32</sup>

Assim, após serem acusados de contravenção penal de vadiagem, os cidadãos em situação de rua em Franca foram condenados, mas não às penas de 15 dias a 3 meses de prisão simples, e sim à liberdade, ou seja, a serem livres e a realizar o projeto existencial que melhor lhes aprovou.<sup>33</sup> Como o paradigma político da exceção e do campo circula, sugere-se e entraña-se por toda a sociedade, com ameaça, ante a possibilidade de seu eterno retorno, de novas catástrofes e tragédias para a vida de homens de carne e osso e, para a própria liberdade ontológica que lhes é patrimônio comum, resta agora o exercício do dever ético da permanente vigilância para poder resistir aos processos de dessubjetivação que estão por vir, não se olvidando aqueles que estão sendo levados a cabo agora e que ainda são imperceptíveis. ♦♦♦

---

32 O incidente de constitucionalidade instaurado ainda não foi objeto de julgamento, de modo que a questão acerca da não recepção da contravenção penal de vadiagem pela Constituição da República ainda não foi definitivamente dirimida pelo Tribunal de Justiça.

33 Na filosofia existencialista de Jean-Paul Sartre, “o homem está condenado a ser livre”. Cf. **O existencialismo é um humanismo**. Trad. João Batista Kreuch. Petrópolis: Vozes, 2010. p. 33. Evidentemente, como bem alertou David Sanchez Rubio, no referido correio eletrônico, em razão da extrema vulnerabilidade social das pessoas em situação de rua, é fundamental que lhes sejam realizados e garantidos direitos humanos fundamentais para que possam escolher, com dignidade, seu projeto existencial. Nessa esteira, há que se ressaltar que após o Seminário “População em situação de rua e políticas públicas”, realizado no dia 22 de novembro de 2012 na cidade, com o apoio da Escola da Defensoria Pública e da Escola Superior do Ministério Público, graças ao apoio do promotor de justiça da área dos direitos humanos, Paulo César Correia Borges, o município de Franca aderiu à “Política Nacional para a População em Situação de Rua” e inaugurou em 11 de setembro de 2013 o Centro de Referência Especializado para a População em Situação de Rua (CENTRO-POP).

## BIBLIOGRAFIA

- AGAMBEN, Giorgio. **O que resta de Auschwitz**: o arquivo e a teste-munha. Trad. Selvino Assmann. São Paulo: Boitempo, 2008.
- \_\_\_\_\_. **Homo sacer**: o poder soberano e a vida nua I. Trad. Henrique Burigo. Belo Horizonte: UFMG, 2007.
- \_\_\_\_\_. **Estado de exceção**. Trad. Iraci D. Poleti. São Paulo: Boitempo, 2004.
- BATISTA, Nilo. **Punidos e mal pagos**: violência, justiça, segurança pública e direitos humanos no Brasil de hoje. Rio de Janeiro: Revan, 1990.
- CAMUS, Albert. **O primeiro homem**. Trad. Teresa da Fonseca e Maria Luiza Silveira. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 2005.
- \_\_\_\_\_.; PIA, Pascal. **Correspondance 1939-1947**. Paris: Fayard; Gallimard: 2000.
- FOUCAULT, Michel. **A coragem da verdade**: o governo de si e dos outros II. Trad. Eduardo Brandão. São Paulo: Martins Fontes, 2011.
- RICOUER, Paul. **A memória, a história e o esquecimento**. Trad. Alain François. Campinas: Unicamp, 2007.
- ZAFFARONI, Eugenio Raúl. **Em busca das penas perdidas**: a perda de legitimidade do sistema penal. Trad. Vânia Pedrosa; Amir da Conceição. 5.ed. Rio de Janeiro: Revan, 2001.

# O Princípio da *Less Eligibility*, a Legalidade na Execução Penal e os Tribunais Superiores

**Patrick Lemos Cacicedo**

*Defensor Público do Estado de São Paulo. Coordenador do Núcleo Especializado de Situação Carcerária da Defensoria Pública do Estado de São Paulo. Mestrando em Direito Penal e Criminologia pela USP.*

## **1 – O PRINCÍPIO DA *LESS ELIGIBILITY* E O CIDADÃO DE SEGUNDA CATEGORIA**

Enquanto mecanismo de produção de sofrimento por meio da privação de liberdade e restrição de direitos, a prisão, desde sua origem até os dias atuais, conta com discursos de diversas ordens que tentam a legitimar, a despeito da revelação histórica de todas as suas mazelas. Ao lado das teorias que justificam essa forma de punição pelas suas funções declaradas de prevenção do crime, sejam as de caráter geral ou especial, permanece em prática um discurso que expõe a prisão em seus aspectos materiais: a *less eligibility*.

Desenvolvido no Reino Unido, a partir do *Poor Law Amendment Act*, de 1834, o princípio da *less eligibility* determina que as condições de vida no cárcere devem ser acentuadamente piores que as condições de vida dos mais precários trabalhadores livres para que preserve seu caráter punitivo e se mantenha devidamente dissuasor diante do custo da opção de delinquir. Com relevante apoio político latente, o princípio revela a realidade da política criminal e penitenciária brasileira em seu percurso histórico.

Com a afirmação histórica dos direitos humanos e o destaque de seu caráter universal, o princípio da *less eligibility* encontrava dificuldades de sustentação oficial e declarada, razão pela qual foi substituído por construções teóricas de caráter mais moderno que tentavam uma vez mais legitimar a diferenciação social no tocante à efetivação de direitos das pessoas presas. Cumpriram esse papel a doutrina alemã da “supremacia especial”, que justificava a existência de espaços livres do direito e regulados por uma relação de sujeição, e a teoria americana das “*hands-off*”, que defendia a impossibilidade de intervenção do Poder Judiciário na esfera de relações reguladas exclusivamente pela Administração Pública, de modo a abonar a omissão jurisdicional na execução da pena<sup>1</sup>.

De fato, às degradantes condições de aprisionamento no Brasil soma-se a omissão do Poder Judiciário em sua função de zelar pelo correto cumprimento da pena (art. 66, VI, VII e VIII, da Lei de Execução Penal). A ausência de intervenção diante da cotidiana violação da dignidade humana confirma o predicado do cárcere como “espaço de não direito”<sup>2</sup> e a legitimação daquilo que se denominou como a construção jurídica do cidadão de segunda categoria<sup>3</sup>.

As constantes violações aos mais básicos direitos fundamentais de correntes das condições de aprisionamento no Brasil corroboram a condição de cidadão de segunda categoria que é emprestada à pessoa presa. O cárcere se apresenta concretamente como um *locus* de relativização da universalidade característica dos direitos humanos, em verdadeira manifestação do estado de exceção no sentido atribuído por Giorgio Agamben<sup>4</sup>.

## 2 – A CRISE DE LEGALIDADE NA EXECUÇÃO PENAL

Por constituir a manifestação do poder punitivo por excelência, a execução da pena deve se submeter a limites próprios dos mecanismos de coerção punitiva. Todavia, o reconhecimento de garantias constitucionais

1 Sobre as duas construções teóricas mencionadas, cf. PAVARINI, Massimo; GIAMBERARDINO, André. *Teoria da pena e execução penal: uma introdução crítica*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011, p. 235 e ss.; PAVARINI, Massimo. *Castigar al enemigo: criminalidad, exclusión e inseguridad*. Quito: Flasco, 2009, p. 127 e ss.

2 Cf. PAVARINI, *op. cit.*, 2009, p. 127 e ss.

3 Cf. RIVERA BEIRAS, Iñaki. *La devaluación de los derechos fundamentales de los reclusos. La construcción jurídica de un ciudadano de segunda categoría*. Barcelona: J. M. Bosch, 1997.

4 Para o autor, o “estado de exceção” não se contrapõe temporalmente ou territorialmente ao estado de direito. Ao contrário, o estado de exceção permeia o estado de direito, mostrando o real poder soberano nas brechas onde as normas têm sua vigência suspensa. Cf. AGAMBEN, Giorgio. *Estado de exceção*. São Paulo: Boitempo: 2003.

contra o poder punitivo ainda não se revela concretamente na execução penal brasileira, especialmente o princípio da legalidade.

A execução da pena no Brasil, notadamente a institucionalizante, representa o exercício do poder punitivo à margem da legalidade em diversos aspectos, constituindo terreno de manifestação constante do sistema penal subterrâneo<sup>5</sup>. A imposição de sofrimento para além do que já lhe é estrutural se verifica tanto na omissão do Estado em cumprir com as determinações positivas de normas nacionais e internacionais de direitos humanos aplicáveis às condições materiais do aprisionamento, quanto no que se refere às práticas violentas de agentes estatais com relação às pessoas presas, especialmente a tortura e maus tratos de toda ordem. O sistema penal subterrâneo encontra solo fértil para manifestação diante da clausura própria da prisão, bem como pela precária fiscalização exercida pelos órgãos competentes e pelo diminuto controle social e comunitário exercido sobre esse ambiente.

Por outro lado, a inobservância da legalidade na execução penal também atinge seu sentido propriamente penal de proteção do cidadão frente ao poder punitivo, conhecido secularmente pela expressão latina *nullum crimen, nulla poena sine lege* e seus consectários.

Nesse sentido, é comum que se justifique a inaplicabilidade do princípio da legalidade e das demais garantias constitucionais a partir da natureza que se atribui às normas da execução penal, seja classificando-as como normas administrativas, seja como processuais, ou mesmo na figura do direito penitenciário. Retirar o caráter penal das normas que regulam a execução da pena tem sido um recurso historicamente utilizado para legitimar todo tipo de arbitrariedade no momento máximo de manifestação do poder punitivo, sendo certo que “as regulações raramente logram limitar de modo eficaz atos de imposição de sofrimento, mas com frequência se cingem a privilegiar exclusivamente a ordem nas instituições totais.”<sup>6</sup>

Diante da produção de sofrimento que se produz por meio da pena, cumpre ao direito o papel de contenção do poder punitivo e promoção da liberdade. Limitar os efeitos degradantes e estigmatizantes da pena é um escopo que só se possibilitará alcançar com o reconhecimento do caráter

5 Sobre o sistema penal subterrâneo, cf. ZAFFARONI, Eugenio Raúl; BATISTA, Nilo; ALAGIA, Alejandro; SLOKAR, Alexandre. *Direito penal brasileiro - I*. Rio de Janeiro: Revan, 2003, p. 69-70.

6 ZAFFARONI; BATISTA; ALAGIA; SLOKAR, *op. cit.*, 2003, p. 296. Prosseguem na crítica os mesmos autores: “o direito penal constrói uma teoria da coerção que tem por objeto conter o poder punitivo no momento declarativo (a individualização judicial), mas não abarca sua realização total sobre a pessoa no mundo (a mal chamada **individualização penitenciária**)”

penal das normas que representem o exercício do poder punitivo sobre pessoas criminalizadas durante a execução da pena.

O conjunto de normas mais sensível à produção de efeitos pelo poder punitivo, visto que mais relacionado diretamente à liberdade, é representado pelas regras que preveem os direitos subjetivos na execução penal (progressão de regime de cumprimento de pena, livramento condicional, remição, indulto, comutação etc.), e por aquelas que regulam as faltas disciplinares.

A predominância dos valores de ordem e disciplina na execução penal aliada à consideração dos direitos subjetivos a ela inerentes como “benefícios” concedidos pelos operadores do direito, fazem com que as normas acima descritas se relacionem a todo tempo em caráter de dependência, já que é o fator disciplinar que determinará a possibilidade de conquista dos direitos e a consequente redução da intensidade do sofrimento da pena. A relação direta dessas normas com a liberdade da pessoa criminalizada não deixa dúvida acerca do seu caráter penal e da consequente necessidade de respeito às garantias constitucionais de contenção do poder punitivo.

### **3 – OS TRIBUNAIS SUPERIORES E A LEGALIDADE NA EXECUÇÃO PENAL**

Se, com relação às condições materiais de aprisionamento, poder-se-ia questionar até que ponto a omissão do Poder Judiciário constituiria ou não um exercício de legitimação do princípio da *less eligibility* em virtude da necessária divisão de responsabilidade com outras esferas de poder, quando se observa o objeto do problema à luz do princípio da legalidade penal, o referido questionamento ganha feições mais concretas. É que, no primeiro caso, tal como ocorre no debate relativo à efetivação dos direitos sociais, cumpriria ao Poder Judiciário determinar a outras esferas de poder a efetivação de direitos, o que não ocorre no segundo caso, em que a garantia do princípio da legalidade depende tão somente da atividade do órgão jurisdicional.

Na execução penal brasileira, o princípio da legalidade tem previsão expressa na seara das faltas disciplinares. Com efeito, o art. 45 da Lei de Execução Penal prevê a anterioridade de previsão normativa da falta para a possibilidade de sanção disciplinar. Os efeitos concretos que uma san-

ção disciplinar implicam na esfera de liberdade da pessoa criminalizada, de fato, reclamam o reconhecimento da natureza penal das normas que disciplinam a matéria, com a consequente aplicação das garantias constitucionais de proteção do indivíduo contra o poder punitivo.

Ademais, os Tribunais Superiores já reconheceram a aplicação do princípio da legalidade na interpretação das normas que regulam os direitos subjetivos na execução penal. Após a declaração de inconstitucionalidade da proibição de progressão de regime de cumprimento de pena para os crimes hediondos, que demandavam o regime integralmente fechado<sup>7</sup>, foi editada a Lei Federal nº 11.464/2007, que alterou os lapsos temporais para a progressão de regime nessa categoria de crimes. Ao agravar o requisito temporal para a progressão de regime em crimes hediondos e com a resistência de se reconhecer a aplicação do princípio da legalidade em seu aspecto da anterioridade por parte dos juízes e tribunais dos Estados, os Tribunais Superiores editaram súmulas de jurisprudência dominante que reconheceram o caráter penal dessas normas<sup>8</sup>.

Todavia, a despeito da previsão expressa da legalidade das faltas disciplinares e do reconhecimento jurisprudencial da natureza penal da normativa que regula a progressão de regime enquanto espécie de direito subjetivo da execução penal, o alcance que o princípio da legalidade registra na fase executiva da pena é extremamente limitado e distinto daquele que se dá nas demais esferas de atuação do poder punitivo.

De fato, a aplicação da legalidade na execução penal brasileira restringe-se, quando muito, à disposição literal prevista no texto constitucional, que representa a faceta da anterioridade. As demais decorrências do princípio da legalidade, como a taxatividade e a proibição do uso da analogia em prol do exercício do poder punitivo, não encontram amparo na jurisprudência pátria. A *less eligibility* na aplicação do princípio da legalidade na execução penal encontra amparo na jurisprudência dos Tribunais Superiores, como se demonstrará nos exemplos que seguem.

### **3.1 - O exame criminológico na progressão de regime de cumprimento de pena: *nullum crimen, nulla poena sine lege scripta***

Fundada sob o viés ideológico da prevenção especial positiva, a Lei de Execução Penal trouxe em seu texto original mecanismos de atuação

<sup>7</sup> STF, j. 22 fev. 2006, HC 82.959-SP, Rel. Min. Marco Aurélio.

<sup>8</sup> STF, Súmula Vinculante nº 26; STJ, Súmula 471.

do corpo técnico por meio de exames e laudos destinados a cumprir os fins declarados da pena. Especialmente no que se refere aos direitos subjetivos da execução penal, como a progressão de regime, a lei exigia que sua análise deveria ser precedida de parecer da Comissão Técnica de Classificação e do exame criminológico, quando necessário.

A prática histórica dos pareceres e laudos destinados a fornecer elementos para a decisão judicial sobre os direitos subjetivos da execução penal demonstrou a forte influência da criminologia de viés médico-psicológico e a consequente legitimação de um padrão moralista edificado na suposta recuperação dos sujeitos criminalizados<sup>9</sup>. A elaboração dos laudos fundada na avaliação e julgamento pseudocientífico da personalidade dos sujeitos criminalizados reforçava a construção e a consolidação de estereótipos<sup>10</sup> com a consequente e constante negativa dos referidos direitos, vez que não raro eram dotados de prognose delitiva.

O discurso clínico-disciplinar na execução penal, no entanto, perdeu força com o advento Lei Federal nº 10.792/03, que excluiu a exigência dos referidos laudos na análise dos direitos subjetivos da execução penal. A partir de então, ao lado do lapso temporal, exigia-se para a progressão de regime tão somente que o sentenciado ostentasse bom comportamento carcerário, comprovado pelo diretor do estabelecimento prisional, conforme a redação vigente do art. 112 da Lei de Execução Penal.

A despeito da natureza materialmente penal das normas que regem a progressão de regime, a exclusão da previsão legal do exame criminológico para a progressão de regime não representou na prática dos tribunais significativas alterações. A exigência de laudo da equipe técnica sobre a personalidade do sujeito e sua prognose delitiva, agora denominado genérica e incorretamente de exame criminológico, continuou quase que como uma norma costumeira.

A possibilidade de se exigir o exame criminológico e utilizá-lo para negar o direito à progressão de regime constitui clara violação à mais básica formulação do princípio da legalidade, pois há mais de dez anos o legislador brasileiro excluiu a elaboração de laudos desse tipo como requisito para os direitos subjetivos da execução penal.

9 CARVALHO, Salo de. "O (Novo) Papel dos 'Criminólogos' na Execução Penal: As Alterações Estabelecidas pela Lei 10.792/03". In, CARVALHO, Salo de (Org.). **Crítica à Execução Penal**. 3º ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007, p. 168.

10 BATISTA, Vera Malagutti. "O proclamado e o Escondido: a violência da neutralidade técnica". In, **Discursos Sediciosos**, v. 03. Rio de Janeiro: ICC/Revan, 1997, p. 77.

Não obstante, os Tribunais Superiores confirmaram a violação da legalidade através de súmulas de jurisprudência dominante<sup>11</sup> e terminaram por corroborar a exigência do chamado exame criminológico, ainda que de modo mais limitado, na execução penal brasileira.

### **3.2 – A interrupção do lapso temporal para progressão de regime de cumprimento de pena pela prática de falta grave no regime fechado: *nullum crimen, nulla poena sine lege stricta***

Para a progressão de regime, deve o sentenciado cumprir determinado lapso temporal de pena no regime anterior e ostentar bom comportamento carcerário, conforme o já citado art. 112 da Lei de Execução Penal. No caso da pessoa que tenha iniciado o cumprimento de pena em regime aberto ou semiaberto, a regressão de regime poderá determinar o reinício da contagem do lapso temporal, diante da exigência legal de seu cumprimento no “regime anterior”. Porém, para além dessa hipótese, não há disposição legal que determine a interrupção do lapso temporal para a progressão de regime.

Contudo, restou consolidada na jurisprudência uma interpretação extensiva do art. 112 da Lei de Execução Penal, que determina a interrupção do lapso temporal para os casos de regressão de regime, ainda que aquele lapso já tenha sido cumprido no regime anterior, como no caso de uma pessoa que tenha iniciado o cumprimento de pena em regime fechado, progredido para o regime semiaberto e, neste, tenha sido condenada pela prática de falta grave. Assim, prevaleceu a violação à legalidade penal e a consequente interpretação extensiva do dispositivo citado, no sentido de que o cumprimento de pena “no regime anterior” sempre deve ser renovado para a próxima progressão de regime, ou seja, o lapso temporal reiniciaria sua contagem como decorrência lógica de ser o novo regime de cumprimento de pena anterior àquele para o qual se deseja novamente progredir. Desta maneira, se o sentenciado comete uma falta grave no cumprimento de pena em regime semiaberto e, como consequência, tem determinada a regressão do regime prisional para o fechado, deve cumprir novamente o lapso temporal neste regime a partir da referida regressão.

---

<sup>11</sup> STF, Súmula Vinculante nº 26; STJ, Súmula 439.

Todavia, quando a falta grave é cometida no cumprimento de pena em regime fechado, podem ser aplicadas todas as consequências previstas na Lei de Execução Penal, como o isolamento, a suspensão e a restrição de direitos, além da perda de dias remidos, mas não se aplica, por impossibilidade lógica, a regressão de regime. Com isso, se a prática de falta grave ocorre durante o cumprimento de pena em regime aberto ou semiaberto, a regressão de regime determinará, pela interpretação extensiva acima referida, o reinício da contagem do lapso temporal para a futura progressão de regime, o que não se verifica na hipótese de falta grave cometida no regime fechado, diante da inocorrência da regressão de regime.

Por isso, quando a falta grave é cometida durante o cumprimento de pena em regime fechado, diante da inocorrência de regressão de regime, o lapso temporal para a progressão de regime não é interrompido, de modo que se aplicam apenas as consequências legais do cometimento da falta disciplinar.

Diante de uma suposta desigualdade no tratamento das consequências da prática de falta grave, que determinariam o reinício da contagem do lapso temporal para progressão de regime somente quando cometidas em regime aberto ou semiaberto, vislumbrou-se a hipótese de estender a referida consequência aos casos de falta grave praticadas em regime fechado, mesmo diante da ausência de previsão legal para tanto.

Trata-se, na verdade, de um recurso à analogia de uma interpretação extensiva da Lei de Execução Penal em prejuízo do sentenciado, que ganhou reconhecimento tanto no Supremo Tribunal Federal<sup>12</sup>, quanto no Superior Tribunal de Justiça<sup>13</sup>, muito embora, neste, o entendimento contrário tenha perdurado por algum tempo na 6ª Turma, justamente sob o fundamento da proibição da analogia *in malam partem*. Discursivamente, a utilização da analogia é negada sob o manto da interpretação sistemática da Lei de Execução Penal, mas, no plano concreto, o que se verifica é um escape retórico para a utilização da analogia em violação direta ao princípio da legalidade.

---

12 STF, j. 22 fev. 2011, HC 106.865-SP, Rel. Min. Ricardo Lewandowski.

13 STJ, j. 28 mar. 2012, EREsp 1.176.486-SP, Rel. Min. Napoleão Nunes Maia Filho.

### **3.3 – A posse de aparelho de telefonia celular – *nullum crimen, nulla poena sine lege certa***

A despeito da previsão expressa do princípio da legalidade na seção que regula a disciplina na Lei de Execução Penal, a taxatividade nunca foi uma característica presente na tipificação das faltas graves. De fato, a normatização das faltas disciplinares na redação original da Lei de Execução Penal se mostra nitidamente vaga e imprecisa, o que sempre deu azo ao arbítrio durante o curso da execução penal no Brasil.

A única falta disciplinar de natureza grave adicionada ao texto original da Lei de Execução Penal foi aquela trazida pela Lei Federal nº 11.466/07, que dispôs sobre a proibição da posse de aparelho telefônico ou semelhantes. Ao contrário da normatização original da Lei de Execução Penal, e sem adentrar na análise da legitimidade ou acerto do legislador quanto à necessidade da inovação, a nova falta disciplinar observou de maneira tardivamente pioneira a taxatividade penal. Com efeito, o tipo disciplinar demanda não só a posse, utilização ou fornecimento de aparelho telefônico, de rádio ou similar, senão que exige também que o referido aparelho tenha capacidade de comunicação com outros presos ou com o ambiente externo.

Acostumados a um ambiente em que a legalidade jamais esteve presente, os Tribunais não souberam lidar com o caráter taxativo da nova norma disciplinar. Diante de um novo contexto que com atraso surgiu, a possibilidade de extensão aos demais tipos disciplinares da garantia da taxatividade se apresentava como uma esperança de contenção do arbítrio que rege a execução penal. Entretanto, diante do caminho que se abria, optou-se pelo retorno às velhas concepções inquisitoriais.

A interpretação que se consolidou nos Tribunais Superiores ignorou por completo a taxatividade da norma: para aplicação da falta disciplinar dispensou-se até mesmo a necessidade de se tratar de aparelho e, por consequência, de sua capacidade de comunicação<sup>14</sup>. Ainda que a previsão legal tenha sido taxativa, a interpretação judicial esvaziou todo o conteúdo da norma, que uma vez mais torna-se incapaz de limitar o poder punitivo na execução penal.

14 Conforme a pacífica jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, os componentes isolados dos aparelhos de telefonia celular são abrangidos pelo tipo disciplinar, como o chip, por exemplo. Nesse sentido, cf. STF, j. 08 out. 2013, RHC 117.985 - DF, Rel. Min. Rosa Weber. No Superior Tribunal de Justiça a situação é ainda mais grave, pois há precedentes de que até mesmo partes não constitutivas dos aparelhos estariam abrangidas na norma disciplinar, como o carregador do aparelho. Nesse sentido, cf. STJ, j. 07 nov. 2013, HC 278.584 – SP, Rel. Min. Maria Thereza de Assis Moura.

## 4 – CONCLUSÃO

O sofrimento produzido pela prisão e a consequente degradação do sujeito criminalizado intensificam-se com a aplicação concreta do princípio da *less eligibility* e a consideração da pessoa presa como cidadã de segunda categoria, reificada.

O cárcere como espaço de não direito e a prevalência dos interesses de ordem e disciplina constituem a base fundamental para a permanente crise de legalidade que caracteriza a execução penal no Brasil. A crise encontra-se estabelecida não apenas pela inobservância das mais básicas normas de direitos humanos relativas às condições materiais do aprisionamento, mas também pela sua faceta estritamente penal enquanto garantia do indivíduo frente ao poder punitivo do Estado, que igualmente não encontra amparo efetivo nos tribunais brasileiros.

Se no primeiro caso discute-se a medida em que a conduta do Poder Judiciário contribuiria para a consolidação da figura do cidadão de segunda categoria, diante da divisão de responsabilidade com outras esferas de poder, no segundo caso a aplicação isonômica do princípio da legalidade durante todas as fases da persecução penal é de responsabilidade exclusiva da atividade judicante, vez que independe de prestações positivas de outros domínios de poder estatal.

Com efeito, a construção jurídica do cidadão de segunda categoria não subsistiria sem o beneplácito do Poder Judiciário, que corrobora a cotidiana violação de direitos das pessoas presas, submetidas a condições de encarceramento absolutamente cruéis e degradantes. Tal fato fica elucidado quando os tribunais aplicam o *less eligibility* também às garantias penais fundamentais, como o princípio da legalidade, de modo a intensificar o sofrimento da pena na medida em que deixa o arbítrio punitivo livre de barreiras na execução penal.

A interpretação conferida pelos Tribunais Superiores ao princípio da legalidade na execução penal permite ilustrar o alcance atribuído aos direitos humanos em relação às pessoas criminalizadas e o papel exercido pelo Poder Judiciário nesse cenário, em cujo palco insiste em se reproduzir a mesma tragédia. ♦♦

## 5 – BIBLIOGRAFIA

- AGAMBEN, Giorgio. **Estado de exceção**. São Paulo: Boitempo: 2003.
- BATISTA, Vera Malagutti. "O proclamado e o Escondido: a violência da neutralidade técnica." In, **Discursos Sediciosos**, v. 03. Rio de Janeiro: ICC/Revan, 1997.
- CARVALHO, Salo de. "O (Novo) Papel dos 'Criminólogos' na Execução Penal: As Alterações Estabelecidas pela Lei 10.792/03". In, CARVALHO, Salo de (Org.). **Crítica à Execução Penal**. 3º ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.
- PAVARINI, Massimo. **Castigar al enemigo: criminalidad, exclusión e inseguridad**. Quito: Flacso, 2009.
- \_\_\_\_\_ ; GIAMBERARDINO, André. **Teoria da pena e execução penal: uma introdução crítica**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.
- RIVERA BEIRAS, Iñaki. **La devaluación de los derechos fundamentales de los reclusos. La construcción jurídica de un ciudadano de segunda categoría**. Barcelona: J. M. Bosch, 1997.
- ZAFFARONI, Eugenio Raúl; BATISTA, Nilo; ALAGIA, Alejandro; SLOKAR, Alejandro. **Direito penal brasileiro - I**. Rio de Janeiro: Revan, 2003.

# Austeridad Económica y Autoritarismo Político: El Peor Escenario Posible

**María José Fariñas Dulce**

*Catedrática de Filosofía y Sociología del Derecho.  
Universidad Carlos III de Madrid.*

*Porque vivimos a golpes, porque apenas si nos dejan  
decir que somos quien somos, (...)  
Estamos tocando el fondo  
Maldigo la poesía concebida como un lujo  
cultural por los neutrales  
que, lavándose las manos, se desentienden y evaden.  
Maldigo la poesía de quien no toma partido hasta mancharse.  
(Gabriel Celaya)*

## DEMOCRACIA EN SUSPENSO

España, igual que la mayoría de países desindustrializados, atraviesa una profunda crisis institucional, debido a casos, a veces coyunturales, otras estructurales, de corrupción política en connivencia con el poder económico<sup>1</sup>, al desgaste de algunas instituciones, la desafección política y el derrumbe de la moral cívica vinculada a lo público, la obsolescencia de leyes esenciales (Ley Electoral, leyes fiscales y la propia Constitución), lagunas legales, como la de la Transparencia y Acceso a la Información Pública, que perpetúan la opacidad y el secreto en el funcionamiento de las administraciones públicas, así como a la persistencia de las oligarquías

1 Según El Índice sobre Percepción de la Corrupción 2013, elaborado por la ONG alemana, Transparencia Internacional, la percepción de la corrupción en España ha caído 10 puntos (de la posición 30 a la 40, en tan sólo un año). Lo cierto es, que la crisis económica ha provocado un mayor debate público sobre una situación de corrupción, que viene de largo. La situación ahora está más expuesta y eso afecta a la percepción sobre la misma.

en la estructuración democrática de la sociedad y de las administraciones públicas. Este contexto ha impedido, y sigue haciéndolo, un completo desarrollo democrático de nuestras instituciones políticas y jurídicas.

Pero también se debe a las consecuencias sobrevenidas de la puesta en marcha de políticas neoliberales introducidas por la globalización, que restringen derechos económicos, sociales y culturales, limitan libertades y dejan a la ciudadanía carente de vínculos de integración y cohesión social, a la vez que desprotegida ante sus necesidades básicas. Nuestras democracias necesitan reformas legislativas fuertes, que refunden el engranche legitimador de la ciudadanía con sus instituciones democráticas. De lo contrario, cada vez será más difícil conseguir el apoyo de amplios sectores de la población, que ven reducido su nivel de vida y frustradas sus aspiraciones de mejora social. Y seguiremos teniendo fuertes resistencias sociales, que derivarán en conflictos políticos. Austeridad económica y autoritarismo político parecen ser cada vez más las características de la actual política europea y española. Pero es, sin duda, uno de los peores escenarios posibles.

La democracia es un proceso abierto y complejo de lucha por la emancipación de todos los ciudadanos. No es una situación estática, sino un proceso con idas y venidas, donde nunca se puede dar todo por ganado, ni todo por perdido. Las expectativas no cumplidas de la democracia representativa, la ausencia total de democracia social y económica, así como los riesgos sobrevenidos por el triunfo global del neoliberalismo económico y del neoconservadurismo político<sup>2</sup>, nos sitúan actualmente ante un problema filosófico fundacional. Las reglas de la democracia están en suspenso. El maridaje feliz entre capitalismo y democracia se ha roto, por la eficacia del capitalismo de “valores asiáticos”, un capitalismo autoritario, sin libertades, ni derechos, ni democracia. Si este es el modelo a seguir, cuando los ciudadanos se vean abocados a renunciar a sus libertades a cambio de promesas de seguridad, o cuando mayoritariamente se acepten políticas de austeridad económica y de privatización de servicios públicos, los derechos y las libertades progresivamente se suprimirán. Y cuando se suprinen derechos y libertades, se atenta directamente contra las bases estructurales de la democracia.

2 Más ampliamente desarrollado en María José Fariñas Dulce, *Mercado sin Ciudadanía. Las falacias de la globalización neoliberal*, Biblioteca Nueva, Madrid, 2005.

Vivimos, pues, momentos de *desdemocratización* de la democracia<sup>3</sup>. La situación actual no responde a un avance en la democratización de las sociedades, sino a un retroceso democrático, que puede afectar gravemente a las estructuras políticas de la modernidad, en las que todavía vivimos, alterando las relaciones entre la ciudadanía y el Estado.

Las aportaciones científicas y técnicas de la mano de las nuevas tecnologías (ICT) se quedan escasas, porque estamos ante cambios fundamentales, que afectan a los consensos básicos de las sociedades modernas. El escenario es de un tránsito paradigmático, que nos obliga a adoptar una nueva concepción del mundo, una epistemología para toda la humanidad. Con los datos aportados desde los diferentes conocimientos científicos y con los instrumentos tecnológicos, hemos de ser capaces de definir qué mundo queremos, qué dignidad y qué tipo de seres humanos, cómo articulamos nuestras sociedades. La cuestión inmediata está en saber, si seremos ahora capaces de construir una alternativa cívica y política desde los diferentes sectores, que aparecen como víctimas del sistema actual.

## DERECHIZACIÓN DE LA SOCIEDAD

La nueva derecha neoliberal de Europa lleva años ganando la batalla electoral a la izquierda. Ha sido capaz de captar el voto de las clases medias y bajas (trabajadoras y populares), que han sufrido en las últimas décadas los efectos negativos de la globalización económica y de la gestión política de la crisis financiera. Lo ha conseguido, especialmente, entre los excluidos económica y culturalmente de la sociedad, los sectores de electores primerizos y entre el colectivo cada vez más amplio de los desclásados<sup>4</sup> o ciudadanos que han descendido de clase social. Y lo ha hecho con un discurso populista y autoritario, que lanza mensajes simples, provincianos (en ocasiones *euroescépticos* e, incluso, *euro fóbicos*) y supuestamente tranquilizadores, pero que no aborda directamente el debate socioeconómico en la discusión política, ni aporta soluciones.

3 La democracia es un proceso que genera tensiones continuas entre “democratización y desdemocratización”, en opinión de Charles Tilly, *Democracy*, Cambridge University Press, 2007.

4 El *desclasamiento* es un concepto complejo. Pueden distinguirse dos tipos de desclasamiento: uno es el que sucede durante la vida laboral después de la pérdida de un empleo; y otro es intergeneracional: afecta a los trabajadores que no han conseguido mantener la posición socio-profesional de sus padres. Cf. Camille Peugny, *Le Desclassement*, Ed. Grasset, Francia, 2009.

Cuando los ciudadanos dejan de tener puntos de referencia sólidos y surge un líder, que fija una línea y da pruebas de autoridad sobre los problemas sencillos, con soluciones falsamente disfrazadas de eficacia, tiene mucho ganado. Además, si los ciudadanos están distraídos, no se fijarán en lo importante, se dejarán enredar en peleas que no son las suyas, preferirán la obediencia cómoda y, encima, perderán su libertad. La libertad, en cambio, nos mantiene siempre en guardia, ante el poder y ante nuestras propias debilidades. No en vano, los derechos de libertad nacieron en el inicio de la *modernidad* como *límites* al poder establecido. Sin libertad no hay revolución posible.

A la vez, este discurso neoliberal y conservador alienta sin complejos la estigmatización del inmigrante y/o diferente (el “chivo expiatorio”) como foco de los males de nuestra sociedad, con la finalidad de distraer y canalizar la insatisfacción social y económica de los ciudadanos hacia un odio cultural o religioso, justificando así el mantenimiento y la protección del *statu quo*. Se pretende sustituir el actual resentimiento económico por un inducido resentimiento culturalista. De esta manera, las cuestiones socioculturales y de identidad religiosa han ido tomando cada vez más protagonismo en el discurso político, enfrentando a derecha e izquierda, y en una opinión pública que se encuentra dividida en torno al tema religioso (fundamentalmente en relación con el Islam) como cuestión identitaria de los inmigrantes. La *nueva derecha* pretende monopolizar este asunto, cooptarlo electoralmente, y hacer de él un problema para la identidad nacional y para la seguridad de nuestras sociedades.

Esta *derecha* habla de la recuperación de valores tradicionales, vinculados a la ley, la moral y al orden, de seguridad ciudadana, de disciplina social, nacionalismo económico y de recuperar la hegemonía étnica y moral de los Estados, en especial frente a la inmigración o frente a quienes se salen de la normalidad establecida (homosexuales, transexuales, gitanos, musulmanes, pobres, marginados, *indignados*...). Se trata de un enfoque conservador, *caciquil* y *provinciano*<sup>5</sup>, basado en el miedo y en la regresión individual y colectiva, que no duda en acudir a la política de las *tripas*, agitando irracional y visceralmente los sentimientos colectivos de las personas y sus frustraciones individuales. Todo esto lesiona gravemente la estructura democrática de la sociedad.

---

5 Para Fernando Pessoa, “el provincianismo consiste en pertenecer a una civilización sin tomar parte en el desenvolvimiento superior de ella...” : “El provincianismo portugués”, Artículo publicado en **Notícias Ilustrado**, Nº 9, serie II, Lisboa, 12/9/1928.

Esgrimir riesgos une a la gente, la moviliza y crea lazos comunitarios, como mecanismos de defensa<sup>6</sup>, basados en las emociones y no en la racionalidad. Manipular políticamente los riesgos, provocando miedo y alarma social, permite alcanzar objetivos espurios, que con el correcto funcionamiento de las instituciones democráticas nunca se podrían alcanzar, ni siquiera plantear. No se debería olvidar, que este tipo de populismo, basado en el alentamiento del miedo, la inseguridad o la xenofobia, se sitúa en una zona gris entre la democracia y el autoritarismo, donde proliferan las pulsiones totalitarias o fascistas. Provoca, además, en las personas un cierto *autoritarismo difuso*, tras el que se pueden ocultar tanto elementos racistas, como clasistas, algo que ya ha prendido en varios países de Europa, como lo demuestra el auge electoral de los partidos de extra derecha.

Todo esto se instrumentaliza electoralmente, incardinando un cierto conservadurismo de una clase trabajadora “satisfecha” contra los efectos negativos de la globalización económica y financiera, con un conservadurismo católico y de derechas contra una sociedad caracterizada por la diversidad creciente, que ni acepta ni quiere comprender, para no perder su hegemonía social, cultural y, especialmente, económica. Este tipo de discurso político lleva años buscando la derechización de la sociedad, y en particular de las clases populares y trabajadoras, pero también de las clases medias que son las que sufren más, y también temen más, el proceso de *desclasamiento* o de descenso socioeconómico. La alianza está funcionando: de 28 países europeos, 22 están ahora en manos de gobiernos conservadores de derechas y/o de la derecha extrema.

Los partidos socialistas y socialdemócratas europeos adoptaron, erróneamente a mi juicio, una postura convergente hacia la derecha en la escisión sociocultural de nuestras sociedades. Sin embargo, la batalla electoral la siguen perdiendo en este terreno. No han sido capaces de articular un discurso socioeconómico alternativo, superador de la escisión sociocultural e identitaria, que se ha producido en los países desindustrializados. Ni han sabido buscar alternativas a los dictados de los mecanismos financieros, ni frenar sus especulaciones, como tampoco articular nuevos pactos sociales en defensa de la integración social y de la cohesión econó-

<sup>6</sup> Ulrich Beck, *Una Europa alemana*, Paidós Ibérica, 2012, señala que esta estrategia de manipular la amenaza de los riesgos que nos rodean, como técnica política de gestionar el miedo de la gente para conseguir usos objetivos no queridos por la ciudadanía, se ha convertido ya en un “arma de amedrentamiento masivo”. A este nuevo “monstruo político” lo denomina Beck, como *Merkialvelo*, mitad Merkel, mitad Maquiavelo.

mica. Y, consecuentemente, no han sido capaces de articular una defensa contundente de las estructuras democráticas frente a las nuevas gramáticas del poder mundial. Han vaciado de contenido su ideario político y han provocado, que la izquierda perdiera una buena parte de sus señas de identidad, perdiendo también la conexión con sus bases electorales.

La política tiene una función pedagógica ineludible a la que la izquierda no puede, ni debe renunciar. Los partidos socialistas deberían hacer una apuesta fuerte en defensa de la recuperación democrática, de la integración y de la cohesión socioeconómica de todos, sin importar el lugar de nacimiento ni la opción moral de cada uno. Pero no sólo una defensa de la democracia liberal, que a veces se reduce a implementar el derecho de sufragio y una mera gestión de cosas y personas, sino también de la democracia social y económica, todavía pendientes. En definitiva, recuperar la estructuración democrática de la sociedad, que ha sido cooptada en las últimas décadas por un *parlamento virtual* de prestamistas y especuladores al servicio de los intereses particulares del poder económico y financiero hasta el punto de convertir la actual gramática del poder en un juego de suma cero entre acreedores y deudores.

Este sigue siendo el gran déficit de nuestras sociedades, y debería ser de nuevo el ideario socialista y de la izquierda en general, donde la seguridad no se vincule sólo al orden y a la autoridad, sino primordialmente a la redistribución económica, a la universalización de la educación, a la igualdad material, al reparto solidario de bienes y recursos y a la preservación de los espacios comunitarios y de las prestaciones públicas. Los partidos socialistas y la izquierda, en general, deberían recuperar sin ambages la cuestión socioeconómica y el discurso social en el debate político, así como el control normativo de la política democrática.

## DEMANDA DE VALORES

Los Estados democráticos modernos han hecho dejación en las últimas décadas de su poder ideológico, quedándose sólo con el poder coercitivo. Este sí que es *el problema*. Y la consecuencia más inmediata del mismo es que, incluso, una incipiente salida de la recesión económica no garantiza el fin de las políticas de austeridad. Confirmando, así, que la austeridad no es sólo una respuesta coyuntural ante la crisis, sino que representa un cambio ideológico profundo en la actividad política, que

comenzó antes de la explosión de las burbujas financieras. Es la puesta en marcha de un proyecto ideológico neoconservador y neoliberal de las oligarquías empresariales mundiales y los poderes hegemónicos. Esto dificulta, sin duda, una renovación del discurso social por parte de los partidos socialistas, así como una recuperación del control normativo del poder ideológico por parte de la política democrática.

El reto de la izquierda del siglo XXI está en tomar conciencia de un cierto estado de *depresión colectiva* o de *tedio cívico* frente a la euforia neoliberal del consumo y de la producción destructiva de desigualdades. La desigualdad socioeconómica está produciendo también desigualdad política, civil, territorial, así como nuevas manifestaciones de un cierto racismo *difuso* dentro de la sociedad. Gestionar las desigualdades crecientes, recomponer los sistemas de protección social y habilitar nuevos espacios públicos y comunitarios de debate democrático, deberían ser los grandes retos políticos de siglo XXI.

Pero también lo debería ser, la gestión de las emociones difusas y de las demandas expresivas de reconocimiento político, inclusión social y autonomía personal, que alientan los diferentes tipos de protestas y movilizaciones sociales de la *indignación*. No se trata sólo de dar una inmediata respuesta a las, a veces urgentes, demandas materiales (derivadas de la creciente precariedad laboral y salarial), qué también, sino de saber afrontar las demandas de valores y, especialmente, las demandas democráticas del ideal igualitario y de utopías a medio plazo. En definitiva, dar respuesta a las necesidades democráticas y éticas de la sociedad.

## LA PRIVATIZACIÓN DEL VÍNCULO SOCIAL

Las actuales políticas de austeridad tienen como consecuencia la privatización de servicios públicos y la reducción al mínimo de los derechos sociales. Este tipo de respuestas ante la crisis económica se corresponde con una estrategia ideológica. Por ello, aquellas no son coyunturales, sino que persiguen un cambio de modelo, cuyos pilares son la desaparición del Estado Social, un Estado privatizado y corporativo<sup>7</sup>, políticas asistenciales

7 Cfr. James K. Galbraith, *The Predator State. How Conservatives Abandoned the Free Market and Why Liberals Should Too*, The Free Press, New York, 2008, quien afirma que “desde hace años el Mercado está viciado, capturado por depredadores económicos disfrazados de neoliberales. Esto ha dado lugar a un sistema económico en el cual sectores enteros han sido creados para aprovecharse de los sistemas públicos originariamente creados con propósitos públicos y para servir, en gran medida, a la clase media”.

en la pobreza (*políticas de pobres*), un sistema jurídico más represivo que garantista (enfocado en el *derecho penal del enemigo*), priorización de la defensa de la seguridad física de los individuos frente a la seguridad y libertad de los ciudadanos (de nuevo el *hobbesiano* dilema entre seguridad *versus* libertad) y represión de la disidencia y la protesta social.

De esta manera, se trunca el proceso de emancipación social de los ciudadanos, a cambio de políticas asistenciales. Con ello, se fragmentan las bases de los vínculos sociales como primer paso para su privatización. La promesa de la utopía liberal del *libre mercado* ha sido utilizada por el neoliberalismo y sus depredadores económicos como coartada para la privatización (o transferencia indebida de lo público a lo privado), rompiendo así un cierto equilibrio entre economía y sociedad, que había funcionado tras el consenso socialdemócrata después de la II Guerra Mundial.

Más allá de las coyunturales crisis financieras, estamos asistiendo a un ajuste neoliberal en lo económico y neoconservador en lo político al ámbito material de las constituciones democráticas de la posguerra, especialmente sobre los derechos laborales y los derechos económicos, sociales y culturales. El neoliberalismo del siglo XXI ha dado al traste con el valor de la solidaridad pública y, al privatizar derechos sociales como la educación o la sanidad, está incrementado y profundizando la desigualdad socioeconómica. El resultado está siendo demoledor para las clases trabajadoras y populares, que ven como sus rentas laborales disminuyen, sus condiciones laborales se precarizan, sus derechos se desprotegen y las promesas de ascenso social se frustran. Esto, junto al rechazo evidente de la oligarquía a contribuir a las arcas públicas y a los gastos comunes, está convirtiendo la crisis económica en una crisis de derechos y, consecuentemente, en una amenaza para la democracia. Porque tras el ataque a los derechos económicos y sociales, se va también contra los derechos civiles y políticos. Y con ello, se ataca directamente a la estructuración democrática de las sociedades.

La privatización de los vínculos sociales y la ruptura de los mecanismos de integración social tienen una consecuencia directa, que afecta al compromiso de la ciudadanía (precarizada y asustada) con las normas. Generan una ausencia de compromiso ético con las normas y los valores que las sustentan, destruyendo las bases morales de la ciudadanía (especialmente la clase media), y provocando un individualismo sistémico, basado en el cálculo de las ventajas individuales obtenidas dentro de un grupo social.

## DEMOCRACIA INCOMPLETA VERSUS DEMOCRACIA INTERRUMPIDA

El proceso de democratización de las sociedades modernas se encuentra estancado y se ha convertido en un proceso incompleto e inconcluso. La democracia no ha conseguido llegar plenamente al ámbito de la empresa, ni al aparato administrativo. Subsisten numerosos poderes privados, opacos y secretos (*arcana imperi*), que la democracia moderna no ha conseguido democratizar, visibilizar, ni siquiera hacer que su gestión fuera transparente. Subsiste un gran número de excluidos y marginados de la promesa moderna de la universalidad de los derechos y de la ciudadanía. Y, como dijo Castoriadis, si no participan *todos* (la *paideia* democrática), es la estructura democrática de la sociedad la que se debilita<sup>8</sup>. También la opacidad y el corporativismo siguen señorando muchos espacios de la administración pública, fundamentalmente, de la administración de justicia.

La educación cívica, pública y laica, como promesa de emancipación de la ciudadanía, de empoderamiento y de capacitación para pensar y decidir libremente, tampoco ha conseguido sus objetivos. Al contrario, la educación *burguesa* ha perpetuado las desigualdades, condenando a muchos al ostracismo del silencio o la reproducción de la cultura hegemónica. El derecho a la educación pública nació en la Modernidad occidental con la pretensión de dotar a la ciudadanía (y especialmente a las clases populares) de los instrumentos cognitivos y culturales indispensables para formarse autónomamente objetivos, ideas, preferencias. No ha conseguido plenamente estos objetivos y, actualmente, se encuentra en vías de privatización, siendo entonces los proveedores privados los que suministraran la educación para los que tengan solvencia económica para consumirla. La democracia moderna no han conseguido alcanzar un carácter social, ni económico.

Además, este proceso inconcluso se ha visto bruscamente interrumpido por la fuerza compulsiva de unos hechos llevados a cabo por el asalto neoliberal y oligárquico al poder democrático en las últimas décadas<sup>9</sup>. El maridaje feliz entre capitalismo y democracia, efímeramente

8 Esto se corresponde con la idea de que “no puede haber sociedad democrática sin paideia democrática”, defendida siempre por Cornelius Castoriadis, “La democracia como procedimiento y como régimen”, en *Leviatán*, 62, 1995.

9 Un interesante relato sobre la ofensiva de las oligarquías empresariales y financieras a los logros democráticos del constitucionalismo de los derechos y la consecuencia de la misma en nuestras sociedades occidentales, se puede encontrar en Gerardo Pisarello, *Un largo Termidor. La ofensiva del constitucionalismo antidemocrático*, Editorial Trotta, Madrid, 2011.

anunciado por Francis Fukuyama<sup>10</sup>, está pasando por una profunda crisis, que puede conducir a un divorcio con el capitalismo como parte triunfante. Fukuyama vaticinó el triunfo total de la democracia liberal en lo político (gobierno representativo) y en lo económico (libre mercado) sobre otras formas de organización político-económicas. Su profecía fue una de las más efímeras en la historia de la filosofía política, porque la fuerza compulsiva de los hechos, derivados, entre otros, de la eficacia del capitalismo chino, está dando al traste con aquella. Ahora bien, la convergencia con un capitalismo de “valores asiáticos”, sí supondría el “fin de la Historia”, al menos el fin de la cultura occidental de la Ilustración, los derechos humanos y las libertades, en cuanto código de justicia de las democracias modernas.

La puesta en marcha del proceso de globalización neoliberal ha tenido como consecuencia la consolidación de nuevos centros o polos de poder, así como de nuevos actores sociales con capacidad para ejercer poder real y autónomo (un mundo multipolar o, incluso, *apolar*<sup>11</sup>). Sus intereses son particulares y privados. La democracia está derivando hacia la plutocracia y la política se ha convertido en una mera gestión *tecnócrata* de cosas y personas al servicio de aquellos intereses. La alarma está encendida.

Atrás han quedado los intereses generales y públicos, la defensa del bien común y del *bienestar* de los ciudadanos y, por lo tanto, la política democrática ha perdido su dimensión utópica de emancipación social. Es necesario recuperar esto, porque los seres humanos somos seres utópicos y los ciudadanos somos sujetos morales. No podemos perder, por tanto, la esperanza, ni la visión crítica, ni las utopías como ideas regulativas de la acción social y política.

## **RESISTIR PARA REGENERAR LA DEMOCRACIA: UNA DEMOCRACIA POST-NEOLIBERAL**

El objetivo es regenerar la cultura democrática, que desde hace tiempo da nuestras de obsolescencia, cansancio y agotamiento. Y esto solo puede venir de la mano de un proceso colectivo, con implicación ciudadana, comunitaria y local.

Pero, ¿hay futuro para la democracia? Creo que sí, y hay futuro, porque el presente es de batalla. Estamos en plena “guerra civil” democrática,

10 Cfr. Francis Fukuyama, *El fin de la Historia y el último hombre*, Ed. Planeta, 1992.

11 Un mundo “no polar es aquel dominado no por uno o dos o, incluso, varios, sino por docenas de actores que poseen y ejercen diversos tipos de poder”: Richard Hass, “La era de la No Polaridad”, en *Foreign Affairs*, nº 3, v. 8, p. 44-56.

por eso no existe la serenidad suficiente para construir un discurso estratégico desde lo público y desde la dimensión normativa de la política, que sea capaz de regenerar la democracia. Estamos en una situación de tensión, en la que es necesario construir hegemonía democrática frente a la hegemonía neoliberal de los monopolios globales y sus lobbies financieros<sup>12</sup>.

Por ello, dar cauce adecuado a la protesta social es uno de los retos inmediatos. La represión y criminalización sin más, no es la solución. La esencia de la democracia reside en la capacidad de disenso que tienen los ciudadanos, incluyendo todas las opciones posibles. Las nuevas protestas sociales reclaman una democracia desde la diversidad, desde la calle y desde una economía sostenible. Uno de los grandes retos políticos del siglo XXI está en gestionar satisfactoriamente las emociones difusas y las demandas expresivas de reconocimiento, igualdad e inclusión social que alientan los diferentes tipos de protesta social en las calles y desde las calles.

De momento, las opciones autoritarias y represivas de la protesta social reflejan un claro estado de ánimo: no se quiere que la calle sea un espacio democrático de ejercicio de derechos de ciudadanía. Al contrario, se pretende convertir la protesta social en un conflicto policial, llegando incluso a intentar la *militarización* de los conflictos sociales. En España, el desafío del nuevo sistema de penas y medidas de seguridad, recogidas en el anteproyecto de *Ley para la Protección de la Seguridad Ciudadana*, abre un futuro incierto para las libertades y para la democracia. ¿Implica esto, que se está legislando por encima del Estado de Derecho? ¿O, incluso, con este tipo de legislación no se estaría creando un problema donde no lo hay?

No son leyes para resolver, sino para provocar. Este tipo de leyes son *innecesarias*, a mi juicio, porque no existe ninguna demanda social que las justifique, sino todo lo contrario, están siendo utilizadas como instrumentos de lucha ideológica por los gobiernos autoritarios., con el fin de asustar a la ciudadanía. Es su respuesta ante la actitud bastante ejemplar de una *ciudadanía indignada*, que lleva años soportando medidas de austeridad económica, de recortes de derechos, de bajadas salariales junto con escándalos de corrupción política y económica. En definitiva, esta es su manera de asentar las bases del autoritarismo antidemocrático, criminalizando los conflictos socioeconómicos y convirtiéndolos en cuestiones de orden público.

12 Actualmente, los lobbies financieros tienen más poder que los gobiernos. Son los instrumentos de los que se valen los grandes bancos y firmas financieras para presionar a los gobiernos en defensa de un sistema financiero inestable pero que les beneficia, sin una regulación que prevenga sus riesgos, y que en gran medida no sirve a la economía productiva y la creación de riqueza. Cfr. Juan Hernández Viguera, **Los lobbies financieros, tentáculos del poder**, Clave Intelectual, Madrid, 2013.

Uno de los éxitos del capitalismo neoliberal, resultado también de los fracasos revolucionarios de antaño, es la condena como totalitaria de toda acción colectiva consciente, cuyo objetivo sea imponer cierto control social. Ha ganado la visión liberal de que es mejor construir socialmente un mecanismo (el mercado) y dejarlo operar ciegamente, aunque nos lleve a la catástrofe ecológica, a la pérdida de derechos y libertades o a crisis financieras cíclicas. Para frenar esta deriva destructiva y productora compulsiva de desigualdades, necesitamos recuperar una cierta dimensión colectiva de los proyectos emancipadores<sup>13</sup>. Pero no se trataría de una simplista vuelta a las experiencias colectivas marxistas o comunistas, ni de reivindicar acríticamente el socialismo clásico, sino de ser capaces de construir nuevos activismos de resistencia frente al neoliberalismo económico y al autoritarismo político globales.

Es imprescindible explorar las prácticas colectivas de disidencia y las nuevas maneras de emancipación, desde los márgenes de los excluidos socialmente, construidas desde la excentralidad cultural<sup>14</sup>, política y epistémica. Es, precisamente, “en los márgenes de la sociedad donde se ha fraguado y sigue fraguándose hoy las grandes transformaciones y los cambios de paradigmas en la forma de creer, de pensar y de vivir”<sup>15</sup>. Los cambios los han impulsado siempre los que no están bien, los excluidos, los marginados, los oprimidos. Además, son más. Solo es necesario que se atrevan a usar su libertad, porque sin el ejercicio de la libertad, no hay revolución posible.

Una resistencia democrática ha de tomar conciencia del estado de hastío y de *depresión colectiva*, existente frente a la euforia neoliberal del consumo y de la concentración de poder. Además la democracia solo funciona cuando se mantiene un cierto equilibrio de poderes. Se necesita también “cultura democrática”, así como un carácter democrático social y comunitario. Pero esto no se puede articular ya en torno a las ONGs o a los movimientos clásicos de la sociedad civil, que vivían de las subvenciones públicas o de la *filantropía* empresarial. Las políticas de austeridad han dado al traste con las políticas de subvenciones públicas. Parece que ya no hay dinero para estos fines. Está por ver, si la sociedad civil es ahora capaz de rebotar y empoderarse al margen o, incluso, frente a un Estado débil.

13 Cfr. Slavoj Zizek, *En defensa de las causas perdidas*, Madrid, Akal, 2011. La tesis básica de este libro, denso y complejo, es que el fracaso histórico de los proyectos revolucionarios emancipadores impide que veamos las aportaciones positivas de sus relatos, que ahora podrían ser útiles para construir movimientos de resistencia.

14 Cfr. Juan José Tamayo y María José Fariñas, *Culturas y religiones en Diálogo*, Madrid, Ed. Síntesis, 2007.

15 Juan José Tamayo, *Cincuenta Intelectuales para una conciencia crítica*, Fragmenta Editorial, Barcelona, 2013, p. 20.

La lógica del beneficio sin límites ha ido destruyendo en las últimas décadas las bases de la solidaridad social y del orden moral que las sustentan. Pero sin un orden moral aceptado, las personas no están en condiciones de comportarse como *ciudadanos* (personas con derechos, obligaciones y compromisos). Y una acción pública para poder reconstruir el orden moral requiere de *ciudadanos*, no de personas cuyo individualismo implica un rechazo de la política como tarea colectiva. La democracia nos obliga a ser muy exigentes con nosotros mismos como ciudadanos, y no sólo con los políticos. Los políticos gobernantes y partidos políticos tradicionales no pueden, ni deberían, convertir sin más en la cabeza de turco de los males de la democracia. *Todos* somos responsables de una necesaria renovación de las políticas democráticas y de ejercer una resistencia crítica, a pesar de que ésta haya sido gravemente dañada por los efectos destructivos de las políticas neoliberales, *fragmentadoras* del vínculo social

El reto ahora está en poder ir construyendo una *política de la ciudadanía y desde la ciudadanía*. Pero se necesitan espacios de reflexión. Los sistemas de intermediación política y social están obsoletos. En las redes sociales, en las plataformas ciudadanas se puede encontrar otra manera de hacer política y de expresar las demandas: una democracia más participativa, *real*. ¿Será este el camino para llegar a construir una democracia ciudadana post-neoliberal? ¿Dejará, por fin, la democracia de ser un asunto de élites (*los apocalípticos*), como lo ha sido hasta ahora, para llegar a ser una democracia de masas (*los integrados*)<sup>16</sup>?

Lo cierto, es, en mi opinión, que estamos en la encrucijada histórica de *democratizar* la democracia, reforzando las redes de la confianza interpersonal, frenando el sistema de producción de desigualdades de todo tipo y estableciendo sistemas de regulación y de control político, capaces de limitar los centros de poder coactivo autónomo, tanto *arcanos*, como los nuevos *polos* de poder surgidos tras la irrupción de la globalización neoliberal. ♦♦

---

16 Parafraseando a Umberto Eco, **Apocalípticos e Integrados**, Liberduplex, Barcelona, 3<sup>a</sup> edición, 2011.

# O Cinismo da *Homeostase*. Ou: Para uma Democracia que *Ousa* *Dizer seu Nome*

**Gabriel Antinolfi Divan**

*Doutorando e Mestre em Ciências Criminais pela PUC-RS. Professor de Processo Penal e Criminologia da Universidade de Passo Fundo – UPF/RS.  
Advogado Criminalista.*

*“Al fin se vio libre de aquella prisión humana, dura y olorosa a sudor, se apresuró y se alejó enseguida. Ya era de noche. Tomó su cerveza sorbo a sorbo. Ya no sabía a vinagre. Es así. El ser humano se acostumbra a todo. Si todos los días le dan una cucharada de mierda, primero hace arqueadas, después él mismo pide ansiosamente su cucharada de mierda y hace trampas para comer dos cucharadas y no una sola”*

Pedro Juan Gutiérrez, **El Rey de La Habana**<sup>1</sup>

Há uma espécie de *ressaca* proveniente da adoção formal dos preceitos democráticos no Brasil pela carta cidadã de 1988. Em realidade, trata-se de uma prática - e a *ressaca* correlata – que não é exatamente proveniente do marco constitucional-democrático, mas encontrou nele um nicho e uma base de sustentação tão ricos quanto improváveis.

A assunção de figuras conceituais como o espectro de um ‘estado democrático’ (de direito) e as ‘condensações’ principiológicas que dele decorrem, e em torno dele gravitam, passou, nessa quadra histórica, a ser pano de fundo para um tipo bastante peculiar de *sofisma*: a ideia de que alguns pontos sólidos de clivagem democrática possam ser *indiscriminadamente* utilizados para a defesa e a sustentação legítima de ideais visivelmente antidemocráticos e incondizentes diante da própria principiologia que os sustenta.

<sup>1</sup> GUTIÉRREZ, Pedro Juan. **El Rey de La Habana**. Barcelona: Editorial Anagrama, 3 ed., 2008, p. 84.

Vivemos em um país que, mal assumindo, jurídica e politicamente, as propostas e as bases ideológicas contidas na ideia do direcionamento constitucional, já adquiriram certa (i)maturidade canhestra. Traduzem-se e interpretam-se algumas pedras fundamentais constitucionais à moda do velho clientelismo, do tradicional fisiologismo político e de uma antiga versão de patrimonialismo tal ideologia dominante que – é inegável – a própria essência de nossa Constituição visou combater e expurgar. Vivemos em uma era onde a *liberdade* como valor constitucional é quase sempre verificada enquanto uma *liberty* econômica<sup>2</sup>, e raramente como uma *freedom* em seu mais fundamental e amplo sentido. Vivemos em um momento triste onde os poderes constituídos não apenas estimulam, permitem, como também solidificam posicionamentos que transformam alguns dos mais caros preceitos fundamentais da carta política em um teatro do absurdo, e as *prerrogativas* (e *liberdades*) passam a ser verdadeiramente invocáveis como escudo quando de ataques visíveis às próprias bases (e à própria *liberdade*).

Quando a liberdade está atrelada à *ordem*, e mais, a um específico conceito de *ordem* que é epiderme de um *leitmotiv* que precisa de encobrimento quando não ousa assumir quem é (ou a serviço de quem está<sup>3</sup>), estamos esfacelando preceitos em nome de outros – e o pior: buscando logros que convençam o público do picadeiro do contrário.

É preciso que se compreenda, de uma vez por todas, que a Constituição não é um espaço simplesmente neutro de exercício de ‘liberdades retóricas’ em grau irrestrito e indiscriminado (e descomprometido de alguns posicionamentos e pontos de partida bem definidos), tanto quanto a ‘democracia’ não é justificativa última e autista para toda e qualquer coisa.

2 “Desde a ascensão monetarista, fundamentalmente com Hayek e Friedman, o discurso ganhou um significante verbete: ‘liberdade’ (...) ao Estado, compete retirar os entraves de uma economia que deve funcionar livremente conforme as leis do mercado. Este discurso surge para (re)legitimar as desigualdades de sua matriz, dado que fundadas na propriedade privada, excluindo por definição (um é proprietário enquanto os outros não) e na liberdade de contratar. O discurso de clara estrutura religiosa, da fé no mercado, neutraliza a ‘justiça da desigualdade’, carro chefe e latente do discurso neoliberal da ‘igualdade’. Conta, também, com sua ‘Inquisição’, ou seja, seu braço armado que se encarrega de ‘excluir’ os dissidentes, os ‘hereges’, como bem demonstra Naomi Klein. Com efeito, Hayek é um autor extremamente sedutor no encadeamento lógico de suas proposições. Coloca a concepção de ‘liberdade individual’ como significante primeiro para depois deslizar nos significantes sem perder este princípio, verdadeiro dogma. A noção manipulada de ‘liberdade’ irá permear toda sua construção teórica de ‘ordem espontânea’, via mercado”. MORAIS DA ROSA, Alexandre. “Crítica ao discurso da Law and Economics. A exceção econômica do direito” in MORAIS DA ROSA, Alexandre. LINHARES, José Manuel Aroso. **Diálogos com a Law & Economics**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009, p. 39.

3 Cf. HAYEK, Friedrich. **Direito, Legislação e Liberdade: uma nova formulação dos princípios liberais de justiça e economia política**. Trad. Ana Maria Capovilla et al. São Paulo: Visão, 1985, p. 36 e seguintes.

A esfera pública nacional – e nisso incluem-se os atores jurídico-políticos e suas considerações cogentes e inescapáveis sobre a interpretação constitucional incidente em todo o sistema - parece ter entendido (na esteira do bom e velho ‘*jeitinho*’) a ordem do dia pela metade. E sempre, logicamente, pela metade que (lhe) importa na casuística – o que não impede de a interpretação virar do avesso e as bases do discurso serem aquelas diametralmente opostas dependendo da sua posição, ou da posição de seu interesse, na contenda imediatamente posterior.

Nesse estranho conceito de *democracia* do século XXI nos trópicos, vale, eufemisticamente, *tudo*: pessoas que atentam contra a *dignidade* e a *honra* de outras se escudando na ‘liberdade de expressão’ como se as primeiras não fossem *clauses* fundamentais óbvias e literais, e como se a segunda fosse uma espécie de denso nevoeiro grammatical onde absolutamente qualquer coisa pode ser abrigada – e onde qualquer incauto pode buscar esconderijo. Pessoas retorcendo padrões e elementos *pétreos* como se o ‘tempero’ (mal utilizado, aqui) da ‘democracia’ fosse passível de transmutar quaisquer conceitos em nome de um ideal (que pouco tem de *democrático*).

O âmbito jurídico-penal é *habitat* de um sem-número desse tipo de posicionamentos enviesados de tal forma que merece se distinguir como capítulo à parte na discussão.

Estamos em um dos únicos países do mundo onde (ainda que de forma controversa e por vias tortuosas) o debate em torno do *garantismo penal*<sup>4</sup> de matriz *ferrajoliana* ganhou o *mainstream* (ou parcela dele). Do mesmo modo, estamos – de certa forma – no único país do mundo onde, provavelmente, a parte mais obscura da teoria, seu desdobramento posterior à sedimentação inicial e sua ‘sombra’ conseguiram mais sucesso e mais implemento que a própria base conceitual: muito antes de se compreender o que realmente significa a vivificação constitucional-democrática dos preceitos penais/processuais nos cotidianos teóricos e forenses, e de buscar sua real consagração<sup>5</sup>, já se parte, no Brasil, para uma orientação que salta no tempo para falar em termos obtusos de versões

4 Fundamentalmente no que diz respeito aos seus básicos axiomas de aplicação jurídica: Cf. FERRAJOLI, Luigi. *De-recho y Razón. Teoría del garantismo penal*. Trad. Perfecto Andres Ibáñez *et alii*. Madrid: Trotta, 1995, p. 93-94.

5 “A assunção da Constituição como locus de onde são vislumbrados os direitos fundamentais compartilha, portanto, a tese, desenvolvida entre outros por Ferrajoli, da existência de um nexo indissolúvel entre garantia dos direitos fundamentais, divisão dos poderes e democracia, de sorte a influir na formulação das linhas gerais da política criminal de determinado estado”. PRADO, Geraldo. *Sistema Acusatório. A conformidade constitucional das leis processuais penais*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006, 4 ed., p. 16.

'positivas' de um 'garantismo' ou, ainda pior, 'garantismo' de um ponto de vista '*social*' (o que, em termos gerais, é a teoria virada ao avesso de suas entranhas e, em nosso país, a inversão dos postulados/axiomas mais elementares de forma descarada).

Somos, nesse sentido, um caso emblemático de estudo: o contra-ponto a uma efetividade constitucional-democrática que jamais ganhou guarida devida (ainda) passa a se dar em termos de um contra-ataque de bases (supostamente) também 'constitucionais-democráticas', onde o arcabouço 'democrático' se transforma em um misto de plataforma de testes e justificativa genérica para que o tabuleiro do jogo permaneça eternamente na mesma posição. Dito de um modo mais claro, embora não menos figurativo: no contexto desse 'jogo', a Constituição que prevê nitidamente a inversão de partes sensíveis do tabuleiro (quando não o tabuleiro inteiro) é invocada justamente como grande razão da impossibilidade de inversão e seus elementos são exibidos ora como *prova*, ora *justificativa*, para que a exceção se transforme em regra e vice-versa, como convier, ou diante de um momento que claramente aproveite ao 'jogador'.

Em nossa modernidade tardia, os componentes mais básicos da proposta constitucional – que não estão nem nunca estiveram *vazios* de sentido e de direcionamentos ideológicos – são reclamados por uma parcela da contenda como se fossem simples figuras opacas e que pudesssem ser preenchidas à la carte conforme o interesse imediato. A visão sensível da realidade jurídico-penal é um triste pano de fundo para certos debates onde o 'dirigismo' constitucional ora 'existe' (para o implemento de conservadorismos lamentavelmente imortais e para manutenção de lógicas que infelizmente jamais podem ser julgadas ultrapassadas), ora 'nunca existiu' (no momento de tornar verdadeiramente efetivos certos preceitos e institutos que causariam uma real mudança de paradigma – o que, pelo visto, é insuportável para uma grande maioria). Se a crítica versasse ante termos em que a própria teoria constitucional invocada promove ante a si mesma<sup>6</sup>, haveria um debate *qualificado*. No caso, há a pura dissimulação.

6 "As constituições dirigentes, entendidas como constituições programático-estatais não padecem apenas de um pecado original - o da má utopia do sujeito projectante, como dissemos; elas ergueram o Estado a 'homem de direcção' exclusiva ou quase exclusiva da sociedade e converteram o direito em instrumento funcional dessa direcção. Deste modo, o Estado e o direito são ambos arrastados para a crise da política regulativa. Por um lado, erguer o Estado a 'homem de direcção' implica o desconhecimento do alto grau de diferenciação da estatalidade pluralisticamente organizada. Por outro lado, confiar ao direito o encargo de regular - e de regular autoritária e intervencionisticamente - equivale a desconhecer outras formas de direcção política que vão desde os modelos regulativos típicos da subsidiariedade, isto é, modelos de autodirecção social estatalmente garantida até aos modelos neocorporativos passando pelas formas de delegação conducente a regulações descentralizadas. Tudo isto é certo. Se, para nós

Tenho me acostumado a chamar um grupo muito específico de pessoas (e seu discurso inerente) de “*fanáticos da homeostase*”. Uma ideologia que prega tal e qual um cânone religioso a ideia estúpida de que a ‘democracia’ é um ente abstrato, um *deus* melancólico que cobra de seus súditos um único tributo e uma única profissão de fé: a incapacidade de tomar, decididamente, uma posição.

De uma palavra de conteúdo político e de aplicação contundente, ‘democracia’ (no contexto do fanatismo cínico dos *homeostatas*) se transmuta em uma espécie de barreira para que algo de efetivo seja feito e sequer pensado ou proposto. O *homeostata* glorifica uma ‘democracia’ vazia e se deleita com um ideal democrático onde predominaria uma espécie de ‘empate eterno’: sempre que uma posição é defendida e que se busca um debate sólido para que se chegue a alguma *proposta* para que o sentido da democracia seja inevitavelmente compreendido em algum contexto, o *homeostata* entra em estado de alerta – não um simples *conservador* político, um (neo)liberal oligarca, um reacionário com o ideário assado *ao ponto*. O *fanático da homeostase* é um híbrido de todos esses e com uma missão bem definida: a de impedir que certas mudanças se concretizem tendo como arma uma inglória fiscalização que visa sempre que possível impedir que o senso de democracia seja posto em prática como ele é ou deveria ser.

Nesse contexto surreal, a ‘democracia’ é sempre o trunfo na manga do *homeostata* quando alguma tomada de posição é iminente – ou seja: alguma realização de proposta parece vir à tona na esteira da ‘democracia’, o *fanático da homeostase* se prepara para desfilar um arsenal retórico que procura ser vitorioso para que sua ‘missão’ se concretize e assim nada que fuja ao seu cabedal retrógrado possa ser decididamente alterado. De forma estúpida, a ‘democracia’, ou o ‘estado democrático (de direito)’, passam a ser - ao invés de ponte para que, *dentre esse arcabouço* – propostas sejam livres, mudanças sejam feitas e caminhos (ideologicamente comprometidos, sim) sejam possíveis – justamente os entraves para que eles mesmos não existam.

---

é muito obscura a ideia a equivalentes funcionais do direito, o modelo de constituição dirigente-programático pode transportar, e transporta muitas vezes, o ambicioso projeto de modernidade na forma mais estatizante: a conformação do mundo político-económico através do direito estatal estruturado sob a forma de pirâmide. François Ost traçou impressivamente o modelo do direito jupiteriano: ‘Sempre proferido do alto de algum Sinai, este direito toma a forma de lei. Exprime-se no imperativo e reveste, de preferência, a natureza do interdito. Encontra-se inscrito num depósito sagrado, tábulas da lei ou códigos e constituições modernas’’. CANOTILHO, Joaquim José Gomes. ‘Rever ou romper com a Constituição Dirigente? Defesa de um constitucionalismo moralmente reflexivo’ in *Revista de Direito Constitucional e Internacional*. Volume 15. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1996, p. 8.

O *homeostata* vive em um universo onde a *chicana jurídica* esqueceu seu próprio nome: temeroso de que posicionamentos se concretizem, de que ideologias venham à tona, de que ideários caminhem no rumo da aplicação (ou que apenas *algumas* ideias, ideologias e posicionamentos assim o façam), ele se embreta na maior de todas suas empresas. É preciso *impedir*, de alguma forma, que isso ocorra e nessa toada, vale qualquer argumento ou prática, inclusive a de invocar a ‘democracia’ contra a ‘ideologia’. E isso se torna um elemento importante na vida desse *homeostata*, cuja versão eminentemente forjada e galvanizada nos bancos acadêmicos e nas doutrinas e práticas forenses igualmente tendentes à estagnação mental pode ser chamada de operador-jurídico-médio.

Esse operador-jurídico-médio – ao menos as espécies dele que evoluíram a partir de um gênero comum em nossa era – carrega consigo uma prática ou marca indelével de vontade *homeostática* que parece se confundir com sua própria definição: a confusão extrema entre conceitos que fazem com que ele, pretensamente ‘debatedor’ de algum tema, na verdade realize uma espécie de *vasectomia* discursiva que esteriliza qualquer possibilidade produtiva de uma proposta. E para isso se vale de todo o seu – suposto ou, em muitos casos, *parco* – conhecimento legítimo da técnica jurídica para obstaculizar qualquer grau de seriedade de uma discussão, estando sempre pronto para lançar mão de preceitos democrático-constitucionais como se fossem nada além de *chavões* discursivos. De forma mais direta: há uma espécie de mescla permanente no ar, que mistura de maneira ignobil conceitos como *isonomia*, valores como *igualdade* e princípios como *proporcionalidade* e que se vale da tradução ‘literal’ dos termos para como que impedir a discussão jurídica de chegar a algum lugar, qualquer que seja.

Há uma espécie de vírus da (pretensa) neutralidade no ar, de modo que algumas pessoas acreditem piamente que um verdadeiro diálogo ‘jurídico’ não seja mais do que buscar denominadores comuns (forçosos ou *impostos*, por vezes), e sejam cooptadas pela lógica totalmente reacionária de que discutir juridicamente algo é ficar tal uma hiena sorrindo e ‘oferecendo contrapontos’, como se não se pudesse realmente promover uma tomada de posição que – ora! – realmente intente que alguma mudança seja implementada.

Vale refletir por um momento sobre essa bizarra versão de interpretação ‘democrática’ que acredita que o conceito comporta mais uma

impossibilidade de defesa de posicionamentos do que, menos, a possibilidade de múltiplos ideários serem, a princípio, defendidos.

Quando surgem propostas que pugnam por uma ação descarada e assumidamente *afirmativa* (como, por exemplo, a dos debates sobre as *cotas raciais* e o equilíbrio que elas querem, incipientemente, ajudar a construir), o operador-jurídico-médio entra em pânico e destila verborragia sobre ‘isonomia’ e sobre testes científicos que comprovam a ‘igualdade de raças’ e sobre a – antídoto supremo da *homeostase – meritocracia*. Quando eclodem debates sobre a questão de gênero e o entorno social e contextual da Lei n. 11.340/06 (“Maria da Penha”), o operador-jurídico-médio se esforça em reafirmar a Constituição contra os próprios ideais constitucionais e propõe a inaplicação de alguns dispositivos da lei que ‘ferem a igualdade’ entre homem e mulher – o contato dos *homeostatas* com a realidade parece ser mediado por uma janela embaçada (*janela quebrada?*), ou pela televisão – sintonizada em um canal *ruim*. No instante em que o debate recai sobre união afetiva *homo*, *poli* ou qualquer prefixo *sexual* que difira do padrão que ele se acostumou a sedimentar como ‘verdadeiro’, um show de horrores argumentativo deságua até mesmo em um termo do preâmbulo constitucional que justificaria de forma canhestra a adoção de *um parâmetro religioso* pelo Estado, ignorando todo o conteúdo material e principiológico restante – bom lembrar, diante do texto estapafúrdio do parágrafo 3º do art. 226 da Constituição Federal, que o ideal *homeostata* acredita, contraditoriamente, que toda e qualquer coisa do texto da *carta magna* pode ser livremente *emendado* por critérios *majoritários* de opinião pública. Lógico: a profusão do termo “cláusulas pétreas” no seu discurso varia conforme o tema que está em ‘discussão’.

Na seara jurídico-penal, o visível e sensível direcionamento (*dirigismo*) constitucional para um processo penal de bases *anti-inquisitoriais* (e os motivos e *intenções* político-legislativas que decorrem disso de modo incontestável) não é argumento que baste para que, sempre que possível, o operador-jurídico-médio vise a sua ‘ponte de ouro’: a pedra fundamental da *homeostase* crê na ideia de *equilíbrio* como disfarce tosco para sua defesa francamente ideológica de ideologias que se *aceitam* e se *revelam* enquanto tal. O operador-jurídico-médio de nosso tempo é *viciado* como um dado de cassino: quando chega ao limiar da tomada de *partido*, da assunção de *lado*, do embarcar em uma *proposição*, simplesmente entra em curto-circuito e passa, como uma matraca, a destilar argumentos

(sic.) opositores como se (1) a tarefa cívica primordial fosse bloquear a ênfase em alguma coisa e neutralizar tentativas similares e, (2) como se termos como *isonomia*, *democracia* ou '*direito ao contraditório*' fossem capazes de, simplesmente, colocar panos quentes e tranquilizar todo tipo de demanda e assim, logicamente, manter tudo na (suposta) santa paz em que se encontra.

Nada mal em um país onde um magistrado pode excepcionar sua própria atuação em nome da *verdade* e onde se discute '*liberdade de expressão*' e os eventuais '*direitos*' do fascista ao proferir fascismos. Onde a conceitual '*ditadura do politicamente correto*' causa mais perturbação do que os ranços ditoriais reais que ainda persistem, batizados em uma anedota triste como *ditabrandos* por alguns festejados.

Nesse mister, surgem, das trevas, das moitas, defensores dos supostos '*direitos*' afetados pela guinada em prol de algum sentido ou de alguma postura e se reativa a ideia de que o debate jurídico é um debate infinito, onde é proibido assumir uma escolha ou lado e de que os pilares constitucionais foram feitos para que se mantenha uma estabilidade imutável onde os acontecimentos (e as ideologias, e as propostas, e as tentativas de mudança e/ou evolução) entrem em greve.

O operador-jurídico-médio da nossa era entra em *parafuso* ao perceber que a condução *imparcial* de uma decisão jurídica e os princípios democrático-constitucionais nada tem de essencialmente antagônicos com a ideia de fazer escolhas, definir estratégias, optar por vieses políticos e, enfim, preferir (e *defender*) uma(s) coisa(s) a outra(s). Neutralidade e *imparcialidade* não são duas faces da mesma moeda – e há tempo já sabemos bem disso<sup>7</sup>. Para ele, o representante da *homeostase*, o importante é sempre buscar achar brechas – por mais insignificantes em relação ao objeto principal que sejam – e se regozijar enquanto tenta barrar qualquer alteração no curso das coisas *como-elas-são*, como se houvesse uma espécie de maldição para quem fosse além do *bojador*<sup>8</sup>.

Arrisco-me a dizer, em verdade, que o operador-jurídico-médio é uma espécie de paladino fiel à própria *lógica jurídica* do nosso tempo, como um todo, tributária de um conceito errôneo de *prudência* que significa *estagnação*.

7 DIVAN, Gabriel Antinolfi. **Decisão Judicial nos Crimes Sexuais. O julgador e o réu interior.** Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009, p. 51 e seguintes.

8 "O direito, hoje dominante, atua, em nossa vida social, como um verdadeiro freio às transformações sociais que parecem indispensáveis. E esse efeito provém não apenas de um procedimento de formulação de normas carentes de flexibilidade; cindindo em diferentes tendências e aspirações, porém com clara preponderância de suas estruturas mais tradicionais; profuso até tornar quase impossível seu cabal conhecimento; defeituoso, na forma; vastamente manipulado, nas teorias fundantes e na inspiração de seu conteúdo; avassalado por concepções ideológicas reacionárias, em tudo o que concerne a suas regras de maior efetiva e frequente aplicação, e transformado em instrumento de sacralização de graves distorções do funcionamento social". NOVOA MONREAL, Eduardo. **O direito como obstáculo à transformação social.** Trad. Gérgson Pereira dos Santos. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 1988, p. 175.

É importante que se diga, que se *brade*: não há que se sopesar o direito à ‘liberdade de expressão’ do fascista contra a visível ofensa que ele propõe. A cantilena *racista* ou a discriminação de *gênero*, *classe social* ou opção sexual não tem na dor que causam qualquer contrapartida de ‘liberdade’ por parte do causador. Não há compensação de ‘direitos’, porque nós, a Constituição, escolhemos que em um desses lados há um *direito* e em outro há a conduta que justamente não está nem esteve jamais ancorada em legitimidade alguma.

É necessário que se afirme, que se exiba: quesitos como a *presunção de inocência* frente ao operador jurídico (e sobretudo frente ao réu) se justificam não na literalidade *banal* de se dizer que uma pessoa só ganha *status jurídico* de ‘condenado’ quando assim o for – e sim, visualizar o princípio constitucional como um todo, percebendo que ao juiz não cabe *equalizar* a situação jurídica ali exposta, senão que *defender a liberdade* (material e literal do acusado)<sup>9</sup>, até que o andar processual *autorize* ele a dispor dela para passar a aceitar a versão acusatória como a mais coerente.

É *obrigatório* admitir: o igualitarismo extremado e atávico (e as aporias em relação aos conceitos ‘meritocráticos’ que se espelham no liberalismo conceitual para criar uma miscelânea que muito tem de *apartheid*, e pouco de Stuart Mill) é um sinal deprimente de que certos reacionarismos sequer possuem o ímpeto para vestir seus próprios símbolos e desfraldar com orgulho sua própria bandeira.

Contra o fanatismo da *homeostase*, contra o enfadonho *medianismo* dos operadores-jurídicos-médios, contra essa ‘fascistização’ disfarçada de ode à prudência, só restam doses cada vez mais cavalares de *propósito* tal uma chaga exposta (*veias abertas*), vozes cada vez mais altas que não escondem sua ideologia, e uma defesa cada vez mais veemente de uma *democracia*<sup>10</sup> que ousa – nem pode deixar de ousar – em dizer seu nome, admitir seu cheiro e enxergar sua cor. ♦♦♦

9 “A presunção em sentido técnico define-se como sendo o mecanismo através do qual, a partir de um facto conhecido, se aceita um outro, desconhecido, sem que haja necessidade de recorrer a qualquer meio de prova. Há, na presunção, um fundamento lógico que repousa na ideia da probabilidade racional de que venha acontecer o facto presumido, uma vez ratificado o facto real”. VILELA, Alexandra. *Considerações acerca da Presunção de Inocência em Direito Processual Penal*. Reimpressão. Coimbra: Coimbra Editora, 2005, p. 81.

10 “Por fim, há que lutar para a inclusão em nossa Carta Magna de preceito expresso no sentido da responsabilização funcional e pessoal daqueles que, mercê do cargo que ocupam, incluindo-se aí os magistrados, por dolo ou desídia, deixam de envolver-se no respeito e aprimoramento dos valores éticos, em especial aqueles contemplados sob a rubrica de direitos humanos fundamentais, razão primeira de ser do próprio Judiciário, impedindo-se de continuar na magistratura quem reiteradamente descumpre os preceitos constitucionais que, no ato de posse, jurou cumprir e fazer respeitar (...) Ou o Judiciário se capacita disso, ou não terá razão nenhuma para existir, como Poder”. SUANNES, Adauto. *Os fundamentos éticos do devido processo penal*. 2 ed., revista e atualizada. São Paulo: RT, 2004, p. 406.

## REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- CANOTILHO, Joaquim José Gomes. "Rever ou romper com a Constituição Dirigente? Defesa de um constitucionalismo moralmente reflexivo" in **Revista de Direito Constitucional e Internacional**. Volume 15. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1996.
- DIVAN, Gabriel Antinolfi. **Decisão Judicial nos Crimes Sexuais. O julgador e o réu interior**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.
- FERRAJOLI, Luigi. **Derecho y Razón. Teoría del garantismo penal**. Trad. Perfecto Andres Ibáñez *et alii*. Madrid: Trotta, 1995.
- GUTIÉRREZ, Pedro Juan. **El Rey de La Habana**. Barcelona: Editorial Anagrama, 3 ed., 2008.
- HAYEK, Friedrich. **Direito, Legislação e Liberdade: uma nova formulação dos princípios liberais de justiça e economia política**. Trad. Ana Maria Capovilla *et al.* São Paulo: Visão, 1985.
- MORAIS DA ROSA, Alexandre. "Crítica ao discurso da *Law and Economics*. A exceção econômica do direito" in MORAIS DA ROSA, Alexandre. LINHARES, José Manuel Aroso. **Diálogos com a Law & Economics**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.
- NOVOA MONREAL, Eduardo. **O direito como obstáculo à transformação social**. Trad. Gérson Pereira dos Santos. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 1988.
- PRADO, Geraldo. **Sistema Acusatório. A conformidade constitucional das leis processuais penais**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006, 4 ed.
- SUANNES, Adauto. **Os fundamentos éticos do devido processo penal**. 2 ed., revista e atualizada. São Paulo: RT, 2004.
- VILELA, Alexandra. **Considerações acerca da Presunção de Inocência em Direito Processual Penal**. Reimpressão. Coimbra: Coimbra Editora, 2005.

# A Ambição de Verdade e a Permanência do Autoritarismo Processual Penal

**Salah H. Khaled Jr.**

*Professor adjunto de Direito Penal, Criminologia, Sistemas Processuais Penais e História das Ideias Jurídicas da Universidade Federal do Rio Grande – FURG. Professor Permanente do Mestrado em Direito e Justiça Social da Universidade Federal do Rio Grande – FURG. Doutor e Mestre em Ciências Criminais (PUCRS). Mestre em História (UFRGS). Especialista em História do Brasil (FAPA). Líder do Grupo de Pesquisa Hermenêutica e Ciências Criminais (FURG/CNPq).*

## INTRODUÇÃO

A Constituição brasileira completou vinte e cinco anos em 2013. Para um país com pouca tradição democrática como o Brasil, trata-se de uma data marcante, pois estamos historicamente acostumados a testemunhar a ruptura autoritária da ordem política. No entanto, não temos muito o que comemorar: seu déficit de efetividade é claramente visível, particularmente no que se refere ao âmbito das práticas punitivas. Os atores do sistema penal permanecem propensos a violar direitos fundamentais e flexibilizar garantias, deformando na prática a estrutura regrada do devido processo legal e consagrando cada vez mais o decisionismo.

No que diz respeito ao universo jurídico-penal, a Constituição representa uma abertura democrática em sede processual, consagrando um sistema acusatório.<sup>1</sup> No entanto, continua irrealizada sua promessa

1 Como observa Lopes Jr, “inicialmente, não prevê nossa Constituição – expressamente – a garantia de um processo penal orientado pelo sistema acusatório. Contudo, nenhuma dúvida temos da sua consagração, que não decorre da ‘lei’, mas da interpretação sistemática da Constituição. Para tanto, basta considerar que o projeto democrático constitucional impõe uma valorização do homem e do valor dignidade da pessoa humana, pressupostos básicos do sistema acusatório. Recorde-se que a transição do sistema inquisitório para o acusatório é, antes de tudo, uma transição de um sistema político autoritário para o modelo democrático. Logo, democracia e sistema acusatório compartilham uma mesma base epistemológica”. Segundo Lopes Jr, para além disso, a Constituição possui uma série de regras que desenham um modelo acusatório, como por exemplo: titularidade exclusiva da ação penal pública por parte do

acusatória, uma vez que nosso sistema processual penal ainda é animado por uma doentia ambição de verdade, que se recusa a arrefecer.<sup>2</sup> Em nome dessa insaciável busca, permanece imperando um processo penal do inimigo, cujo sentido consiste na obtenção da condenação a qualquer custo. O fetiche pela legislação infraconstitucional ainda seduz a imaginação persecutória de muitos magistrados: nosso Código de Processo Penal (de 1941) é tido como livro sagrado, continuamente apto a potencializar práticas visivelmente inquisitoriais e antidemocráticas. Nada parece impedir a continuidade de sua aplicação e muito menos que diante da perspectiva de um novo código, os juízes se manifestem temerosos com a possibilidade de retirada de poderes que lhes permitam buscar a verdade real.<sup>3</sup> Ainda temos que avançar e muito, pois permanecemos presos a um núcleo de pensamento autoritário que é preciso urgentemente superar para fortalecer a democracia. Como observa Maier, a correlação entre o sistema político imperante e o conteúdo do direito processual penal é mais direta e imediata do que em qualquer outro ramo do ordenamento jurídico, incluindo o direito penal material.<sup>4</sup> Segundo Badaró, a questão é muito mais política do que técnico-processual, pois a escolha do sistema processual decorre do próprio modelo que o Estado instituiu e das relações deste Estado com seus cidadãos.<sup>5</sup> Para o autor, “a relação processual penal é um reflexo da relação entre Estado e indivíduo ou, mais especificamente, entre autoridade e liberdade”.<sup>6</sup> Como assinala Goldschmidt, os princípios da política processual de uma nação não são outra coisa que segmentos de sua política estatal em geral. Pode ser dito que a estrutura do processo penal de uma nação é o termômetro dos elementos democráticos ou autoritários de sua Constituição.<sup>7</sup> Portanto, temos aqui um impasse aparentemente insuperável: Constituição com projeto acusatório e realidade de consagração e celebração inquisitoria, ainda que para muitos nosso sistema processual penal seja percebido como misto.

Ministério Público (art.129, I); contraditório e ampla defesa (art. 5º, LV); devido processo legal (art. 5º, LIV), presunção de inocência (art. 5º LVII) e exigência de publicidade e fundamentação das decisões judiciais (art.93, IX). LOPES JR, Aury. **Direito Processual Penal e sua Conformidade Constitucional**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010. p. 182-183.

2 Ver KHALED JR, Salah H. **A Busca da verdade no processo penal:** para além da ambição inquisitorial. São Paulo: Atlas, 2013.

3 CUNHA MARTINS, Rui. **O ponto cego do direito: the brazilian lessons**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p. 37.

4 MAIER, Julio B. J. **Derecho procesal penal I:** fundamentos. Buenos Aires: Editores del Puerto, 2006, p. 260.

5 BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. **Ônus da prova no processo penal**. São Paulo: RT, 2003, p. 106.

6 BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. **Ônus da prova no processo penal**. São Paulo: RT, 2003, p. 106.

7 GOLDSCHMIDT, James. "Problemas jurídicos y políticos del proceso penal." In: GOLDSCHMIDT, James. **Derecho, derecho penal y proceso I: problemas fundamentales del derecho**. Madrid: Marcial Pons, 2010, p. 778.

## 1. SISTEMAS PROCESSUAIS PENAIS

Adentrar a questão da definição acusatória, inquisitória ou mista dos sistemas processuais conduz ao enfrentamento de uma das temáticas mais polêmicas do processo penal, sobretudo pela discordia quanto ao elemento que propriamente caracteriza um sistema concreto dentro de uma das espécies referidas. Jacinto Nelson de Miranda Coutinho definiu o que propriamente significa sistema, em seu sentido jurídico-processual: “conjunto de temas jurídicos que, colocados em relação por um princípio unificador, formam um todo orgânico que se destina a um fim”.<sup>8</sup> Para Coutinho, o princípio dispositivo e o princípio inquisitório dão sustentáculo ao sistema acusatório e ao sistema inquisitório, respectivamente: não há propriamente um terceiro sistema, que possa ser tido como misto, como alguns extraem a partir de uma leitura legitimante do Código de Processo Penal de 1941.<sup>9</sup> Desse modo, a partir da noção de princípio unificador, Coutinho sustenta que o dito sistema misto é um sistema essencialmente inquisitório. Para o autor, “o sistema processual penal brasileiro é, na sua essência, inquisitório, porque regido pelo princípio inquisitivo, já que a gestão da prova está, primordialmente, nas mãos do juiz”.<sup>10</sup> Desde essa perspectiva, como o critério final de definição é a gestão da prova, o sistema brasileiro acaba sendo maculado por esse caráter inquisitório.<sup>11</sup> Em concordância, Lopes Jr afirma que a separação inicial das funções de acusar e julgar não é o núcleo fundante dos sistemas e, portanto, é insuficiente para sua caracterização.<sup>12</sup> Como observa o autor, ainda que a se-

---

8 COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. "O papel do juiz no processo penal". In: COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda (coord.) **Crítica à teoria geral do direito processual penal**. Rio de Janeiro: Renovar, 2001, p. 16.

9 Como indica o autor, “salvo os menos avisados, todos sustentam que não temos, hoje, *sistemas puros*, na forma clássica como foram estruturados. Se assim o é, vigoram sempre *sistemas mistos*, dos quais, não poucas vezes, tem-se uma visão equivocada (ou deturpada), justo porque, na sua *inteireza*, acaba recepcionado como um terceiro sistema, o que não é verdadeiro. O dito *sistema misto, reformado ou napoleônico* é a conjugação dos outros dois, mas não tem um princípio unificador próprio, sendo certo que ou é essencialmente inquisitório (como o nosso), com algo (características secundárias) proveniente do sistema acusatório, ou é essencialmente acusatório, com alguns elementos característicos (novamente secundários) recolhidos do sistema inquisitório. Por isto, só formalmente podemos considerá-lo como um terceiro sistema, mantendo viva, sempre, a noção referente a seu princípio unificador, até porque está aqui, quiçá, o ponto de partida da alienação que se verifica no operador do direito, momente o processo, descompromissando-o diante de um atuar que o sistema está a exigir ou, pior, não o imunizando contra os vícios gerados por ele”. COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. "O papel do juiz no processo penal". In: COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda (coord.) **Crítica à teoria geral do direito processual penal**. Rio de Janeiro: Renovar, 2001, p. 16.

10 COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. "Introdução aos princípios gerais do processo penal brasileiro". In: **Revisão de estudos criminais n.1**. Porto Alegre: Notadez Editora, 2001, p. 29.

11 COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. "Glosas ao verdade, dúvida e certeza, de Francesco Carnelutti, para os operadores do Direito". In: **Anuário Ibero-americano de direitos humanos**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002, p. 185.

12 LOPES JR, Aury. **Direito processual penal e sua conformidade constitucional**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010. p. 67.

paração das funções de acusar e julgar seja uma característica importante do sistema acusatório, não basta que essa separação seja apenas inicial, deixando o magistrado livre para assumir papel ativo na busca da prova e praticando atos típicos da parte acusadora.<sup>13</sup>

É importante deixar claro que o que está em jogo nessa definição não é uma mera etiqueta acadêmica: a concessão de poderes para que o juiz produza provas representa uma porta aberta para o decisionismo e para a reprodução da patologia inquisitória; como afirma Coutinho, “abre-se ao juiz a possibilidade de decidir antes e, depois, sair em busca do material probatório suficiente para confirmar sua versão, isto é, o sistema legitima a possibilidade da crença no imaginário, ao qual toma como verdadeiro”.<sup>14</sup> Como bem refere Lopes Jr, atribuir poderes instrutórios a um juiz – em qualquer fase – é um grave erro, que acarreta a destruição completa do processo penal democrático.<sup>15</sup> Afinal, não se pode supor que o juiz seja alheio a paixões humanas e que ele não tenha uma hipótese que, mesmo inconscientemente, possa tentar provar caso lhe seja atribuída a iniciativa da investigação.<sup>16</sup> Quando isso ocorre, como diz Lopes Jr, “a verdade não é construída pela prova e a instrução, senão que vem dada pelo juiz a partir de sua escolha inicial”.<sup>17</sup> Não é diferente a posição de Geraldo Prado, que afirma que quando o juiz “[...] se dedica a produzir provas de ofício se coloca como sujeito ativo do conhecimento a empreender tarefa que não é neutra, pois sempre deduzirá a hipótese que pela prova pretenderá ver confirmada”.<sup>18</sup> O autor refere que “a construção teórica do princípio acusatório há de consumar-se mediante oposição ao sistema inquisitivo. São antagônicas as funções que os sujeitos exercem nos dois modelos do processo. É desse antagonismo, portanto,

13 LOPES JR, Aury. *Direito processual penal e sua conformidade constitucional*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p. 70.

14 COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. “Introdução aos princípios gerais do processo penal brasileiro”. In: *Revisão de estudos criminais n. 1*. Porto Alegre: Notadez Editora, 2001, p. 37.

15 LOPES JR, Aury. *Introdução crítica ao processo penal: fundamentos da instrumentalidade garantista*. 2ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005, p. 173.

16 Lopes Jr ressalta que “ademas, a busca da verdade substancial, mediante uma investigação inquisitiva, mais além dos limitados recursos oferecidos pelo respeito às regras processuais, conduz ao predomínio das opiniões subjetivas, e até aos prejulgamentos iracionais e incontroláveis dos julgadores. O arbítrio surge no momento em que a condenação e a pena dependem unicamente da suposta sabedoria e eqüidez dos juízes”. LOPES JR, Aury. *Introdução crítica ao processo penal: fundamentos da instrumentalidade garantista*. 2ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005, p. 48.

17 LOPES JR, Aury. *Introdução crítica ao processo penal: fundamentos da instrumentalidade garantista*. 2ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005, p. 264.

18 PRADO, Geraldo. *Sistema acusatório: a conformidade constitucional das leis processuais penais*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006, p. 141.

que as diferenças devem ser extraídas".<sup>19</sup> Prado pensa desde a perspectiva de princípio acusatório como fundante do sistema acusatório, pois embora considere que há grande coincidência entre princípio dispositivo e acusatório, aponta que princípio dispositivo significa permissão para dispor sobre o objeto do processo em tramitação, não sendo caracteristicamente acusatório ou inquisitório.<sup>20</sup>

Rui Cunha Martins levou ainda mais longe a discussão sobre o princípio unificador do sistema, apontando que a obsessão pela verdade dos fatos do sistema inquisitório optava por confiar a gestão das provas a um magistrado pouco dado a sutilezas de ordem tensional.<sup>21</sup> Para Cunha Martins, um sistema processual penal de viés constitucional só pode ter um princípio unificador: a democraticidade.<sup>22</sup> A partir dessa definição, Cunha Martins sustenta que a pergunta a ser feita a qualquer elemento, mecanismo ou prática, seja de que tipo for, desde que atuante na esfera do sistema processual, é a seguinte: *é este mecanismo ou elemento, ou prática seja de que tipo for, compaginável com o cenário democrático-constitucional regente do próprio sistema em que ele se insere?* Para o autor, é essa questão que verdadeiramente interessa colocar em permanência.<sup>23</sup> Cunha Martins considera que a democraticidade – tal como produzida pelo patamar político-constitucional – deve ser concebida como

19 PRADO, Geraldo. **Sistema acusatório:** a conformidade constitucional das leis processuais penais. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006, p. 106.

20 PRADO, Geraldo. **Sistema acusatório:** a conformidade constitucional das leis processuais penais. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006, p. 115. O autor considera que no processo inquisitório, nada impede que o juiz/acusador desista do processo e o encerre mediante arquivamento, o que não transformará o processo inquisitório em acusatório. Já no processo acusatório, o juiz não pode condenar o réu diante de um requerimento/alegação final do acusador em que seja pedida absolvição, sob pena de ofender o contraditório. PRADO, Geraldo. **Sistema acusatório:** a conformidade constitucional das leis processuais penais. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006, p. 118.

21 CUNHA MARTINS, Rui. **O ponto cego do direito: the brazilian lessons.** Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p. 93.

22 De acordo com o autor, "Em bom rigor, o sistema processual de inspiração democrático-constitucional só pode conceber um e um só "princípio unificador": a democraticidade; tal como só pode conceber um e um só modelo sistemático: o *modelo democrático*. Dizer "democrático" é dizer o contrário de "inquisitivo", é dizer o contrário de "misto" e é dizer mais do que "acusatório". Inquisitivo, o sistema não pode legalmente ser; misto também não se vê (porque se é misto haverá uma parte, pelo menos, que fere a legalidade); acusatório, pode ser, porque se trata de um modelo abarcável pelo arco de legitimidade. Mas só o poderá ser à condição: a de que esse modelo acusatório se demonstre capaz de protagonizar essa adequação. Mais do que acusatório, o modelo tem que ser democrático. A opção por um modelo de tipo acusatório não é senão a via escolhida para assegurar algo de mais fundamental do que ele próprio: a sua bandeira é a da democracia e ele é o modo instrumental de a garantir. Pouca virtude existirá em preservar um modelo, ainda que dito acusatório e revestido, por isso, de uma prévia pressuposição de legalidade, se ele comportar elementos susceptíveis de ferir o vínculo geral do sistema (o tal "princípio unificador": a democraticidade), ainda quando esses elementos podem até não ser suficientes para negar, em termos técnicos, o caráter acusatório desse modelo. Não é o modelo acusatório enquanto tal que o sistema processual democrático tem que salvar, é a democraticidade que o rege". CUNHA MARTINS, Rui. **O ponto cego do direito: the brazilian lessons.** Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p. 93-94. Grifos do autor.

23 CUNHA MARTINS, Rui. **O ponto cego do direito: the brazilian lessons.** Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p. 94.

modelo gerente que deve colocar-se como “[...] *limite* às derivas processuais de fundo autoritário, impondo um sistema processual que possa considerar-se ele mesmo um aparelho limite ao poder punitivo”.<sup>24</sup> Como refere Carvalho, “[...] o direito (penal e processual penal), capacitado desde o *locus* constitucional, otimizaria mecanismos de frenagem ao excesso punitivo do Estado, à coação direta própria da gestão dos aparatos penais reduzindo os danos produzidos aos direitos e garantias fundamentais”.<sup>25</sup> Segundo Prado, “[...] Constituição e Processo Penal lidam com algumas importantes questões comuns: a proteção aos direitos fundamentais e a separação dos poderes”<sup>26</sup> Para ele, é possível identificar claramente um vínculo entre direito-processo-democracia.<sup>27</sup>

## 2. PROCESSO PENAL DO CIDADÃO E PROCESSO PENAL DO INIMIGO

Portanto, está mais do que evidente que a democraticidade impõe que o funcionamento do sistema penal deve partir do necessário respeito ao princípio maior – a dignidade da pessoa humana –, em oposição à lógica persecutória que, no passado, organizou sistemas voltados para a implacável persecução dos indesejáveis, tidos como inimigos. A questão fulcral é que a epistemologia inquisitoria foi concebida para homogeneizar o corpo social, matando a diferença, enquanto o nosso cenário democrático-constitucional impõe, acima de tudo, o respeito ao plural.<sup>28</sup> Trata-se de uma lógica inteiramente distinta da sensibilidade inquisidora que estruturou os sistemas de persecução ao inimigo, como o delineado por Eymerich:

24 CUNHA MARTINS, Rui. *O ponto cego do direito: the brazilian lessons*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p. 95.

25 CARVALHO, Salo de. *Antimanual de criminologia*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, p. 101.

26 PRADO, Geraldo. *Sistema acusatório: a conformidade constitucional das leis processuais penais*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006, p. 41.

27 Para Geraldo Prado, “[...] a edificação de qualquer política-criminal em um estado democrático está condenada à incoerência normativa se for desenvolvida à margem do nível jurídico posterior e não considerar que o respeito à dignidade humana é o princípio e fundamento do sistema político democrático, único espaço comum para qualquer pacto democrático”. PRADO, Geraldo. *Sistema acusatório: a conformidade constitucional das leis processuais penais*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006, p. 28.

28 Ao discutir a privilegiada relação entre direito e democracia, Prado sustenta que não é uma relação “[...] com uma democracia qualquer, fulcrada na declaração formal do respeito aos direitos fundamentais e numa vinculação passiva entre governados e governantes e sim na real democracia participativa, integradora e solidária, com inegável repercussão no plano do processo penal, de sorte que a cultura democrática aos poucos poderá ser desenvolvida pela conscientização da forma democrática da sociedade conviver”. PRADO, Geraldo. *Sistema acusatório: a conformidade constitucional das leis processuais penais*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006, p. 40.

"[...] é preciso lembrar que a finalidade mais importante do processo e da condenação à morte não é salvar a alma do acusado, mas buscar o bem comum e intimidar o povo (*ut alii terreantur*). Ora, o bem comum deve estar acima de quaisquer outras considerações sobre a caridade visando o bem de um indivíduo."<sup>29</sup>

A epistemologia inquisitória conforma um campo de saber voltado para o extermínio do inimigo: foi sistematizada no *Directorium Inquisitorum*, de Nicolau Eymerich, – escrito em 1376 – e também no *Malleus Maleficarum*, publicado em 1487.<sup>30</sup> Trata-se de um saber que, como Carvalho afirma, “não é ingênuo nem aparente, mas real e coeso, fundado em pressupostos lógicos e coerentes, nos quais grande parte dos modelos jurídicos autoritários contemporâneos, alguns ainda em vigor, busca(ra)m inspiração”.<sup>31</sup> O autor destaca que o modelo é trans-histórico, e tem “[...] alta funcionalidade para manutenção/legitimização de máquinas judiciárias autoritárias fundadas no signo do defensivismo”.<sup>32</sup> É nesse sentido que Cordero esclarece que floresce com a Inquisição uma retórica apologética cujos argumentos ressoam, como tais, em lugares e momentos distintos.<sup>33</sup> Para Coutinho, “trata-se, sem dúvida, do maior engenho jurídico que o mundo conheceu; e conhece. Sem embargo de sua fonte, a Igreja, é diabólico na sua estrutura (o que demonstra estar ela, por vezes e ironicamente, povoada por agentes do inferno!), persistindo por mais de 700 anos. Não seria assim em vão: veio com uma finalidade específica e, porque serve – e continuará servindo, se não accordarmos –, mantém-se hígido.”<sup>34</sup>

29 EYMERICH, Nicolau. **Manual dos inquisidores**. Rio de Janeiro: Rosa dos Tempos, 1993, p. 122.

30 Francisco de La Penã foi responsável pela revisão e ampliação do **Manual dos Inquisidores** de Eymerich, em 1578. O *Malleus Maleficarum* foi elaborado pelos inquisidores dominicanos Heinrich Kraemer e James Sprenger. Se por um lado não há dúvida quanto ao caráter oficial do *Directorium Inquisitorum*, o *Malleus Maleficarum* (martelo das bruxas) está envolto em polêmicas que vão desde a efetiva autoria conjunta de Sprenger até a sua aceitação oficial, pois embora tenha sido supostamente instaurado como manual punitivo pela Bula Papal de Inocêncio VIII, a Inquisição perseguiu Kraemer e a Bula que consta no início do livro não refere especificamente o *Malleus*, mas somente a autoridade dos autores como inquisidores. De qualquer forma, independentemente de seu caráter oficial, o texto se disseminou rapidamente e teve enorme popularidade. Para Zaffaroni, o *Malleus* apresenta alto nível de racionalização teórica, acumulando a experiência punitiva de séculos anteriores; o esforço teórico de ambos os inquisidores era dirigido à bruxaria e teve espetacular êxito editorial, com dezenas de edições. Para o autor, o livro é a obra teórica fundamental do discurso legitimador do poder punitivo e além de estabelecer a perseguição das bruxas, qualifica como hereges todos os que não acreditam em sua existência. ZAFFARONI, Eugênio Raul; BATISTA, Nilo; ALAGIA, Alejandro; SOKAR, Alejandro. **Direito Penal Brasileiro – I**. Rio de Janeiro: Revan, 2003. p. 510-511.

31 CARVALHO, Salo de. **Pena e garantias**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003, p. 6.

32 CARVALHO, Salo de. **Pena e garantias**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, p. 12.

33 CORDERO, Franco. **Procedimiento Penal**: Tomo I. Bogotá: Temis, 2000, p. 19.

34 COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. “O papel do juiz no processo penal”. In: COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda (coord.) **Crítica à teoria geral do direito processual penal**. Rio de Janeiro: Renovar, 2001. p. 18.

De fato, o discurso de Eymerich estrutura uma lógica de orientação punitivista do sistema penal que pode ser constatada em vários momentos históricos, garantindo a hegemonia da ambição de verdade processual. Tomemos como exemplo a argumentação do Ministro Francisco Campos, na exposição de motivos do Código de Processo Penal Brasileiro:

"As nossas vigentes leis de processo penal asseguram aos réus, ainda que colhidos em flagrante ou confundidos pela evidência das provas, um tão extenso catálogo de garantias e favores, que a repressão se torna, necessariamente, defeituosa e retardatária, decorrendo daí um indireto estímulo à criminalidade. Urge que seja abolida a injustificável primazia do interesse do invívíduo sobre o da tutela social. Não se pode continuar a contemporizar com pseudodireitos individuais em prejuízo do bem comum."<sup>35</sup>

O paralelo que pode ser traçado entre as duas concepções não chega a ser surpreendente, uma vez que são lógicas orientadas para o extermínio dos que são tidos como inimigos pelos poderes estabelecidos. Entre Inquisição e Estado Novo, a correlação é mais do que perceptível. O que assusta é perceber o quanto a finalidade de intimidação do corpo social ainda permeia o imaginário jurídico, em pleno contexto democrático que a Constituição impõe ao nosso sistema processual. A epistemologia inquisitória ainda prepondera, em nome de uma insaciável ambição de verdade que não expressa outra coisa que um desejo irrefreável de atingir a condenação, desprezando por completo o conceito de que forma é garantia, como exige o devido processo legal. O sistema inquisitório tem desprezo pela forma, ou seja, pelo meio; o que interessa é somente a patológica satisfação de sua inesgotável ambição de verdade: o processo é reduzido a uma sondagem introspectiva, na qual as formas constituem um dado secundário ou simplesmente sem importância, pois o que interessa é o resultado, seja como for obtido.<sup>36</sup>

A questão é que a estrutura inquisitória não almeja propriamente a verdade, mas sim a condenação, que é obtida mediante a produção de uma verdade inteiramente fantasmagórica. Para Ferrajoli, o que caracteriza essa epistemologia é o decisionismo processual: o caráter não cogni-

---

<sup>35</sup> BRASIL. **Códigos penal, processo penal e constituição federal**. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 349.

<sup>36</sup> CORDERO, Franco. **Procedimiento Penal**: Tomo I. Bogotá: Temis, 2000, p. 264.

tivo, mas potestativo do juízo e da irrogação da pena.<sup>37</sup> Portanto, como observa Carvalho, “se a biografia das práticas penais, apesar de sua sinuosidade, tem demonstrado que *a regra do poder penal é o inquisitorialismo*, imprescindível otimizar técnicas de blindagem dos direitos fundamentais como forma de densificar práticas garantistas”.<sup>38</sup> Não é por acaso que Alcalá-Zamora y Castillo refere a figura de um juiz-acusador: sua primeira e mais conhecida expressão é encontrada no processo penal inquisitório, no qual o juiz desempenha o papel de acusador. O autor reflete que a repulsa ao sistema inquisitório puro não decorre unicamente de certas características – como o segredo e as torturas – mas também da perigosa concentração de funções em uma única mão, mais grave ainda que as atividades conjuntas de instrução e acusação nas mãos do Ministério Público. Infelizmente, essa figura não pertence ao passado: ainda que com traços distintos dos medievais, não é nada difícil deparar-se com espécies de juiz-acusador nos tempos modernos.<sup>39</sup> Trata-se do julgador que desloca-se de seu local de passividade e efetivamente desenvolve atividades que são de iniciativa das partes. Nos códigos processuais hispânicos podem ser encontrados tais dispositivos dentro de textos de tendência acusatória, como por exemplo, no código espanhol, em que está prevista a “faculdade excepcional” de buscar uma mais acertada qualificação do delito, ou de solicitar “um maior esclarecimento sobre a questão debatida”.<sup>40</sup> Dispositivos que, diga-se de passagem, são muito semelhantes aos do Código de Processo Penal brasileiro e que são argumentativamente justificados através do recurso ao *deus ex machina*, que é o princípio da verdade real. Para Lopes Jr, tais dispositivos, como é o caso do art. 156, incisos I e II do CPP, [...] “externam a adoção do princípio inquisitivo, que **funda um sistema inquisitório**, pois representam 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. Está desenhado um processo inquisitório.”<sup>41</sup>

37 FERRAJOLI, Luigi. **Direito e razão:** teoria do garantismo penal. São Paulo: RT, 2002, p. 36.

38 CARVALHO, Salo de. **Antimanual de criminologia.** Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, p. 78. Grifos do autor.

39 ALCALÁ-ZAMORA Y CASTILLO, Niceto. **Estudios de teoría general y historia del proceso:** Tomo I. México: UNAM, 1992, p. 249-250.

40 ALCALÁ-ZAMORA Y CASTILLO, Niceto. **Estudios de teoría general y historia del proceso:** Tomo I. México: UNAM, 1992, p. 266-267.

41 LOPES JR, Aury. **Direito processual penal e sua conformidade constitucional.** Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p. 73. Grifos do autor.

Não é nada surpreendente que um código inspirado na lógica persecutória do fascismo italiano e elaborado em um período autoritário da história brasileira seja fundamentalmente antidemocrático, como pode ser constatado pelas palavras de Francisco Campos na exposição de motivos:

"O juiz deixará de ser um espectador inerte da produção de provas. Sua intervenção na atividade processual é permitida, não somente para dirigir a marcha da ação penal e julgar a final, mas também para ordenar, de ofício, as provas que lhe parecerem úteis ao esclarecimento da verdade. Para a indagação desta, não estará sujeito a *preclusões*. Enquanto não estiver averiguada a matéria da acusação ou da defesa, e houver uma fonte de prova ainda não explorada, o juiz não deverá pronunciar o *in dubio pro reo* ou o *non liquet*".<sup>42</sup>

O anseio persecutório delineado pela lógica inquisitoria proposta pelo sistema também pode ser percebido pela prerrogativa dada ao juiz para que, nos crimes de ação pública, possa "[...] proferir sentença condenatória, ainda que o Ministério Público tenha opinado pela absolvição, bem como reconhecer agravantes, embora nenhuma tenha sido alegada".<sup>43</sup> A desconformidade dessa estrutura de pensamento com a arquitetura normativa de contenção do poder punitivo delineada pela esfera constitucional é tão clara que sequer parece merecer maior exploração. Como observa Lopes Jr, "[...] todos os dispositivos do CPP que sejam de natureza inquisitoria são substancialmente inconstitucionais e devem ser rechaçados".<sup>44</sup> Portanto, diante da tentação do ativismo judicial, o que se deseja é um modelo acusatório democrático, condizente com o limite constitucional e que, como tal, mostre-se apropriado para uma perspectiva de redução de potenciais danos.<sup>45</sup> Segundo Prado:

---

42 BRASIL. **Códigos penal, processo penal e constituição federal**. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 352-353.

43 BRASIL. **Códigos penal, processo penal e constituição federal**. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 355.

44 LOPES JR, Aury. **Direito Processual Penal e sua Conformidade Constitucional**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010. p.183. Como observa Lopes Jr, é o caso de dispositivos fundamentalmente inconstitucionais do CPP, como os arts. 5º, 127,156, 209, 234, 311, 383, 385, etc., que violam as regras do sistema acusatório constitucional. LOPES JR, Aury. **Direito Processual Penal e sua Conformidade Constitucional**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p. 184.

45 Em suma, o horizonte deve ser incisivamente contrário ao sentido concebido por Francisco Campos na exposição de motivos do CPP de 1941. Em suas palavras, "no seu texto não são reproduzidas as fórmulas tradicionais de um mal-avisado favorecimento legal aos criminosos. O processo penal é aliviado dos excessos de formalismo e joeridado de certos critérios normativos com que, sob o influxo de um mal-compreendido individualismo ou de um sentimentalismo mais ou menos equívoco, se transige com a necessidade de uma rigorosa e expedita aplicação da justiça penal". BRASIL. **Códigos penal, processo penal e constituição federal**. São Paulo: Saraiva, 2010.

"Deve-se, pois, à concepção ideológica de um processo penal democrático, a assertiva comum de que sua estrutura há de respeitar, sempre, o modelo dialético, reservando ao juiz a função de julgar, mas com a colaboração das partes, despindo-se, contudo, da iniciativa da persecução penal. A estrutura sincrônica dialética do processo penal democrático considera, pois, metaforicamente, o conceito de relação angular ou triangular e nunca de relação linear, sacramentando as linhas mestras do sistema acusatório."<sup>46</sup>

No entanto, apesar de suas inegáveis virtudes, a questão é que tal modelo ainda está por ser concretizado na realidade concreta, o que infelizmente maximiza os danos decorrentes de condenações equivocadas. Afinal, a existência de um poder punitivo que se exprime através da jurisdição levará, inevitavelmente, à ocorrência de tais danos, uma vez que o processo sempre será um ritual de redução da complexidade que não tem a aptidão de reproduzir de forma perfeita e inequívoca o que, de fato, ocorreu. Essa insuperável deficiência é potencializada pela busca da verdade, pois ironicamente a ambição de verdade acaba matando o contraditório e construindo um conhecimento monológico, potencialmente desastroso. Precisamos acordar para essa realidade urgentemente. Como observa Prado, infelizmente [...] "a estruturação democrática do processo penal não se impõe simplesmente de cima para baixo, ainda que parte da Constituição, pelo menos não sem que se vençam fortes adversários culturais, credores inabaláveis na verdade real, absoluta, conquistável através de um procedimento penal de defesa social, como o inquisitório" [...]<sup>47</sup>

Eis nosso grande desafio: romper com a hegemonia da ambição de verdade. Não apenas porque a questão tenha relevância acadêmica, mas pelo fato de que a conformidade com esse critério efetivamente conduz a perspectivas muito distintas para os direitos fundamentais do acusado e para o desenrolar da atividade cognitiva. Para Goldschmidt, a finalidade do procedimento penal é a averiguação da verdade – de forma receptiva – e a verificação da justiça.<sup>48</sup> Mas segundo ele, existem dois caminhos dis-

46 PRADO, Geraldo. *Sistema acusatório: a conformidade constitucional das leis processuais penais*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006, p. 33.

47 PRADO, Geraldo. *Sistema acusatório: a conformidade constitucional das leis processuais penais*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006, p. 37.

48 O que indica que até mesmo Goldschmidt precisa ser superado neste aspecto, pois apesar de toda riqueza de sua concepção processual, ele ainda confere à verdade um lugar canônico, tornando o processo passível de sucumbir à patologia da ambição de verdade. Ver KHALED JR, Salah H. *A Busca da verdade no processo penal: para além da ambição inquisitorial*. São Paulo: Atlas, 2013.

tintos para atingir este fim: o inquisitório e o acusatório. Na configuração acusatória, o juiz encarregado da jurisdição penal se limita às solicitações interpostas e ao material produzido pelas partes. Dessa forma, o processo penal torna-se uma disputa entre partes, que considera que o melhor meio para averiguar a verdade e verificar a justiça é deixar a invocação do juiz e o recolhimento do material processual a quem persegue interesses opostos e sustenta opiniões divergentes, dispensando o juiz dessa tarefa e garantindo assim sua imparcialidade; trata-se de um sistema respeitoso da dignidade do acusado enquanto cidadão.<sup>49</sup> Goldschmidt considera inquisitório com forma acusatória o processo que permite que o juiz atue independentemente para averiguar e investigar os fatos.<sup>50</sup> Para Ferrajoli, é inadmissível que ao juiz sejam atribuídas funções postulantes, como a iniciativa probatória e o desenvolvimento da investigação com o auxílio da acusação; isso caracteriza o sistema misto e não o acusatório.<sup>51</sup> Segundo Giacomolli, “o princípio acusatório faz parte das garantias básicas do processo penal e implica, essencialmente, segundo Pico y Junoy, a existência de uma contenda processual entre duas partes contrapostas – acusador e acusado –, a ser resolvida por um terceiro imparcial, com uma clara distinção das funções processuais fundamentais”.<sup>52</sup> O autor destaca que, em um sistema acusatório, “a iniciativa probatória pertence às partes e o juiz, enquanto tal, é um terceiro imparcial, motivo por que não é sua função a proposição de meios de prova, nem de forma subsidiária [...].”<sup>53</sup> Para Bachmaier-Winter, um processo em que a mesma pessoa assume a inves-

49 GOLDSCHMIDT, James. "Problemas jurídicos y políticos del proceso penal". In: GOLDSCHMIDT, James. **Derecho, derecho penal y proceso I: problemas fundamentales del derecho**. Madrid: Marcial Pons, 2010, p. 780.

50 GOLDSCHMIDT, James. "Problemas jurídicos y políticos del proceso penal." In: GOLDSCHMIDT, James. **Derecho, derecho penal y proceso I: problemas fundamentales del derecho**. Madrid: Marcial Pons, 2010, p. 780.

51 FERRAJOLI, Luigi. **Direito e razão:** teoria do garantismo penal. São Paulo: RT, 2002. p. 488. O problema é que embora Ferrajoli não admite essa leitura, acaba mostrando-se incapaz de superar a arquitetura fundante do modelo de verdade correspondente, não potencializando a ruptura com o discurso hegemônico, que acaba sendo preservado sob a forma relativa ou aproximativa. O próprio autor emprega em alguns momentos o termo busca da verdade. Ver FERRAJOLI, Luigi. **Direito e razão:** teoria do garantismo penal. São Paulo: RT, 2002. p. 50-51 e KHALED JR, Salah H. A **Busca da verdade no processo penal:** para além da ambição inquisitorial. São Paulo: Atlas, 2013.

52 GIACOMOLLI, Nereu José. "Atividade do juiz criminal frente à constituição: deveres e limites em face do princípio acusatório". In: GAUER, Ruth Maria Chittó (coord.) **Sistema Penal e Violência**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006, p. 219

53 GIACOMOLLI, Nereu José. "Atividade do juiz criminal frente à constituição: deveres e limites em face do princípio acusatório". In: GAUER, Ruth Maria Chittó (coord.) **Sistema Penal e Violência**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006. p. 224. De acordo com Giacomolli “Ao afirmar-se a pretensão acusatória em juízo, exerce-se a ação penal, originando um típico processo de partes. Ao terceiro imparcial se veda o exercício da ação penal e a prática de atos processuais próprios da parte acusadora. O sujeito que acusa não pode julgar e ao sujeito que julga não se permite que acuse direta ou indiretamente (proposição de meios de prova), sob pena de transformar o juiz em inquisidor, com a expressão da essência de terceiro imparcial, garantidor do *status libertatis*”. GIACOMOLLI, Nereu José. "Atividade do juiz criminal frente à constituição: deveres e limites em face do princípio acusatório." In: GAUER, Ruth Maria Chittó (coord.) **Sistema Penal e Violência**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006, p.227.

tigação do fato delitivo, coleta as provas e as valora para emitir a sentença viola claramente o princípio da imparcialidade.<sup>54</sup> Segundo Prado, “[...] se na estrutura inquisitória o juiz ‘acusá’, na acusatória a existência de parte autônoma, encarregada da tarefa de acusar, funciona para deslocar o juiz do centro do processo, cuidando de preservar a nota de imparcialidade que deve marcar a sua atuação”.<sup>55</sup> Como aponta o autor, “quem procura sabe ao certo o que pretende encontrar e isso, em termos de processo penal condenatório, representa uma inclinação ou tendência perigosamente comprometedora da imparcialidade do julgador”.<sup>56</sup> Como observa Ferrajoli, ao sistema acusatório convém um juiz espectador, dedicado acima de tudo à valoração objetiva e imparcial dos fatos, e, portanto, mais prudente do que sapiente, enquanto o rito inquisitório exige um juiz ator, representante do interesse punitivo e, por isso, leguleio, versado nos procedimentos e dotado de capacidade investigativa”.<sup>57</sup> Lopes Jr destaca que:

"É elementar que atribuir poderes investigatórios ao juiz é violar de morte a garantia da imparcialidade sobre a qual se estrutura o processo penal e o sistema acusatório, e ainda, não existe qualquer possibilidade 'de bom uso' de tais poderes, pois eles somente serão invocados pelos inquisidores de plantão, de quem da bondade sempre há que se duvidar."<sup>58</sup>

Por isso Lopes Jr sustenta que “[...] pensar sistema acusatório desconectado do princípio da imparcialidade e do contraditório, é incorrer em grave reducionismo”.<sup>59</sup> A imparcialidade não é uma qualidade pessoal do juiz, mas uma qualidade do sistema acusatório, comprometida no decisionismo inquisitório.<sup>60</sup> De fato, não são poucos os autores que consideram que os poderes instrutórios do juiz devem ser complementares; no entanto, não conseguimos vislumbrar caso em que essa atividade não seja potencialmente danosa para o acusado, motivo pelo qual a conside-

54 BACHMAIER WINTER, Lorena. "Acusatorio *versus* inquisitivo. Reflexiones acerca del proceso penal". In: BACHMAIER WINTER, Lorena (Org.) *Proceso penal y sistemas acusatorios*. Madrid: Marcial Pons, p. 22.

55 PRADO, Geraldo. *Sistema acusatório: a conformidade constitucional das leis processuais penais*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006, p. 106.

56 PRADO, Geraldo. *Sistema acusatório: a conformidade constitucional das leis processuais penais*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006, p. 137.

57 FERRAJOLI, Luigi. *Direito e razão: teoria do garantismo penal*. São Paulo: RT, 2002, p. 461.

58 LOPES JR, Aury. *Direito processual penal e sua conformidade constitucional*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p. 508.

59 LOPES JR, Aury. *Direito processual penal e sua conformidade constitucional*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p. 70.

60 LOPES JR, Aury. *Direito Processual Penal e sua Conformidade Constitucional*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p. 183.

ramos em flagrante descompasso com a exigência de democraticidade, o que nos parece inaceitável; afinal, tal atividade desconsidera completamente o *in dubio pro reo*, uma vez que na dúvida o juiz parte em busca de provas, que obviamente só podem ter a finalidade de obter a condenação a qualquer custo. Em uma estrutura regrada de contenção do poder punitivo, a dúvida deve gerar absolvição, o que expressa o próprio sentido do princípio do *in dubio pro reo*.

Tudo que foi dito até agora se alinha perfeitamente à exigência de democraticidade levantada por Cunha Martins; desse modo, firmamos posição condizente com essa exigência e consideramos que a quebra da gestão da prova pelas partes configura flagrante deformação da imparcialidade exigível ao juiz em uma estrutura que deve estar submetida à democraticidade, conformando uma atuação inquisitoria do magistrado, que é por excelência antidemocrática. Dessa forma, Lopes Jr constata que continua a sustentar-se “[...] um verdadeiro processo penal do inimigo, que nega o réu como sujeito processual e, por conseguinte, todos os seus direitos e garantias fundamentais”.<sup>61</sup>

**Em última análise, é preciso fazer uma clara opção entre um processo acusatório e democrático, fundado na dignidade da pessoa humana – e, logo, na presunção de inocência – e um processo de inspiração inquisitoria, fundado na lógica de persecução ao inimigo.** Em um processo o juiz ingressa predisposto a absolver, ciente de que a posição que lhe cabe é receptiva e que é a acusação que deve derrubar a presunção de inocência; em outro processo, o juiz entra movido por insaciável ambição de verdade e pratica ato de parte, o que só pode expressar um irrefreável desejo de condenação. **Afinal, qual o processo que queremos?**❖

## BIBLIOGRAFIA

ALCALÁ-ZAMORA Y CASTILLO, Niceto. **Estudios de teoria general y historia del proceso:** Tomo I. México: UNAM, 1992.

BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. **Ônus da prova no processo penal.** São Paulo: RT, 2003.

BACHMAIER WINTER, Lorena. "Acusatorio versus inquisitivo." Reflexiones acerca del proceso penal. In: BACHMAIER WINTER, Lorena (Org.). **Proceso penal y sistemas acusatorios.** Madrid: Marcial Pons.

61 LOPES JR, Aury. **Direito processual penal e sua conformidade constitucional.** Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010. p. 506-507.

BRASIL. **Códigos penal, processo penal e constituição federal**. São Paulo: Saraiva, 2010.

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

\_\_\_\_\_. **Pena e garantias**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003.

COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. "Introdução aos princípios gerais do processo penal brasileiro". In: **Revista de estudos criminais** n.1. Porto Alegre: Notadez Editora, 2001.

\_\_\_\_\_. "Glosas ao verdade, dúvida e certeza, de Francesco Carnelutti, para os operadores do Direito." In: **Anuário Ibero-americano de direitos humanos**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002.

\_\_\_\_\_. "O papel do juiz no processo penal." In: COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda (coord.) **Crítica à teoria geral do direito processual penal**. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

CORDERO, Franco. **Procedimiento Penal**: Tomo I. Bogotá: Temis, 2000.

CUNHA MARTINS, Rui. **O ponto cego do direito: the brazilian lessons**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

EYMERICH, Nicolau. **Manual dos inquisidores**. Rio de Janeiro: Rosa dos Tempos, 1993.

FERRAJOLI, Luigi. **Direito e razão**: teoria do garantismo penal. São Paulo: RT, 2002.

GIACOMOLLI, Nereu José. "Atividade do juiz criminal frente à constituição: deveres e limites em face do princípio acusatório." In: GAUER, Ruth Maria Chittó (coord.) **Sistema Penal e Violência**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

GOLDSCHMIDT, James. "Problemas jurídicos y políticos del proceso penal". In: GOLDSCHMIDT, James. **Derecho, derecho penal y proceso I: problemas fundamentales del derecho**. Madrid: Marcial Pons, 2010.

KHALED JR, Salah H. **A Busca da verdade no processo penal**: para além da ambição inquisitorial. São Paulo: Atlas, 2013.

LOPES JR, Aury. **Direito Processual Penal e sua Conformidade Constitucional**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

\_\_\_\_\_ . **Introdução crítica ao processo penal:** fundamentos da instrumentalidade garantista. 2<sup>a</sup> ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.

MAFFESOLI, Michel. **O instante eterno:** o retorno do trágico nas sociedades pós-modernas. São Paulo: Zouk, 2003.

MAIER, Julio B.J. **Derecho procesal I:** fundamentos. Buenos Aires: Editores del Puerto, 2006.

PRADO, Geraldo. **Sistema acusatório:** a conformidade constitucional das leis processuais penais. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

ZAFFARONI, Eugênio Raul; BATISTA, Nilo; ALAGIA, Alejandro; SLOKAR, Alejandro. **Direito Penal Brasileiro – I.** Rio de Janeiro: Revan, 2003.

# O Pensamento de Karl Marx e a Criminologia Crítica: Por uma Criminologia do Século XXI

**Thiago Celli Moreira de Araujo**

*Mestrando em Sociologia pelo Instituto Universitário de Pesquisas do Rio de Janeiro (IUPERJ), pós-graduado em Criminologia, Direito e Processo Penal pela Universidade Cândido Mendes (UCAM).*

## NOÇÕES INTRODUTÓRIAS

No dia 14 de março de 2013, comemorou-se o aniversário de 130 anos da morte de Karl Heinrich Marx (1818-1883). A figura do grande pensador alemão passou por diversos momentos ao longo de todos esses anos, tendo sido alvo das mais diversas manifestações. Em alguns deles, foi aclamado como o símbolo da esperança de um mundo mais livre, justo e solidário; em outros, foi espezinhado como o símbolo do fracasso do “socialismo real”. O grande colaborador e melhor amigo de Marx, Friedrich Engels (1820-1895), talvez tenha sofrido mais do que o próprio pai do marxismo. Alguns ignoram o fato de que suas contribuições foram fundamentais para o pensamento marxista (um exemplo claro disso está no seu portentoso trabalho – o preferido de Marx, por sinal – intitulado **A situação da classe trabalhadora na Inglaterra**), tratando-o de forma subsidiária; outros apontam para sua produção teórica e acusam-no, em uma clara demonstração de estupidez, de ter sido o culpado pelo **stalinismo**; outros aplaudem sua originalidade e compreendem que, sem Engels, não haveria Marx.

Boaventura de Sousa Santos (1940- ), em seu **Pela mão de Alíce** (1994), aponta para o fato de que o pensamento marxista passou por diversos momentos entre 1890 e a década de 1980, passando por momentos de aclamação, esquecimento e renegação. Com toda a certeza,

trata-se de uma realidade. Isso fica claro ao lembrarmos, por exemplo, que o mesmo marxismo que é posto de lado após a dissolução da União Soviética (1991) ressurge com toda a força nos anos 2000.

Eric J. Hobsbawm (1917-2012) nos ensina que, por mais que o pensamento de Marx tenha causado certo impacto durante sua vida, e, sem dúvida, continuava influenciando até o ano de sua morte, em 1883 “*havia pouco que justificasse sua vida*”<sup>1</sup>. Todavia, menos de 25 anos após sua morte, o mundo inteiro veio a reconhecer sua importante contribuição teórica quando “*partidos políticos operários fundados em seu nome, ou que afirmavam inspirar-se nele, recebiam de 15% a 47% dos votos em países com eleições democráticas – sendo a Grã-Bretanha a única exceção.*”<sup>2</sup> Um fato bastante interessante é que “*se digitarmos seu nome no Google, ele continua a ser a maior de todas as presenças intelectuais. Só superada por Darwin e Einstein*”<sup>3</sup>

Em todo o caso, o que justifica toda essa grandiosidade; essa figura, por mais que em determinados momentos tenha sido “esquecida”, teima em voltar ao âmbito das discussões acadêmicas e exercer influência em partidos políticos, movimentos revolucionários e sociais? Qual é o fundamento disso? O pensamento de Marx é atual?

O início do século XXI foi, obviamente, um período marcado por crises político-econômicas mundiais, guerras, conflitos armados, atentados terroristas e, por mais que Francis Fukuyama (1952- ) tenha insistido em apontar para o capitalismo como o *fim da história*, a história não parece tão pacificamente “finalizada” assim. É importante lembrar que, do mesmo modo que esse início de século tem sido permeado por dúvidas com relação ao futuro do mundo, por um sempre crescente medo de uma catástrofe ambiental e crises econômicas por toda a parte do globo (até mesmo onde o senso comum midiático julgava que fosse impossível), existe um ponto que, não bastasse estar completamente fora do debate da grande mídia, continua se agravando exponencialmente ao longo dos anos: o encarceramento de massa, ou, nas palavras de Alessandro De Giorgi, *a miséria governada através do sistema penal*.

No caso de nosso país, ao mesmo tempo em que a grande mídia e os três poderes se recusam a discutir a questão criminal, o senso comum

1 HOBBSBAWM, Eric J. *Como mudar o mundo – Marx e o marxismo, 1840-2011*. São Paulo: Companhia das Letras, 2012, p. 13.

2 *Ibidem*, p. 14.

3 *Ibidem*, p. 15.

nos considera o “país da impunidade”, onde tudo “acaba em pizza”. Todavia, basta que observemos as estatísticas de órgãos oficiais, retratando os índices de encarceramento para percebermos que somos o *quarto país que mais prende no mundo*<sup>4</sup>. A questão é: como é possível que um país que prende tantas pessoas seja considerado o país da impunidade e, se existe impunidade, cumpre fazer o seguinte questionamento metodológico – impunidade para quem?

Ao observarmos a obra de Karl Marx e Friedrich Engels, a primeira característica que salta aos olhos de qualquer leitor minimamente atento é a ampla transdisciplinaridade de ambos. Em suas palavras há história, economia, sociologia (lembrando que Marx é considerado um dos pais da sociologia), filosofia, direito, antropologia etc. Sua crítica, a base do pensamento comunista, aponta para a propriedade privada dos meios de produção como a responsável pela alienação da classe trabalhadora e a formação de uma sociedade de classes. Nesta, a burguesia assume o papel de classe dominante hegemônica que utilizando daquilo que Louis Althusser (1918-1990) chamará de “*aparelhos ideológicos de Estado*”, procede sua dominação hegemônica da grande massa da população. Evidentemente, o direito<sup>5</sup> constitui um destes aparelhos ideológicos a serviço da burguesia.

Em tempos de crise como os atuais, onde a barbárie parece dominar grande parte do cenário político-econômico mundial, o marxismo surge como a grande crítica ao modo de produção capitalista. Marx e Engels ressurgem das cinzas e reaparecem mais uma vez como símbolos de esperança; como uma sempre presente utopia<sup>6</sup> para os que sonham com um mundo diferente. Nesse sentido, o que o pensamento de ambos tem a contribuir para o pensamento criminológico? O pensamento marxiano ainda serviria como referencial teórico de uma criminologia do século XXI?

Neste artigo acadêmico, conduziremos um estudo sobre a obra de Marx e Engels no primeiro capítulo para que, no segundo capítulo, seja possível relacioná-la aos postulados da criminologia crítica e identificar se o pensamento marxiano se mantém atual.

---

4 Para se ter uma ideia dos dados alarmantes e da progressão geométrica em que os índices de encarceramento de massa operam, consultar: [http://www.direitodireto.com/wp-content/uploads/2012/11/brasil\\_atras\\_das\\_grades.png](http://www.direitodireto.com/wp-content/uploads/2012/11/brasil_atras_das_grades.png). Acesso em: 16/04/2013

5 Althusser, em verdade, considera o Direito como um aparelho *sui generis* que ora é mais repressivo do que ideológico e ora é mais ideológico do que repressivo. Sobre isto, conferir: “*Sobre a reprodução*”, de Louis Althusser, editado pela Vozes.

6 Deve-se entender aqui “utopia”, no sentido blochiano do tempo: uma possibilidade; uma esperança com força transformadora.

Como bem apontou Hobsbawm, é fundamental que sejam feitas as mesmas perguntas que foram feitas por Marx e Engels, por mais que muitos críticos questionem hoje as respostas dadas por eles. Só desse modo é possível atacar as premissas de tal sociedade e, por conseguinte, propor uma solução para tais problemas.

No que tange ao estudo da criminologia, o foco que estabelecemos para viabilizar esse artigo encontra-se no desenvolvimento da criminologia crítica e sua relação com o pensamento marxista. Se optássemos por falar de todas as outras escolas que também ocuparam um papel importante na história do pensamento criminológico, impossibilitaríamos uma análise mais aprofundada de nosso tema. De qualquer modo, nosso intuito aqui não é encerrar as inúmeras discussões que surgem da crítica ao direito penal, e sim problematizá-las; apontá-las; propor uma reflexão que é fundamental para a evolução do pensamento. É o mínimo que podemos fazer para honrar a memória e o instrumental teórico deixados pelo Mourão e pelo General<sup>7</sup>

## I – A CRÍTICA MARXIANA DO DIREITO: O “MOURO” E O “GENERAL” CONTRA O DIREITO MODERNO BURGUÊS

Uma das características mais evidentes do capitalismo é sua capacidade de dar um novo significado às diversas instituições e relações, de modo que, para o senso comum, aparentemente elas sempre tenham existido e sempre tenham seguido a mesma forma. Um exemplo claro disso é o Direito. Para a grande maioria das pessoas, a pena de prisão, por exemplo, sempre existiu, teve a mesma forma e continuará existindo. Por esse motivo, é crucial o estudo da história, para compreendermos como se dá o processo de formação das sociedades capitalistas e, evidentemente, como era anteriormente. A vida de Marx foi extremamente difícil, passando por diversos problemas de saúde, financeiros e, como não poderia deixar de ser, perseguições políticas eram uma realidade em sua vida. Foi expulso de diversos países, devido às suas críticas à sociedade burguesa (sempre ácidas, certeiras e fortíssimas) nos jornais dos quais participou e por sua militância política<sup>8</sup>.

7 “Mouro” era o apelido dado à Marx pelo fato de sua pele possuir uma tonalidade bastante escura. “General” era o apelido de Engels, dado em razão de sua seriedade, disciplina, postura e pelo fato de ter o costume de vestir casacas.

8 É sempre importante lembrar, pois muitos parecem esquecer (propósito ou não) que, quando falamos de Marx, não estamos falando de um intelectual como Kant, que passou a sua vida dando aulas e escrevendo na pacata

No início de seus estudos em filosofia, tanto Marx quanto Engels se vincularam ao pensamento de Georg Wilhelm Friedrich Hegel <sup>9</sup>(1770-1831), que criou um sistema dialético idealista que foi, por muitos, considerado a filosofia insuperável do século em que viveu. Naquele momento, pode-se dizer que havia uma verdadeira cisão entre os seguidores do hegelianismo. De um lado estavam os conservadores (“velhos hegelianos”) que entendiam, como aponta Tristram Hunt, que:

*“se a história é o processo que supervisiona a marcha triunfante da razão rumo à liberdade, então toda era consecutiva é necessariamente mais progressista, mais racional e mais livre que a anterior, e todo componente dessa era – suas artes plásticas, sua música, religião, literatura, formas de governo – representa um estágio mais elevado da razão que o precedente.”<sup>10</sup>*

De acordo com o modelo hegeliano, o Estado moderno seria a “concretização da liberdade”; a “concretização da razão” – o Estado constituiria a personificação do progresso. É nesse sentido que se apoava a direita hegeliana. De outro lado, estava a chamada esquerda hegeliana (os “jovens hegelianos”). Pautando-se na lógica da “afirmação, negação e negação da negação” (o método dialético de Hegel), entendiam a marcha da história no sentido de que “cada era e sua ideia preponderante eram negadas e assimiladas pela era seguinte”<sup>11</sup>. Exatamente por isso a esquerda hegeliana combatia o autoritarismo do Estado prussiano. Nem precisamos dizer, evidentemente, que Marx e Engels fizeram parte desta última.

Um ponto que é fundamental nas personalidades de Marx e Engels é a iconoclastia, não só pelo fato de os dois terem crescido em famílias religiosas e, desde cedo, se declararem ateus, mas também no sentido de não estabelecerem nenhuma relação de idolatria pelos que influenciaram seu pensamento. Por esse motivo, como aparece nos primeiros trabalhos de ambos, por mais que houvesse sim influencia hegeliana, ela se dava sempre de forma crítica e, nesse sentido, a leitura dos trabalhos de Ludwig Andreas Feuerbach (1804-1872) foi fundamental. Feuerbach,

Königsberg. A vida de Marx foi marcada pela pesquisa e produção acadêmica, todavia, tais atividades sempre eram interrompidas pela prática da militância. Marx era um proletário e participava ativamente das lutas do proletariado. Sobre a vida de Marx, ler: **Marx – Vida e obra**, de Leandro Konder; e **O Capital de Marx: uma biografia**, de Francis Wheen.

<sup>9</sup> Grande filósofo do idealismo alemão.

<sup>10</sup> HUNT, Tristram. **Comunista de casaca – a vida revolucionária de Friedrich Engels**. Rio de Janeiro: Record, 2010, p. 62.

<sup>11</sup> *Ibidem*, p. 65.

com seu posicionamento materialista e sua crítica à religião, constituiu um passo crucial para o entendimento de Marx e de Engels que, como se sabe, também atacariam sua ideia de materialismo nas suas *Teses de Feuerbach*.

Em 1842, Marx publica pela *Rheinische Zeitung*<sup>12</sup> um brilhante trabalho intitulado: **Debates on the Law on thefts of Wood**. Nesse portentoso artigo, Marx se coloca em defesa dos pobres e critica o Estado, que iguala a crime de furto o ato de recolher do chão a madeira seca de árvores mortas. Por mais que esse texto não apresente o Marx maduro intelectualmente d'*O Capital*, o que importa é que já estava claro que o filósofo tinha uma capacidade crítica invejável, um humor ácido, uma capacidade de descontruir conceitos e instituições e, do mesmo modo, unir a crítica do direito à crítica econômica. Esse é o perfil que acompanhará a trajetória de Marx e Engels até seus últimos dias. Rubens Enderle resume perfeitamente o ponto principal do artigo:

*"Em defesa da população pobre, proibida de recolher lenha seca caída das árvores, Marx argumenta contra o rebaixamento da universalidade do Estado e do direito à particularidade da propriedade privada. Em vez de degradar-se ao nível dos interesses privados, o Estado deve submeter esses interesses ao interesse comum, ou seja, ao próprio Estado. Marx afirma, então, o direito consuetudinário da classe pobre, cujos costumes enraízam-se na universalidade da natureza humana, contra o pretenso direito consuetudinário dos ricos, calcado na propriedade privada."*<sup>13</sup>

Por mais que, nesse trabalho, Marx não tenha se colocado ainda contra o Estado como instituição; contra o Estado que, como ele dirá no futuro, é o comitê para gerir os interesses da burguesia, temos aqui um Marx que já aponta para uma luta de classes; para um Estado parcial, autoritário e pautado pela economia. Nota-se ao longo do texto que Marx ainda não propõe nenhuma transformação radical, mas ele já se coloca como um incansável defensor da democracia. Da mesma forma, já podemos perceber uma forte crítica ao direito penal nesse artigo. Dirá ele, em sua crítica ao direito como ferramenta de legitimação de uma classe

12 Famoso jornal alemão do século XIX. Marx chegou a ser editor do mesmo, que, no entanto, foi fechado pela censura em 1843.

13 ENDERLE, Rubens. "Apresentação." In: **Crítica da filosofia do direito de Hegel**. São Paulo: Boitempo, 2010, p. 15.

dominante: "... if the law applies the term theft to an action that is scarcely even a violation of forest regulations, then the law lies, and the poor are sacrificed to a legal lie."<sup>14</sup>

Sobre esse trecho, podemos fazer a leitura de que Marx já percebia o hábito legislativo de deixar certos tipos penais extremamente vagos com o intuito de proceder a uma criminalização da pobreza mais eficaz. Do mesmo modo, Marx nos aponta para a grande preocupação do direito burguês como instituição de tutela e proteção da propriedade privada. No decorrer do artigo, ele zomba da tentativa de utilizar a pena como ferramenta de prevenção no cometimento de delitos; do argumento que defende a imparcialidade dos magistrados; do próprio direito como instituição. Como de costume, Marx "não deixa pedra sobre pedra". Ao longo do texto, sinaliza o que virá a se tornar seu conceito de ideologia, apontando para o fato de que o estado se vale de uma "*mentira legal*" para punir os pobres. Essa interpretação de Marx não poderia ser mais atual em relação à situação do sistema penal, das criminalizações primária e secundária, do grande encarceramento e da instituição classista que é o direito penal.

Em 1844 (apenas dois anos após o "*Debates on the Law on thefts of Wood*"), Marx escreve seus *Manuscritos econômico-filosóficos*<sup>15</sup>, trabalho que mostra uma imensa evolução no pensamento marxiano. Nele, Marx, já bastante amadurecido, apresenta o Capital como um *instrumento de poder*; como uma força de opressão política; apresenta a propriedade privada dos meios de produção como o meio pelo qual se estabelece a exploração da classe operária e a extração do mais-valor. Por mais que o conceito de mais-valor (ou mais-valia, dependendo da tradução) só vá ser consolidado mais a frente, é extremamente importante que o entendamos, pois ele é a materialização da exploração do "patrão" sobre o empregado. Ela resulta do fato de o trabalhador (que, em Marx, é considerado como uma mercadoria), mediante sua força de trabalho – sua força produtiva – produzir uma mercadoria que pode ser vendida por um montante superior ao seu salário. O mais-valor surge da diferença entre o valor do produto (que pertence ao capitalista) e o valor do capital que é produzido no processo de produção. Esse capital pode ser dividido em dois tipos: o *constante*, que é representado pelo valor que é gasto com os meios de produção; e o *variável*, utilizado para contratar trabalhadores, que vendem sua *força de trabalho*. Eis que

14 Tradução: "... se a lei denomina furto de madeira uma ação que nem sequer constitui uma contravenção penal referente à madeira, está a lei, portanto, mentindo e o pobre é sacrificado por causa de uma mentira legal."

15 Infelizmente, os *Manuscritos* só teriam sido descobertos e publicados em 1932, na União Soviética.

Bottomore nos explica: “A *mais-valia* é a diferença entre esses dois valores: é o valor produzido pelo trabalhador que é apropriado pelo capitalista sem que um equivalente seja dado em troca. (...) o capitalista se apropria dos resultados do trabalho excedente não pago”<sup>16</sup>

Marx elucidará, em seus *manuscritos*, para o fato de que essa relação não é uma escolha do trabalhador, que só tem um direito material: vender sua força de trabalho (um proletário), ao passo que o capitalista tem o direito de comprá-lo. Eis uma prova cabal de que o trabalhador não passa de uma mercadoria, mas uma mercadoria *sui generis*, devido a sua capacidade de gerar valor.

Em outras obras, como a **Ideologia Alemã** (1845-1846), por exemplo, Marx atacará a ideologia, que mascara todo esse processo material de exploração do homem pelo homem. A ideologia, para Marx, constituirá algo falso, uma mentira que é reproduzida e está no cerne da sociedade civil burguesa e em todas as suas instituições, sendo o direito, obviamente, uma delas. Numa suposta democracia, como é o caso brasileiro, temos a aparente contradição com um direito penal extremamente autoritário. O fato dessa contradição ser “aparente” se encerra no fato de que essa “democracia” é puramente ideológica. Basta que atentemos para o fato de que os princípios basilares da mesma (liberdade e igualdade, respaldados pelo princípio da dignidade da pessoa humana) são meramente *formais*. É nesse sentido que entendemos que a *luta de classes* permanece e a criminalização da pobreza, a burocratização (e a proibição, em alguns quadros) do direito de greve, o elitismo e lentidão da justiça (justiça para quem?) etc. são algumas das formas de materialização da opressão legitimada pelo Estado.

Na edição brasileira da *Ideologia Alemã*, também há um texto clássico e importantíssimo para a consolidação do pensamento marxiano: as *Teses de Feuerbach*. Em onze teses, Marx reformula o materialismo feuerbachiano, explicando o que significa a concepção materialista marxista. Na décima primeira tese, está descrito em poucas palavras o conceito marxiano de *filosofia de práxis*: “Os filósofos apenas interpretaram o mundo de diferentes maneiras; o que importa é transformá-lo”. Com essa belíssima frase, Marx rompe com toda tradição filosófica anterior a ele e dá um golpe certeiro no idealismo hegeliano. O que importa é o mundo material; é a realidade econômica da sociedade que produz as relações sociais. Nesse sentido, a filosofia não deve se contentar em unicamente interpretar tais relações, o que importa é transformá-las.

16 BOTMORE, Tom. **Dicionário do pensamento marxista**. 2ª. Edição. Rio de Janeiro: Zahar, 2012, p. 335.

Por isso, sem desmerecer a grande importância da teoria, obviamente, é necessário que se compreenda que o marxismo é uma filosofia da ação; da práxis; das utopias; da transformação. Esse materialismo, no qual tudo o que existe depende das condições materiais, está inserido no materialismo marxista – um materialismo *dialético* e *histórico* – evidente herança e modificação do pensamento idealista hegeliano.

O método dialético se pauta no *conflito*. No capitalismo existe uma enorme oposição entre os que detêm o capital e aqueles que só dispõem de sua *força de trabalho*. Eis o cerne da dialética existente no capitalismo; eis o grande gerador de injustiças materializado na exploração do trabalho e na acumulação de capital promovidos pela propriedade privada dos meios de produção. Esse conflito não tem solução (pasmem, os reformistas) enquanto essa contradição se mantiver; enquanto esse modo de produção subsistir. O modelo dialético propõe que essas duas forças em conflito, em um determinado momento da história, se destruam, chegando à síntese – *tudo o que é sólido se desfaz no ar*. Lembremos sempre do comentário de Alysson Mascaro:

*“É bom ressaltar que a síntese não é o meio termo entre as oposições da tese e da antítese. Não é o aumento do salário do trabalhador que fará a superação do capitalismo. Os aumentos de salário são, ainda, uma forma de manutenção do mesmo padrão de contradição capitalista; a síntese é a superação total dessa contradição, e, portanto, o surgimento do novo. A superação aponta para novas formas de arranjo e organização social, novas dialéticas, mas nunca aquelas já passadas.”<sup>17</sup>*

Partindo do materialismo dialético, de Marx, podemos compreender o materialismo histórico. Se, para Marx, a história não se faz nas consciências dos indivíduos - nas ideias – ela se encontra nas bases produtivas; na estrutura econômica da sociedade. É na realidade produtiva que a história é feita. Como aponta Marx:

*“O primeiro ato histórico é, pois, a produção dos meios para a satisfação dessas necessidades [comida, bebida, moradia, vestimenta], a produção da própria vida material, e este é, sem dúvida, um ato histórico, uma condição fundamental de toda a história, que ainda hoje, assim como há milênios, tem*

---

<sup>17</sup> MASCARO, Alysson. *Lições de sociologia do direito*. 2<sup>a</sup>. Edição. São Paulo: Quartier Latin, 2009, p. 101.

*de ser cumprida diretamente, a cada hora, simplesmente para manter os homens vivos.”<sup>18</sup>*

Com base nesses postulados, Marx acreditava que a sociedade capitalista, por força do materialismo dialético e histórico, e por causa da luta de classes, estaria, inevitavelmente, fadado à destruição. Com a revolução (a única forma de superar o capitalismo), entraria em voga a *ditadura do proletariado*<sup>19</sup>, na qual o mesmo tomaria o controle dos meios de produção e – num processo longo e lento – caminharia para uma realidade em que o Estado, o Direito, a burocracia etc. não teriam razão de existir: esse processo se daria por meio do socialismo e o fim – a completa quebra da sociedade burguesa -, a síntese, seria o comunismo. O fim da luta de classes se daria com o fim das classes.

Engels, em seu brilhante livro em coautoria com Kautsky, resume grande parte do que dissemos sobre a importância do pensamento marxiano:

*“a concepção materialista da história de Marx ajuda a classe trabalhadora a compreender essa condição de vida, demonstrando que todas as representações dos homens – jurídicas, políticas, filosóficas, religiosas etc. – derivam, em última instância, de suas condições econômicas de vida, de seu modo de produzir e trocar os produtos.”<sup>20</sup>*

Com isso, ao mesmo tempo em que a estrutura da sociedade civil burguesa é desmisticificada, temos aqui um instrumental teórico radical que, servindo de base para a criminologia crítica, será capaz de estabelecer a mais importante crítica ao direito penal. No próximo capítulo, nos aprofundaremos nos postulados da criminologia crítica e na influência que o marxismo exerceu sobre essa riquíssima escola.

## II – “PRIMEIRO COMO TRAGÉDIA, DEPOIS COMO FARSA”

Desde o início do que podemos chamar de civilização, sempre houve discursos criminológicos. O estudo da história desses pensamentos é

18 MARX, Karl. *A ideologia alemã*. São Paulo: Boitempo, 2007, p. 33.

19 Termo que, muitas vezes, é extremamente mal interpretado. Por ditadura do proletariado, Marx deixa evidente que sua concepção de democracia não é a pálida definição de “governo da maioria”, pois nem tudo o que é apoiado pela maioria é democrático. Do mesmo modo, Marx comprehende que pôr um fim à luta de classes não seria uma conquista baseada em um consenso. A burguesia nunca permitiria que seu poder fosse suplantado por uma outra classe. É exatamente por isso que o proletariado deveria, em Marx, tomar – à força - o controle dos meios de produção.

20 ENGELS, Friedrich; e KAUTSKY, Karl. *O socialismo jurídico*. São Paulo: Boitempo, 2012, p. 21.

fundamental para a compreensão da criminologia. Entretanto, nosso interesse aqui não é fazer um novo **Histórias dos pensamentos criminológicos**<sup>21</sup>. Evidentemente, a história das penas é repleta de *tragédias*, um verdadeiro banho de sangue promovido pelo Estado e pela Igreja Católica. Um número incalculável de vidas foi tirado, fazendo com que as guerras, se comparadas ao direito penal, pareçam uma verdadeira piada. É exatamente por isso que é importante estudarmos a trágica história das penas para compreendermos a *farsa* que é a legitimação do punitivismo. Essa crítica, com base no pensamento marxiano, já demonstra a necessidade/possibilidade de mudança; de transformação.

Tendo em vista que este artigo se pauta na contribuição de Marx e Engels para a crítica do direito e, em especial, o recorte que demos dá especificidade ao direito penal, trataremos aqui da *criminologia crítica*. Com brilhantismo, Eric nos mostra que **A era do Capital** – período entre 1789 a 1848 – é o período de consolidação da burguesia no poder; a consolidação da moderna dominação de classe. Tal era foi marcada por uma “*dupla revolução: a transformação industrial, iniciada e largamente confinada à Inglaterra, e a transformação política, associada e largamente confinada à França*”.<sup>22</sup>

Nesse momento de intensa transformação da sociedade, marcado pelo pensamento iluminista burguês – que, no âmbito do direito penal, tem Beccaria<sup>23</sup> (1738-1794) como grande expoente - e pelo capitalismo como o melhor modo de produção possível, todo o discurso de “*liberdade, igualdade e fraternidade*” – a utopia burguesa revolucionária – cai por terra, tornando-se mero discurso ideológico<sup>24</sup>, sem qualquer aplicabilidade material. É nesse período também que, como uma resposta à toda desigualdade, ao aumento da miséria e da exploração dos pobres, nascem as correntes socialistas utópicas<sup>25</sup> (segundo a denominação marxiana), co-

21 Famosíssimo livro de Gabriel Ignacio Anitúa. Um verdadeiro clássico do estudo da criminologia, extremamente completo. O título é autoexplicativo em relação ao tema abordado no mesmo.

22 HOBSBAWM, Eric J. **A era do capital**. 15ª. Edição. São Paulo: Paz e terra, 2012, p. 22.

23 Cesare Beccaria, em seu clássico **Dei delitti e delle pene** (1764), fundamenta as bases do pensamento liberal e utilitarista do direito penal burguês. Seu pensamento representa uma verdadeira ruptura em relação ao Estado absolutista por ser contrário à pena de morte – uma vez que a pena, para Beccaria, deveria sacrificar a liberdade individual o mínimo possível (eis a base do princípio da proporcionalidade) e que não poderia haver crime sem lei anterior que o definisse (eis o princípio da reserva legal) – e à favor do livre-arbítrio, como característica inerente ao ser humano.

24 Sobre a relação entre ideologia e utopia, tal qual abordamos aqui, como transformação de um discurso libertário em um discurso conservador hegemônico-dominante, ler: *As Aventuras de Karl Marx contra o barão de Münchhausen*, de Michael Löwy.

25 Para um melhor entendimento dos termos “socialismo utópico” e “socialismo científico”, ler: **Do socialismo utópico ao socialismo científico**, de Engels.

munistas, anarquistas etc. Nota-se, portanto, que tratamos aqui de um período riquíssimo tanto em termos de produção de conhecimento quanto em efervescência político-econômica. É exatamente nesse período que Marx e Engels nascem e iniciam sua vasta produção acadêmica.

Esse período de intensa industrialização também foi responsável por um intenso aumento nos índices de desemprego, formando aquilo que Marx chamou de *exército industrial de reserva*. Este, está intrinsecamente ligado ao processo de acumulação de capital, uma vez que “*o crescimento do capital aumenta a demanda por trabalho, mas a mecanização substitui os trabalhadores por máquinas e, com isso, reduz essa demanda.*”<sup>26</sup> Nesse sentido, estava formulada a seguinte pergunta: o que fazer com o exército industrial de reserva? A resposta para este problema só poderia ser dada pelo sistema penal.

Em seu brilhante trabalho intitulado **Punição e estrutura social** (1939), Georg Rusche (1900-?) e Otto Kirchheimer (1905-1965) aportam – evidentemente inspirados pelo marxismo – para as relações entre o modo de produção e o sistema penal de uma sociedade. Ao tratar das consequências sociais e penais da revolução industrial, os autores aportam para a criação das *casas de correção*<sup>27</sup> que, por mais que tenham progressivamente perdido sua necessidade, exerceram um papel muito importante ao longo do processo de evolução mercantilista até a consolidação do capitalismo. Dizem eles:

*“A casa de correção surgiu em uma situação social na qual as condições do mercado de trabalho eram favoráveis para as classes subalternas. Porém, esta situação mudou. A demanda por trabalhadores fora satisfeita e, eventualmente, produziu-se um excedente. (...) O que as classes dirigentes estavam procurando por mais de um século era agora um fato consumado – uma superpopulação relativa. Os donos de fábricas não mais necessitavam laçar homens. Pelo contrário, os trabalhadores tinham que sair à procura de emprego.”<sup>28</sup>*

26 BOTMORE, Tom. **Dicionário do pensamento marxista**. 2ª. Edição. Rio de Janeiro: Zahar, 2012, p. 213.

27 Surgiram na Londres do século XVI com o intuito de “acolher” os vagabundos, idosos, ociosos e criminosos de menor importância. Seu objetivo claro era, com extremo rigor, servir de local para reformar, mediante disciplina e trabalhos forçados, seus internos. Por esse motivo, trata-se de uma medida de higienismo social e legitimação do trabalho. Sobre as casas de correção, ver: *Cárcere e fábrica*, de Dário Melossi e Massimo Pavarini.

28 RUSCHE, Georg; e KIRCHHEIMER, Otto. **Punição e estrutura social**. 2ª. Edição. Rio de Janeiro: Revan, 2004, p. 125-126.

Melossi e Pavarini, recorrendo ao pensamento marxista, nos lembram “que esse proletariado, de constituição extremamente recente, reluta bastante a entrar num mundo do trabalho como o da manufatura, que lhe é absolutamente estranho.”<sup>29</sup> No entanto, como já pontuamos, o proletário não tem escolha.

Com a mecanização das fábricas, o desemprego (bem como a fortificação da dependência do trabalho) e a miséria aumentavam em larga escala. Ao mesmo tempo e, como é próprio da sociedade capitalista, o número de pessoas extremamente ricas também crescia. É muito importante que nos lembremos da lei dos pobres de Hamburgo (1788), pois, “visando manter os pobres trabalhando, as casas para pobres (*poorhouses*) fundaram fábricas para emprego dos pobres e escolas para as crianças”.<sup>30</sup> Elas fracassaram com extrema facilidade, uma vez que o processo de mecanização diminuía em larga escala a necessidade de mão de obra. Eis o exército industrial de reserva. É nesse cenário, que o pensamento de Thomas Malthus<sup>31</sup> (1766-1834) ganha força e a criminalização da mendicância voluntária opera com força total.

Com essa análise, percebemos a incontestável relação entre o direito e o modo de produção de uma sociedade. Rusche e Kirchheimer, em seu avançado trabalho, trouxeram esse debate para a criminologia. O recorte histórico estudado por ambos nos dá uma boa mostra do que se tornaria o direito penal na sociedade burguesa mais evoluída, pois, com o crescimento da indústria, evolução do capitalismo, consolidação da burguesia no poder e aumento da miserabilidade em todo o mundo, evidentemente o direito penal estaria fadado a adquirir um papel importantíssimo (e fundamental) de controle de massa – cada vez mais sofisticado.

Com o aumento, cada vez maior, do número de indesejáveis e a falência das tentativas de se controlar a situação, a voz de Jeremy Bentham (1748-1832) ecoa como uma iniciativa burguesa para reinventar o encarceramento. O *Panopticon*, de Bentham, segundo ensinam Melossi e Pavarini, constituiria: “uma tentativa ingênua e nunca concretizada de coordenar um exasperante sistema punitivo e de controle com a eficiência produtiva, tentativa que já revela a decidida tendência dos anos seguintes

29 MELOSSI, Dario; e Pavarini, Massimo. **Cárcere e fábrica**. 2ª. Edição. Rio de Janeiro: Revan, 2010, p. 38.

30 *Op.cit.*, p. 131

31 A teoria malthusiana dizia que o crescimento desmedido da população seria a consequência óbvia do aumento da fome, do crime e dos vícios. Por esse motivo, os salários deveriam ser mantidos no patamar mais baixo, unicamente para a subsistência.

*de privilegiar o primeiro aspecto*”<sup>32</sup> O panóptico constitui, sem a menor dúvida, “uma ideia arquitetônica e a ideologia que a sustenta.”<sup>33</sup> Nele, os encarcerados podiam ser mantidos em constante (ainda que, muitas vezes, aparente) vigilância e isolamento.

É nesses moldes que se funda o encarceramento moderno, travestido de “reeducação”, “ressocialização” etc., e acaba por justificar a necessidade de se criminalizar a pobreza; de retirar os pobres das ruas, dando um fim ao “excedente populacional” malthusiano. Tais análises deixam claro como surgiu o moderno direito penal e de que forma sua relação com o modo de produção capitalista moldou não só os discursos criminógenos como as estratégias de “combate” à criminalidade. O quadro que surgiu nos séculos XVIII e XIX continuará evoluindo em sua barbárie de aprisionamentos de massa.

Um trabalho acadêmico que não pode deixar de ser mencionado – tamanha a sua importância e pioneirismo para fundamentar as bases da criminologia radical – é o **The New Criminology** (1973), escrito por Ian Taylor, Paul Walton e Jock Young. Nele, como aponta Juarez Cirino dos Santos, temos “um dos primeiros estudos sistemáticos do desenvolvimento da teoria criminológica sob um método dialético, aplicando categorias do materialismo histórico.”<sup>34</sup> Nessa obra, partindo da orientação marxista, afirmam a

*“necessidade de redefinir a problemática do crime e do controle social, ligados à base material e à estrutura legal do capitalismo contemporâneo: a economia política – ou melhor, a estrutura econômica em que se articulam as relações sociais no capitalismo – surge como determinante primário da formação social, formalizando nas superestruturas jurídicas e políticas do Estado.”*<sup>35</sup>

Esse é o grande marco da criminologia radical. Ser radical é “agarrar a coisa pela raiz”<sup>36</sup>. Essa nova criminologia em formação encontra-se comprometida, do mesmo modo que Marx se comprometera no século XIX, com uma crítica estrutural da sociedade capitalista, pois só assim é possível *interpretar e transformar* a mesma. Qualquer outro modo de enten-

32 MELOSSI, Dario; e Pavarini, Massimo. **Cárcere e fábrica**. 2ª. Edição. Rio de Janeiro: Revan, 2010, p. 70.

33 *Idem*.

34 SANTOS, Juarez Cirino dos. **A criminologia radical**. 3ª. Edição. Curitiba: ICPC: Lumen Juris, 2008, p. 5.

35 *Ibidem*, p. 6.

36 MARX, Karl. **Crítica da filosofia do direito de Hegel**. 2ª. Edição. São Paulo: Boitempo, 2010, p. 151.

der a questão criminal pecou por ser completamente estapafúrdio (como foi o caso do positivismo criminológico) ou extremamente raso (como é o caso da teoria da anomia durkheimiana).

### III – A CRIMINOLOGIA CRÍTICA CONSOLIDADA E A ATUALIDADE DO PENSAMENTO MARXIANO

Essa nova criminologia, *que não teme dizer seu nome*, se consolida quando Alessandro Baratta (1933-2002) publica sua obra-prima intitulada **Criminologia crítica e crítica do direito penal**, em 1982. O jurista e sociólogo italiano, de forma portentosa, “passeia” pelos discursos criminológicos que vão desde Beccaria até os de seu tempo. Baratta aponta que a atenção da criminologia crítica deve se voltar para os *processos de criminalização*, que apontam para um direito penal extremamente seletivo e desigual. Nesse sentido, é sempre importante nos remetermos ao brilhante tratado de direito penal de Nilo Batista e Eugênio Raúl Zaffaroni, que definem, de forma magistral, a criminalização em “primária” e “secundária”:

*“Criminalização primária é o ato e o efeito de sancionar uma lei penal material que incrimina ou permite a punição de certas pessoas. (...) Em geral, são as agências políticas (parlamentos, executivos) que exercem a criminalização primária, ao passo que o programa por elas estabelecido deve ser realizado pelas agências de criminalização secundária (policiais, promotores, advogados, juízes, agentes penitenciários). (...) a criminalização secundária é a ação punitiva exercida sobre pessoas concretas, que acontece quando as agências policiais detectam uma pessoa que supõe-se tenha praticado certo ato criminalizado primariamente.”<sup>37</sup>*

Quando falamos de criminalização secundária é fundamental compreendermos que a forma pela qual ela se opera é extremamente seletiva (como, por sinal, sempre foi). O afã punitivo causou na maior parte das sociedades capitalistas um fetichismo cada vez maior pela pena. Os movimentos de *Law and order*, tolerância zero, direito penal máximo etc., são a materialização desse fetichismo. As agências penais responsáveis pelo processo de criminalização secundária operam a seletivização. Nos moldes de uma sociedade de classes, evidentemente, não é a classe dominante que será o alvo desse processo. Tratamos aqui, sem dúvida alguma, da

<sup>37</sup> BATISTA, Nilo; e ZAFFARONI, E. R. **Direito penal brasileiro – I**. Rio de Janeiro: Revan, 2003, p. 43.

camada mais pobre e miserável da população. São eles, como diriam os supracitados pensadores, os *clientes do direito penal*. Nesse processo de encarceramento por criminalização secundária operam os mais diversos fatores: medo, preconceito de classe, estigmatização, estereotipação etc.

Os *inimigos do direito penal* e, portanto, os inimigos da sociedade de classes possuem uma identidade bem específica - os pobres. É contra eles que o direito penal, o processo penal, o sistema penal, as políticas criminais e estratégias de segurança pública irrompem. Para os que duvidam e tentam desconstituir essa análise óbvia (os “cientistas” e “jornalistas” a mando do Capital), basta que se observe nas estatísticas de encarceramento em todo o mundo os crimes que são apenados com mais frequência (os crimes contra a propriedade, de tráfico de drogas etc.). A simples ideia de se legitimar esse direito penal significa legitimar a sociedade de classes, a desigualdade, a crueldade, o punho de ferro contra os pobres. Essa é a base da criminologia crítica.

Como já disse Malaguti, *não há nada de novo no front*. O que queremos dizer é que a estrutura que faz do direito penal aquilo que ele é não mudou em nada. Continuamos em uma sociedade de classes que, com a evolução do modo de produção capitalista, com a revolução tecnológica e com a sempre presente política neoliberal, só sofisticou o poder punitivo. Sobre isso, aponta Wacquant: ““mão invisível” do mercado do trabalho desqualificado encontra seu prolongamento ideológico e seu complemento institucional no “punho de ferro” do Estado Penal.”<sup>38</sup> Os índices de encarceramento produzidos pelo final do século XX (e que continuam com crescimento acelerado nesse início de século) apontam para a verdadeira falência do direito penal e dos discursos punitivistas. Nunca se prendeu tanto e, ainda sim, alguém se sente seguro? Houve diminuição nos índices de criminalidade? Os clientes do direito penal encontram a prometida ressocialização quando acabam de cumprir suas penas? A dignidade da pessoa humana é respeitada pelo cárcere? Não.

Os discursos ideológicos legitimadores da pena estão, cada vez mais, caindo por terra. No entanto, a grande maioria das pessoas continua legitimando a pena. Nesse sentido, percebemos como o que Althusser chamou de “aparelhos ideológicos de Estado” permanece com força total. Trata-se do Estado, que Marx chamou de “comitê para gerir os negócios comuns de toda a classe burguesa”<sup>39</sup>.

38 WACQUANT, Loïc. *As prisões da miséria*. 2ª. Edição. Rio de Janeiro: Zahar, 2011, p.12

39 MARX, Karl; e ENGELS, Friedrich. *Manifesto Comunista*. São Paulo: Boitempo, 2007, p. 42.

Compreender esse movimento que une o direito e o modo de produção da sociedade foi mérito de Marx. Todavia, ele próprio não teve tempo suficiente para estabelecer uma crítica mais profunda do direito. Não fosse, por exemplo, a figura corajosa e brilhante de Evgeny Pachukanis<sup>40</sup> (1891-1937), essa crítica não teria evoluído para os quadros da criminologia crítica de forma tão rica. “A teoria geral do direito e o marxismo”, de 1924, exerceu uma enorme influência em todos os grandes pensadores de criminologia comprometidos com a luta pela transformação do mundo.

Devemos sempre ter em mente que, nos moldes do pensamento de Marx e Engels e para estabelecer uma crítica sólida com possibilidade de transformação, é necessário sermos implacáveis; críticos em relação ao que nos é dado. Do mesmo modo que criticamos a miséria operada pelo direito penal burguês, devemos ser críticos em relação à própria esquerda<sup>41</sup>. É isso que significa ser marxista; é desse tipo de comprometimento que precisamos.

## CONCLUSÃO

Ao examinarmos os postulados de Marx e de Engels e os da criminologia crítica, fica evidente a enorme influência que os primeiros exerceram no pensamento dos segundos. Do mesmo modo, ao interpretarmos a realidade da sociedade contemporânea, fica latente que o radicalismo marxista pode não dar todas as respostas (e quem poderia?) para os problemas de nosso mundo. No entanto, o grande mérito de Marx e Engels foi, com sua coragem, inteligência, e esforço, propor as perguntas que até hoje não foram superadas pelos críticos de sua obra. Sartre estava certo ao dizer que *o marxismo é a filosofia insuperável de nosso tempo*.

Quando tratamos de personagens históricos de tamanha influência no pensamento moderno, é evidente que eventuais “releituras” levianas de sua obra fazem com que muitos equívocos sejam reproduzidos e tributados ao pensamento marxiano. Se este trabalho conseguir servir de base para que muitos consigam entender os aspectos mais básicos da teoria marxiana e, com isso, contribuir para a formação de um olhar crítico em relação ao sistema penal e, por óbvio, ao modo de produção capitalista, ele terá cumprido o seu papel.

40 Grande jurista soviético que, por sua crítica ao direito, como forma burguesa que deveria ser extinta quando ocorresse a superação do modo de produção capitalista, foi preso, declarado “inimigo do povo” e executado por ordem de Stalin. Sua obra permaneceu renegada e proibida até a morte de Stalin, nos anos cinqüenta. Foi nesse momento em que o pensamento de Pachukanis voltou a ser objeto de estudo de diversos críticos do direito. Sobre Pachukanis, favor conferir: “Marxismo e direito – um estudo sobre Pachukanis”, de Márcio Bilharino Naves, editado em 2000 pela Editora Boitempo, SP.

41 Nesse sentido, ler: KARAM, Maria Lúcia. “A esquerda punitiva”. In: *Discursos sediciosos*, nº 1, 1996.

Em um mundo onde as utopias parecem perder o seu sentido por serem travestidas de impossibilidades, o papel da crítica é, também, renovar a esperança de um futuro melhor, mais justo, livre e solidário. Os abolicionistas da escravatura eram vistos, muitas vezes como lunáticos, sonhadores, defensores de uma causa perdida. Sua coragem, honestidade intelectual e esperança num futuro melhor, fez com que aquilo que era considerado uma impossibilidade, se materializasse em uma realidade. Do mesmo modo, os marxistas que lutam por uma ruptura estrutural; que sonham com a abolição de todas as formas de dominação e não desistem de lutar por essas mudanças não podem se deixar abater.

Hoje, temos a necessidade de renovar nossas esperanças, de propagar nossas utopias. Temos o direito garantido de sonhar com um futuro em que a opressão esteja contida unicamente nos livros de história. Um mundo no qual essas utopias são tão importantes não pode jamais considerar o pensamento de Marx e Engels como algo “do passado”. Os dois são, sem a menor dúvida, pensadores do século XXI. ♦♦

## REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- ALTHUSSER, Louis. **Sobre a reprodução**. Trad.: Guilherme Teixeira. 2<sup>a</sup>. Edição. Rio de Janeiro: Vozes, 2008.
- ANITÚA, Gabriel Ignacio. **Histórias dos pensamentos criminológicos**. Trad.: Sérgio Lamarão. ICC. Rio de Janeiro: Revan, 2008
- BATISTA, Vera Malaguti. **Introdução crítica à criminologia brasileira**. Rio de Janeiro: Revan, 2011.
- BATISTA, Nilo. **Introdução crítica ao direito penal brasileiro**. 11<sup>a</sup>. Edição. Rio de Janeiro: Revan, 2007.
- BATISTA, Nilo; e ZAFFARONI, E. R. **Direito penal brasileiro I**. 2<sup>a</sup>. Edição. Rio de Janeiro: Revan, 2003.
- BOTTOMORE, Tom. **Dicionário do pensamento marxista**. Trad.: Waltensir Dutra. 2<sup>a</sup>. Edição. Rio de Janeiro: Zahar, 2012.
- ENGELS, Friedrich; e KAUTSKY, Karl. **O socialismo jurídico**. Trad.: Lívia Cotrim e Márcio Bilharino Naves. São Paulo: Boitempo, 2012.
- GIORGI, Alessandro De. **A miséria governada através do sistema penal**. Trad.: Sérgio Lamarão. ICC. Rio de Janeiro: Revan, 2006.
- HOBSBAWM, Eric J. **A era do Capital**. Trad.: Luciano Costa Neto. 15<sup>a</sup>. Edição. São Paulo: Paz e terra, 2012.

HOBSBAWM, Eric J. **Como mudar o mundo: Marx e o marxismo.**  
Trad.: Donaldson Garschagen. São Paulo: Companhia das Letras, 2011.

HUNT, Tristram. **Comunista de casaca – a vida revolucionária de Friedrich Engels.** Trad.: Dinah Azevedo. Rio de Janeiro: Record, 2010.

LÖWY, Michael. **As aventuras de Karl Marx contra o barão de Münchhausen.** Trad.: Juarez Guimarães e Suzanne Felicie Léwy. 9ª. Edição. São Paulo: Cortez, 2009.

MARX, Karl. **A crítica do programa de Gotha.** Trad.: Rubens Enderle. São Paulo: Boitempo, 2012.

\_\_\_\_\_. **Crítica da filosofia do direito de Hegel.** 2ª. Edição. São Paulo: Boitempo, 2010.

\_\_\_\_\_. **Manuscritos econômico-filosóficos.** Trad.: Jesus Raineri. São Paulo: Boitempo, 2010.

MARX, Karl; e ENGELS, Friedrich. **A Ideologia Alemã.** Trad.: Rubens Enderle, Nélia Schneider e Luciano Cavini Martorano. 1ª. edição. São Paulo: Boitempo Editorial, 2007.

\_\_\_\_\_. **Manifesto Comunista.**  
Trad.: Álvaro Pina. 1ª. edição. São Paulo: Boitempo, 2007.

MASCARO, Alysson Leandro. **Filosofia do Direito.** São Paulo: Editora Atlas, 2010.

\_\_\_\_\_. **Lições de sociologia do direito.** 2ª. Edição. São Paulo: Quartier Latin, 2009.

\_\_\_\_\_. **Utopia e direito – Ernst Bloch e a ontologia jurídica da utopia.** São Paulo: Quartier Latin, 2008.

MELOSSI, Dario; e PAVARINI, Massimo. **Cárcere e fábrica.** Trad.: Sérgio Lamarão. 2ª. Edição. ICC. Rio de Janeiro: Revan, 2010.

NAVES, Márcio Bilharinho. **Marxismo e Direito: Um estudo sobre Pachukanis.** São Paulo: Boitempo Editorial, 2008.

PACHUKANIS, Evgeny Bronislavovich. **Teoria Geral do Direito e Marxismo.** Editora Acadêmica, 1988.

RUSCHE, Georg; e KIRSCHHEIMER, Otto. **Punição e estrutura social.**  
Trad.: Gizlene Neder. 2ª. Edição. ICC. Rio de Janeiro: Revan, 2004.

SAFATLE, Vladimir. **A esquerda que não teme dizer seu nome.** São Paulo: Três Estrelas, 2012.

SANTOS, Boaventura de Sousa. **Pela mão de Alice: o social e o político na pós-modernidade.** 13ª. Edição. São Paulo: Cortez, 2010.

SANTOS, Juarez Cirino dos. **A criminologia radical**. 3<sup>a</sup>. Edição. Curitiba: ICPC: Lumen Juris, 2008.

WACQUANT, Loïc. **As prisões da miséria**. Trad.: André Telles. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2001.

\_\_\_\_\_. **Punir os pobres**. Trad.: Sérgio Lamarão. 3<sup>a</sup>. Edição. Rio de Janeiro: Revan, 2007.

WHEEN, Francis. **O Capital de Marx**. Trad.: Sérgio Lopes. Rio de Janeiro: Zahar, 2007.

### **Outras fontes**

<http://www.marxists.org>

[http://www.direitodireto.com/wp-content/uploads/2012/11/brasil\\_atras\\_das\\_grades.png](http://www.direitodireto.com/wp-content/uploads/2012/11/brasil_atras_das_grades.png)

# Máquina de Produzir Fascistas

**Marcia Tiburi**

*Doutora e Mestre em Filosofia*

## ORIGEM E TRANSMISSÃO DO ÓDIO

Diante dos discursos de ódio que, de tempos em tempos, assumem expressão social, aqueles que não partilham do mesmo afeto, colocam-se a perguntar acerca de sua origem. Chamamos de ódio o afeto que se expressa como intolerância, violência projetiva ou, no extremo, declaração de morte ao outro. Pensamos que alguém – um Hitler qualquer - aciona o botão do ódio que liga a máquina de produzir fascistas à qual a sociedade está condenada. Esta máquina é a engrenagem organizada, uma espécie de dispositivo, que se utiliza do afeto odiente na orquestração do delírio coletivo ao qual a sociedade mesma é rebaixada. Assim se consegue a aniquilação da sociedade, do senso do social que poderia acordar o próprio fascista do ódio delirante no qual ele foi envolvido como indivíduo, acreditando que neste afeto está a verdade de sua experiência.

Podemos definir o ódio como uma emoção. Como algo passional. Daí a impressão, no âmbito de suas manifestações, de que ele seja um afeto primitivo e não cultural, que seja selvagem e não civilizado. A expressão do ódio parece, para muitos, a irrupção de algo irracional no seio de uma sociedade razoável. Por isso, tendemos a vê-lo como algo de arcaico. No entanto, se o ódio irrompe no seio da sociedade civilizada é porque, de algum modo, ele é parte dessa sociedade.

## AFETO CONTAGIOSO

A pergunta pela origem do ódio não pode ser respondida senão pelo recurso ao círculo vicioso que explica o surgimento de qualquer afeto: é o sentimento experimentado que gera o que é sentido. Isso quer

dizer que a tendência a ver um afeto como particular e natural perde de vista o caráter social de sua constituição. Os afetos são aprendidos, fazem parte de processos de cognição e formação subjetiva. Aquele que experimentou amor responde com amor, aquele que experimentou o ódio responde com ódio.

Deste modo, não podemos falar da origem cronológica de um afeto. O ódio não é implantado como um chip em uma pessoa e não se explica por uma “personalidade” naturalmente odienta por oposição a uma “personalidade” naturalmente amorosa. A compreensão do ódio torna-se possível se ficarmos atentos ao caráter genealógico da experiência do ódio. O ódio não é uma substância presente em algumas pessoas por oposição a outras, mas um afeto que se constitui na experiência partilhada com outros. “Como alguém pode ser tomado pelo “ódio”? É questão que se explica tendo em vista o caráter próprio às emoções, o de serem estranhamente contagiosas.

Quando falamos em afeto, falamos do que “nos toca”, daquilo que nos diz respeito, que nos concerne. O que “nos toca” refere-se ao que é, de algum modo, percebido, por ser comunicado, por ser transmitido. Trata-se daquilo que é partilhado, mas não apenas de “cima para baixo”, como se tivéssemos, no caso do ódio, recebido a ordem, consciente ou inconsciente, de senti-lo e nos expressarmos em seu nome.

Se pensarmos nos discursos de incitação à violência – uma das formas expressivas do ódio - veremos que ela é transmitida de cima para baixo, como numa engrenagem acionada de fora. Líderes políticos, publicitários, jornalísticos e todos os que detém o discurso, podem ligar esta máquina incitando ao ódio. Mas o elemento “vertical” que liga a máquina movida pelo ódio não é suficiente para sustentá-lo, de modo que, para que o ódio persista, sua experiência precisa afirmar-se “horizontalmente”, ou seja, precisa ser partilhada com os pares, com os outros que contribuem para a manutenção da máquina, que, pelo fomento do ódio ao outro, transforma a todos em fascistas.

Assim, cada um é engrenagem da grande máquina de produzir fascistas alimentada com o combustível do ódio. Parar esta engrenagem só será possível para aquele que aprender que outro mundo, além dessa emoção perversa, é possível.

A interrupção do funcionamento da máquina depende dessa potência até agora esquecida. ♦♦

# Processo Penal

## Pós-acusatório? Ressignificações do Autoritarismo no Processo Penal

**Ricardo Jacobsen Gloeckner**

*Professor do Programa de Pós-Graduação em Direito da Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul – PUCRS. Doutor em Direito pela Universidade Federal do Paraná – UFPR. Mestre em Ciências Criminais, Especialista em Ciências Penais e Coordenador da Especialização em Ciências Penais da Pontifícia Universidade do Rio Grande do Sul – PUCRS.*

### **OS SISTEMAS PROCESSUAIS PENAIS: CATEGORIAS QUE DEVEM SER ABANDONADAS?**

Um dos grandes problemas quando se trata de estabelecer contornos mínimos relativamente aos ditos sistemas processuais penais consiste na polifonia, ou, ainda, na capacidade polimórfica de seus elementos constituintes, a ponto de em alguns casos, acusatório e inquisitório remeterem a discussões profundamente diversas entre si. Notadamente, os sistemas processuais podem ser concebidos a partir de plúrimas matrizes, a exemplo do apontado por Langer<sup>1</sup>, que vislumbra nas expressões inquisitório e adversarial conotações que implicam distinções políticas, jurídicas, epistemológicas, sociológicas e assim por diante.

Esta coexistência entre diversas acepções povoam o imaginário jurídico, que se vê esgotado na tentativa de identificar um sistema abstrato que pudesse absorver, de um lado, as características idealísticas comumente apontadas como elementos constitutivos; e, de outro, lutando para apagar os caracteres inversos ou, ainda, pertencentes à tipologia sistemática adversa. Todavia, como se pode perceber, essa tarefa, além de

<sup>1</sup> LANGER, Maximo. "The Long Shadow of The Adversarial and Inquisitorial Categories." In DUBBER, Markus D; HOPFNER, Tatjana. *Handbook of Criminal Law*. Oxford: Oxford University Press, 2014.

inesgotável, padece de uma pretensão à estabilidade temporal que não lhe permite enxergar determinadas mutações genéticas que fazem dos sistemas processuais um conjunto de traços sistêmicos mutáveis. Esta mutabilidade endogenética não parece um vício das diversas tentativas conceituais de se efetivar descrições, não raras vezes apriorísticas, do fenômeno processual penal. Os sistemas processuais penais constituem o que se poderia denominar como princípio modular, a espinha dorsal de qualquer teorização sobre o espaço de deslocamento de significantes que configura o processo penal contemporâneo.

Um olhar cético sobre a última premissa permitiria identificar alguns pontos ou nós de discordância em um nível pragmático. Desta forma, se poderia arguir, contra a alegação de que os sistemas processuais penais ocupam um espaço privilegiado na configuração do processo penal, as seguintes contraposições: a) de que se trata de categorias anacrônicas, não mais capazes de dar conta da complexidade do próprio processo penal, em uma sociedade fluidificada e igualmente complexa; b) de que a anteriormente cognominada polifonia ou plurissignificatividade dos sistemas processuais implica o esvaziamento de sua função constitutiva do processo penal, deduzindo-se daí que se trataria de mero elemento doutrinário (tradicional) sem grandes implicações políticas e/ou jurídicas; c) de que as constantes transformações sofridas pelo processo penal não mais permitem uma separação rígida entre famílias processuais (a despeito da interferência do sistema adversarial sobre os ditos sistemas continentais) e, via de consequência, uma plena valorização de sua capacidade heurística; d) a reinserção do procedimento como o elemento central no campo da teoria processual penal, deslocando o processo e suas infinitas discrepâncias teóricas e metodológicas para uma função de mera contextualização temporal, perdendo a sua capacidade de regulação de expectativas<sup>2</sup>; e) admitida a falibilidade da caracterização dos sistemas processuais, naturalmente se produzem alterações no campo epistemológico, passando o processo tão somente a regular ou a servir como um elemento adjetivo ou acessório de uma “sociologia da administração da justiça”, cujo campo de atuação será a análise do processo dentro de um campo de “resolução de conflitos”, cuja consequência será a pretensão reformatória do sistema, introduzindo-se cada vez mais “alternativas ao processo”.

---

2 Cf LUHMANN, Niklas. *Legitimação Pelo Procedimento*. Brasília: UnB, 1980. Cf CUNHA MARTINS, Rui. *A Hora dos Cadáveres Adiados*: corrupção, expectativa e processo penal. São Paulo: Atlas, 2013.

Todas essas hipóteses que acenariam com a inidoneidade das categorias pertencentes aos sistemas processuais penais projetam um vírus destrutivo não apenas para a teoria jurídica do processo penal, mas também para o potencial político que os sistemas processuais introduzem como válvula de escape e como pano de fundo para a constituição das garantias processuais.

Evidentemente que as caracterizações comumente atribuídas aos sistemas acusatório e inquisitório, atemporalizadas pela cristalização de tipos ideais, é insuficiente para atender a determinadas funções a serem exercidas pelo processo penal contemporâneo. Com efeito, acerta a crítica quando afirma não ser mais possível apresentar os sistemas processuais penais como um conjunto portador de características positivadas, em regime de oposição. Assim é que se apresentam elementos que atribuem ao sistema acusatório características apresentadas de maneira maniqueísta relativamente ao sistema inquisitório: afirma-se que o acusatório constitui-se como um sistema que privilegia a oralidade em detrimento da escritura; que vislumbra a publicidade em relação ao segredo; que presupõe a existência de coisa julgada e de recursos; que exige a separação das funções acusadoras e julgadoras (*ne procedat ex officio*). O sistema inquisitório seria o anverso deste esquema (e cujos elementos distintivos encontrariam muitas outras características além destas citadas).

Um primeiro exemplo dessa modalização dos sistemas processuais penais através do recurso a modelos heurísticos é a apresentação da teoria do garantismo penal<sup>3</sup>. Ferrajoli, ao descrever o sistema garantista ideal, recorta diversas características do modelo acusatório, opondo, como espécies antitéticas, os regimes de sistema penal máximo e mínimo. Apesar de se tratar de um modelo teórico muito mais sofisticado do que aqueles que resumem o sistema acusatório a uma mera separação entre as atividades de acusação e julgamento, o garantismo padece de alguns dos problemas acima apresentados. Registre-se que o garantismo não deposita sua conformação apenas como um sistema de controle corretivo de ilegalidades mediante o confronto entre o tipo-ideal e as normas componentes de determinado ordenamento jurídico-processual. Tem como vetores que devem ser elogiados a construção de uma epistemologia (garantista) bem como certa inserção no campo político, quando se volta para a discussão entre democracia formal e material. Sem prejuízo desses

<sup>3</sup> FERRAJOLI, Luigi. Derecho y Razón: teoría del garantismo penal. Madrid: Trotta, 2004.

avanços relativamente às concepções mais conservadoras e meramente descriptivas dos sistemas processuais, como referido, há problemas.

O principal deles reside na submissão dos sistemas processuais penais à tutela de aspectos irracionais do sistema punitivo. Dizendo em outras palavras, o garantismo, no que concerne aos sistemas processuais penais, será uma ferramenta metodológica, não chegando a sequer se prestar (unicamente no que toca aos sistemas processuais penais) como uma técnica efetiva de controle da arbitrariedade do sistema penal (função esta atribuída ao plano da validade e que não toca, necessariamente, no âmbito dos referidos sistemas). Dessa sua vocação para uma meta-observação das disfunções do sistema de justiça criminal, acaba convergindo para, guardadas as devidas proporções, uma sociologia das práticas punitivas anômalas, o que nos parece ser sabidamente insuficiente para o papel a ser desempenhado pelos sistemas processuais penais.

O que se passa com a apresentação dos sistemas processuais como tipos ideais é a transformação do potencial político e epistemológico dessas categorias em mero instrumento de contrafaticidade. Em outras palavras, os sistemas processuais penais acabam atingindo uma função exclusivamente sociológica de demonstração do funcionamento “anormal” da justiça criminal. Todavia, comportando e sendo permissivo para com as práticas avessas às normas processuais penais, uma vez que o seu campo de observação, a partir de uma atribuição solipsista de neutralidade impede uma discussão mais ampla e vertical, consistente nas anteriormente referidas dimensões política e epistemológica.

Uma importante crítica às concepções tradicionais dos sistemas processuais penais é ilustrada por Jacinto Coutinho<sup>4</sup>. A partir da concepção de que todo sistema possui um princípio unificador, constata que a gestão da prova perfaz esta ferramenta de análise dos sistemas processuais. Enquanto no sistema inquisitorial o princípio unificador corresponde ao princípio inquisitivo (atribuição de poderes *ex officio* ao magistrado), no acusatório prevalece o princípio dispositivo (prova nas mãos das partes). Eis aqui uma crítica importante, que coloca em xeque a predominante e simplista distinção entre os sistemas processuais baseada exclusivamente na identificação de uma parte que propõe a demanda e outra que julga.

---

<sup>4</sup> COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. "O Novo Papel do Juiz no Processo Penal". In COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. **Crítica à Teoria Geral do Direito Processual Penal**. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

Notadamente, se tomarmos em consideração as críticas que fazem terra arrasada sobre os sistemas processuais penais, a exemplo de Montero Aroca, se perceberá ali o nascedouro não apenas de uma mera crise imputada às categorias, mas, sobretudo, uma prática ainda mais centrada sobre o aspecto político que concerne ao processo penal. Para Montero Aroca<sup>5</sup>, falar-se em processo penal corresponde a um pleonasmico. Para o autor, processo inquisitório não é processo. Seu posicionamento se assemelha ao de Manzini<sup>6</sup>, para quem o processo penal é um processo de parte única. Explica-se. Se não é possível falar-se de processo a não ser o acusatório, Montero Aroca esquece-se das práticas punitivas que constituem os mecanismos operacionais do sistema de punição. Ao que parece, deixar para denominar de processo apenas aquele regido sob as vestes do sistema acusatório mantém íntimas relações com o pensamento de Manzini, apesar da aparente contradição entre eles: a) em ambos os casos se está a fazer tábula rasa de todas as práticas constitutivas do sistema punitivo, isentando-as de participarem da categoria processo. Se, por um lado, a princípio, se está a requerer maior rigor para que a categoria processo esteja perfectibilizada, tal postura possui o condão de justificar a sempiterna prática disforme protagonizada pelo sistema punitivo, fazendo do processo (obrigatoriamente acusatório) mero ideário a ser cultivado, sem grandes implicâncias sobre a realidade operativa da estrutura processual penal de um determinado país; b) torna a temática dos sistemas processuais necessariamente contrafática, transformando os ajustes constantes entre a irracionalidade do poder punitivo<sup>7</sup> meros acoplamentos estruturais entre política criminal e teoria da pena. Resultado: o processo penal se torna uma ferramenta de política criminal<sup>8</sup> responsável por uma prevenção-integração. Algo que deve ser no mínimo contestável; c) a posição de Aroca se assemelha novamente a de Manzini quando invoca o anacronismo dos sistemas processuais. Perceba-se nitidamente que a tentativa de regular o passado, parafraseando Orwell, é uma das constantes de todo pensamento autoritário; d) a posição de Montero Aroca se avizinha, novamente, a de Manzini, pois trata de na-

5 MONTERO AROCA, Juan. *Principios del Proceso Penal: una explicación basada en la razón*. Valencia: Tirant lo Blanch, 1997.

6 MANZINI, Vincenzo. *Tratado de Derecho Procesal Penal*. t. I. Trad. de Santiago Sentís Melendo y Marino Ayerra Redín. Buenos Aires: El Foro, 1996.

7 ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *Em Busca das Penas Perdidas*: a perda da legitimidade do sistema penal. Trad. de Vânia Romano Pedrosa e Amir Lopes da Conceição. 5 ed. Rio de Janeiro: Revan, 2001.

8 Cf. FERNANDES, Fernando. *O Processo Penal Como Instrumento de Política Criminal*. Lisboa: Almedina, 2001.

turalizar as práticas autoritárias, a partir de um ponto-zero de remissão sínica a um significante a lhe emprestar significado. Veja-se, de acordo com Legendre<sup>9</sup>, que sob a perspectiva de uma antropologia dogmática, é justamente sob o encadeamento de textos que se encontra o mecanismo instrumental para o ordenamento jurídico auferir sua pretensa racionalidade. O resultado é o de que as práticas autoritárias contemporâneas, à margem da orfandade sínica ou do vazio textual constitutivo da modernidade processual penal, são tomadas como uma mera disfunção, quando se sabe serem elas justamente o produto de um imaginário policiaresco que governa as pulsões políticas no campo do processo. Para se fazer uma justa homenagem a Lola Aniyar de Castro<sup>10</sup>: o direito penal subterrâneo é menos direito penal do que aquele decorrente do monopólio da violência estatal? Um “processo” penal inquisitório (impossível, nas palavras de Montero Aroca), tomado como o objeto inacessível, interditado, reingressa sempre através de pequenos objetos “a”, para ficar com Lacan<sup>11</sup>. Com isso se quer dizer que o abandono dos sistemas processuais penais, em que pese não se possa imputar uma relação de causa-efeito, tende a fortalecer as práticas autoritárias que são ressignificadas<sup>12</sup> a partir da modernidade e, no processo penal contemporâneo, a partir do movimento neoconstitucionalista pós-guerra. Sem um marco claro de tensionamento das categorias processuais, o resultado é tendência ao conformismo com as práticas punitivas, que sofrem verdadeiro processo de reconstituição (não desaparecimento ou abandono).

Algumas tentativas vêm sendo empreendidas para se tentar ultrapassar os sistemas processuais penais. A mais importante delas, a nosso juízo, deriva de uma conciliação entre uma teoria política da democracia e outra que encontra nas análises sobre o modelo adversarial um importante campo de estudo sobre como enfrentar as questões da complexidade penal sem o recurso à tradição dos sistemas processuais.

9 Cf. LEGENDRE, Pierre. *Della Società Comme Testo: lineamenti di un'Antropologia Dogmatica*. Trad. de Elisa Scatollini i Paolo Heritier. Torino: Giappichelli, 2005. Cf. LEGENDRE, Pierre. *Leçons IV. El Inestimable Objeto de la Transmisión*. Madrid: Siglo XXI, 1996.

10 ANYIAR DE CASTRO, Lola. *Criminología da Libertação*. Rio de Janeiro: Revan, 2005.

11 LACAN, Jacques. *O Seminário v. 10: "A Angústia"*. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2005.

12 Note-se que Nietzsche, na Genealogia da Moral, alerta para a ressignificação, quando afirma que existe um verdadeiro abismo entre os usos originários de um sinal e aqueles que se podem dar sobre o mesmo sinal, possibilidade esta sempre disponível. Sobre a noção de ressignificação Cf. BUTLER, Judith. *Mecanismos Psíquicos del Poder: teorías sobre la sujeción*. Valencia: Ediciones Cátedra, 1997.

Por exemplo, Damaska<sup>13</sup> recusa as distinções entre sistema inquisitório e adversarial, operando com novas categorias, que emprestariam sentido à complexa tarefa do processo penal contemporâneo. Todavia, como a seguir se tentará demonstrar, esta empreitada pode ser desmantelada a partir de alguns subsídios teóricos que tornam a tarefa de desmontagem dos sistemas processuais nada mais do que o desdobramento das pré-compreensões daquelas categorias, não significando, como sugere uma leitura apressada, o seu abandono. Para além disso, é necessário e oportuno destacar que tais distinções trazem conjuntamente novos problemas, quiçá mais graves do que aqueles detectados na herança dos sistemas processuais, contribuindo para uma ainda mais pujante obscuridade no campo da politologia processual penal.

Damaska desenvolve uma tipologia para tratar dos contornos de novas bases epistemológicas para o processo, construídas a partir de duas dimensões<sup>14</sup>. A primeira dimensão apresenta uma antítese entre modelos hierárquicos e coordenados de organização administrativa e processual. Nesse ponto, o modelo hierárquico, que seria próprio do sistema continental, é estruturado a partir de uma rede burocratizada operada por profissionais. O modelo piramidal de normas e de administração pode ser encontrado aqui. Por seu turno, o modelo coordenado cuida de evitar os riscos de um modelo centralizado. O resultado é a forma jurídica fragmentada, horizontal. Uma segunda dimensão da tipologia de Damaska reside na dualidade entre o Estado ativista e o Estado reativo. No primeiro caso, tem-se um modelo de gestão agressiva, cuja tendência é a mobilização para transformação da economia e sociedade. Já o modelo reativo cuida apenas de garantir as condições para a economia privada e a interação social. O processo seria aqui nada mais do que uma ferramenta para gerenciar os conflitos privados. Damaska acentua o potencial de agregação entre o Estado ativista e o modelo hierárquico, ao passo que por outro lado, o Estado reativo seria próximo do modelo coordenado de autoridade.

Tentando tornar mais complexa a observação, Damaska tenta encontrar quatro formas de conformação do processo à luz tanto dos modelos hierárquico e coordenado quanto no que diz respeito à autoridade do Estado (ativista ou reativo). Como resultado, seria possível encontrar,

13 DAMASKA, Mirjan. *The Faces of Justice and State Authority: a comparative approach to the legal process*. London: Yale University Press, 1986.

14 DAMASKA, Mirjan. *The Faces of Justice and State Authority: a comparative approach to the legal process*. London: Yale University Press, 1986.

a seguir, as seguintes possibilidades: a) um modelo hierárquico de justiça concebido em um Estado reativo; b) um modelo hierárquico de justiça concebido em um Estado ativista; c) um modelo coordenado de justiça concebido em um Estado reativo; d) um modelo hierárquico de justiça concebido em um Estado ativista.

Preliminarmente, verifica-se que Damaska tenta traçar uma ferramenta de maior aproximação entre os diversos tipos de processo penal e suas bases teóricas, do ponto de vista do processo penal comparado. A empreitada de Damaska, portanto, busca legitimar o que se afigura à primeira vista incontornável, tornando sua descrição dos sistemas, em alguns momentos, despicienda: a) que os modelos processuais e as diversas espécies de autoridade estatal são ajustáveis em maior ou menor medida aos concretos processos legais adotados pelos países a serem examinados; b) que há necessariamente uma imbricação inextricável entre os sistemas processuais e a política. Notadamente, apesar do esforço do autor para superar as tensões existentes entre os sistemas processuais, não é difícil chegar-se à conclusão de que o que se pode (e deve) encontrar são “sistemas mistos” ou “não puros” de sistemas. De um lado, pelo fato de que o processo que segue um modelo hierárquico em um Estado ativista corresponderia à imagem do sistema continental de traço inquisitorial; de outro, por que o processo regido pelo modelo coordenado, em um Estado reativo, conformaria o ideário do sistema adversarial clássico. Dessa maneira, em se verificando que os dois polos (sistema inquisitorial e adversarial) são meros objetos imaginários (posto que inalcançáveis), a sua análise se tornará profícua à medida que se conceber a possibilidade de um modelo coordenado em um Estado ativista e de um modelo hierárquico em um Estado reativo.

Todavia, este esquadrinhamento analítico dos sistemas é organizado pelo autor como parte de um construto simétrico de envolvimento entre processo e autoridade. Ocorre que as linhas que unificam as categorias autoridade do Estado e processo são justamente desmentidas pela historicidade dos “modelos” ou “sistemas processuais”. A questão que subjaz às complexas relações entre poder e processo penal não podem ser regidas através do quadro simétrico. Processo penal e poder cuidam de relações evidentemente assimétricas. Dito isso, constata-se que as dissimetrias encontradas entre processo e poder (ou autoridade) tratam da própria natureza dos institutos envolvidos. Naturalmente, há uma supremacia do

poder sobre as condicionantes jurídicas ou normativas, o que permite se verificar como a aparente simetria esconde um vício indelével. Deve-se recordar com Schunemann que um sistema autoritário de processo pode ser concebido através de uma distribuição desigual de poderes processuais, denominada pelo pensador alemão como “aglomeração quântica de poder”<sup>15</sup>. Isto é, desnecessário que o órgão julgador adquira ou possua poderes *ex officio* de instauração do processo. Inclusive a própria ausência de processo pode equivaler a um modelo autoritário de prática punitiva (como no caso do *plea bargaining*).

A crítica de Damaska à ambivalência trazida pela aplicação de categorias tão díspares como sistema adversarial e inquisitório, se por um lado permite questionar a sua valência (tanto jurídica como política), por outro acaba por obnubilar alguns pontos necessários à constituição das fronteiras entre poder e pena. A parametricidade entre as mencionadas formas de concepção do processo esquece-se de que, não havendo como interpolar as categorias acusatório (ou adversarial) e inquisitório em determinados aspectos da autoridade estatal, zonas de sombreamento crescem vertiginosamente. Vamos listar alguns sintomas desta zona cinzenta, a fim de melhor apresentar o argumento.

Em primeiro lugar, não há dúvida alguma de que um Estado ativista, nos termos de Damaska, pode ser constituído por categorias a princípio idealizadas em um modelo coordenado. O *plea bargaining* se constitui exatamente como um instituto jurídico que se apresenta como atributo de um sujeito soberano, capaz de renunciar ao processo e assumir prontamente uma pena. Mais do que isso, apesar de se dar aparentemente como uma categoria afeita ao legalismo adversarial<sup>16</sup> norte-americano, sua finalidade (acabar logo com a contenda) é justamente um meio de se evitar a perpetuação do litígio, o que faz do processo adversarial, concebido como um modelo de disputa entre as partes, uma verdadeira disputa meramente privatística (embora não menos adaptável às pretensões autoritárias

15 SCHUNEMANN, Bernd. *La Reforma del Proceso Penal*. Madrid: Dykinson, 2005. p. 30.

16 O termo legalismo adversarial é utilizado por Kagan no sentido de políticas públicas, implementação política e resolução de conflitos por meio de litígios conduzidos por advogados. O legalismo adversarial é também considerado pelo autor um método de governança. P. 03. Mais adiante o autor explica que: o legalismo adversarial é um método de implementação de políticas públicas e resolução de conflitos com duas características: a) a contestação formal legal, através da qual os interesses opostos comumente invocam direitos, deveres, requerimentos processuais garantidos pela aplicação da lei; b) o ativismo litigante, no qual a questão da prova, dos argumentos jurídicos e da proposição das demandas é exclusivo das partes. Desta forma, no legalismo adversarial a autoridade é fragmentada e o controle hierárquico é relativamente fraco. KAGAN, Robert. *Adversarial Legalism: the american way of law*. Cambridge: Harvard University Press, 2001. p. 09.

do Estado): sendo uma disputa entre pretensões privadas, resolve-se mediante meios que as próprias partes encontram como disponíveis, como a autodeclaração de culpabilidade. A questão que adquire importância reside na circunstância de que não se trata apenas de encontrar uma espécie de aderência desta ou daquela categoria a um modelo idealizado. Trata-se, isto sim, de encontrar as nuances que tais categorias desenvolvem num determinado contexto político. É desta forma pelo menos que Kagan poderá afirmar que o legalismo adversarial norte-americano trará como principais consequências uma grande punitividade, volatilidade política, maleabilidade e inconsistência<sup>17</sup>. E, igualmente, a adaptação do *plea bargaining* como meio por excelência de resolução de conflitos – registre-se a sua franca expansão junto ao “sistema continental” – encontra campo fértil em sistemas aparentemente dotados de maior rigidez quanto à forma, supostamente imantados por uma aura que lhe permitiria angariar, junto a pesquisadores de direito comparado, se tratar de um processo que busca atingir a “verdade real” (*truth seeking procedure*). O que se pode afirmar é que existe, como demonstra qualquer pesquisa séria sobre a ampliação de zonas consensuais acerca do processo penal, uma justaposição entre as distintas culturas jurídicas, que se movimentam e entrecruzam performaticamente: desde a política de encarceramento norte-americano à suas teorias sobre as exclusões probatórias. O resultado é o de que os modelos idealizados por Damaska são, a partir da estrutura processual penal brasileira, formas processuais legitimamente aceitáveis, tendo em vista a indistinção entre política e jurídico.

Não se quer aqui advogar a tese de que Damaska seria um legitimador de estratégias autoritárias. A uma, porque nem de longe foi sua ideia. A duas, porque, como pesquisador de direito comparado, está mais preocupado com a constituição de ferramentas metodológicas a fim de permitir o estudo dos diversos segmentos processuais. Entretanto, ao que parece, a sua impensada adaptação ao campo do processo penal, no Brasil, deve ser lida *cum granus salis*.

Colocar-se-á mais uma categoria sobre os holofotes da distinção de Damaska. Se, por um lado, o *plea bargaining* - aparentemente um instituto voltado para um modelo coordenado de processo em um Estado reativo - se transformou em importante instrumento de ampliação de zonas de expansão do poder punitivo (abandono de garantias em prol de

17 KAGAN, Robert. *Adversarial Legalism: the american way of law*. Cambridge: Harvard University Press, 2001. p. 61.

imediata aplicação da pena), por outro, crê-se que outro instituto pode oferecer alguma ajuda na compreensão do alavancamento das categorias processuais acusatório e inquisitório. Tomando-se novamente a questão do processo penal norte-americano, verifica-se que a sua política de prova ilícita tem-se globalizado<sup>18</sup>. De um lado, as provas ilícitas estão vinculadas a um sistema coordenado de justiça cuja adjudicação se constituirá como o momento processual e político por excelência. Como destaca Kagan, o processo servirá como instrumento de implementação de políticas públicas. A vedação a determinados meios de prova (*exclusionary rules*) aparece como um mecanismo de proteção contra os abusos praticados pela polícia (encarregada da investigação preliminar). Como política de proteção de direitos, as vedações são, em primeiro lugar, como não poderia ser diferente, casuísticas e institucionalmente concreções daquela política determinada de proteção de direitos. À essa compreensão individualizada de exclusões probatórias soma-se outra: a das exceções. A amplitude assumida pelas exceções à teoria dos frutos da árvore envenenada (*fruits of the poisonous tree*), *verbi gratia*, não pode ser explicada a não ser pelo regime protetivo dos direitos e que, em determinados casos, se justifica por se tratar de uma questão de implementação de políticas públicas.

Novamente, a assunção de que determinadas regras de proibição probatória – como o caso da teoria dos frutos da árvore envenenada – são inerentes ou pertencentes exclusivamente a um modelo coordenado de processo, regido sob a autoridade de um Estado reativo, provoca o esquecimento de que o seu transporte para um sistema autoritário de processo penal acaba fazendo definhar a sua maior virtude, justamente a de servir como um instrumento de concretização de políticas públicas, sabidamente diversas naquele regime político. De fato, o contorcionismo em matéria de provas ilícitas ministrado pela jurisprudência dos tribunais superiores no Brasil indica, efetivamente, que a prova ilícita se imiscui num universo de gestão política das formas. Dessa maneira, recorrentes decisões que ora enfrentam a ilicitude probatória pelo prisma da ausência de violação a direito fundamental, ora a tomam pelo espectro da economia processual, induzem, forçosamente, à conclusão de que mesmas teorias produzem resultados completamente distintos. Como se explica este fenômeno? Pela assimetria das relações de poder (autoridade estatal) frente àquelas normativas.

18 Cf. GLOECKNER, Ricardo Jacobsen. **Nulidades no Processo Penal:** introdução principiológica à teoria do ato processual penal irregular. Salvador: Jus Podium, 2013.

Com esse último exemplo, percebe-se, claramente, que o estabelecimento do panorama anunciado por Damaska pode ser lido com utilidade se, desde já, restar claro que as práticas punitivas autoritárias são assimétricas, verticais e ressignificadas.

O que se deve ter em atenção, para que seja possível avançar na discussão, é o fato de que não há razão para abandonar os significantes “acusatório” e “inquisitório”. Entretanto, igualmente, deve-se ter em consideração que a estruturação de um sistema processual penal autoritário dispensa tais atributos justamente porque os seus elementos naturais não residem exclusivamente numa certa homeostase político-institucional entre o processo penal e a ideologia. Igualmente, tampouco o autoritarismo processual penal repousa sobre uma base cultural, capaz de, como um subsistema, estabilizar as orientações sociais, nos moldes funcionalistas de Parsons<sup>19</sup>. Não constitui o autoritarismo uma ideologia ou um novo sistema, dessa vez em macro escala. O autoritarismo, no processo penal, se constitui como um complexo de significantes capaz de produzir a ativação e a exequibilidade do instrumento político pena, através de suas funções manifestas ou latentes, que se legitimam mediante o recurso performático de discursos ressignificados e consubstanciadores de determinadas práticas.

Levando em consideração o referido acima, categorias como democracia, Constituição, direitos fundamentais e outras tantas, reiteradamente reivindicadas por um discurso via de regra afeito ou aparentemente tecido sobre as bases do sistema acusatório, não significam, sob hipótese alguma, blindagem, imunização ou antítese ao autoritarismo. Como já anteriormente referido mediante a análise do pensamento de Damaska, as vindicções de cariz normativo não são simétricas nem tampouco horizontais referentemente às relações de poder. E, nesse caso, nenhuma destas categorias, isoladamente, produz qualquer espécie de transformação sobre o imaginário autoritário. Justamente pelo fato de a constituição do autoritarismo processual penal repousar sobre “magmas de significação”, parafraseando aqui Castoriadis<sup>20</sup>.

Como tarefa epistemológica, um mapeamento ou reconstituição do modo de ser autoritário do processo penal brasileiro deve ser apresentado, mesmo que inexistente espaço para aprofundamento das questões a serem levantadas.

<sup>19</sup> PARSONS, Talcott. *O Sistema das Sociedades Modernas*. São Paulo: Pioneira, 1974, p. 15-42.

<sup>20</sup> CASTORIADIS, Cornelius. *A Instituição Imaginária da Sociedade*. 5 ed. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1982.

## PROCESSO PENAL PÓS-ACUSATÓRIO?<sup>21</sup>

Sloterdijk descreve o cinismo como uma nova face da ideologia. Dessa maneira, o pensador alemão cuida de produzir uma inversão, de maneira oximorônica, da performance antitética de uma falsa consciência ilustrada<sup>22</sup>. Se para Marx a ideologia poderia se apresentar como uma estética de velamento que encontra seu ponto ótimo na máxima do valor da mercadoria, verifica-se que a ideologia se apresenta como que inarredavelmente engolfada pelos conceitos de alienação e de falsa consciência. Nesse sentido, como aponta Zizek, a máxima marxiana seria aprendida por um “eles não sabem o que fazem”. Evidentemente, a crítica marxiana é, a despeito dessa categoria, ingênua, tendo em vista que acaba por se autoinstituir como um pretenso instrumento de desvelamento das relações sociais materiais.

A crítica da razão cínica, de Sloterdijk, ao se apresentar como uma “falsa consciência ilustrada”, permitiria, mais uma vez de acordo com Zizek, a sua concretização como um “eles sabem o que fazem, mas mesmo assim o fazem”. Esta razão cínica deixa de lado aquele atributo de suma ingenuidade, para se assumir como uma espécie de espelho convexo de si mesma, garantindo, com isso, duas coisas: a) a perpetuação da ideologia e não justamente o que lhe imputou o pensamento neoliberal, de sua autodestruição; b) a transformação da ideologia numa ideologia de segundo grau (ideologia da ideologia<sup>23</sup>), que funciona através da catarse, da metonímia (tomar a parte pelo todo). Se, a partir de então, a ideologia se apresenta mais ideológica do que a ideologia, parafraseando aqui o pensamento de Baudrillard, a ideologia se cristalizaria numa tropologia transpolítica. A ideologia, portanto, se apresentaria metafórica por exceléncia.

Retornemos ao pensamento de Sloterdijk, por um minuto, a fim de lhe dar, novamente, voz. O cinismo não tolera a transgressão direta da regra, muito menos a sua assunção. Exige o cínico um prefigurar, um estádio prévio, que duplica a imagem do objeto, na cisão entre o sujeito de enunciação e enunciado. O cinismo, portanto, faz derivar um objeto de sua antítese, faz surgir uma fenda, uma ferida irrecuperável entre o sujeito da

21 Este tema foi parcialmente desenvolvido em GLOECKNER, Ricardo Jacobsen. "Transpolíticas do Imaginário (Punitivo) ou a Codificação da Sedução." In *Revista Sistema Penal & Violência*. V. 5. n. 2. Porto Alegre, 2013, p. 252-264.

22 Cf. SLOTERDIJK, Peter. *Critica da la Razón Cínica*. Madrid: Siruela, 2004.

23 ZIZEK, Slavoj. "O Espectro da Ideologia". In \_\_\_\_\_. *Um Mapa da Ideologia*. São Paulo: Contraponto, 1996, p. 25.

enunciação e o próprio enunciado, cristalizando, consolidando uma estética na qual o próprio sujeito passa a ser capturado pelo objeto. Melhor: seduzido pelo objeto! Eis como a moral é investida de um potencial catáxico da imoralidade, como o humano é impelido a uma compulsão pelo inumano, como a ideologia é fomentada já não por uma anti-ideologia (lembrando que o pensamento dito pós-ideológico caracteriza essa sedimentação do “saber”, da ilusão, esquecendo-se do “fazer”), mas por uma ideologia de segundo grau, que lhe transmite uma aparência de realidade ao que não é mais real. O locus da crítica à ideologia permitiria, por convenção, como forma inessencial ao sujeito-suposto-saber, uma espécie de transcendentalismo, de acesso privilegiado à desilusão das formas. De toda a sorte, a crítica da ideologia, nesse sentido de falsa consciência, não seria a mais sublime captura do sujeito na própria ideologia? Nas palavras de Zizek, “a lição teórica a ser extraída disso é que o conceito de ideologia deve ser desvinculado da problemática “representativista”: a ideologia nada tem a ver com a “ilusão”<sup>24</sup>. Em outras palavras, trata-se de como ocorre a substituição da ideologia pela fantasia ideológica. De acordo com Zizek, a ideologia não é uma construção do imaginário coletivo ou algo que sirva como um adorno desta realidade sociopolítica. O funcionamento sintomático da ideologia permanece do lado do saber, ao passo que a fantasia ideológica se apresenta como uma ilusão, um erro, que estruturararia a própria realidade<sup>25</sup>. Tratar-se-ia de uma espécie de servidão voluntária, de como a fantasia ideológica opera a partir de um “sabemos que é uma ilusão, mas mesmo assim a queremos”. A ideologia trabalha a partir da constatação de que desejamos que as coisas sejam assim, em virtude da inexistência de outra alternativa.

Esse caminho percorrido por Zizek a fim de identificar uma forma espectral da ideologia remete ao problema identificado por Lacan acerca do Real. No Real não falta nada. Toda falta, todo excesso, já é operador do simbólico. Doravante, porquanto não há um “fora” do Real que não prometa e que não se ofereça como um espectro, iniludível, a compor a zona transfronteiriça entre a realidade (sempre simbolizada) e o Real. O rastro é inapagável assim como a simbolização restitui, por assim dizer, aquela pujança e plenitude do Real. Se tomarmos em consideração o ensaio de Derrida<sup>26</sup> a respeito de Marx veremos que justamente se apre-

24 ZIZEK, Slavoj. "O Espectro da Ideologia". In \_\_\_\_\_. **Um Mapa da Ideologia**. São Paulo: Contraponto, 1996. p. 12.

25 ZIZEK, Slavoj. **Eles Não Sabem o Que Fazem**: o sublime objeto da ideologia. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 1990. p. 63.

26 DERRIDA, Jacques. **Espectros de Marx**. Rio de Janeiro: Relume-Dumará, 1994.

sentam, na mais pura espectralidade, aquelas contradições ontologizadas, diagnósticas de um maniqueísmo entre aparência e realidade. E é justamente através de Marx e de seu materialismo que se poderia chegar à conclusão dessa espectralidade ancestral. Não existe realidade sem espetro. A realidade apenas pode ser compreendida a partir de uma espécie de suplemento espectral, deste diferimento sem medida, sem rastro, deixado pelas bordas do simbólico. Por certo que essa compreensão não era desconhecida da hermenêutica filosófica e de todo o movimento da *linguistic turn*. Para Lacan, a realidade já é sempre reduto do simbólico, subjetivizada, “socialmente construída”, se se quiser, a partir da sociologia construtivista de Berger e Luckmann<sup>27</sup>. Todavia, a simbolização sempre tende ao fracasso, pois não consegue simbolizar completamente o Real. Sempre há excedência (sem excesso) do Real em relação ao simbólico. “Este real (a parte da realidade que permanece não simbolizada) retorna sob a forma de aparições espetrais”<sup>28</sup>. Trata-se dessa aparição espectral que colmata a lacuna do Real. Para que a realidade apareça enquanto tal, algo deve sofrer um processo de foracção.

Essa fantasia ideológica, essa espectralidade, se apresenta mais claramente na completa injustificação da lei, daquela ausência de fundamento que a erige, que a promove a partir de um pensamento tautológico. Disso já se ocupou Benjamin<sup>29</sup> em sua *Para Uma Crítica da Violência* e de maneira ainda mais profunda e radical, Derrida<sup>30</sup>, em *Sua Força de Lei*. A tautologia fundante de “a lei é a lei” comprova que o ato fundador não passa de violência.

Se, portanto, a ideologia não pode aparecer meramente como um descortinamento daquela realidade serviçal à dominação, se tampouco pode ser subsumida ao cinismo tal qual compreendido por Sloterdijk - enquanto falsa consciência ilustrada - deve-se ter em mente que, portanto, não resta alternativa senão a de colocar a ideologia em um ponto externo, simbiótico, em relação a si mesma. Essa a razão pela qual uma crítica da ideologia se traveste da mais pura ideologia. Essa a razão por que a crítica da ideologia sempre carrega consigo um vício insanável de se autoproclamar um “mais-que-um”, um fantasma quiçá “autopoietico”. Pensar numa

27 BERGER, Peter L; LUCKMANN, Thomas. *A Construção Social da Realidade*: tratado de sociologia do conhecimento. Petrópolis: Vozes, 2003.

28 ZIZEK, Slavoj. “O Espectro da Ideologia”. In \_\_\_\_\_. *Um Mapa da Ideologia*. São Paulo: Contraponto, 1996. p. 26.

29 BENJAMIN, Walter. “Para Uma Crítica da Violência”. In *Escrítos Sobre Mito e Linguagem*. São Paulo: Duas Cidades, 2011.

30 DERRIDA, Jacques. *Força de Lei*: o fundamento místico da autoridade. São Paulo: Martins Fontes, 2011.

crítica à ideologia seria se colocar do lado do Real, do lado daquilo que sobra, do que transborda. Essa a razão fundamental pela qual eventual contemplação da realidade já recai diretamente sobre a simbolização. E, dessarte, como não poderia deixar de ser, se compromete, se ajusta, se autocoloca como própria ideologia, pela adesão parasitária a certo discurso. Uma denúncia não ideológica da ideologia presumiria a capacidade de o sujeito da enunciação se colocar em uma crisálida que lhe garantiria imunidade à própria simbolização.

Assim sendo, é forçoso reconhecer que uma crítica da ideologia se constitui como um enunciado performático (da pura ideologia). Essencial aqui é ompreender que a operação ideológica torna despiciendas as raízes invocadas pelo “fazer” – se verdadeiras ou falsas. Tomem-se como exemplo as chamadas guerras “preventivas”, as ocupações de territórios baseadas na “proteção de direitos humanos”. Pouco importa que realmente existam ou não tais violações. Desde a partir do modelo descrito por Sloterdijk, é possível se mentir dizendo a verdade. Portanto, não existe um “lado de lá” da ilusão, que corresponderia a um local privilegiado de acesso à verdade.

Estabelecidos os pontos de compreensão do termo ideologia, a grande crítica tecida às categorias “acusatório” e “inquisitório” não pode ela mesma se colocar num estado letárgico de imunização à ideologia. Naturalmente que correspondem a certos embaraços metodológicos causados pela tentativa de reduzir a multissignificatividade dos conceitos acusatório e inquisitório a um chão bem medido e calculado de redução sígnica. Entretanto, em se levando em consideração que a crítica se estabelece virtualmente como identificação de um insuportável excesso de significação derivado daquelas categorias, e, para além disso, contando que a crítica se faz ela própria igualmente ideológica, muito pouco se acresce com a substituição das categorias acusatório e inquisitório por outra qualquer. O denuncismo de anacronismo ou superação das categorias acusatório ou inquisitório torna pouco palpáveis as bordas de sombreamento registradas no maquinismo autoritário que corresponde a um processo penal “consensualmente” orquestrado a partir de significantes “ideologicamente neutros”. É justamente na confluência entre político e jurídico – ocupado pelo binômio pena-processo – que as opções devem se fazer claras<sup>31</sup>. Se, em atenção às categorias invocadas por Damaska, há

31 Cf .COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. "Por Que Sustentar a Democracia do Sistema Processual Penal Brasileiro?" In Revista do Instituto de Hermenêutica Jurídica, n. 14. Belo Horizonte, 2013.

a possibilidade intercambiável entre as formas de autoridade e aquelas processuais, por que valeria a pena lutar por determinado modelo de processo penal? Igualmente, se há uma penetrabilidade recíproca entre os regimes políticos e as expressões que assumem os processos em determinada contexto, evidentemente pareceria correta a constatação de Taruffo de que o princípio dispositivo, que se apresenta como elemento importante do sistema acusatório, segundo a doutrina especializada, não teria relação alguma com a conformação democrática do Estado. Taruffo refuta a interpenetração entre princípio dispositivo e democracia a partir de dois argumentos. O primeiro, denominado de histórico-comparatista, que sustenta que apesar da previsão de poderes instrutórios do magistrado em inúmeros países, eles não se transformaram em Estados autoritários e antidemocráticos (cita aqui França, Alemanha, Inglaterra e Estados Unidos). O segundo, chamado de sistemático, de que a existência de poderes instrutórios do magistrado não incide sobre o princípio dispositivo, sobre o direito à prova e sobre o princípio do contraditório<sup>32</sup>. O desbastamento das relações entre processo e política, ou ainda, uma teoria fraca destas relações (como no caso de Damaska) permite que considerações como as de Taruffo possam encontrar fértil campo para florescimento. É lógico que as premissas das quais parte Taruffo são epistemológica e politicamente pobres, que somente podem se apresentar a partir de uma abstração temporal dos próprios Estados tomados como paradigma, sem contar - o que a nosso juízo é cristalino – com um consenso sobre uma democracia exclusivamente consensual, o que é inclusive uma postura autoritária<sup>33</sup>. Entretanto, para não alargar essa questão que é exclusivamente lateral e acessória, o exemplo é tomado tão somente para que a construção de modelos exclusivamente heurísticos não seja uma válvula de escape para a defesa de práticas punitivas autoritárias politicamente neutralizadas.

A tentativa de romper com as categorias clássicas se mostra, novamente, no esteio do pensamento de Zizek, como uma tentativa de saltar para fora da ideologia. Nesse aspecto, portanto, é que a tentativa de se pensar, por exemplo, em um sistema pós-adversarial<sup>34</sup> ou pós-acusatório se constitui como uma tentativa desesperada de escapar do excesso sistê-

32 TARUFFO, Michele. *Uma Simples Verdade: o juiz e a construção dos fatos*. São Paulo: Marcial Pons, 2012, p. 207.

33 Cf. CUNHA MARTINS, Rui. *A Hora dos Cadáveres Adiados: corrupção, expectativa e processo penal*. São Paulo: Atlas, 2013.

34 Cf FREIBERG, Arie. "Post-adversarial and Post-inquisitorial Justice: transcending traditional penological paradigms". In *European Journal of Criminology*, v. 8. n. 88, 2011, p. 82-101.

mico, da contingência que leva junto de si as categorias acusatório e inquisitório (o que faz com que o termo justiça restaurativa seja um abrigo para representações pós-processuais). Todavia, um processo penal pós-acusatório pressupõe alguns problemas de ordem epistêmica que produzem um regime de saber extremamente frágil, incapaz de servir como baluarte para novas formas de compreensão do cenário processual. E, por outro lado, acabam por ser colonizadas por uma racionalidade diversa, normativa, podendo, ao invés de criar um mecanismo de alternativa ao sistema de justiça criminal, um sistema alternativo de processo penal, mais flexível, maleável, agravando os problemas que se propusera a resolver.

Do ponto de vista estritamente jurídico, a produção de um processo penal pós-acusatório engendra os seguintes problemas: a) transforma o fluxo de significações compreensivas do universo acusatório em tentativas vãs de reunir, sob um corpo aparentemente cerrado de categorias, o que em realidade são operações sistêmicas, carregadas da pregnância modal. Em outras palavras, as novas facetas de um sistema pós-acusatório equivalem à tentativa de superação de um sistema kantiano ou neokantiano de concepção do processo para outra e diversa concepção, na qual o processo penal acaba sendo gerido mediante o recurso à descrição do modo de funcionamento daquelas próprias categorias. Exemplo disso pode ser encontrado no princípio do contraditório. Na sua clássica definição, o princípio do contraditório constitui uma característica do sistema acusatório, responsável pelo equilíbrio das chances processuais<sup>35</sup>. Numa vertente pós-acusatória, certamente não estará ligado a uma concepção abstrata de processo, mas se reinscreve como categoria que torna possível a avaliação dos níveis de arbitrariedade ou irracionalidade do poder punitivo. O contraditório então, nesta segunda posição, já não mais pode ser concebido como uma estrutura (quiçá linguística e estruturante da validade dos atos jurídico-processuais), mas sim como um diagnóstico do nível de democraticidade das práticas punitivas. Ou, no pior dos casos, como uma *ultima ratio* para justificar níveis indeléveis de ilegalidade. Este caminho parece ser o trilhado por Taruffo, quando, ao refutar as críticas sobre os poderes instrutórios judiciais que atacam esse poder pelo prisma da imparcialidade, denomina tais críticas de ingênuas. Taruffo reconhece o risco da tendência confirmatória (*confirmation bias*), afirmando que existem limites para o exercício de tais poderes, e que o contraditório,

35 GOLDSCHMIDT, James. *Principios Generales del Proceso: problemas jurídicos y políticos del proceso penal*. Buenos Aires: Europa-América, 1935.

portanto, se configuraria como uma “técnica essencial de controle sobre o uso que o juiz faz de seus poderes”<sup>36</sup>. Aqui o processualista italiano inaugura uma curiosa e peculiar anomalia jurídica: o contraditório entre as partes e o próprio magistrado encarregado de garantir o contraditório! É claro novamente que a perspectiva racionalista de Taruffo lhe permite compreender o juiz como alguém para além da ideologia, o que como já mencionado, é igualmente ideológico por excelência.

Notadamente, o grande problema que exsurge desta variação epistemática do contraditório é a sua funcionalização, a sua modalização, que incrusta o princípio nas funções latentes ou mesmo expressas do sistema. Com efeito, perde relativamente a sua estrutura contrassistemática (o princípio pensado como condicionante epistemológica fora dos mecanismos institucionais) e adquire uma função endoprocessual (se os sistemas forem pensados como o conjunto de suas próprias operações, que compreendem igualmente aquelas aprioristicamente tomadas como normativamente inválidas<sup>37</sup>); b) ainda do ponto de vista normativo, um pós-acusatorialismo processual penal é refém da própria transformação no campo processual, que abandona paulatinamente o universo teórico-abstrato de suas categorias e se volta para a proceduralização de suas tarefas e finalidades. Em primeiro lugar, essa orientação teleológico-funcional, parcialmente descrita no item anterior, modifica a base das situações jurídicas componentes da base do processo. Se, por um lado, nos estudos de processualística comparada torna-se necessário recusar determinadas categorias, sob pena de a heterogeneidade dos discursos impossibilitar a construção de ferramentas heurísticas, por outro, a sua tradução em plataformas político-criminais edifica uma espécie de desestruturação sistematicamente organizada de conceitos-chave, fazendo da ciência processual um mero apanhado de comentários sobre o funcionamento do sistema. No Brasil, identifica-se claramente o fenômeno. Além da despreocupação para com os já referidos sistemas acusatório e inquisitório, as teorias da ação, da jurisdição, são praticamente desprezadas pela doutrina especializada. Simples problemas de redução de custos

36 TARUFFO, Michele. *Uma Simples Verdade: o juiz e a construção dos fatos*. São Paulo: Marcial Pons, 2012, p. 205.

37 Deve-se ter atenção que se o sistema processual penal, nesta versão funcionalizada, constitui-se como o conjunto integral de todas as operações sistêmicas, evidentemente que abarca o complexo de todas as decisões ilegais, remetendo o princípio do contraditório ao cerne de uma vasta rede de atributos reflexivos do sistema. A partir de então, não se torna de todo impensável que o contraditório se transforme, no âmbito da performance do sistema, em uma iníqua ferramenta que aponta para uma melhoria da funcionalidade sistêmica. A sua absorção pelo conjunto das operações o transmuta numa engrenagem perversa do sistema penal.

das edições? Evidentemente que não. Nesses mesmos manuais o critério identificador para o estudo de certas questões é medido pelo posicionamento dos tribunais superiores. Novamente, essa proceduralização do discurso processual penal deve ser lida como o refluxo contemporâneo de um retorno ao neobartolismo.

Evidentemente que as duas questões antepostas como questões problemáticas a produzirem efeitos no campo normativo não esgotam a discussão a respeito de um processo “pós-acusatório”. Coexistem, ao lado dos problemas essencialmente normativos, graves déficits epistemológicos. O primeiro deles é a subordinação do processo penal e suas categorias a um universo regido pela linearidade temporal, por uma forma neodarwiniana de identificar uma melhoria sistêmica com o abandono das categorias clássicas. Essa redução das categorias processuais àquilo que elas representam para a funcionalidade de um determinado modelo jurídico ou político (notadamente a democracia), faz tábula rasa do passado e das variações sociopolíticas que elas assumiram em certo período, para se satisfazer com a sua aderência a um determinado regime (seja político, histórico ou jurídico). É claro que o impacto político trazido pelas mutações das categorias acusatório e inquisitório é escamoteado como um “ornamento histórico-cultural”, incapaz de fazer sentido na contemporaneidade. Resultado: a produção de categorias pretensamente atemporais, a inaugurar um marco zero de significação, sabidamente impossível porque inscritas em determinada tradição. Se evidentemente a tradição implica que as categorias pertençam a um determinado universo sínico, a tentativa de reduzi-las à expressão de um presente sempre diferido introduz o risco do paralelismo histórico: categorias sem passado arregimentam, em linha de contínua ambientes, o futuro do que já passou. Mais do que anacrônico, estabelecer que um sistema pós-acusatório sobreviva à custa das categorias de um sistema absolutamente imprestável é distópico: a uma, por pretender que o passado-futuro seja imune a si mesmo; a duas, pelo fato de que as interferências políticas sobre o processo penal dependem, em franco regime de assimetria, de produção de temporalidade, não bastando um mero compósito mononuclear presentificado. Num segundo aspecto, epistemologicamente não é possível, com sucesso, sustentar-se um processo penal pós-acusatório dada uma bilateral incompreensão a respeito de dois eixos nos quais se move o processo penal: a) o sistema acusatório ou inquisitório não pode

pretender a totalidade semântica das estruturas categoriais de um determinado processo (uma vez que como anteriormente mencionado, o autoritarismo é sempre um para além dos sistemas); b) a substituição de um sistema acusatório por outro “pós-acusatório” opera a partir da presuposição de que, enfim, ao sistema acusatório caberá reunir o complexo das estruturas simbólicas do processo penal. Esse duplo erro é cometido pelas tentativas de se pensar um para além do sistema, que compartilha de alguns erros metodológicos das definições clássicas e institui outros, igualmente inaceitáveis.

Um processo penal pós-acusatório é incapaz de dar conta (assim como a própria deificação do sistema acusatório como a representação da totalidade perdida, o pequeno objeto “a” da ciência processual penal).

Dito isso, como se apresenta o autoritarismo processual penal, enquanto complexo de representações? Esta espécie de mapeamento será apresentado no próximo item.

## UM MAPEAMENTO DA IDEOLOGIA AUTORITÁRIA NO PROCESSO PENAL BRASILEIRO

Entendido que a discussão política do processo penal não pode ser resumida à compreensão dos sistemas processuais ou às tentativas de apresentar novas conformações, não mais jungidas a partir de critérios epistemológicos, mas estritamente funcionais, qual o mapa do autoritarismo processual penal brasileiro? Pretende-se oferecer aqui um breve e sucinto esquema problematizante dos aspectos antidemocráticos do processo penal brasileiro. Nesta versão ainda germinal, ao menos desse ponto (*hot spots*) do autoritarismo processual penal podem ser identificados. É justamente a sua problematização conjunta e não fragmentada que proporciona a possibilidade de escapar do reducionismo sistêmico que o recurso aos sistemas processuais penais ou à sua substituição por outros novos significantes-mestre. Entretanto, o autoritarismo ainda se revestirá dessa capacidade de ressignificar, o que, mesmo em um esquema que pretenda dar conta de todos os pontos aqui envolvidos, corre-se o risco de manter o pensamento autoritário, desta vez sediado por novas categorias.

Em primeiro lugar, as prisões ditas cautelares. Necessária, aqui, uma plena rediscussão não apenas sobre as formas, pressupostos e requisitos das prisões cautelares. Mas, com mais veemência, sobre a própria “cautelaridade” processual penal, a nosso juízo sabidamente inexistente quando tratada sob a ótica das prisões. Independentemente da prisão, não perfazerá, jamais, cautelaridade. Daí por que deve ser repensada toda a estrutura das prisões processuais, a partir de novos critérios e não da remissão a uma disciplina do processo civil. A cautelaridade, em tema de prisões processuais, é o pano de fundo para que arbitrariamente o sistema determine prisões equivalentes a sedantes simbólicos: prende-se cautelarmente alguém, no Brasil, pela “vontade do sistema”. Neste ponto, se revela manifestamente o pensamento autoritário no processo penal. As análises de decisões de prisões cautelares constituem-se como um exercício que permite claramente se reconhecer tal aspecto sem maiores necessidades de digressões.

Em segundo lugar, a ação penal, novo conceito indevidamente importado do processo civil e que engendra, no processo penal, manifestação das pulsões autoritárias. Em primeiro lugar, por reunir a teoria da ação penal princípios que deveriam ao menos ser colocados em xeque, e não assumidos como máximas intocáveis. A obrigatoriedade da ação penal é um deles. Igualmente, as condições da ação penal, cuja tentativa de aplicação no processo penal gera inúmeros contorcionismos semânticos, cientificamente inexplicáveis (interesse processual como punibilidade, possibilidade jurídica do pedido como prática de fato típico, ilícito e culpável, etc) necessita ser revista. Todavia, o que parece mais importante neste aspecto é a ausência de maiores estudos acerca dos limites ao exercício da “ação penal” e o excesso de acusação, este sim verdadeiro problema científico para o processo penal. Comumente, as limitações ao exercício da “ação penal” se limitam à análise da justa causa. Por isso, há aqui a necessidade de se trabalhar com uma “teoria da acusação”.

Um terceiro elemento que concentra inarredáveis elementos autoritários no processo penal é a concepção instrumental que é atribuída ao processo. Em realidade, nesse ponto quer-se dizer que o processo penal não pode ser concebido unicamente como um caminho necessário para a pena, na esteira da teoria geral do processo. A seguir-se tal concepção, o processo passa a ser visto unicamente como um obstáculo à efetivação da pena, sendo os princípios e garantias fundamentais meros estorvos à

eficiência do instrumento penalizador. Deve-se partir para uma teoria que associe o processo penal única e exclusivamente à defesa do hipossuficiente (acusado), evitando-se as ciladas da teoria geral do processo e dos argumentos conservadores<sup>38</sup> que lhe emprestam contornos.

Um quarto ponto que constitui um “nó” do autoritarismo em matéria processual penal diz respeito à prova e suas implicações políticas. O primeiro elemento desta intersecção política no processo penal – uma política da prova – diz com a gestão da prova, já referida anteriormente como o princípio fundante do sistema acusatório. Se, por um lado, passividade ou atividade do magistrado na colheita da prova implica opções políticas – mais ou menos próximas do ideário democrático – essa política da prova requer uma revisão fundamental em vários aspectos, dessa feita dizentes não apenas à teoria geral da prova (revisão da teoria da prova ilícita, da prova emprestada, etc), mas também de pontos contemporâneos e cirúrgicos (como a questão do desvio causal e do princípio da especialidade), assim como a rediscussão das provas clássicas (por exemplo, com relação à prova testemunhal e ao depoimento dos policiais ou ainda, relativamente à obrigatoriedade do interrogatório, que deveria ser uma faculdade do acusado). Uma política da prova em matéria criminal deverá ingressar, por fim, em pontos sensíveis que tratam dos novos meios de prova (como por exemplo, a infiltração de agentes bem como quebras de sigilo das mais variadas espécies).

Um quinto elemento que concentra novamente expressão do autoritarismo processual penal brasileiro concerne à teoria da jurisdição. Basicamente a doutrina se acomodou com uma concepção fraca de jurisdição, limitada ao “poder-dizer o direito”. A jurisdição passa a integrar o mais importante, senão o elemento quintessencial do processo penal. Deve-se vislumbrar a jurisdição não do ponto de vista exclusivo do julgador, mas do jurisdicionalizado, isto é, enquanto direito fundamental. Para além de uma concepção solipsista e monádica da figura do juiz, tem-se aqui a necessidade de repensar os elementos inalienáveis da jurisdição. Desse modo, além do redimensionamento do princípio do juiz natural (que não se cinge à proibição de tribunais de exceção), as esferas da competência deverão ser analisadas verticalmente (em específico, a imprestabilidade do conceito de competência relativa assim como a contraproducência da manutenção da prevenção como categoria fixadora da competência). Por

38 HIRSCHMAN, Albert. *The Rethoric of Reaction: perversity, futility, jeopardy*. London: Harvard University Press, 1991.

fim, deve-se prestar atenção devidamente às denominadas causas de suspeição, impedimento e incompatibilidades, que não se constituem como meros adereços da jurisdição, mas que sem dúvida compõem, fundamental e intrinsecamente, o cerne da própria jurisdição.

Um dos pontos centrais para não dizer o mais importante reside na teoria da decisão no Estado Democrático de Direito. À evidência que a exigência de uma decisão no processo penal é dizer muito pouco, quase nada. Devem ser vislumbrados aqui todos os elementos que bloqueiam uma decisão jurídica, desde teorias psicológicas como as da dissonância cognitiva ou a da tendência confirmatória, às jurídicas que operam a partir da tradição hermenêutica. Para além da teoria da decisão jurídica estar centralizada unicamente na necessidade de fundamentação (e veja-se que se trata de ponto igualmente relevante, à medida que a prática forense se contenta com a mera repetição de decisões ou pareceres de instâncias ou órgãos distintos), o processo penal deve se preocupar com a produção de decisões contramajoritárias, isto é, menos sujeitas aos impulsos policiais, que infelizmente ainda são constantes na prática forense.

Uma compreensão fraca dos recursos e ações impugnativas autônomas em matéria penal constitui outro ponto de sustentação do autoritarismo processual penal brasileiro. Em primeiro lugar, pela manifesta e absoluta incompatibilidade entre os recursos na esfera cível e penal (tome-se como exemplo a Lei 8.038/90), que não podem, em hipótese alguma, estar sujeitos aos mesmos requisitos e pressupostos, assim como não podem ter os mesmos efeitos (por exemplo, o efeito meramente devolutivo em matéria de recurso especial e extraordinário). Em segundo lugar, pela existência de um direito fundamental ao duplo grau de jurisdição, não apenas porque presente na Convenção Interamericana de Direitos Humanos, o que é um argumento evidentemente fraco. Mas pela própria natureza da recorribilidade, que tem sua razão de existência justamente na falibilidade do julgado. Assim sendo, institutos como as decisões colegiadas em ações penais originárias bem como as do próprio tribunal do júri merecem uma séria revisão, sob pena de privilegiar-se o procedimentalismo formalista (concepção de que há limitações ao duplo grau de jurisdição tendo como base a fonte normativa da qual emana) em detrimento de alicerces que oportunizem uma jurisdição plena.

Não se poderia falar, igualmente, de autoritarismo processual penal, no Brasil, sem falar-se da execução penal. Apesar da mudança de

orientação pós-1988, a alegação de que a execução penal passou a ser jurisdicional não convence. A uma, pelo fato de que efetivamente, tão somente há a produção de decisões judiciais que alteram o status do jurisdicionalizado, muito embora, quanto à sua forma, ela não se revista muito mais do que um caráter homologatório daquelas decisões administrativas. Ausência de um efetivo direito ao contraditório (a não ser sob o prisma meramente formal), ausência de um direito à defesa nos procedimentos administrativos para atribuição de faltas (desnecessidade de defensor durante estes procedimentos, na esteira do decidido pelo STF), transformação da situação subjetiva do jurisdicionalizado (gozar de direitos previstos) em uma grande e indefinida cláusula *rebus sic stantibus* (reversão de direitos já apropriados), limitação ao uso de habeas corpus, na melhor esteira do pensamento fascista (que cria categorias para a inadmissibilidade da ação constitucional) são exemplos de necessária revisão dentro da execução penal.

Novamente, a condensação do pensamento autoritário penal não pode desprezar uma forma maleável, flexível e amorfa de processo<sup>39</sup>. Fórmulas como economia processual, prejuízo, instrumentalidade das formas são manifestamente incompatíveis com um processo penal minimamente democrático. Sob o mesmo fundamento, a categoria nulidade relativa deve ser extirpada do discurso processual penal, uma vez que inaplicável às situações jurídico-processuais reinantes nesta seara.

Como pode ser vislumbrado diante da existência de inúmeros procedimentos processuais penais previstos na legislação brasileira, em primeiro lugar, a simples pluralidade de procedimentos é um problema normativo injustificado, cabendo aqui regular-se a redução dos procedimentos a uma fórmula unívoca, com a previsão de dois ou três ritos distintos. Perceba-se que determinados critérios legislativos (como a redução do número de testemunhas consoante a gravidade do crime é um critério sem sentido). A produção de prova testemunhal, ou melhor, a complexidade do delito não possui relação alguma com a sua gravidade abstrata. Isto quer dizer que a menor gravidade abstrata do crime não pode ser compreendida como um mecanismo de redução de chances processuais. Igualmente, previsões injustificáveis como a continuidade do processo na citação por edital de réu acusado de lavagem de capitais constitui-se como outro exemplo de diversidade procedural que somente tem sua

39 GLOECKNER, Ricardo Jacobsen. **Nulidades no Processo Penal:** introdução principiológica à teoria do ato processual penal irregular. Salvador: Jus Podium, 2013.

razão de existência num espaço de produção de fragmentariedade, seletivamente ordenada a fim de legitimar decisões arbitrárias “legalmente amparadas” (apesar de inconstitucionais). Outrossim, nada justifica a existência de um procedimento, como o do tribunal do júri, que consegue ferir duplamente o princípio da razoável duração do processo: em primeiro lugar, pelo fato de o procedimento resultar em julgamentos demorados, quando da análise da totalidade dos atos processuais praticados. Em outras palavras, trata-se de um procedimento naturalmente moroso, que requer uma fase de colheita probatória e outra de julgamento perante os jurados. Por este prisma, em nosso juízo há clara violação ao direito de ser julgado em tempo razoável (que nada tem a ver com o “excesso de recursos”, como provêm da cantilena punitivista), não raras vezes com o acusado preso aguardando julgamento; viola, igualmente, o princípio da razoável duração do processo, dessa feita porque o procedimento em plenário, seguindo o princípio de concentração e imediatidate, exige um julgamento “instantâneo” dos jurados. Às vezes, processos que demoram anos até que a prova seja colhida, examinada e julgada, requerem dos jurados um julgamento imediato, sem reflexão. Trata-se, do ponto de vista da razoável duração do processo, da conjunção do pior dos dois mundos: a) processo lento até a confirmação da decisão de pronúncia; b) julgamento imediatista dos jurados na fase de plenário. E isso sem falar de limitações ao direito ao duplo grau de jurisdição, anteriormente exposto. Eis aqui um exemplo de como um procedimento não encontra razões constitucionais suficientes para manter a sua forma atual.

Outro ponto do processo penal em que impera irrefutável concentração de pulsões autoritárias é a concepção de que há uma relação jurídica de base material a emprestar substância ao processo, devindo, no curso deste, uma lide. É claro que não há direito material de o Estado punir (direito subjetivo de punir), sob pena de se manter um pensamento fascista (a elaboração do conceito é de ninguém menos que Rocco) e, portanto, faltaria a base de direito material da relação jurídica. Mas falta igualmente ao Estado-acusador legitimidade, pois esse órgão não pode reclamar a adjudicação daquilo que não é seu. Nesse sentido, em primeiro lugar, não se pode falar em relação jurídica. Por seu turno, igualmente não se pode falar em lide, pois não há interesses conflitantes no cerne do processo penal, como já demonstrara inequivocamente Jacinto Coutinho<sup>40</sup>.

---

40 COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. *A Lide e o Conteúdo do Processo Penal*. Curitiba: Juruá, 1989.

Deve-se prestar atenção, igualmente, às inversões ao princípio da presunção de inocência encontradas tanto na esfera doutrinária como especialmente jurisprudencial. Em um primeiro plano, tais inversões encontram sustentáculo na fascista dicção do art. 156, *caput*, do CPP, que impulsiona posturas de que o acusado deverá “provar” aquilo que alega, ou ainda, de que o acusado não conseguiu se “desvencilhar dos fatos por ele suscitados”, etc. Sem prejuízo dessa importante conexão entre as presunções em matéria penal (que se deveriam resumir à de inocência) e a operatividade do sistema punitivo, ingressa aqui novamente a teoria da decisão penal, já comentada alhures. *In dubio pro societate*, presunção de regularidade dos atos administrativos (inquérito policial), inexistência de demonstração inequívoca da atipicidade em habeas corpus para trançamento do processo por falta de justa causa são alguns exemplos de substanciais inversões do princípio da presunção de inocência.

Como já explicado em outro trabalho<sup>41</sup>, a investigação preliminar, no Brasil, deveria se limitar à sua tarefa primordial de filtragem de acusações infundadas. Todavia, a investigação preliminar se transformou em instrumento de arrecadação de prova, tanto que o art. 155 do CPP autoriza a sua utilização como elemento de formação de convicção. A problemática aqui implica bem mais do que a inadmissibilidade do inquérito policial no processo e sua utilização na decisão. Trata-se também de subtrair o inquérito policial de uma soberania administrativa, permitindo-se que o suspeito possa efetivamente ser sujeito de direitos e não meramente um objeto de prova. Igualmente, a atribuição inicial do status que recai sobre o suspeito é uma modificação que não pode ser negligenciada, a fim de tornar o inquérito policial mais fiel às normas constitucionais.

Encontra-se, no Brasil, um processo de ressignificação das práticas autoritárias brasileiras, cuja legitimidade não mais remonta, com exclusividade, ao Código de Processo Penal vigente. A Constituição da República passa a desempenhar, na lógica autoritária, uma espécie de fonte simbólica da qual emanam determinadas consequências, que, além de ampliar o leque punitivo estatal (mandados de criminalização, configuração de regras excipientes de direitos fundamentais), introduz uma Constituição que preservaria o Estado Social através de normas penais e processuais penais policialescas. Fala-se em garantismo positivo, garantismo de dupla face, prova ilícita *pro societate* e outras tantas construções que providenciam

41 LOPES JÚNIOR, Aury; GLOECKNER, Ricardo Jacobsen. *Investigação Preliminar no Processo Penal*. 6 ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

suporte ideológico punitivo ao *status quo*. Aqui é que também ingressa o discurso da esquerda punitiva. O neoconstitucionalismo em matéria processual penal tem servido a propósitos aparentemente contraditórios, como o de “garantir” as liberdades individuais, com a manutenção de normas que tratam de esvaziar o conteúdo daquelas mesmas garantias.

Outro aspecto do autoritarismo processual penal brasileiro reside na metafísica separação das questões de direito daquelas questões de fato, inconsistentemente sustentadas por doutrina e tribunais. Sobre essa distinção repousam posturas autoritárias, como a alegação de que o réu se defende dos fatos e não da capitulação jurídica (*naha mihi factum dabo tibi jus*) que autoriza a modificação dos tipos penais (lembrando que existem crimes totalmente normativos, como *v.g.* a lavagem de capitais ou a sonegação fiscal), que sequer permitem a separação da propalada distinção. Notadamente, essa postura é representativa de uma concepção débil do princípio do contraditório, que seria realizável apenas e tão somente sobre as questões de fato, não recaindo sobre as questões de direito. Aqui também entram em questão as limitações ao exercício recursal, como os pressupostos de admissibilidade dos recursos especial e extraordinário bem como os recursos decorrentes das decisões do tribunal do júri. Além disso, uma concepção plena de contraditório exigiria que eventuais desclassificações fossem produto de um aditamento à acusação e que não poderiam ensejar, simplesmente, uma sentença condenatória desprovida de contraditório.

Por fim, basta lembrar, já que o tema foi suscitado amiúde durante esta breve exposição, que as alternativas ao processo se transformaram na regra (*plea bargaining*), introduzindo um cenário nada promissor<sup>42</sup>, no qual o órgão acusador passa a ter poderes cada vez mais extensos. Igualmente, penas sem processo são avessas a um modelo de processo que tenha por fundamento a preservação de direitos fundamentais e que preserve os jurisdicisionalizados de perigos contidos em acusações infundadas (risco este inerente ao funcionamento do *plea bargaining*).

Em linhas gerais, esse é o mapeamento das estruturas autoritárias no processo penal brasileiro. Com efeito, não se pretende esgotá-las, mas identificar como elas perpassam o processo penal brasileiro, desde o seu nascedouro (com a discussão sobre a sua legitimidade) até a fase de cumprimento da sentença, com a execução penal.

De fato, como apresentado ao início do ensaio, a discussão sobre uma superação dos sistemas acusatório e inquisitório, caso viável, demandaria

---

42 Cf. PRADO, Geraldo. *Transação Penal*. 2 ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

apenas alterações laterais, uma vez que esse processo penal, no Brasil, é produto de um conjunto complexo de significações e ressignificações que, sob o plano do imaginário, edificam uma rede de valências autoritárias. ♦

## REFERÊNCIAS

- ANYIAR DE CASTRO, Lola. **Criminologia da Libertaçāo**. Rio de Janeiro: Revan, 2005.
- BENJAMIN, Walter. "Para Uma Crítica da Violência". In **Escritos Sobre Mito e Linguagem**. São Paulo: Duas Cidades, 2011.
- BERGER, Peter L; LUCKMANN, Thomas. **A Construção Social da Realidade: tratado de sociologia do conhecimento**. Petrópolis: Vozes, 2003.
- BUTLER, Judith. **Mecanismos Psíquicos del Poder: teorías sobre la sujeción**. Valencia: Ediciones Cátedra, 1997.
- CASTORIADIS, Cornelius. **A Instituição Imaginária da Sociedade**. 5 ed. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1982.
- COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. **A Lide e o Conteúdo do Processo Penal**. Curitiba: Juruá, 1989.
- COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. "O Novo Papel do Juiz no Processo Penal". In COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. **Crítica à Teoria Geral do Direito Processual Penal**. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.
- COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. "Por Que Sustentar a Democracia do Sistema Processual Penal Brasileiro?" In **Revista do Instituto de Hermenêutica Jurídica**. n. 14. Belo Horizonte, 2013.
- CUNHA MARTINS, Rui. **A Hora dos Cadáveres Adiados: corrupção, expectativa e processo penal**. São Paulo: Atlas, 2013.
- DAMASKA, Mirjan. **The Faces of Justice and State Authority: a comparative approach to the legal process**. London: Yale University Press, 1986.
- DERRIDA, Jacques. **Especetros de Marx**. Rio de Janeiro: Relume-Dumará, 1994.
- DERRIDA, Jacques. **Força de Lei**: o fundamento místico da autoridade. São Paulo: Martins Fontes, 2011.
- FERNANDES, Fernando. **O Processo Penal Como Instrumento de Política Criminal**. Lisboa: Almedina, 2001.
- FERRAJOLI, Luigi. **Derecho y Razón: teoría del garantismo penal**. Madrid: Trotta, 2004.

FREIBERG, Arie. "Post-adversarial and Post-inquisitorial Justice: transcending traditional penological paradigms". In **European Journal of Criminology**. V. 8. n. 88, 2011, p. 82-101.

GLOECKNER, Ricardo Jacobsen. **Nulidades no Processo Penal**: introdução principiológica à teoria do ato processual penal irregular. Salvador: Jus Podium, 2013.

GLOECKNER, Ricardo Jacobsen. "Transpolíticas do Imaginário (Punitivo) ou a Codificação da Sedução". In **Revista Sistema Penal & Violência**. V. 5. n. 2. Porto Alegre, 2013, p. 252-264.

GOLDSCHMIDT, James. **Principios Generales del Proceso**: problemas jurídicos y políticos del proceso penal. Buenos Aires: Europa-América, 1935.

HIRSCHMAN, Albert. **The Rethoric of Reaction: perversity, futility, jeopardy**. London: Harvard University Press, 1991.

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

LACAN, Jacques. **O Seminário v. 10**: "A Angústia". Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2005.

LANGER, Maximo. "The Long Shadow of The Adversarial and Inquisitorial Categories" In DUBBER, Markus D; HOERNLE, Tatjana. **Handbook of Criminal Law**. Oxford: Oxford University Press, 2014.

LEGENDRE, Pierre. **Della Società Comme Testo**: lineamenti di un'Antropologia Dogmatica. Trad. de Elisa Scatollini i Paolo Heritier. Torino: Giappichelli, 2005.

LEGENDRE, Pierre. **Leçons IV. El Inestimable Objeto de la Transmisión**. Madrid: Siglo XXI, 1996.

LOPES JÚNIOR, Aury; GLOECKNER, Ricardo Jacobsen. **Investigação Preliminar no Processo Penal**. 6 ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

LUHMANN, Niklas. **Legitimação Pelo Procedimento**. Brasília: UnB, 1980.

MANZINI, Vincenzo. **Tratado de Derecho Procesal Penal**. t. I. Trad. de Santiago Sentís Melendo y Marino Ayerra Redín. Buenos Aires: El Foro, 1996.

MONTERO AROCA, Juan. **Principios del Proceso Penal: una explicación basada en la razón**. Valencia: Tirant lo Blanch, 1997.

PARSONS, Talcott. **O Sistema das Sociedades Modernas**. São Paulo: Pioneira, 1974.

PRADO, Geraldo. **Transação Penal**. 2 ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

SCHUNEMANN, Bernd. **La Reforma del Proceso Penal**. Madrid: Dykinson, 2005.

SLOTERDIJK, Peter. **Crítica da la Razón Cínica**. Madrid: Siruela, 2004.

TARUFFO, Michele. **Uma Simples Verdade: o juiz e a construção dos fatos**. São Paulo: Marcial Pons, 2012.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl. **Em Busca das Penas Perdidas: a perda da legitimidade do sistema penal**. Trad. de Vânia Romano Pedrosa e Amir Lopes da Conceição. 5 ed. Rio de Janeiro: Revan, 2001.

ZIZEK, Slavoj. **Eles Não Sabem o Que Fazem**: o sublime objeto da ideologia. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 1990.

ZIZEK, Slavoj. "O Espectro da Ideologia" In \_\_\_\_\_. **Um Mapa da Ideologia**. São Paulo: Contraponto, 1996.

# Neofascismo?

**Miguel Baldez**

*Ex-Procurador do Estado do Rio de Janeiro.  
Professor da EMERJ*

Fascismo? Um novo fascismo? Um renovado fascismo inspirado no cruel e violento fenômeno do século XX, vindo lá da cultura política capitalista da Europa mas que se propagou mundo afora e que, aqui no Brasil, teve sua primeira versão ainda na década dos anos 30, época de Vargas, com a imposição do Estado Novo, e, mais tarde, recentemente, pelo aprimoramento da tortura, ainda doída no corpo dos democratas, uma nova e mais agressiva versão na vergonhosa ditadura militar.

Pois aos democratas parecia encerrada na história do Brasil os formatos do apelo fascista. Coisas do passado, momentos da resistência política do povo que não se repetiriam neste novo século, embora não se devesse esquecer o projeto socialista, aparentemente derrotado pela malfadada exuberância do capital e sua repercussão nos países ditos periféricos como os latino-americanos, principalmente esse nosso bem comportado Brasil.

Diga-se, porém, a bem da verdade, tratando-se da latinidade, que bons exemplos de resistência não nos faltam. Cuba, Venezuela, Bolívia, Equador e Argentina estão aí diante de quem queira aprender boas lições de força, postura e valor políticos. Aqui mesmo, admita-se, o povo vai organizando-se e definindo em lutas e enfrentamentos importantes espaços-tempos de cidadania e plenitude democrática.

Mas, de longe, embora perto por sua constante presença entre nós, Boaventura de Sousa Santos construiu, entre outras importantes lições, o conceito de fascismo social, nele valendo destacar o *apartheid* social e o fascismo de insegurança, formas bem destacadas por Boaventura e claramente perceptíveis na realidade institucional imposta aos brasileiros. Pois agora, as autoridades estatais, em macabra aliança entre União, Estados e Municípios, contra os pobres, vai aumentando suas práticas fascistas. Em Belo Horizonte, Dandara vai se tornando um símbolo de resistência. Não se esqueça do massacre de Pinheirinhos, em São José dos Campos, São

Paulo, e, no Rio de Janeiro, além dos despejos massivos, sem ou com cumplicidade do Poder Judiciário, é de notar a perda ou extinção dos únicos órgãos institucionais comprometidos com os princípios da Constituição relativos aos Direitos Humanos, em desumana sequência que bem significa a consagração do *apartheid* e o estímulo à insegurança desta nossa gente historicamente excluída. Primeiro, o afastamento de Célia Ravera do Instituto de Terras, depois a extinção do Núcleo de Terras da Defensoria Pública, e, agora, o risco do afastamento do deputado Marcelo Freixo da presidência da Comissão de Direitos Humanos da Assembleia Legislativa, e, enfim, a perda já efetivada de Leonardo Chaves da Subprocuradoria de Direitos Humanos do Ministério Público do Rio de Janeiro. Por sua atualidade, dá-se destaque ao afastamento de Leonardo Chaves da importante Subprocuradoria de Direitos Humanos. Isso por tratar-se de órgão diretamente vinculado à administração do Governo de Estado.

Creia o Sr. Governador que o povo já não acha graça em festinhas parisienses recheadas de requebros e improvisadas fantasias. Democracia exige seriedade e comprometimento, esta gente sofrida não aguenta mais despejos massificados, nem violência policial, e, organizada, há-de resistir ao corte fascista das práticas oficiais.

Acabou, entendam os senhores do poder. Fascismo, mesmo entre risos, com festas parisienses e insólitos disfarces, nunca mais. ♦♦

# Para a Democratização da Sala de Audiências

Eduardo Maia Costa

Juiz do Supremo Tribunal de Justiça (Portugal)

Todo o espaço do tribunal (o «palácio da justiça») é marcado por sinais reveladores de uma cultura autoritária. A justiça é enquadrada em espaços e encenada com signos que a conotam com a autoridade e a manutenção da ordem, em detrimento dos valores da equidade ou da paz jurídica. O tribunal é concebido não tanto como o lugar onde se administra justiça, se exerce a tutela judiciária, antes como aquele onde se impõe a ordem e a autoridade, onde se exerce o poder na sua elementar crueza.

Essa afirmação severa do *jus imperium* é congruente com uma cultura autoritária, mas não com uma cultura democrática, pois, para esta, a autoridade do Estado é apenas um *instrumento* de salvaguarda dos valores e das instituições democráticas, sempre sujeita às limitações impostas pelo princípio da proporcionalidade, e jamais um valor em si.

Mas, na perspectiva autoritária, o espaço judiciário, o palácio da justiça, é concebido, nas suas diversas vertentes (enquadramento urbanístico, arquitectura, divisão interior dos espaços, decoração, etc.), como instrumento de glorificação da magnificência do poder punitivo do Estado, de alguma forma antecipação do “juízo final”, dirigido não só aos arguidos, às partes, aos “utentes” da justiça, mas a todos indiscriminadamente, à própria colectividade no seu conjunto.

No projecto ideal, corporizado pelo palácio da justiça típico do Estado Novo<sup>1</sup> (de notória influência mussoliniana), o edifício do tribunal surge destacado no espaço urbanístico em que se insere, geralmente uma praça (tendencialmente a praça principal da urbe), foco de atracção visual de quem passa. Exteriormente, tem aspecto sólido, maciço, imponente, em que o peristilo imprime a marca dos templos antigos: majestade e sacralidade do poder nele exercido. Mas outros sinais se evidenciam, como a

<sup>1</sup> Regime ditatorial que vigorou em Portugal entre 1926 e 1974, derrubado por um golpe militar que restaurou a democracia em 25 de abril de 1974.

“hierarquia” de planos, que obriga a que se suba necessariamente para chegar ao tribunal (escada exterior ou, não a havendo, interior), e sobre tudo a colocação de esculturas ou painéis exteriores de aspecto marcadamente *guerreiro*, como guardas da fortaleza (alegorias da justiça com a espada na mão e feroz catadura - Thémis), que infundem uma imagem do poder judicial como um poder distante, implacável, inflexível, feito a uma escala diferente e superior à das pessoas que a ela vão ser submetidas. É este o palácio da justiça do Estado Novo, que podemos observar por todo o País, em escala maior (o exemplo mais flagrante, de certo modo o *arquétipo*, é o Palácio da Justiça do Porto) ou menor (por exemplo, o Palácio da Justiça da Póvoa de Varzim, síntese reduzida da mesma concepção). Após o 25 de Abril, a arquitectura judiciária diversificou-se, deixando de existir um modelo unitário de palácio da justiça, embora algumas das características apontadas atrás persistam em manifestar-se aqui e além.

A sala de audiências é, de todo o espaço judiciário, naturalmente o segmento mais marcado pela influência dessa visão autoritária da justiça, pois é o lugar central do exercício do poder. Aí, a arquitectura, a decoração da sala e a própria ritualização dos actos, serão elementos importantes da administração de uma justiça autoritária: na distribuição dos espaços, com a desigualdade de planos entre acusação e defesa, e a “humilhação” do acusado no “banco dos réus”; na decoração, com a representação de cenas de batalhas e outras cenas históricas quase sempre de conteúdo intimidatório, viradas que estão “para baixo”, e também de alegorias ferozes da justiça.

Em síntese: a sala de audiências dos nossos tribunais está concebida como um espaço de intimidação pessoal do acusado e onde existe um desequilíbrio notório em desfavor da defesa relativamente à parte contrária, o ministério público. A sala de audiências condensa toda uma concepção que nos orienta desde a porta do palácio da justiça: a da justiça/Thémis, a justiça cega e guerreira, a justiça que acima de tudo quer infundir respeito e temor a todos indistintamente, e não apenas julgar e proteger quem a procura em demanda da palavra justa que restaure a paz jurídica.

E se o 25 de Abril de 1974 modificou a arquitectura judiciária, nomeadamente o seu exterior, já quanto à sala de audiências não se pode dizer que tenha trazido qualquer alteração significativa relativamente ao modelo anterior.

Lamentavelmente pouca atenção se tem prestado a este tema, como se a cena judiciária, o espaço em que se administra a justiça, fosse

indiferente para o exercício da função de julgar. A legislação portuguesa foi sempre parca em prescrições sobre a organização do espaço judiciário. A Novíssima Reforma Judiciária de 1841 (a grande reforma judiciária liberal) dizia apenas que o lugar dos «spectadores» deveria ser separado do recinto destinado ao tribunal por uma «gradaria» ou «teia» (art. 481º). Os diversos Estatutos Judiciários do Estado Novo eram mais explícitos: os juízes e os magistrados do ministério público situar-se-iam no mesmo plano, o ministério público em assento separado e à direita dos juízes; os advogados, os assistentes técnicos e os solicitadores estariam colocados «a seguir» (fórmula eufemística para dizer: «em plano inferior»); os funcionários judiciais ficariam em frente da tribuna dos juízes (obviamente em plano inferior); nada se diz sobre o lugar do réu e dos restantes intervenientes; apenas se indica que na *teia* (recinto reservado para o tribunal) tomam também lugar os intervenientes no acto judicial (arts. 100º e 101º do Estatuto Judiciário de 1962).

As notas de encomenda de projectos de edifícios são ainda mais explícitas da ideologia oficial. Podemos sintetizá-la da seguinte forma: separação da sala em duas zonas, uma para o público, a outra para o tribunal e restantes intervenientes processuais; diferenciação de planos entre o tribunal e o ministério público, por um lado, e os advogados, por outro, e ainda entre a bancada destes e o pavimento da sala; confinamento do réu dentro de uma «teia» (o «banco dos réus»).

Esta hierarquia de planos, discriminando a defesa em benefício da acusação, e o enclausuramento do réu no seu «banco» exprimem em toda a sua crueza (ou残酷) quer o autoritarismo da cena e do acto, quer o pré-juízo de culpabilidade que envolve o réu, «degradado» a uma posição cénica humilhante de «pré-condenado», malgrado ainda gozar da presunção de inocência.

Esta sala de audiências concebida pelo Estado Novo não sofreu alteração com a instauração da democracia, nem mesmo com a reforma processual que pretendeu introduzir um processo de tipo acusatório.

Na verdade, o legislador do Código de Processo Penal de 1987, que consagrou um processo basicamente acusatório, também não se preocupou em dar indicações sobre a sala de audiências. Diferentemente, o legislador italiano teve o cuidado de, no “código de execução” do Código de Processo Penal de 1988, que estabeleceu uma reforma de tipo idêntico à portuguesa, inscrever a seguinte norma: “Nas salas de audiências de jul-

gamento, os bancos reservados para o ministério público e para os defensores estão colocados ao mesmo nível e virados para os juízes. As partes civis sentam-se ao lado dos seus patronos, salvo se houver preocupações de segurança. A cadeira destinada às testemunhas é colocada de forma a permitir que fiquem visíveis tanto dos juízes como das partes” (art. 146º).

Com efeito, o novo processo penal, em que assume papel central o princípio da igualdade de armas, impõe uma nova sala de audiências. Mas não só essa como outras preocupações devem intervir na configuração de uma nova cena judiciária, preocupações que se reportam à salvaguarda da dignidade das pessoas, e do acusado antes de mais, à distribuição dos lugares, etc. Tudo para que a cena judiciária esteja conforme com os princípios que regem um Estado de direito democrático. Nesse sentido, e numa reflexão meramente provisória, avançam-se algumas breves considerações.

Várias ideias-força devem guiar a concepção da sala de audiências (e vou referir-me exclusivamente à audiência penal). Desde logo, a laicidade. Não apenas no sentido de ausência de referências de índole religiosa (como os crucifixos), que a I República baniu dos tribunais, como também as alusões ideológicas, disfarçadas de referências “patrióticas”, com que o Estado Novo povoou as salas que construiu. Da mesma forma, a iconografia da Justiça deverá ser repensada, em ordem a eliminar o acima referido carácter “feroz” com que ela é representada. Em suma, a sala de audiências deve ser um espaço sóbrio, neutro. Essa sobriedade não deve, porém, prejudicar um aspecto essencial, que é a funcionalidade. Este aspecto liga-se com outro, que é a solenidade.

A audiência não é uma “reunião de trabalho”, um encontro informal entre partes adversas. A audiência é um debate sujeito a regras rigorosas, desenrolando-se num espaço e num tempo próprios. A audiência tem um ritual específico, que não é apenas, nem sequer sobretudo, pompa e circunstância, mas sim uma sábia distribuição do direito à palavra por todos os sujeitos processuais, em ordem a habilitar o juiz a proferir a palavra final – a que dita a justiça do caso. O rito processual da audiência (o seu ceremonial) é uma garantia imprescindível dos direitos das partes e, dessa forma, da realização da justiça. A ritualização processual é a redução do conflito subjacente aos limites de uma luta *igual*, em que vão ouvir-se os argumentos da *razão*, e não os da *força*.

Essa ritualização relaciona-se intimamente com a solenidade, e historicamente foi adquirindo aspectos diversos consoante as culturas judi-

ciárias. É universalmente utilizado um traje profissional para magistrados e advogados, e essa «tradição» não constrange de nenhuma forma a realização de uma cerimónia de índole genuinamente democrática. O traje simultaneamente investe e identifica o papel de cada um na cena perante o público, o que, aliás, é importante para a clarificação dos seus poderes, dos seus deveres, do seu estatuto.

Um aspecto ligado a este é o da distribuição e hierarquia dos lugares. Quer no plano simbólico, quer no funcional, parece inevitável a centralidade e a proeminência do lugar do juiz. Ele é o presidente da cerimónia e é ele quem vai decidir. Ele está *acima* das partes e *equidistante* delas. Ele está naturalmente num lugar mais alto e central.

As partes, além de equidistantes do juiz, devem situar-se *no mesmo plano*. Donde, inquestionavelmente, o ministério público não pode conservar o plano proeminente que sempre foi o seu na sala de audiências portuguesa, pois na audiência, e embora mantendo o seu estatuto de órgão de justiça, que lhe impõe sempre um dever de imparcialidade e objectividade idêntico ao do juiz, ele é aí sobretudo *uma das partes* em litígio, aquela que formulou a acusação, a qual, é certo, não é obrigado a defender na alegação final, mas que tem o dever funcional de explorar em todas as suas virtualidades em ordem ao seu sucesso. Em síntese, os princípios do acusatório e da igualdade das partes impõem uma estrita igualdade de direitos na audiência entre acusação e defesa, e consequentemente um posicionamento igual na cena judiciária.

Mas o arguido, onde colocá-lo? Ao lado do seu advogado, integrando a bancada da defesa, como no processo civil? Ou no tradicional “banco dos réus”?

Diga-se desde já com toda a clareza que só a primeira solução se afigura compatível com o princípio da presunção de inocência e com o princípio da igualdade de armas - com o processo acusatório, em suma. Na verdade, a colocação do arguido no clássico “banco”, completamente rodeado pela “teia”, confina-o a um *espaço fechado*, encerra-o num espaço que simbolicamente *antecipa* o espaço prisional. O “banco dos réus” é um lugar submetido à vigilância do tribunal e à observação do público, degradando o arguido à condição de objecto do processo.

Em contraste, o processo acusatório faz do arguido uma *parte*, o verdadeiro *adversário* do ministério público na audiência. Por isso, o arguido deve estar ao lado do seu advogado, formando uma única bancada,

situada em frente da do ministério público. Só assim haverá *igualdade de armas* na sua plenitude. Por outro lado, só assim o arguido terá porventura condições para uma defesa eficaz e sem limitações. É que, para articular devidamente a defesa com o seu advogado, o arguido deverá poder estar permanentemente em contacto com ele, transmitindo-lhe informações que aquele eventualmente não possua e que poderão ser essenciais para a instância das testemunhas e mesmo para a preparação das alegações orais finais.

É claro que o arguido é não só um sujeito processual, como também um *meio de prova*, devendo submeter-se ao interrogatório do juiz logo no início da audiência, não se podendo furtar às respostas sobre a identidade pessoal, e tendo o *direito* de prestar declarações, nessa altura como em qualquer momento da audiência, sobre o objecto do processo. Enquanto meio de prova, o arguido não pode usufruir da sua posição «cénica» de parte. Quando prestar declarações, ele deverá deslocar-se para o lugar destinado àqueles que prestam declarações perante o tribunal (testemunhas, peritos e o próprio assistente quando indicado como meio de prova).

Falemos então desse outro sujeito processual – as testemunhas. Na nossa sala tradicional, elas sentam-se numa cadeira colocada à frente da “teia” que encerra o arguido, viradas de frente para o juiz e de lado para as partes, que não dispõem geralmente (nomeadamente os advogados de defesa e de acusação) de uma completa visibilidade do rosto das testemunhas por elas instadas. Por isso, justifica-se inteiramente a disposição italiana acima citada, quando fala da necessidade de o lugar das testemunhas ser visível tanto para o juiz como para as partes. A cadeira destinada às testemunhas deve situar-se ao centro, de forma a que a testemunha esteja frente a frente com o juiz e equidistante das partes e de todos perfeitamente visível e audível.

Por último, esse silencioso (por vezes nem tanto...) mas indispensável «sujeito processual» – o público. Não participando directamente no debate, a presença do público, melhor, a abertura da sala à presença popular, é um elemento estrutural de uma justiça democrática. Sem publicidade, a justiça não é digna desse nome. A publicidade é aliás um princípio adquirido desde a criação, com o liberalismo, do processo penal das garantias, e tem um claro sentido de controlo externo, de controlo *democrático*, da actividade dos magistrados. Em termos de geografia da sala, estes princípios obrigarão certamente a que o público não seja relegado

para uma mera posição de “corpo presente”. A sua presença não deve ser meramente “alegórica”. O “povo”, não tendo evidentemente a faculdade de intervir na audiência, tem certamente o direito de ver e ouvir o que ali se passa. A sala de audiências deve, pois, ser construída em termos de esse direito ser efectivo.

Actualmente, a publicidade da audiência não se pode, porém, restringir à mera presença de público. O interesse da audiência pode não ser meramente local, antes de âmbito regional ou mesmo nacional (para não dizer mais). Isto quer dizer que a publicidade da audiência significa hoje a possibilidade de divulgar pelos órgãos de comunicação social o que se passou dentro da sala. Significa consequentemente que é essencial conferir condições de trabalho aos “mediadores” da informação – os jornalistas. Necessário é pois conferir-lhes um espaço *próprio*, que lhes permita transmitir uma informação correcta e isenta.

Duas notas ainda sobre a comunicação social. A primeira é que parece seguro que uma informação correcta só poderá ser transmitida por profissionais habilitados, ou seja, com um mínimo de preparação jurídica. A formação adequada dos jornalistas e a sua credenciação para o acompanhamento da audiência são essenciais para o exercício da sua função. Por outro lado, a publicização da audiência não exige de forma alguma as “transmissões em directo”, quer por imagem, quer mesmo apenas por via sonora. O julgamento que se desenrola na sala de audiência não pode ser dobrado por um outro desenvolvendo-se fora do seu espaço específico, que é o único que confere as garantias às partes para que a justiça seja feita. A justiça-espectáculo dos *media* é uma perversão da justiça democrática e a ela não podem ser feitas quaisquer concessões.

Um último aspecto tem a ver com a transparência. Esta ideia-força, estrutural numa justiça democrática, reporta-se a um extenso número de aspectos dos actos praticados na audiência, da leitura da acusação, passando pela reprodução oral das provas escritas contidas no processo, até à sentença, cuja motivação (não só de direito, como de facto) é indispensável para o controlo externo da função de julgar. O processo oral, acusatório e contraditório, que é o nosso, exige que tudo passe pela audiência, pelo debate, não havendo lugar para espaços recônditos ou penumbras processuais a partir da acusação.

Mas a transparência impõe não só essa exaustividade, como ainda outro aspecto - a identificação do julgador. Com efeito, o anonimato do

juiz tem ressonâncias inquisitórias, ressonâncias do tempo do juiz inquisidor, o juiz sem rosto, transcendente e inacessível. A identificação do juiz, a *personalização* do tribunal, tem uma dupla função: por um lado, *dessacralizante* (a justiça é administrada por homens comuns investidos democraticamente naquela função) e, por outro, *responsabilizante*, na medida em que expõe mais facilmente a decisão do tribunal ao juízo crítico da opinião pública.

Isto implica que o juiz (bem como o magistrado do ministério público, para o qual valem igualmente as considerações expostas) esteja identificado na sala de audiências.

É inquestionável que o espaço e o ritual da audiência não são indiferentes para a administração da justiça e que a sala de audiências portuguesa típica não constitui um espaço que favoreça o princípio da igualdade de armas ou respeite o princípio da presunção de inocência. O espaço cênico não favorece um ritual democrático. Estranho é que esta matéria tenha sido geralmente ignorada até hoje. ♦♦♦

# A Brecha de Junho Está Aberta: Aprofundar a Democracia

**Giuseppe Cocco**

*Professor titular da Universidade Federal do Rio de Janeiro. Doutor em História Social pela Université de Paris I (Pantheon-Sorbonne); graduado em Ciência Política pela Université de Paris VIII e pela Università degli Studi di Padova.*

**Hugo Albuquerque**

*Membro da Universidade de Nomade.*

A proposta de escrever esse artigo veio a partir dos debates sobre o movimento de junho de 2013, que aconteceram em novembro, em ocasião do seminário “Construindo o Comum”. Desde então, aos debates e polêmicas sobre as significações movimento de junho se juntaram mais dois desdobramentos: a polarização em torno da questão da Copa (entre o [#não vai ter copa](#) e o [#vai ter copa](#)) e a multiplicação dos “rolezinhos”. A esses dois desdobramentos, poderemos juntar a crise da penitenciária do Maranhão e também as prisões de dirigentes petistas em Papuda.

Tudo isso dá ainda mais força e acreditamos também ainda mais interesse às reflexões que queríamos propor aqui. Nossa reflexão é organizada em três momentos: (1) o debate sobre junho, a violência e a paz; (2) a perspectiva da Copa na virada do ano; (3) os “rolezinhos”.

Em junho de 2013, findou-se o ciclo político-institucional aberto pela transição da ditadura à democracia: esse ciclo sempre foi governado pelas elites e tinha (ainda tem) em seu cerne o PMDB (por um bom momento foi o PFL e é só ver a trajetória de muitos líderes do PMDB para apreender o funcionamento desse “bloco do biopoder”), teve como marco formal a Constituição de 1988 e sua constituição material foi preenchida pela domesticação do “novo sindicalismo”. Junho decretou seu

fim: que pode aparecer como aprofundamento democrático (o que o movimento começou a constituir) ou como explicitação do conteúdo neo-escravagista, autoritário e racista da democracia formal brasileira (o que parece que o governo esteja querendo fazer). Para o PT, enquanto partido dotado de um histórico de esquerda, isso coloca desafios urgentes.

## **OS VENTOS DE JUNHO CONTINUAM SOPRANDO: A CONSTRUÇÃO DA PAZ**

No debate que seguiu à palestra do filósofo italiano Antonio Negri, no dia 19 de novembro, entre outras considerações, foram colocadas duas questões bem importantes.

Em primeiro lugar, um advogado ativista relatou o comentário de um ex-ministro do STF, que, respondendo-lhe sobre o problema da multiplicação de ações incompatíveis com a constituição e a democracia mais em geral como forma de repressão às manifestações, teria feito uma declaração surpreendente: “*Nunca viu um estado em guerra (!) respeitar plenamente as convenções de Genebra*”. Em segundo lugar, alguém disse que a violência praticada pelos jovens adeptos da tática Black Bloc não era um problema moral, mas sim político e sua dimensão negativa estaria no fato de ela ter “afastado os manifestantes das manifestações e enfraquecido o movimento de junho”.

O interesse dessas duas colocações aparece claramente quando as juntamos e ao mesmo tempo as fazemos funcionar pelo avesso, ou seja na perspectiva que os ventos de Junho lhe deram. No que diz respeito à primeira anedota, qual seja a declaração explícita de um alto magistrado de que estaríamos numa “guerra”, é inevitável lembrar o que disse o então ministro da justiça francês – e este então ministro era, ninguém mais, ninguém menos do que o socialista François Mitterand – sobre o movimento pela independência da Argélia: “Pra guerra como na guerra” (“À la guerre comme à la guerre”). Ambas as declarações foram de uma rara sinceridade: o Estado e a elite se consideraram, sempre que postos em xeque pelas demandas da multidão, numa “guerra” que travam sem respeitar nenhum Estado de Direito, nenhuma regra. Claro, é estarrecedor que alguém que até ontem julgava em nome dos princípios constitucionais, hoje possa falar tão abertamente e associar as mobilizações de rua a um “conflito armado”. Contudo, o cinismo dessa fala tem um lado interessante, pois torna explícito o incômodo da elite diante da ameaça democrática.

Esse lado se torna explícito quando nós o passamos ao crivo da verdade. Com efeito, como qualquer pessoa sã sabe, a guerra não começou em Junho. Muito pelo contrário, se trata de uma dura e triste realidade que foi se amplificando – como por acaso – juntamente ao processo de “abertura democrática”. Saímos da ditadura formal e generalizada para uma ditadura de fato exercida contra os jovens, pobres e negros das favelas, das periferias e dos subúrbios. Na ditadura “formalizada” havia uma relação nítida amigo/inimigo, oriunda do mundo bipolar da competição entre os blocos: a guerra (“fria” e “quente”) era travada entre dois modelos. Na ditadura de fato, não se sabe mais quem é o amigo e o inimigo. Na primeira, o conflito tinha uma formulação ideológica e queria ser entre projetos antagônicos, entre duas teleologias: a atual Presidenta Dilma era massacrada enquanto “inimiga do Brasil”. Na segunda, o conflito se organiza a partir da proibição de determinadas substâncias (chamadas de drogas ou “entorpecentes”) e acontece na mais total falta de sentido (a ex-presa política chama os manifestantes que criticam o modelo elitista e neo-colonialista da Copa de “sabotadores” do Brasil, transformando o debate democrático em uma “guerra psicológica”). Nas duas ditaduras, tortura-se, mata-se e faz-se desaparecer (inclusive e sobretudo quem deveria estar sob a custódia do Estado).

Paradoxalmente, a ditadura de fato mata, tortura e prende mais do que a outra e não respeita, faz tempo, nenhuma regra de direito e sequer de convenção nenhuma. A ditadura formal produzia arquivos (que ainda não forma abertos). A ditadura de fato sequer os arquivos de seu horror está produzindo. Nem haverá como abrir-los um dia: a ossada do Amarildo nunca foi encontrada. Matando, torturando e roubando, seus atores de elite se tornaram tropa de cinema e “especialista” de TV. Os números dessa guerra são absurdos e ultrapassam as estatísticas de mortalidade dos territórios atravessados por guerras “oficialmente” conflagradas.

Pois bem: nem com esse cinismo escancarado o alto magistrado falou a verdade, pois a guerra sem regras que trata os pobres como o Inimigo ocorre há muito tempo. A novidade é o movimento de Junho e seus desdobramentos, em particular no Rio de Janeiro. E a novidade vai exatamente no sentido contrário da segunda colocação que citamos acima: a novidade do levante de Junho está não apenas em sua massificação, mas também na determinação que a multidão teve de resistir. Se o estopim da massificação foram os 20 centavos, o mote geral de uma “luta por uma

“vida sem catracas” continha muito mais, ou seja uma nova e inesperada capacidade de preencher a “liberdade” de uma nova efetividade. Pela primeira vez, houve uma nítida correlação inversa entre o nível da truculência da repressão estatal e a propagação das mobilizações para todas as cidades e todas as periferias. Ousando saber, a multidão produziu não apenas uma nova luz, mas resistindo, ela soube ousar, dando a essa luz uma significação diferente. A novidade de Junho é mesmo a abertura de uma grande brecha democrática, dentro da qual os jovens das periferias e das favelas, juntando-se ao novo alunado superior massificado (mas também precarizado), encontraram uma alternativa potente à guerra insensata que o poder lhe move. Não por acaso a cidade em que o movimento mais se manteve foi o Rio de Janeiro, onde essa tática – aquela dos Black Blocs – foi a mais presente. Onde ela esteve presente e combativa, as ruas ficaram mais mobilizadas, ao ponto que a multidão voltou a massificar-se e fechar a Rio Branco duas vezes nos dias 7 e 15 de outubro. Há uma mentira e uma mistificação que foram veiculadas pela grande mídia, dessa vez firme aliada do governo federal (o que deveria fazer refletir todo o mundo). A mentira foi de dizer que o esvaziamento das ruas foi por causa da presença dos mascarados, quando na realidade, as ruas se mantiveram firmemente articuladas às redes no Rio de Janeiro, onde os mascarados conduziram as ocupações da Câmara, do Leblon e as manifestações no Palácio Guanabara, durante a visita do Papa, na Alerj, até que se constrísse esse sincretismo com a greve dos professores, construindo na resistência o embrião de uma nova institucionalidade, de tipo metropolitano, radicalmente democrática. A mistificação é clássica e consistiu em atribuir aos manifestantes a violência. Contudo, se trata de uma operação ironicamente difícil: o nível de violência do poder – em particular, de seu sistema de justiça – tornou-se tão grande e explícito que a repressão dos manifestantes não consegue alcançar qualquer nível de legitimidade.

Na realidade, as manifestações de rua – em particular no Rio de Janeiro, inclusive a tática Black Bloc – se constituíram como uma grande brecha democrática, uma potente linha de fuga, fora do regime de guerra e terror que o Estado toca para regular os pobres. Contrariamente ao que o poder, a mídia e até alguns intelectuais de gabinete tentaram dizer, a tática Black Bloc não se configura como “violência”, mas como desconstrução da guerra da qual falou cinicamente e como um absurdo soldado o alto

magistrado e isso por meio da construção de experiências de democracia radical. A da resistência praticada nas manifestações do Rio tem uma dimensão ética que envergonha o sistema institucional brasileiro: a tortura, as chacinas, os presídios e sua justiça injusta. Não houve nenhum tipo de agressão física às pessoas, a proteção foi feita unicamente queimando lixo e lixeiras e as destruições são simbólicas: caixa eletrônicos ou símbolos do capitalismo multinacional(ou seja, figuras simbólicas estigmatizadas no que sobre na retórica da esquerda, inclusive naquela do governo!). No dia 20 de junho, na Avenida Presidente Vargas, manifestantes chegaram a “passar” em cima do “caveirao”, a máquina mortífera da PM do Rio que entra na favelas com sua caveira e semeando o terror. São cenas de liberação sonhadas por milhões de jovens: os mesmos que agora dão um rolé nos shopping Center. Muito raramente foram queimados carros e sempre “de função” ou ônibus. “Nada” se comparado ao que as indignações populares fazem e continuam fazendo.

O que os manifestantes afirmaram foi a verdade do poder e aqueles que adotaram a tática Black Bloc deram coragem a essa fala verdadeira: eles disseram e dizem que por meio dos megaeventos, rios de dinheiro comum foram, e são, usados para encher o bolso de alguns – sempre os mesmos privados – e hierarquizar ainda mais a cidade; eles dizem que a corrupção do poder não é desvio das regras mas seu pleno funcionamento; dizem também que é possível lutar: ousar ter a coragem de produzir verdade, isto é, narrar do ponto de vista, e da dor, dos oprimidos.

A verdade diz que o poder não produz nada, a não ser destruição e dor: o poder é vazio, niilismo total. O poder diz, apenas e tão somente, não! sem parar; ter poder é apenas exercer vetos, interditar fluxos que a vida produz. A coragem de dizer essa verdade passa pela desconstrução da violência estatal: cadê o Amarildo? A luta dos mascarados é amor e construção da paz, da única verdadeira paz. Sem rostos, eles são o escudo, a *antimilícia* da classe sem nome.

## (NÃO) VAI TER COPA?

O futebol é o esporte das multidões pelo mundo. Cria bastarda da aristocracia britânica, ele se tornou o desporto dos operários de Man-

chester e Turim e do terceiro mundo, do negro, do mestiço, do excluído e de veio global. Isso não apenas porque mobiliza um sem número de pessoas *em torno de si*, enquanto evento, mas porque, *em si*, abre espaço para “n” biotipos, “n” jeitos de sinestesia: do alto ao baixo, do forte ao veloz, mas sempre do múltiplo, de um agenciamento ímpar de ímpares. Futebol é das mais intensas paixões das gentes ao redor do planeta e, não à toa, dos brasileiros: é, pois, das máximas expressões do ócio criativo local, da arte da multidão.

Não à toa, o futebol precisa ser colonizado, capturado, posto em função de algo. Ele prova que o ócio está a favor da vida e não contra, o ócio não é a morte, ao contrário do que o Pai, a Escola e o Estado nos dizem. Contra isso, o futebol responde: *trabalhe para viver e não viva de trabalhar, seu neurótico!* Seu potencial de magnetização fez com que ele não pudesse ser apagado, primeiro sendo tolerado, depois, moldado aos interesses do Capital: futebol como prêmio ao dia de descanso do trabalhador, aquele que deve trabalhar todos os dias, bônus para estudante que vai bem nas aulas e por isso pode jogar na hora certa – futebol narrado como outorga no Capitalismo Industrial e, hoje, como negócio do Capitalismo Cognitivo.

Mesmo na captura, o futebol mantém abertas brechas que nos permitem pensar: a positividade, a vida, está no ócio, a morte está no *negócio*, seu antônimo. Essa inversão, um verdadeiro desentendido ontológico, é a própria tentativa de captura, por inversão dos polos, do esporte bretão. Nesse sentido vem à Copa do Mundo no Brasil: desejo das multidões em ver a competição máxima de seu esporte favorito, e o esporte que as favorece, em seu solo comum, mas desejo capturado. Nenhum problema em uma Copa no Brasil: desde que fosse, é claro, uma Copa do Mundo pelo Brasil e uma Copa no Brasil pelo Mundo, mas é justamente o fato de essa oportunidade ter sido jogada pela janela – quando ela existiu – que torna tudo mais grave.

A oportunidade de ver legados como um esporte de base servindo, ao mesmo tempo de uma educação para o ócio e de uma pré-saúde preventiva, de alguma mobilidade nas metrópoles – ou, no microcosmo, de ver um elogio à jinga dos corpos e à cultura do ócio – foi abandonada pelos negócios: tudo se tornou o dever infinito de realizar o evento, fazê-lo a qualquer custo em nome da paranoia de ser “civilizado”, “desenvolvido” ou, ao menos, parecer isso diante da “comunidade internacional”. A partir

daí, não é espantoso ver um início de 2014 marcado pela paranoia, nas redes e nas ruas, com o anúncio, por parte do governo federal, de uma tropa de choque imensa para conter manifestações, aviões-robô – como os *drones* americanos – de espionagem e patrulhamento, centrais de flagrante prontas a julgar (e condenar) sumariamente quem sair da linha durante o evento, além das grandes obras públicas – com as terríveis remoções de pobres – em prol dos poucos proprietários dos espaços urbanos.

No Rio de Janeiro, cidade sede da final da Copa e das Olimpíadas, onde uma orgia de obras suntuosas é realizada, continuam faltando infraestrutura básica, até o ponto de prejudicar os tais de “negócios” que deveriam ser o “legado” dos megaeventos. A água falta por semanas e é intermitentes em favelas e bairros pobres. O saneamento básico não existe em favelas que receberam Teleférico faraônico e inútil e as praias turísticas são grandes esgotos. Depois da tragédia do bondinho de Santa Tereza, o trenzinho do Corcovado funciona mal, com filas de quatro horas no meio de um calor infernal. A luz é intermitente em todos os bairros, sobretudo os mais pobres. Mas os mais chiques e turísticos não fogem da regra e em janeiro restaurantes, hotéis e supermercados de Ipanema funcionam com geradores particulares de energia. Os ônibus circulam lotados e em velocidade absurdas – e o próprio Tribunal de Contas do Município não tem acesso às suas contas. Vândalo é mesmo o poder. Essa é a verdade. Só os manifestantes e os *Black Blocs* têm a “coragem de dizê-la”. Criticá-lo significa encontrar o jeito de ter essa coragem e não juntar-se ao poder mafioso que vive da mentira.

O “legado da Copa”, a partir daí, passa a ser mais exclusão habitacional, um aparato de espionagem que fica – e, a exemplo do STF montado nos anos Lula, pode se voltar contra seus próprios criadores, justa ou injustamente, antes mesmo de se voltar contra a sociedade – e um esporte dominado por oligarcas endinheirados. Mas existe um outro legado, que é o que nos interessa, expresso na forma dos comitês populares da Copa, articulados em rede e desde baixo pelo país, e no grito do #NãoVai-TerCopa: é um não que não é como o do poder, mas sim uma afirmação de que é possível acontecer outra coisa além do real, do necessário e do esperado; é um surrealismo político a favor de um porvir de sonhos vivos, no qual as coisas são mais do que aquilo que é pensado pela cabeça do Rei, o dito “real”.

## OS ROLEZINHOS

Entre o final de 2013 e o início deste 2014, os rolezinhos agitam o país. São *flashmobs* de multidão convocados nas redes sociais, nos quais jovens da periferia marcam de se encontrar nos shoppings: querem namorar, passear, viver... E fazem isso não por lhes faltar algo – as tais “opções de lazer na periferia” – nem por serem “carentes”, mas pelo que lhes sobra: **desejo!** Esses jovens são parte, pois, da primeira geração brasileira de excluídos que se sentem autorizados a desejar, que não aceitam o confinamento nos bairros pobres – como em coisas como o fabuloso rodoanel de pobreza em torno de São Paulo Capital – e querem ser felizes imediatamente e não no além.

Não há como entender o rolezinho sem pensar, de forma conjunta, as novas formas de convivência trazidas pelas internet e suas redes sociais e, na outra ponta, a dinâmica da nova composição de classe resultante dos últimos anos: embora o PT e o governo Dilma não saibam coexistir e cocriar com a vida desejante que produziram, é fato que mais do que alavancagem financeira, houve um agenciamento desejante potente nos últimos anos, fazendo de uma multidão de resignados em gente ativa. Mas tanto a presidente quanto o partido do governo agem como um Dr. Frankenstein, perseguidor paranoico de sua própria criatura.

A novidade dessa nova composição de classe é uma classe sem nome, incontrolável, indisciplinável e imponderável, pronta a fazer movimentos livres, não homologáveis a qualquer momento. Ela não vai pedir autorização para fazer o que já é seu de direito. Foi-se o tempo dos salameques com o poder. O rolezinho é, pois, o inverso da Copa no Brasil: é o ócio investindo diretamente contra o negócio, tempo livre contra roubo de tempo de vida, ocupação de espaço *versus* confinamento.

É justamente aí, entre a má consciência da velha esquerda nossa de cada dia, que vê nos rolezinhos uma escravidão ao “consumo”, e a direita, que surta em ver os bons costumes e a “propriedade” ameaçada, que o fracasso do velho socialismo de Estado e a verdade sobre o Capitalismo emergem na prática: o velho bolchevique é – ele sim – o escravo de um empreendimento negocial – só que coletivizado – e a tal economia de mercado não é direito à propriedade ou ao lucro, mas sim forma de controle e roubo de tempo de vida – fosse o contrário, e os rolezinhos seriam aclamados, pois não ameaçavam a “propriedade privada” nos shoppings

e poderiam até aumentar-lhes as vendas; mas não é disso que os negócios se tratam, é de hierarquia, comando de corpos sobre corpos, mobilidade de uns assentada na fixação de outros, de privação de propriedade, de exclusividade, do meu mando sobre a sua vida. “Socialismo” e “Capitalismo” como formas dos poucos terem tempo de vida às custas da negociação, da negativa ao sossego de muitos. O Brasil “pós-junho” nos mostra como o socialismo de Estado e o capitalismo, já como os vimos na relação perversa entre o stalinismo e fordismo, são na realidade as duas faces de uma mesma desrazão: aquela de um “progresso” linear e teleológico que acaba destruindo a própria vida.

## CONCLUSÕES

Em junho acabou o período de transição que se abriu no fim dos anos 1970, teve na Constituição de 1988 seu auge e nas ambivalências da década de 2000 seu maior desdobramento. O potente ciclo constituinte de direitos dos anos 70-80 e de efetivação de direitos na primeira década do século 21º, não ocorreram sem a mediação do PMDB, a expressão onipresente do cordialismo, do projeto misterioso de Estado e do Poder Constituído do Brasil – pronto a neutralizar tudo o que for intenso.

Esse esgotamento não contém nenhum determinismo, mas abre a uma alternativa: *por um lado*, o mais provável é a explicitação das dimensões racistas, totalitárias e demofóbicas da elite: é o que estamos assistindo nos presídios do Maranhão, nos anúncios do governo (centrais de flagrantes) e leis (de exceção) que estão sendo discutidas para coibir as manifestações democráticas. No entanto, *por outro lado*, temos a deflagração de um novo ciclo democrático, a prática de novos modos de existência e novas estratégias de resistência. 2014 será o teatro desse embate.

*O Brasil Maior está em convulsão.* As certezas garantidas e homologadas a partir da verdade transcendente, e prescritiva, das pesquisas de opinião – das quais emanam os rótulos conceituais dos cientistas e filósofos régios –, das políticas de pacificação e do grande consenso político-gerencial, com vistas à *conciliação entre classes* – o acordo entre agressores e agredidos enquanto agressores e agredidos – caíram por terra nos últimos meses. Esse tripé, aliás, é a própria forma do Desenvolvimentismo, a arte de governo pela qual se resolveu dar um jeito nas perturbações à

ordem que as políticas do governo federal, nos últimos dez anos, direta ou colateralmente causaram.

As manifestações ocorridas desde o mês de Junho por todo Brasil consistem, não à toa, em um ponto de *convergência* das diversas lutas em curso no sentido de *divergir* da ordem imperial global, processo que, na especificidade da realidade brasileira atual, trata-se de um combate contra um projeto de futuro no qual cada um terá o seu lugar, mas apenas e tão somente como engrenagem de uma máquina. *Antes, no entanto, é preciso relembrar como aqui chegamos.*

O processo político que desemboca no governo Lula nasce, em 2002, de uma campanha eleitoral vitoriosa na qual, não à toa, o grande mote era uma falácia: a esperança sobreveio, pela primeira vez, como remédio para o medo que nos impedia de ser felizes. Esperança e medo, todavia, são um par afetivo que jamais esteve desvinculado na modernidade. O discurso hegemônico desde então é, precisamente, que estamos voltados à realização de um futuro necessário, que sujeita assim o *aqui-agora*, logo mesmo as nossas paixões presentes estão deslocadas; nada de alegria ou tristeza, mas esperança e medo. Fazemos e deixamos de fazer as coisas em nome dessas virtualidades que, ressalte-se, jamais estiveram separadas.

Mas o Lula não foi apenas isso. Houve, no entanto, espaço para um lapso de alegria e atualidade, que permitiram, para além dos dogmas de velhos e novos socialismos, do burocratismo do Partido e do Estado. Um movimento *antipoder* no poder que permitiram processos curiosos como a diminuição da desigualdade social – inclusive racial –, o aumento da vida média do brasileiro, o empoderamento dos mais pobres não apenas por políticas salariais, mas também de constituição de biorrendas como o Bolsa Família ou os Pontos de Cultura, entre outras coisas.

Esse furo nos canônes modernos, de esquerda e de direita, causado em grande parte por movimentos empíricos e pragmáticos, transformaram o Brasil, causando um significativo abalo. É o que chamamos de Ascensão Selvagem da Classe sem Nome: um processo no qual as minorias brasileiras, no contexto do capitalismo global e cognitivo, se afirmaram a despeito de rótulos que buscaram lhes imputar – nova classe média, classe C e tantos outros – e das convenções de cordialidade cruel que marcam estas terras há tempos – o efeito *pedra no lago* igualmente evaporou: a classe média já não mais forma opinião dos seus subordinados, os mais pobres passaram a frequentar aeroportos, redes sociais e tudo mais.

Tudo isso, dentro de uma aliança política entre um Partido nascido das revoltas operárias do final dos anos 70, das pastorais católicas e dos movimentos sociais com, vejamos nós, setores relevantes do empresariado nacional frustrado com os descaminhos do capitalismo brasileiro. Nada revolucionário, pois. Agora, como essa enorme articulação poderia dar conta da balbúrdia inevitável dessas transformações sociais? A partir da colocação dessa questão, é que começa a se desenhar a transição que Lula, ele mesmo, coordena de forma centralizada e vertical, um adeus ao Lulismo – o plano B do petismo – dentro do Lulismo, uma transição coordenada, na forma de sua ministra-chefe da Casa Civil, Dilma Rousseff.

Nesse processo, o que menos importa são as personalidades envolvidas, não existem sujeitos históricos transcendentais, muito menos pessoalmente transcendentais, mas é preciso indagar como personalidades imanentes ao processo histórico atuaram. E é nesse sentido que em 2011 as ambivalências dos oito anos iniciais parecem, afinal, se resolver na forma dessa nova forma de governança ordeira, cuja grande meta é um país pacífico – ou melhor, passivo – de classe média, no qual o capitalismo científico, abastecido pelos fundos de pensão, e gerido tecnicamente pelas melhores mentes promove o bem-estar da nação: o “*Brasil País de Todos*” dá lugar ao “*País Rico é País sem Miséria*”.

Essa transição coordenada, da revolução política dentro da democracia para a normalidade da nova *Pax*, à qual o politburo petista não só aderiu como levou a cabo com empenho, foi decidida à distância dos desejos de sua base social e política. Afinal, era para o nosso bem. O progresso demanda ordem; a ordem, sacrifícios, como determina o mantra brasileiro desde o final do século 19º. Era preciso pôr as coisas no trilho, para que todos pudessem “melhorar de vida” sem abalos, sem soluções. Ele quer o seu carro, sua casa, seus eletrodomésticos, viver uma vidinha calcada nos valores do trabalho.

O próprio par *esperança-medo*, no momento em que se tornou absoluto, virou vapor diante da ascensão de uma nova virtualidade: a ditadura da *segurança*, nacional, econômica, social e, afinal de contas, biopolítica mediante a qual já não está mais jogo o que podemos ganhar, mas o que vamos perder. O *homem de bem* demanda, pois, segurança. É o momento no qual vivemos, pois, é aquele no qual o *Bolsa Família* tornou-se menos importante do que as *Unidades de Polícia Pacificadora (UPPs)* – e as UPP’s, por tabela, tornaram-se, assim, de um novo modelo possível

para a paz verdadeira na exceção permanente própria ao Brasil, como nos aponta a captura, tortura e morte do ajudante de pedreiro Amarildo, na favela da Rocinha, no Rio de Janeiro recentemente.

Considerar essa transição não se trata, por óbvio, em qualquer forma de generosidade para com o governo anterior, mas da compreensão da dinâmica própria do dispositivo em curso. Sem o conhecimento do que se passou, em nome de uma filosofia da história que das aparências do presente constrói e arbitra o que deve lembrar – esquecer – do passado, não é simplesmente possível confrontar o poder na forma determinada na qual ele se manifesta. A transição em curso, que chegou ao momento atual, é muito mais do que uma mera escolha moral, muito menos algo restrito à conjuntura brasileira atual – ao contrário, existe aí a manifestação, ela mesma, da modernidade. É o efeito que Orwell tão bem demonstrou, na forma de fábula, em seu **A Revolução dos Bichos**.

O processo em questão é aquilo que, não raro, se convenciona por *Termidor* – referência ao mês do calendário republicano instituído pela Revolução Francesa que, por sua vez, diz respeito aos 13 anos (entre 1792 e 1805) nos quais daquela revolução surgiu uma nova ordem, com práticas tão velhas. É o momento ele mesmo que de um levante plural contra a opressão do velho regime, a burguesia tomou contra do processo, ocupando, dali em diante, o lugar da nobreza de sangue como a nova classe opressora: o fim, todos sabemos, é a chegada de Napoleão Bonaparte ao poder proclamando o fim da revolução com o advento da constituição.

Em uma das mais instigantes páginas da história da filosofia, Antonio Negri, em seu **Poder Constituinte**, desmontou como ninguém esse fenômeno: ele está na forma como, na modernidade, a revolução é esvaziada pelo dispositivo que separa o poder constituinte e o poder constituído; a revolução, a forma própria pela qual se manifesta o *investimento* permanente do desejo humano por uma coexistência melhor, é reduzida a mero mito fundador de uma nova ordem, um poder constituído. O poder constituído tem a legitimidade de ter nascido da revolução e, em virtude disso, está autorizado a fazer o que for preciso para efetuar o Bem.

A constituição a qual fez referência Napoleão nada mais é do que um contrato. Um amplo contrato social que vincula a coletividade por inteiro. Nada de novo sob o Sol: a burguesia, desde que existe, conhece uma forma possível de resolver seus problemas, qual seja, o contrato. Não é de estranhar, pois, que a ordem burguesa venha acompanhada de um grande

contrato que, por seu turno, nos torne, todos, sócios. É dessa forma que os franceses, sob o impacto dos ideais americanos, dão a luz ao Leviatã.

Também não é de estranhar que a nova ordem, por seu turno, repita a velha repressão, uma vez que sua entificação é ungida; logo, sua repressão é uma repressão boa, bem como a resistência contra essa mesma repressão, seja perpetrada até mesmo por velhos revolucionários, passa a ser criminalizada – aquela violência libertadora teria, pois, significado apenas na derrubada da velha ordem, agora, sob a nova ordem, mesmo que se repitam as mesmas violências, é preciso ponderar que elas agora são para o bem, o que torna a resistência maléfica. A mesma peça, novo figurino e novos atores – e uma plateia praticamente igual. A metafísica spinozana, sob a qual Negri se assenta, não aceita isso: radicalmente imantista, é inaceitável que velhas relações de opressão sejam toleradas apenas por serem perpetradas por novos atores.

A moral, para variar, é um saber ineficaz para explicar ou combater isso. Não é um mal inerente aos indivíduos que participam desse agenciamento que causa isso. Aliás, leituras moralizantes do processo levam a crer que se de um lado existem personagens puramente maus, poderiam existir os bons – e é justamente a crença no sujeito histórico transцен-dente, própria aos voluntarismos, que alimenta esse dispositivo circular. Achar que todos são maus é, por outro lado, o conservadorismo que naturaliza e normaliza esse formidável desastre.

Voltemos, pois, ao Brasil de 2013. Estaríamos repetindo a França revolucionária ou pior, a Rússia? De certa forma, sim. Existe uma desvinculação de toda luta constituinte antitidadura, alterglobalista, antineoliberal que o Partido dos Trabalhadores empenhou antes de chegar ao comando do governo e a necessidade de manter a ordem, sustentar a razão de Estado, uma vez governante. Existe um fenômeno historicamente recorrente, mas que não é, contudo, natural ou inevitável.

Ao se colocar a serviço de uma noção abstrata de progresso e civilização, ou de uma razão de Estado tão pouco concreta quanto, esquecendo justamente a sua maior riqueza, o PT entre, edipianamente, em choque com sua criatura. Como no *Frankenstein* de Mary Shelley, o criacionismo próprio da cultura ocidental entra em choque com uma particular problemática: ter dado não apenas vida, mas vida desejante a uma colcha de retalhos. É a hora em que Prometheus encontra Édipo. Essa multidão, filha bastarda do Lulismo, é a Classe sem Nome. E ela não tem nome justa-

mente porque se basta a si mesma, não tem nome porque não quer, nem pode, ter objeto de ordens. Não é sujeito histórico transcidente, é um jeito comum. São todas as minorias, retalhadas juntas e fundidas como uma nova liga, as mesas que a direita sempre apontou como incapazes, destinadas à tutela do varão branco da Casa Grande, mas que a esquerda só defendeu pelo viés da possibilidade de sua civilização; a própria experiência que a defendeu como tal, que defendeu *o povão como a razão de ser do Brasil*, é aquela que se quedou à ideia de que a Classe sem Nome deveria, agora, ser batizada e educada para sentar à mesa da Casa Grande – quando fosse convidada, por certo.

Não à toa, em um mundo no qual uma miríade de movimentos identitários desafiam à ordem imperial global, no Brasil, o movimento não tem nome. Seu sistema imunológico face as movimentações, ele mesmo não tem rosto, nem bandeira: são os *black blocs*. A postura de condenação, absolutamente medíocre, é explicada pelo fato de eles não terem rosto. Como se alguém pudesse tê-lo sob repressão. Ou como se o problema fosse uma violência difusa causada pela *ação direta*, a mesma que o próprio PT jamais condenou em movimentos como o MST. Não possuem rosto, identidade, líderes, existência contínua, são incapturáveis enquanto tais. Com a Classe sem Nome, a ortodoxia policial talvez não ajude, mas pipocam os conceitos – prescritivos, todos – dos cientistas régios: nova classe média, classe C e por aí vai.

O ponto é que mesmo aquilo que possa ser capturado na forma universal da classe média não encontrará, assim, sua passividade: por sinal, uma das novidades que as Jornadas de Junho trouxeram é que a classe média chegou ao seu ponto de saturação. Sim, vândalos. Vândalos num sentido extramoral, movidos todos por uma condição afetiva impossível. O homem médio, de classe média, de gostos médios, escravo da *media* e das médias escolares e profissionais de desempenho não aguenta mais a sua vida. *Tornaram-se, pois, bárbaros!* A questão, mais do que a própria ascensão selvagem é a própria insuficiência do solvente universal que imaginaram. Não é apenas que os jovens da periferia não aceitam mais o destino de sujeição de seus pais e avós, mas que o próprio filho da classe média não suporta a perspectiva de uma vida monótona, de festas, viagens e objetos vazios. A aritmética das pesquisas jamais entenderá esse ritmo, como não entendeu nem anteviu, e não adianta falar no quadro em que vivemos como um mero *soluço*.

Paradoxalmente, em uma época na qual os povos nativos do Brasil assistem a uma escalada ímpar de ofensivas contra si, é quando o *índio* se mostra a fuga para tanto. Não é que pertençam a um *fora* que nos permita fugir do mundo, mas que estão tão dentro quanto nós estamos do Império: sincrônico à contemporaneidade global e, ao mesmo tempo, suficientemente potentes para resistirem à devoração dos homens da máquina capitalista e, ainda, viverem suas vidas; na era das grandes obras e contratos, de uma vida toda de trabalho, os índios ousam apenas trabalhar para viver, ócio em vez de negócio. O *devir índio* é a própria experiência intensiva de afirmar, vejamos nós, uma outra vida que não a de colaborador de uma colonização de terras, corpos e mentes: ser estrangeiro e desterrado nas próprias terras, estar tomado por um estranhamento capaz de nos mover para fora de qualquer sedentarismo, qualquer zona de conforto. Do mesmo modo que, para Spinoza, conhecer a realidade exigia não somente distingui-la da imaginação, mas também saber imaginar, os índios sabem bem que para viver, é preciso saber o que é próprio e o que é causado por feitiços, precisando saber, inclusive, fazer magia.

O capitalismo científico dilmista é o sonho da máquina administrada por um governo técnico de consenso, chefiado por uma hierarquia de burocratas que comandam trabalhadores profissionais, bem alimentados, tecnicamente instruídos com suas vidinhas previsíveis de classe média, todos juntos operando um patrimônio cuja propriedade está pulverizada na forma de ações – quiçá nas mãos dos fundos de pensão dos próprios trabalhadores; sem luta social, sem greves, sem violência, tudo absolutamente seguro. No fim da linha, estão as grandes obras, o domínio de uma hipotética natureza natural – má e negativa – e uma sensação de que está tudo bem movido, por seu turno, pelo grito uníssono de gol da seleção. Esse futuro, no entanto, foi recusado. O problema é justamente o risco de isso acontecer. E os jovens perceberam isso.

Enquanto o Brasil busca se tornar o primeiro mundo, o primeiro mundo cada vez mais abraça a realidade fraca do Brasil, violento, díspare, inclemente. O Brasil Maior é, antes de tudo, um fraco, pois se ampara nos ricos e poderosos. É a variação fraca do Brasil. O *brasil menor* é o Brasil dos pobres e das minorias, é a verdadeira potência desse país, daqueles que bastam a si mesmos e aos parasitas do sistema, daquele que copula com o mundo na experiência antropofágica. Esse Brasil, ora silenciado, fez-se ouvir. Enquanto a mesquinhez burocrática e o idealismo perverso do pro-

gressismo o ignoraram. Não há mais dúvidas de que esse projeto desenvolvimentista se foi. Defendê-lo agora é tão idealista quanto o idealismo que imputam aos seus críticos, supostos loucos que não se quedam à *realidade*.

A questão deixa de ser, *a priori*, qual sacrifício que precisamos cometer aqui-agora em nome do futuro para tornar-se a ação desesperada em não perder o que se conquistou e, até mesmo, o que se conquistarão. Os megaeventos como ponto de honra, de uma honra que não mais há. A partir daqui, não é mais possível nos orientarmos por um realismo maior, uma vez que é a própria concepção de mundo de acordo com a cabeça do Rei. E as cabeças dos reis são sempre neuróticas, uma vez que a benção de serem mais legítimas que as dos comuns é acompanhada, não por acaso, da maldição de poderem rolar da pior forma possível a qualquer minuto. Como índios, é preciso nos livrarmos da Lei e do Rei, dos negócios e dos contratos. É preciso embarcar em uma aventura na qual a paz se faz entre homens livres, pelo amor e não pela falsidade de uma guerra permanente e unilateral. *Sem nomes, sem rostos: na imanência.* ♦♦

# De Volta à Relação Entre Doutrina e Jurisprudência

Juarez Tavares

*Doutor e Mestre em Direito, Pós-doutor no Institut für Kriminalwissenschaften und Rechtsphilosophie da Universidade de Frankfurt am Main, Professor Titular de Direito Penal da Universidade do Estado do Rio de Janeiro. Foi membro de várias comissões de reforma do Código Penal e da legislação penal brasileira, inclusive do Código Penal para a América Latina. Sub-procurador-geral da República.*

Sempre houve uma preocupação doutrinária no direito penal de buscar uma racionalização para seus institutos. Muitas foram as propostas dessa racionalização. Podemos recordar algumas: o esquema positivista baseado na causalidade e na ação instrumental, a adoção do método como forma de criação do objeto no neokantismo da Escola de Baden, a pretensão ontológica do finalismo, com suas categorias lógico-objetivas, a sedimentação organizacional do funcionalismo e seus critérios de utilidade, a postura estratégica do sociologismo weberiano, as contribuições da filosofia analítica em torno das aparências da linguagem e dos atos de fala e a substância de uma teoria comunicativa como forma de exercício de um critério de verdade com base na pretensão de validade e no consenso. Embora cada uma dessas concepções possa padecer de defeitos, contradições ou controvérsias, têm todas elas uma grande qualidade: elevar a doutrina penal a um determinado nível científico, capaz de servir de apoio à compreensão de todos os cidadãos e, principalmente, da jurisprudência. Lamentavelmente, porém, o que vemos, hoje, no direito brasileiro (também no direito de outros países, mas fundamentalmente no brasileiro) é um retrocesso incomensurável: em vez de a doutrina influenciar a jurisprudência para dar às decisões judiciais um mínimo de racionalidade, faz-se da jurisprudência o compêndio da doutrina. Quando a jurisprudência se torna a única fonte de elaboração do direito, pode-se dizer que o direito está des-truído. Nem se trata de um empirismo, conforme poderia resultar de uma concepção de Alf Ross, mas, sim, de um casuísmo. O que vale é o que consta

dos informativos. Parece uma consideração pessimista, mas é a realidade: retrocedemos à fase da exegese, ou melhor, da exegese simplificada.

Por outro lado, a legislação penal pode ser deficiente, em alguns aspectos, mas não induz à construção de um direito saído exclusivamente dos tribunais. Nem estou jogando pedra na jurisprudência, a qual, em certos casos, tem contribuído para democratizar a própria lei, como se dá com decisões do STF em matéria de crimes hediondos ou no tráfico de drogas. Essa forma de democratização é própria da jurisprudência e constitui sua função. O que ressalto é a submissão da doutrina à jurisprudência, que passou a constituir a única fonte de uma discussão racional do direito. Quando isso acontece, o direito corre o risco de se transformar numa simples técnica, sem conteúdo de validade universal, um amontoado de casuísticos. Veja-se, por exemplo, a confusão mental que a jurisprudência criou na consumação do crime de sonegação fiscal ou na aplicação do princípio da insignificância. Pondo-se a valer as considerações da jurisprudência, ter-se-á, pela primeira vez na história universal, a consumação de um crime dependendo da ação de outrem e não como desdobramento da própria conduta do agente, ou a violação do bem jurídico se subordinando a um critério de reprevação social da própria conduta.

A decisão acerca da violação de bem jurídico deve estar orientada por outros critérios, principalmente, em face da intensidade da lesão aos valores de referência da conduta. Quando a violação do bem jurídico não pode mais servir para traçar com nitidez as zonas do lícito e do ilícito, tampouco poderá orientar a atividade de cada um. Aí reside a questão da insignificância, que é matéria do injusto penal, subordinada à decisão em torno do desvalor do resultado e do desvalor do ato. Pode até ser que a orientação da jurisprudência tenha perseguido uma fórmula para conter a expansão do direito penal, mas é uma fórmula errada. E os manuais de direito penal vêm repetindo essas ideias, só isso e nada mais, como sinal de progresso. A essa formulação doutrinária, com base nos informativos, chamo de ruptura de racionalidade. Não é à toa que os cientistas sociais e os psicólogos riem das construções jurídicas, que nada têm mais de científicas, são meras expressões da decisão do caso. O direito se transformou numa técnica igual à colocação de tijolos numa casa, e a doutrina se encarrega de apenas dizer como a argamassa está constituída. ♦♦

# Negri e Nós

**Adriano Pilatti**

*Mestre em Ciências Jurídicas - Teoria do Estado e Direito Constitucional pela Pontifícia Universidade Católica Rio de Janeiro (PUC-Rio) e Doutor em Ciência Política pelo Instituto Universitário de Pesquisas do Rio de Janeiro (IUPERJ), com Pós-Doutorado em Direito Público Romano pela Universidade de Roma I - La Sapienza. Sócio-fundador da Associação Brasileira dos Constitucionalistas Democratas (ABCD).*

Em nosso tempo, as categorias e instituições políticas características da “modernidade” estão em crise. Democracia, representação, partidos, sistemas de *welfare*, nada parece escapar à “fadiga dos materiais” que contamina até as propostas de reforma que se apresentam. Mesmo as rebeliões e insurgências metropolitanas dos últimos anos, apesar do potente desejo de liberdade e igualdade que expressam, encontram limites que frustram a construção de instituições e práticas alternativas. A tragédia das revoluções do século XX, entre 1917 e 1968, malgrado os aspectos positivos que legaram, parece se projetar sobre todos os esforços de transformação que temos testemunhado.

Como ultrapassar essa angustiante situação? Como evitar que a potência constituinte dos oprimidos seja aprisionada nas jaulas do consenso? Como impedir que a ação política seja reduzida ao simulacro da representação? Como pensar a constituição de um sujeito político que escape à tentação do Uno e à tutela de vanguardas? O que pode nos ensinar todo um acúmulo de derrotas?

Se temos a sensibilidade marcada pelo amor à vida e por uma irrenunciável solidariedade em relação a quem vive e padece as privações e humilhações que nascem da desigualdade e da servidão; se ousamos pensar a política a partir do antagonismo que opõe inconciliavelmente os pequenos que desejam se liberar aos grandes que desejam oprimir; se desejamos construir comunidade a partir do respeito às singularidades e

do reconhecimento da multiplicidade dos modos de viver, sentir, resistir, pensar e produzir; se tomamos o capital como relação violenta de comando e exploração sobre os que trabalham – então podemos compreender o que há em comum entre Antonio Negri e nós.

Exemplo extraordinário de intelectual e militante em cuja trajetória reflexão e ação não se separam, “Toni” tem dedicado sua vida ao esforço de participar das lutas pela liberação da potência afetiva, criativa e produtiva dos que vivem e trabalham. Iniciou sua militância na juventude, por meio do trabalho pastoral desenvolvido pelos “padres-operários” do Vêneto na década de 50 do século passado. Nos anos 60, participou do esforço de recuperar o legado de liberação do pensamento marxiano, após a tragédia do “socialismo real” e os crimes do stalinismo, integrando-se no campo do chamado “operaísmo” italiano e vivendo intensamente a experiência da construção da rede de movimentos de insurgência conhecida como Autonomia Operária.

Naquele contexto, Negri participou do esforço de compreensão das transformações que o capitalismo começava a experimentar, e da consequente busca de novas alternativas para a organização e a ação de uma grande parcela da classe trabalhadora, que rejeitava o reformismo do então poderoso Partido Comunista Italiano (PCI). É dessa época o conjunto de ensaios reunidos no livro **La Forma-Stato**, em que se propôs a fazer a “crítica da economia política da Constituição”. E recuperar a perspectiva marxiana segundo a qual o Estado é, irremissivelmente, uma forma do poder político que serve à opressão de classe. Daí a dolorosa reflexão sobre a tragédia da Revolução Soviética e o paradoxal “salto mortal” representado pela tentativa leninista de acelerar a extinção do Estado por meio de seu fortalecimento.

Negri viveu intensamente, na teoria e na prática, entre a cátedra da Universidade de Pádua e as mobilizações de porta de fábrica, o chamado “1968 Italiano”, que começou bem antes e só terminou em 1977, com a brutal reação armada que acumpliciou bandos fascistas e forças estatais. Apontado, injusta e absurdamente, como “mentor” e partícipe das equivocadas ações das Brigadas Vermelhas (grupo oriundo de uma dissidência do PCI, cujos centralismo, vanguardismo e voluntarismo sempre criticara), o *cattivo maestro* foi preso em 1978.

Acusado de implicação no sequestro e na execução de Aldo Moro, ex-chefe de Governo e então presidente do Partido Democrata-Cristão,

Negri foi condenado com base exclusivamente em delações premiadas de “brigadistas”, que o incriminaram para obter redução de pena, ao arrepio das mais elementares garantias do devido processo legal. Face à injustiça da condenação, o Partido Radical, de orientação social-liberal, inscreveu-o em sua lista de candidatos ao Parlamento para que, eleito, pudesse obter imunidade e ser libertado. Eleito e libertado, Negri partiu para o exílio em Paris antes que o Parlamento cassasse sua imunidade. Retornou em 1997, para cumprir a pena restante e reabrir a discussão sobre os presos políticos condenados com base nas leis de exceção editadas 20 anos antes.

No cárcere, Negri dedicou-se ao estudo da obra de Spinoza, para buscar ali os fundamentos para uma compreensão imanente da política, a fim de “liberar Marx da dialética hegeliana” e suas sínteses autocráticas. O resultado foi o polêmico livro “Anomalia Selvagem”, no qual recupera um “Spinoza subversivo” através da oposição entre a potência da multidão, sujeito político imanente e múltiplo, e o poder soberano do Estado, caracterizado pela transcendência e pela unidade, em busca de uma democracia absoluta por meio da qual o comum pudesse se constituir a partir da multiplicidade.

Já em Paris, Negri estabeleceu fecundo diálogo com Gilles Deleuze e Felix Guattari em torno de categorias já delineadas por Michel Foucault, para pensar as novas formas de dominação e resistência na chamada “pós-modernidade”. Desse esforço resultou o excelente **Poder Constituinte – ensaio sobre as alternativas da modernidade** (que tive a grata alegria de traduzir para o português). Nele, Negri passa em revista cinco séculos de revoluções e teorizações, dos tumultos da Renascença maquiaveliana à Revolução de 1917, liderada por “Lênin, o ocidental”. No esforço de refletir sobre as condições de superação do recorrente “Termidor” de que têm padecido as grandes revoluções da era moderna, Negri reconstrói a “linha alternativa e maldita” da modernidade, representada, no plano da reflexão política, pelo eixo Maquiavel-Spinoza-Marx.

Em Maquiavel, Negri recupera o princípio constituinte do antagonismo tumultuário que opõe os “pequenos”, e seu desejo de liberação, aos “grandes”, e seu desejo de opressão e predação. Reflete, assim, sobre a produção das “instituições da liberdade” por meio das quais pode se viabilizar o “devir-príncipe” da multidão e a constituição de uma democracia absoluta, sujeito e forma estes recuperados do pensamento spinoziano. Tudo isso no horizonte das transformações do capitalismo contemporâneo, pensadas marxianamente “para além de Marx”, a partir da consta-

tação de que as formas do capital, contemporâneas a Marx e por ele estudadas, transformaram-se, e é preciso estudar sua nova composição de classe com o método marxiano.

A partir desses fundamentos e em parceria com o jovem intelectual norte-americano Michael Hardt, Negri escreveu, na década passada, a trilogia **Império, Multidão, Comum**. Nela, Negri e Hardt refletem sobre as novas formas de comando e exploração capitalista (bem como as novas e correspondentes formas de subjetivação e resistência) que nos são contemporâneas. Elas se caracterizam pela desterritorialização do poder militar, das comunicações e dos fluxos produtivos e financeiros. Tais processos põem em xeque as soberanias estatais, configurando uma nova e planetária forma de poder, caracterizada como “sociedade global de controle” a partir das pesquisas de Foucault e Deleuze.

Para Negri e Hardt, no capitalismo do nosso tempo o regime de fábrica perdeu sua centralidade e proeminência, com a consequente corrosão das formas de organização política e social que lhe eram correlatas: o Estado, o partido, o sindicato. Numa economia em que a importância e o valor do *software* geralmente superam os do *hardware*, por exemplo, em que os processos de valorização e acumulação dependem cada vez mais de “externalidades” – como nível de educação, estruturas de transporte e comunicação e outras condições “ambientais” –, a relação de capital se traduz cada vez mais em formas de “biopoder”, que se exerce sobre a própria vida e todos os circuitos de cooperação, inclusive afetiva. E os explora cada vez mais predatoriamente.

As metrópoles tornam-se as fábricas de nosso tempo, e a produção exige cada vez mais a ação autônoma dos trabalhadores, a partir de fatores de produção como os circuitos de comunicação e informação, os códigos e as linguagens. O “trabalho imaterial e afetivo”, que exige sempre mais interação entre os trabalhadores em sua integralidade, valoriza-se comparativamente à produção “material”: atividades terapêuticas e de cuidados físicos, psíquicos e estéticos, do psicanalista à *baby-sitter*, do trabalho doméstico ao *personal trainer*, do médico à “esteticista”, da “malhação” ao entretenimento, do jornalismo à publicidade. Formas de vida e trabalho criados pelos pobres valorizam territórios antes degradados, que em seguida são expropriados pelos ricos nos processos de “gentrificação”, fazendo com que os trabalhadores deles expulsos se desloquem para novas áreas degradadas, valorizando-as, para de novo perdê-las.

Com as novas e múltiplas formas de produção cooperativa, a “classe trabalhadora” já não pode ser adequadamente traduzida nos conceitos redutivos de “operariado” e congêneres, caracterizando-se cada vez mais como “multidão de singularidades”. Nelas se expressa, para além do desejo de “emancipação” identitária (o direito de ser aquilo que se é), um desejo de “liberação” (o direito de devir diferente do que se é). Para a organização da cooperação produtiva desses trabalhadores, o comando capitalista é cada vez mais dispensável, e por isso mesmo parasitário, pois incide sobre a própria vida e os fluxos de relações afetivo-cooperativas, na tentativa de se apropriar do substrato comum dessa cooperação afetiva: recursos naturais, linguagens, formas de comunicação e expressão etc.

Do carnaval de rua ao *funk*, dos *games* às formas de vestir, falar, dançar e se divertir, dos “bairros boêmios” valorizados por artistas a formas alternativas de estar juntos – sobre tudo que se cria, expressa e valoriza sem o concurso do capital, enfim, incide a avidez predatória dos capitalistas, gerando diversificadas formas de resistência: das ocupações de imóveis abandonados aos “rolezinhos”, das manifestações de rua às “liberações de catraca” dos sistemas de transporte coletivo e de massa.

É nesse horizonte que se coloca o desafio de pensar e criar as novas ações e organizações da liberação, para evitar a corrupção do comum e sua captura pelos processos de privatização, dos quais o setor “público” (estatal) é em geral coadjuvante e garante. Essa é a tarefa fundamental do “intelectual”, segundo Negri e Hardt. Não mais cultivar a pretensão de estar à frente dos movimentos, para “orientá-los”, ou ao seu lado, para criticá-los, mas inserir-se dentro deles, como uma singularidade entre outras tantas, a fim de cooperar com a criação das instituições por meio das quais o desejo de liberação da multiplicidade das singularidades se afirme e conserve. Contribuir para “fazer multidão” por meio da “co-pesquisa”: esta seria a contribuição por excelência dos intelectuais.

Nos limites do espaço disponível, foi preciso trabalhar “a golpes de martelo” para construir este pequeno resumo introdutório, que, espero, possa alcançar o único e modesto objetivo a que me propus aqui: estimular, nos que ainda não tiveram a prazerosa e elucidativa oportunidade de fazê-lo, a leitura e a reflexão em torno do brilhante e generoso pensamento do mestre e amigo Toni Negri. Vale mesmo a pena. ♦♦♦

# Lei e Ordem Pra Dar e Vender

**João Bernardo Kappen**

*Advogado Criminalista*

## INTRODUÇÃO

Absolutamente consciente de que, “no vácuo em que a sociedade burguesa é tragada, quase tudo conspira contra o exercício de uma crítica radical” e também de que, “numa época de triunfo dos especialistas do nada, dedicar-se à critica é quase dar um tiro no pé”<sup>1</sup>, pretendo, nestas breves páginas, correr o risco apontado por Marildo Menegat. Karl Marx, esse morto tão vivo - para usar uma expressão de Nilo Batista - já havia nos dito que todos os grandes fatos da história mundial se dão primeiro como tragédia, depois como farsa<sup>2</sup>.

No Brasil, a onda de protestos e manifestações – que começou em agosto de 2003, em Salvador, com a chamada revolta do buzu, e culminou dez anos depois com os protestos de junho de 2013 – descortinou um projeto político de estado que vem sendo construído a conta-gotas e por debaixo dos panos. A reação violenta do Estado, considerando os três níveis do poder – legislativo, executivo e judiciário -, revelou, ao que me parece de forma muito clara, que em nome dos interesses econômicos dos megaeventos e megaempresas há um projeto de construção de um estado policial, legitimado pelo próprio estado de direito. E o que é pior, em nome da democracia, tal qual fizeram os militares em 1964.

Além de revelar as agendas sociais mal resolvidas das cidades, o terremoto provocado pelas manifestações escancarou – para tristeza de uma cegueira deliberada – o que se pretendia esconder (com o auxílio fundamental, não se pode deixar de dizer, de uma imprensa acrítica e conservadora): a lógica política fascista que elege a manutenção da ordem pública um fim em si mesmo.

---

1 MENEGAT, Marildo. *Até o último homem: visões cariocas da administração armada da vida social*. Organizadores Felipe Brito e Pedro Rocha de Oliveira. São Paulo: Boitempo, 2013, p. 12.

2 MARX, Karl. *O 18 de Brumário de Luís Bonaparte*. São Paulo: Boitempo, 2011, p. 25.

O projeto político de militarização dos espaços urbanos – já em vigor nas favelas do Rio –, de criminalização dos movimentos sociais e de criminalização da desordem no espaço urbano mostra suas caras. Um projeto gerido em nome do Estado Democrático de Direito. Da mesma forma que o projeto político de ocupação militar das áreas de pobreza tem como finalidade controlar e neutralizar os pobres – uma nítida manobra que busca garantir o aporte dos megainvestimentos -, o Estado, assustado com uma nova possível desordem (agora) urbana, provocada pelos protestos nas ruas da cidade, tratou de botar sua tropa – legislativo, executivo e judiciário – em campo. Todos a serviço de uma ideia de ordem pública considerada fundamental para o sucesso das cidades-empresas.

## A VOZ DAS RUAS

Várias foram as tentativas de entender o extraordinário fenômeno que tomou conta do mundo nos últimos anos. Slavoj Zizek dá uma pista do que parece ser a explicação certa. Para ele a mensagem básica dos manifestantes pelo mundo seria a de que foi rompido o tabu de que vivemos no melhor mundo possível (com o capitalismo a todo vapor) e que, por isso, teríamos a obrigação de pensar em alternativas, já que as do século XX não funcionaram<sup>3</sup>. Ainda sobre os manifestantes, Zizek afirma que eles “não estão destruindo nada, estão reagindo ao modo como o sistema gradualmente destrói a si próprio”.<sup>4</sup> Com acerto, afirma também que as manifestações refletem o descontentamento geral com o sistema global capitalista que assume suas particularidades em cada canto do mundo. O filósofo esloveno vai mais fundo ao lamentar que jamais se questione “a moldura institucional democrática do Estado de direito (burguês). Isso continua sendo a vaca sagrada na qual mesmo as formas mais radicais desse anticapitalismo ético (o fórum de Porto Alegre, o movimento de Seattle) não se atrevem a tocar”<sup>5</sup>.

Por aqui encontramos também interessantes interpretações do fenômeno. Ermínia Maricato afirma que quem conhece a realidade brasileira não estranhou as manifestações de junho de 2013. Segundo a professora da USP, as cidades são ignoradas por uma esquerda que não consegue

<sup>3</sup> ZIZEK, Slavoj. **Occupy**. Movimentos de protesto que tomaram as ruas. São Paulo: Boitempo, 2012. p. 16.

<sup>4</sup> *Idem*. p. 17.

<sup>5</sup> *Idem*, p. 22.

ver ali a luta de classes e por uma direita que aposta tudo na especulação imobiliária e no assalto ao orçamento público<sup>6</sup>. Maricato aponta ainda para o fato de que é com a condição dos transportes que as cidades acabam cobrando a maior dose de sacrifícios de seus moradores e que, portanto, o mais urgente item de uma política urbana seria a reforma política.

O geógrafo marxista David Harvey faz também uma interessante análise sobre a questão urbana que explicaria as manifestações recentes. Segundo Harvey, vivemos em cidades divididas, fragmentadas e tendentes ao conflito, fruto de uma globalização e de uma guinada em direção ao neoliberalismo que enfatizou as desigualdades<sup>7</sup>. Harvey fala de um direito à cidade que estaria sendo negado, direito este não no sentido de um simples direito de visita às cidades mas um direito à vida urbana, um direito de mudar a cidade de acordo “com o desejo de nossos corações”<sup>8</sup>. Nas cidades, as solidariedades sociais teriam sido substituídas pela anarquia do mercado. O que levou milhares de pessoas às ruas, na visão de Harvey, seria a necessidade de criação de novos espaços urbanos comuns, de uma esfera pública de participação democrática e necessidade de se pensar uma cidade mais inclusiva, longe da onda privatizante - mantra do neoliberalismo. Precisamos reconhecer o direito à cidade como um direito “ativo de fazer a cidade diferente, de formá-la mais de acordo com nossas necessidades coletivas”<sup>9</sup>.

As ideias de Harvey vão ao encontro daquilo que foi pensado pelo Movimento Passe Livre – São Paulo. Segundo o MPL “num processo em que a população é sempre objeto em vez de sujeito, o transporte é ordenado de cima, segundo imperativos da circulação do valor, excluindo a população da organização de sua própria experiência cotidiana da metrópole”<sup>10</sup>. E foi justamente dessa exclusão urbana que surgiu o Movimento Passe Livre, que luta contra o aumento da tarifa de ônibus. A partir da experiência da primeira manifestação popular contra o aumento da tarifa de ônibus em Salvador (revolta do buzu), em 2003, diversas outras manifestações foram organizadas e realizadas pelo Brasil. Por exemplo, a

6 MARICATO, Ermínia. **Cidades Rebeldes:** Passe livre e as manifestações que tomaram as ruas do Brasil. São Paulo, Boitempo. 2013, p. 19.

7 HARVEY, David. **Cidades Rebeldes:** Passe livre e as manifestações que tomaram as ruas do Brasil. São Paulo, Boitempo. 2013, p. 28.

8 *Idem*, p. 28.

9 *Idem*, p. 33.

10 "Movimento Passe Livre" – São Paulo. **Cidades Rebeldes:** Passe livre e as manifestações que tomaram as ruas do Brasil. São Paulo, Boitempo. 2013, p. 14.

que ficou conhecida como revolta da catraca, em Florianópolis, no ano de 2006, em que as pessoas simplesmente ocuparam e bloquearam a ponte que dá acesso à ilha, intervindo diretamente na ordem pública, forçando o poder público a revogar o aumento, teve uma importância fundamental na consolidação de uma forma de protesto – a ocupação do espaço público de forma a intervir radicalmente no cotidiano e na ordem da cidade. É interessante notar que os princípios do MPL, segundo o próprio movimento, são os da não submissão a qualquer organização central, uma política deliberada de baixo, por todos, sem dirigentes e nenhuma instância externa superior<sup>11</sup>. Faço aqui um parêntesis para anotar um fato. Na primeira manifestação contra o aumento da tarifa de ônibus, que ficou conhecida como a "revolta do buzu", retratada no documentário feito por Carlos Pronzato<sup>12</sup>, pode-se ver uma cena em que há um diálogo entre um comandante da polícia local e alguns manifestantes que estão nas ruas. O policial pergunta insistente mente se não haveria líderes naquelas manifestações que tomaram conta das ruas e pararam a cidade de Salvador, em 2003. E não havia - as pessoas estavam nas ruas protestando e lutando pela reapropriação do espaço urbano - o que impossibilitou à polícia escolher um inimigo a ser preso e abatido. Essa horizontalidade – e portanto falta de liderança - dos movimentos sociais que vêm ocupando as ruas e causando a desordem urbana é o que vem justificando a criação de um arcabouço jurídico para o projeto político do estado policial.

O MPL entende que o objetivo dos protestos é a retomada do espaço urbano e que para que isso aconteça é necessário que os manifestantes ocupem as ruas, determinando diretamente seus fluxos e usos<sup>13</sup>. É justamente a ação direta dos trabalhadores sobre o espaço urbano, sobre o transporte e o cotidiano da cidade que o governo (federal e estadual) quer impedir e controlar. Aqui me parece ser preciso uma autocrítica: não obstante os governos Lula – Dilma terem proporcionado os maiores avanços sociais da história do Brasil – o que na visão de Bobbio os classificaria como governos de esquerda – é justamente nesse governo de esquerda que o estado policial está sendo novamente forjado. A visão, por exemplo, de que uma manifestação só é legítima quando não atrapalha

11 "Movimento Passe Livre" – São Paulo. **Cidades Rebeldes:** Passe livre e as manifestações que tomaram as ruas do Brasil. São Paulo, Boitempo. 2013, p. 15.

12 Pode ser visto no Youtube.

13 "Movimento Passe Livre" – São Paulo. **Cidades Rebeldes:** Passe livre e as manifestações que tomaram as ruas do Brasil. São Paulo, Boitempo. 2013, p. 16.

parece ser o ovo da serpente. Heinrich Himmler, o nazista alemão chefe da *Schutzstafell*, escreveu em seu diário que “todas as populações não suscetíveis de regermanização serão transformadas em servo. Saber que a obediência aos alemães é um mandamento de Deus e serem honestos, trabalhadores e bem-comportados”.<sup>14</sup> É no que querem nos transformar: em servos bem comportados - na base da porrada, de prisões e de condenações criminais. Aliás, nada de novo. Vera Malaguti Batista nos mostrou com maestria como “a ocupação dos espaços públicos pelas classes subalternas produz fantasias do caos social, que se ancoram nas matrizes constitutivas da nossa formação ideológica. Esta questão permeou a corte imperial após a revolta dos Malês em 1835, assombrou a Nação após a abolição da escravidão e a Proclamação da República. Vagou nas águas da Revolução de 30, no suicídio de Getúlio, no golpe de 64 e nas conjunturas eleitorais de 1994 e 1998.”<sup>15</sup>.

De todas as tentativas de interpretação e análise sobre o real significado das manifestações populares, parece-me que há uma linha em comum - a de que o que se esgotou foi a forma capitalista de produção e reprodução da vida nas cidades. E mais, como bem apontado por Leonardo Sakamoto, os jovens que estão nas ruas “já perceberam o que significa ordem, hierarquia e tradição – e não gostaram. Até porque esses são os valores de uma civilização representada por fuzis, colheitadeiras, motos-serras, terno e paletó, que, mais cedo ou mais tarde, terá de mudar”<sup>16</sup>.

## A REAÇÃO VEM A GALOPE

Não há dúvidas de que o direito tem um papel fundamental nas grandes transformações políticas e sociais. E por isso, a expansão capitalista e neoliberal encontra no direito um catalisador extraordinário. Da mesma forma, se pode dizer que para o capitalismo militarizado o direito é o melhor soldado. Com o título **Pilhagem: quando o Estado de Direito é ilegal**, os professores americanos Ugo Matei e Laura Nader fizeram um interessante estudo sobre como o “Direito tem sido usado para justificar, administrar e sancionar a conquista e a pilhagem ocidentais, o que tem

14 LONGERICH, Peter. **Heinrich Himmler** – Uma biografia. Rio de Janeiro, Objetiva, 2013.

15 MALAGUTI BATISTA, Vera. **O medo na cidade do Rio de Janeiro**: dois tempos de uma história. Rio de Janeiro, Revan, 2003, p. 34.

16 SAKAMOTO, Leonardo. **Cidades Rebeldes**: Passe livre e as manifestações que tomaram as ruas do Brasil. São Paulo, Boitempo, 2013, p. 96.

resultado em imensas disparidades globais”<sup>17</sup>. O livro faz um verdadeiro inventário do lado obscuro do direito e seu emprego como instrumento de opressão em contextos sociais. Imagino que a partir desta perspectiva seja possível mostrar também, considerando a realidade brasileira, como o projeto político de estado policial que está sendo gerido para proteger os negócios das cidades-empresas tem obtido resultados consideráveis através do direito.

Os grandes eventos estão aí, junto com o dinheiro e os interesses que a eles se seguem. Faz parte do pacote “vamos ter copa” e “vamos ter olimpíadas” uma legislação – o direito – que garanta os lucros dos patrocinadores. Neste sentido, nada mais apavorante do que o que vem acontecendo no Brasil nos últimos anos – a retomada do espaço público. E com isso a desordem, o descontrole do fluxo das cidades, as reivindicações do transporte como direito coletivo e uma maior gestão popular do espaço urbano das cidades – tudo o que causa arrepios ao capital video-financeiro. E o estado brasileiro tem respondido a altura às provocações ao grande capital. Está em curso uma série de iniciativas que torna legal o projeto de policização do Estado. Vejamos.

Em 20 de dezembro de 2013, o Ministério da Defesa publicou uma portaria normativa de número 3.461 – sob a rubrica “Garantia da Lei e da Ordem” – que tem por finalidade estabelecer orientações para o emprego das forças armadas em “Operações de Garantia da Lei e da Ordem”, segundo o seu primeiro artigo. Não se deram sequer ao trabalho de disimular os propósitos. No artigo 4.5.2.2, explica-se o que foi chamado de “operações tipo polícia”:

*“As operações tipo polícia terão por objetivos principais:*

*Controlar a população;*

*Proporcionar segurança à tropa, às autoridades, às instalações, aos serviços essenciais, à população e às vias de transportes;*

*Diminuir a capacidade de atuação das forças oponentes e restringir-lhes a liberdade de atuação; e*

*Apreender material e suprimentos”.*

---

<sup>17</sup> MATEI, Hugo. NADER, Laura. *Pilhagem: quando o Estado de Direito é ilegal*. São Paulo, Editora WMF Martins Fontes. 2013, p.1.

Em seguida, no artigo 4.5.3, a portaria deixa bem claro a que veio:

*“Entre outras, podem-se relacionar as seguintes ações a serem executadas durante uma operação garantia da lei e da ordem:*

(...)

*c) controlar vias de circulação urbanas e rurais;*

*d) controlar distúrbios;*

*e) controlar o movimento da população;*

*f) desbloquear vias de circulação;*

(...)

*garantir a segurança de autoridades e de comboios;*

(...)

*l) impedir o bloqueio de vias vitais para a circulação de pessoas e cargas;*

*m) interditar áreas ou instalações em risco de ocupação;*

*n) manter ou restabelecer a ordem pública em situações de vandalismo, desordem ou tumultos;*

(...)

*r) prover a segurança das instalações, material e pessoal envolvido ou participante de grandes eventos;*

(...)

*u) restabelecer a lei e a ordem em áreas rurais; e*

*v) vasculhar áreas”.*

Analizando a terminologia empregada – partindo da ideia de Giorgio Agamben de que “a terminologia é o momento propriamente poético do pensamento, então as escolhas terminológicas nunca podem ser neutras”<sup>18</sup> – tem-se a real dimensão do problema. Não é sem motivo que a palavra “guerra” foi usada duas vezes ao longo do texto. Nas vinte e três páginas da portaria (descontados os anexos), a palavra “ordem” foi usada noventa e cinco vezes; a palavra “missão”, dezessete vezes; a palavra

---

<sup>18</sup> AGAMBEN, Giorgio. **Estado de exceção**. São Paulo, Boitempo. 2004, p. 15.

“operação”, cento e treze vezes; e a palavra “forças oponentes, vinte e duas vezes. “Combate”, por sua vez, foi usada pelo menos uma vez. E as palavras “eventos” e “grandes eventos” também uma vez. Nilo Batista já havia advertido que o governo não deveria empregar “em seus programas de governo a palavra *combate*. Não há combate sem mortos”<sup>19</sup>.

No artigo 1.4, a portaria define o que seria uma operação de garantia da lei e da ordem:

*“é uma operação militar conduzida pelas Forças Armadas, de forma episódica, em área previamente estabelecida e por tempo limitado, que tem por objetivo a preservação da ordem pública e da incolumidade das pessoas e do patrimônio em situações de esgotamento dos instrumentos para isso previstos no art. 144 da Constituição ou em outras em que se presuma ser possível a perturbação da ordem”.*

O ato institucional nº 1, de 9 de abril de 1964, primeiro instrumento jurídico do golpe militar, estabeleceu como princípio algo muito semelhante ao que vemos hoje exposto na portaria do Ministério da Defesa:

*“O Ato Institucional que é hoje editado pelos Comandantes-em-Chefe do Exército, da Marinha e da Aeronáutica, em nome da revolução que se tornou vitoriosa com o apoio da Nação na sua quase totalidade, se destina a assegurar ao novo governo a ser instituído, os meios indispensáveis à obra de reconstrução econômica, financeira, política e moral do Brasil, de maneira a poder enfrentar, de modo direto e imediato, os graves e urgentes problemas de que depende a restauração da ordem interna e do prestígio internacional da nossa Pátria”.*

Com um pouco menos de timidez, o ato institucional nº 2, de 27 de outubro de 1965, afirmou que:

---

<sup>19</sup> BATISTA, Nilo. **Revista EPOS**. Rio de Janeiro, V. 2, nº 1, janeiro-junho de 2011, p. 17.

*“A revolução está viva e não retrocede. Tem promovido reformas e vai continuar a empreendê-las, insistindo patrioticamente em seus propósitos de recuperação econômica, financeira, política e moral do Brasil. Para isto precisa de tranquilidade. Agitadores de vários matizes e elementos da situação eliminada teimam, entretanto, em se valer do fato de haver ela reduzido a curto tempo o seu período de indispensável restrição a certas garantias constitucionais, e já ameaçam e desafiam a própria ordem democrática (...).”*

Com a força toda, vem o ato institucional nº 5, de 13 de dezembro de 1968 a dizer que:

*“CONSIDERANDO que, assim, se torna imperiosa a adoção de medidas que impeçam sejam frustrados os ideais superiores da Revolução, preservando a ordem, a segurança, a tranquilidade, o desenvolvimento econômico e cultural e a harmonia política e social do País comprometidos por processos subversivos e de guerra revolucionária; CONSIDERANDO que todos esses fatos perturbadores da ordem são contrários aos ideais e à consolidação do Movimento de março de 1964 (...)"*

Qualquer semelhança não é mera coincidência. Não foi por acaso que no apêndice VII ao anexo C, da portaria do Ministério da Defesa, que trata das “operações psicológicas” que consistem, segundo o artigo 2, em “cooperar com o fortalecimento do moral das forças componentes, influenciar favoravelmente a população, contrapor-se à propaganda adversa e operar contra as forças adversas em apoio às ações decorrentes dos cenários previstos no plano de operações”, que no quadro de sugestões do que pode ser usado pelas forças armadas como slogan nessa campanha ou operação psicológica esteja lá: “*fizemos ontem, faremos sempre*”.

No Rio de Janeiro, esse projeto político de estado policial em defesa dos megaeventos apresenta-se em público já sem timidez. O secretário de segurança José Mariano Beltrame disse tudo ao afirmar em entrevista ao jornal **O Globo** que:

*“As manifestações surgiram no ano passado de uma maneira que nunca havíamos visto. Gente mascarada utilizando pedras, coquetéis molotov, rojões, foguetes, estilingues incendiários. Temos tentado viver um protesto de cada vez, complementando com informações da nossa inteligência e treinando os policiais. Em função do que temos hoje na lei, não temos condições de manter estas pessoas presas e puni-las, porque os crimes são de menor potencial ofensivo. Temos prendido muita gente, foram cerca de 50 na última quinta-feira, mas todos foram soltos. Fizemos o estudo para propor as mudanças legislativas para evitar que isso ocorra”<sup>20</sup>.*

Voltamos no tempo para o dia 12 de março de 1933, quando o então chefe de polícia nazista Heinrich Himmler explicava numa coletiva para a imprensa sobre as detenções em massas iniciadas por ele dias antes:

*“Impus a custódia preventiva em escala bastante larga. [...] Fui forçado a tomar essas medidas porque os tumultos em diversos pontos da cidade eram de tal ordem que de outra forma me seria impossível proteger a segurança e a saúde das diversas personalidades distintas que motivaram as fortes agitações”<sup>21</sup>.*

## CONCLUSÃO

Estamos vendendo lei e ordem para os grandes patrocinadores dos grandes eventos, especialmente porque o espaço urbano está sendo novamente reivindicado. O projeto político de estado policial que já está a pleno vapor nas favelas do Rio de Janeiro agora começa a mostrar sua cara em outras frentes, já que o direito à mobilidade e outras questões urbanas são vistos como entrave aos megaeventos que estão às nossas portas.

Com efeito, na lógica do capitalismo militarizado a ocupação das ruas é baderna, vandalismo e desordem. Então, nessa lógica, nada mais natural do que projetar um arcabouço jurídico, que, em nome do esta-

20 Jornal **O GLOBO**, 11.12.2014, p. 14

21 LONGERICH, Peter. **Heinrich Himmler – Uma biografia**. Rio de Janeiro, Objetiva, 2013, p. 159.

do democrático de direito, vai impondo um novo estado policial. E ai de quem resolver protestar! Esse viés autoritário talvez seja fruto daquilo que Carlos Fico aponta como ausência de ruptura com o período da ditadura militar, o que teria tornado “a transição brasileira um processo que não terminou, uma transição inconclusa”. Segundo o professor da UFRJ, “não surpreende que ainda estejamos às voltas com o tema”<sup>22</sup>.

Fato é que em nome da democracia, da ordem pública, da paz e da tranquilidade urbana, os militares deram o golpe de estado e instalaram a ditadura. E em nome dessa mesma democracia, ordem pública e paz urbana, os democratas estão reinventando o estado policial.

Fico com a provocação de Slavoj Zizek, que indaga: “muito se falou da violência por parte dos manifestantes. Mas o que é essa violência quando comparada àquela necessária para sustentar o sistema capitalista global funcionando normalmente?”<sup>23</sup> ♦♦

---

22 FICO, Carlos. *Violência na história: Memória, trauma e reparação*. Rio de Janeiro, Ponteio, 2012.p.29

23 ZIZEK, Slavoj. *Cidades Rebeldes: Passe livre e as manifestações que tomaram as ruas do Brasil*. São Paulo, Boitempo. 2013. p.105.

# Fascismo no Brasil Hoje

**Marcio Sotelo Felippe**

*Pós-graduado pela Universidade de São Paulo em Filosofia e Teoria Geral do Direito; foi procurador-geral do Estado de São Paulo de 1995 a 2000.*

Os regimes fascistas em muitos aspectos não eram diferentes de outras experiências históricas caracterizadas pelo terror do Estado contra movimentos populares, etnias, trabalhadores, sindicatos e organizações de esquerda. Mas o que apareceu na Alemanha e na Itália tinha algo específico. No primeiro momento, ninguém se deu conta. Os soviéticos usaram um conceito genérico. Disseram que era uma ditadura terrorista aberta dos elementos mais reacionários do grande capital.

Se fosse isso apenas não seria uma novidade. O fascismo tinha de fato em comum com outras ditaduras burguesas vários aspectos: era uma forma de dominação com métodos terroristas, impedia o exercício de direitos, liberdades e garantias básicas dos indivíduos e esmagava movimentos populares e organizações de esquerda. Podemos identificar isto tudo na Comuna de Paris, muito tempo antes. Um governo popular foi esmagado com extrema crueldade e 20 mil *comunards* foram executados. No entanto, dizer que Thiers era fascista pode ser um recurso retórico, mas não um conceito rigoroso, porque esse conceito somente aparecerá, com suas características bem específicas, no século seguinte.

Quem desvendou de fato o sentido do fascismo foi Palmiro Togliatti, histórico dirigente do Partido Comunista Italiano. Ele viu que era uma ditadura de direita, mas de novo tipo. Além do terror, buscava o consenso e queria capturar a consciência popular. O objetivo era transformar a sociedade em um “organismo”. A diferença ou a tensão social seriam, pois, “doenças”.

Um novo tipo de dominação naquele momento era necessário porque surgira o poder bolchevique. Até então o socialismo era uma ameaça detida pela só violência. Mas comunistas tomaram o poder na Rússia e se consolidaram no poder. Um desafio novo exigia respostas novas: não

bastavam a violência e o terror do Estado, era preciso tornar a sociedade imune a transformações uniformizando-a. Era preciso dominar a consciência de uma parte da sociedade para excluir a outra parte.

Domina-se uma consciência operando com a ideia de verdade. Uma visão de mundo, um interesse de classe, um ponto de vista, a ideia de conservação, todo o ideário reacionário torna-se “verdade”. Particularmente no caso do nazismo isto se deu por uma certa apropriação do Romantismo filosófico. A base do Romantismo era uma ruptura com a ideia usual de verdade. A noção clássica consistia em uma consciência que “capturava” a verdade, como se fosse, por assim dizer, uma máquina fotográfica. No Romantismo o eu é o sujeito criador da verdade. Ele a cria como um artista “cria do nada”. E o espírito assim livre passa a ser senhor absoluto do dever ser. Quando está apenas submetido às leis necessárias da natureza o espírito está morto. Quando faz suas próprias regras o espírito está vivo. É desse modo que o romantismo sai das entradas do Iluminismo como o oitavo passageiro de Allien.

Para Fichte, escrevendo em plena invasão napoleônica, esse eu criador era o povo alemão. Fichte inspirou o *volkisch*, movimento que grassou na Alemanha no século XIX. *Volkisch* significava mais ou menos poder do povo, espírito do povo, mas com uma conotação étnica. Abarcava o sangue, a tradição, a pátria, o ambiente, a terra e, permeando isso tudo, a etnia. O filósofo romântico dizia que o povo alemão emanciparia a humanidade. Lançaria “massas rochosas de pensamentos” sobre os quais “eras vindouras construiriam suas moradas”. O espírito alemão era uma “águia cujo poderoso corpo se impele ao alto e paira sobre asas fortes e experientes no céu para poder ascender para perto do sol, de onde ele gosta de observar”. (**Discursos à Nação Alemã**)

Isto incorpora-se de algum modo a uma parte da cultura alemã e serve ao nazismo. O sujeito - o povo alemão - forja o dever ser. Tudo que estivesse na perspectiva do povo alemão - entendido como *volkisch*, etnicamente - seria bom e verdadeiro. Tudo que não estivesse seria mau, falso ou “doença”. E a doença tem que ser extermínada.

O Estado nazista criou uma polícia e um processo penal *volkisch*. Um historiador do nazismo os descreve assim:

*“Esse tipo de polícia “volkisch”, ou biológica, da polícia foi apresentado ao povo alemão como a base racional para o*

*que a polícia fazia. Himmler informou , em março de 1937, que a tradição do Estado mínimo estava morta, assim como a velha ordem liberal na qual, pelo menos em teoria, a polícia era neutra. Enquanto a velha polícia vigiava mas não interferia para cumprir agendas de seu interesse, a nova polícia, disse ele, não estava mais sujeita a quaisquer restrições formais para realizar sua missão, que incluía fazer valer a vontade da liderança e criar e defender o tipo de ordem social que esta desejava. Segundo Hans Frank, era impensável que a polícia ficasse meramente restrita à manutenção da lei e da ordem. Ele disse que esses conceitos costumavam ser considerados neutros e livres de valores, mas, na ditadura de Hitler, ‘a neutralidade filosófica não existe mais’, isto é, apoiar ou abraçar qualquer outra visão política a não ser o nazismo era um crime. Para a nova polícia, a prioridade era ‘a proteção e o avanço da comunidade do povo’, e contramedidas policiais eram justificadas para deter toda “agitação” oposta ao povo, que precisava ser sufocada”. A polícia podia tomar quaisquer medidas necessárias, incluindo a invasão de lares, ‘porque não existe mais esfera privada, na qual o indivíduo tem permissão para trabalhar sem ser molestado na base da vida da comunidade nacional-socialista. A lei é aquilo que serve ao povo, e ilegal é aquilo que o fere’<sup>1</sup>*

Nesse momento desaparece a concepção Iluminista do processo. A polícia pode tudo. Basta entender que certa conduta é contrária ao “povo”. Provas e procedimentos são desnecessários porque o processo é outro: um simples juízo a cargo de uma autoridade qualquer.

Sempre que de algum modo o diferente é tratado como inimigo, excluído do povo, desqualificado em sua humanidade, associado a desvalores, mau, falso, injusto por natureza, sujo, sempre que alguém procura uniformizar o meio social como um organismo por tal método, estamos diante de uma atitude fascista. A chave é essa: alguns são “o povo” e devem ser protegidos; outros não são o povo, não tem direitos e podem ser excluídos, seja pela violência, seja pelo direito e pelo Estado.

---

<sup>1</sup> Robert Gellately, *Apoiando Hitler – Consentimento e Coerção na Alemanha Nazista*, Ed. Record, p. 79/80.

O que tem isto tudo a ver com o Brasil no século XXI? O ódio à diferença e a consequente exclusão do outro, seja pela violência pura e simples (como a usada pela polícia contra os excluídos), seja pela tentativa de negar direitos (entre tantos exemplos, a repulsa inacreditável ao bolsa-família) é fascismo, simplesmente fascismo.

Por exemplo, a inculta e selvagem classe média brasileira tem horror à diferença. Não gosta de negro, não suporta homossexual, não quer pobres por perto a não ser para limpar suas privadas. Quando é de direita tem ódio da esquerda. Está profundamente infeliz porque tem que dividir aeroportos e praias com a classe “C”, pessoas quase sempre com um tom de pele mais escuro. Em relação a outras visões do mundo, liberais ou mais à esquerda, não tem, pois, razoáveis e democráticas divergências: a atitude é de uma intolerância que raia o ódio ou chega propriamente ao ódio. São a favor da pena de morte, da redução da maioridade penal, da execução sumária de transgressores, gostam de frases como “bandido bom é bandido morto” e seu ideal de polícia é tal qual o *volkisch* da Alemanha nazista, mas isso, claro, apenas quando o réu é pobre, negro, puta ou gay. Partidos originalmente de centro-esquerda ou, pelo menos, liberais, cortejam agora esse ideário fascista de uma parte da sociedade.

O julgamento da AP 470 (o “mensalão”) teve a ver, em alguma medida, com a rejeição do diferente e com esse “caldo de cultura”. Não se tratou de uma questão meramente partidária ou eleitoral, embora esse dado deva ser levado em conta. O PT não é hoje exatamente um partido distante do “establishment”, mas estavam em jogo símbolos. O PT está associado no imaginário social à esquerda e muitos dos seus quadros são *outsiders* em relação à elite branca universitária que sempre foi dona do poder e sempre ganhou eleições presidenciais. Colocar seus quadros na prisão no vislumbre de uma edição do “Jornal Nacional” em que aparecerão algemados será o início de uma tentativa de higienização da política. Subliminarmente faz-se a associação de uma concepção não conservadora da política ao crime.<sup>2</sup>

O STF distorceu doutrinas jurídicas, desrespeitou a própria jurisprudência, decidiu diversamente do que havia decidido pouquíssimo tempo antes para declarar-se competente (apenas três dos trinta e sete réus teriam foro privilegiado, e nesse caso o processo deveria ter sido remetido a outra instância). Um ministro declarou, em sessão, ao vivo para todo o país, que

2 Este artigo foi escrito em maio de 2013, antes do final do julgamento da AP 470. Permito-me registrar que antecipou rigorosamente o espetáculo das prisões de líderes do PT, em 15 de novembro de 2013.

estabelecia a pena sob medida para que não houvesse prescrição. Sente-se autorizado a isso porque sabe que conta com uma ampla base de apoio ideológica. Por isso permite-se confessar um ato de vontade à margem da lei, para todo o país, perseguindo uma condenação como se fora um ensandecido Javert na captura de Jean Valjean. Nesse momento desapareceu a figura do julgador e surgiu a do inquisidor. Não queria julgar, queria condenar. Houve outros desastres de fundamentação, como o da ministra que reconheceu que não havia provas suficientes, mas a “literatura” permitia condenar...

Tudo isso foi possível porque existe em parte da sociedade (com apoio aberto da grande mídia) um ambiente favorável à exclusão de outra visão do mundo que não a conservadora (mesmo que o partido alvo não esteja aí exatamente para romper com estruturas sociais). Não um mero combate, o que seria normal da política, mas exclusão. Esse é o ponto. O diferente deve ser excluído e para isso vale o ordenamento jurídico do lobo e do cordeiro, a norma que permite ao lobo jantar o cordeiro e que pode ser qualquer uma.

Colunistas ou comentaristas políticos de direita costumam agora utilizar o mais rasteiro e pobre dos recursos de argumentação, o argumento *ad hominem*. A estratégia é desqualificar a pessoa, a história familiar, um suposto problema do pai, da mulher, do tio, etc. As pessoas de esquerda são assim, gente sem valor desde a origem familiar. Subrepticiamente afirma-se que o desvalor está na constituição genética ou foi impresso pelo ambiente de onde vieram. A *contrario sensu* os que os combatem são limpinhos e saudáveis. Às vezes aparece uma descarada eugenia, como a chocante matéria de uma revista semanal que dizia que, segundo uma pesquisa científica, pessoas altas ganham mais dinheiro. O sucesso dependeria de uma condição biológica que em geral se desenvolve nas camadas privilegiadas da sociedade, constituída por descendentes de europeus, mais altos na média do que o brasileiro não branco.

O trágico episódio do Pinheirinho escancarou a violência de que essa gente é capaz de praticar ou de apoiar. Os diferentes nunca têm os mesmos direitos. Mais uma vez, contra eles pode-se tudo. As vidas de 6 mil pessoas foram destruídas por máquinas triturando suas casas às 5h30 de uma manhã de domingo, com o aviso prévio suficiente para tirar o bebê do berço e correr. Contra os excluídos pode-se traer e descumprir acordos (informara-se aos moradores que a desocupação estava suspensa e naquela madrugada houve festejos por isso). Coisas semelhantes ocorriam no Judiciário alemão sob o nazismo.

Uma parte desta sociedade (a privilegiada) pensa que o Brasil deve ser o espelho deles, do mesmo modo como a cultura *volkisch* queria que a Alemanha fosse o seu espelho. Mas para os democratas trata-se agora de lutar para garantir a cidadania, a inclusão e a universalidade dos direitos para excluídos, negros, amarelos, homossexuais, transsexuais, indígenas e todos os humilhados, e assim construir a sociedade de toda inclusão. É o que distingue civilização e barbárie.❖

# Vigilância Eletrônica e Mecanismos de Controle de Liberdade: Elementos para Reflexão

**Cristina Zackseski**

*Criminóloga. Doutora em Ciências Sociais e Mestre em Direito. Professora Adjunta da Faculdade de Direito da Universidade de Brasília. Líder do Grupo de Pesquisa Política Criminal. Membro do Núcleo de Estudos sobre Violência e Segurança – NEVIS/CEAM/UnB.*

**Welliton Caixeta Maciel**

*Doutorando em Sociologia, Mestre em Antropologia. Pesquisador do Núcleo de Estudos sobre Violência e Segurança – NEVIS/CEAM/UnB, do Laboratório de Estudos da Cidadania, Administração de Conflitos e Justiça – CAJU/DAN/UnB e do Grupo Candango de Criminologia – GCCrim/FD/UnB.*

Neste texto, nosso objetivo é aprofundar alguns elementos de análise sobre uma face da cultura punitiva que sustenta fórmulas bastante conhecidas e há muito desgastadas, revestindo-as com o elemento tecnológico. Estamos falando dos controles eletrônicos de liberdade (pulseiras, tornozeleiras ou câmeras), que representam a sobrevivência de um tipo de controle, que é a vigilância, ainda que as sociedades contemporâneas tenham se tornado complexas e fluidas, ou líquidas, segundo a categoria utilizada por Zygmunt Bauman<sup>1</sup>.

---

<sup>1</sup> É extensa a obra do autor e boa parte dela é permeada pelo conceito “líquido” – Modernidade líquida, Medo líquido, Amor líquido, Vida líquida, Tempos líquidos.

Fato é que a vigilância, como forma de controle da criminalidade, se aperfeiçoa, inicialmente, na modernidade, especialmente marcada por propostas de controle como o **Panóptico** de Bentham (1791)<sup>2</sup>, revisitado e eternizado por Michel Foucault em **Vigiar e Punir** na década de 1970<sup>3</sup>. Contudo, vigiar dezenas ou mesmo centenas de indivíduos acomodados em prédios, de acordo com o princípio do quadriculamento, já não é mais possível, e o exemplo mais dramático dessa realidade são os números relativos ao encarceramento em massa em diversos países, como o Brasil, que já ocupa o quarto lugar no *ranking* dos países que mais encarcera pessoas<sup>4</sup>. Nos dias atuais, as prisões se mostram completamente inconcebíveis como principal modalidade de punição<sup>5</sup>, uma vez que os efeitos que produzem no indivíduo encarcerado são contrários aos fins a que se destinam.

Sabemos, não obstante, que nas sociedades ocidentais contemporâneas é incontestável o papel estruturante da violência nos diversos processos e esferas sociais, na socialização dos indivíduos ou mesmo na definição de territórios com a identificação de espaços violentos e a tentativa de transformá-los em espaços protegidos; o que tem justificado o alastramento de medidas de segurança para proteger os cidadãos<sup>6</sup>. Nesse sentido, o grande protagonista da segurança neste século, segundo Yves Pedrazzini, deixa de ser o Estado e passa a ser os fabricantes de novas tecnologias de segurança (p. ex. fabricantes de alarmes, dispositivos de controle e segurança privados etc.) e, o que é pior, sob a legitimação de leis e do sistema jurídico. João Ricardo Hauck<sup>7</sup> enumera alguns desses novos mecanismos de segurança, tais como: “câmeras de vigilância, escutas ambientais, gramos telefônicos, identificadores de vozes, leitores faciais, leitores de impressões papilares, leitores da íris, detectores de metais etc”. Segundo ele, na esfera da investigação criminal “sobressaem as perícias técnicas de som e imagem, os exames químicos e, sobretudo, o exame de DNA”.

Já no âmbito da segurança e do sistema penal, “desmoronam antigas estruturas e vêm à tona novos paradigmas de segurança”, no entan-

2 BENTHAM, Jeremy et al. **O Panóptico**. 2ª edição. Belo Horizonte: Autêntica, 2008 [1791].

3 FOUCAULT, Michel. **Vigiar e punir**: nascimento da prisão. 33ª Edição. Petrópolis: Vozes, 2007 [1975].

4 De acordo com o *International Centre for Prison Studies (ICPS)*, o Brasil permanece atrás apenas dos Estados Unidos (2,266 milhões de presos), China (1,640 milhões de presos) e Rússia (717 mil presos).

5 BAUMAN, Zygmunt. **Globalização: as consequências humanas**. Rio de Janeiro: Zahar, 1999.

6 PEDRAZZINI, Yves. **La violence des villes**. Paris: Les Éditions Charles Léopold Mayer, 2005, p. 102.

7 HAUCK, João Ricardo. “Tecnociência, vigilância e sistema penal: a superação de paradigmas e as novas perspectivas sob o viés tecnológico”. **Direito & Justiça**, Porto Alegre, v. 34, n. 2, 2008, p. 50-66.

to, “a legislação penal não assimila tamanha velocidade e o direito penal parece estagnado frente ao progresso tecnológico”<sup>8</sup>, sendo que, segundo esse mesmo autor, “(re)pensar a (re)estruturação de políticas de segurança pública e justiça criminal deve necessariamente (se quisermos ter eficácia) passar por uma (re)atualização das ‘fórmulas’ de contenção da violência”<sup>9</sup>.

A realidade atual indica que a quantidade de pessoas que frequentam instituições de controle (escolas, fábricas, hospitais, manicômios, prisões, fábricas etc.) ou que circulam nos espaços públicos e privados já não podem mais ser vigiadas sem o uso da tecnologia. Contudo, este uso, tal como o da vigilância na modernidade, apresenta funcionalidades e limitações nem sempre percebidas e compreendidas, mas que alimentam sonhos de controle e, mais do que isso, os lucros deste mercado, como já nos alertava Nils Christie, no final da década de 1990.<sup>10</sup>

Para David Garland, na análise que faz sobre a cultura do controle de forma mais ampla, ainda que as estratégias atuais de controle do delito estejam ajustadas de alguma forma às estruturas das sociedades de modernidade tardia, elas não são inevitáveis, uma vez que moldadas por instituições políticas e por compromissos culturais, sendo, portanto, resultado de escolhas políticas que podem ser diferentes. De acordo o autor:

(...) nuestra moderna tendencia a pensar en la ‘imposición de la ley’ como sinónimo del ‘control del delito’ revela hasta que punto nos hemos acostumbrado a pensar en el Estado como el mecanismo fundamental para enfrentar el delito. (...) existen otras posibilidades para el control del delito y la formación de un orden social, como hemos visto cuando consideramos las respuestas adaptativas desarrolladas por las agencias administrativas.<sup>11</sup>

É conveniente acrescentar, no entanto, que “(...) o emprego massivo de novas tecnologias de segurança (do DNA à biometria, passando

---

8 *Idem*, p. 53.

9 *Idem, ibidem*.

10 CHRISTIE, Nils. *A indústria do controle do crime: a caminho dos GULAG's em estilo ocidental*. Tradução de Luís Leiria. Rio de Janeiro, Forense, 1998.

11 GARLAND, David. *La Cultura del Control: crimen y orden social en la sociedad contemporánea*. Barcelona: Gedisa, 2005, p. 74 – 237.

pela vigilância eletrônica) transforma a cidadania, a população em geral e, sobretudo, algumas categorias de cidadãos submetidas a uma caracterização étnica e racial em objeto-mercadoria observado, categorizado e classificado – em suma, vigiado permanentemente”, conforme pontuou Daniel dos Santos<sup>12</sup>.

Dante desse cenário, observamos a vigilância eletrônica no sistema prisional, diretamente associada, basicamente, a três finalidades principais: a detenção, a restrição e a vigilância propriamente dita. A detenção tem sido seu propósito mais comum, visando ao controle acerca da permanência do indivíduo em local predeterminado (por exemplo, sua residência, tornando mais eficaz a prisão domiciliar). Utilizada também como meio de restringir a liberdade, serve para impedir que o infrator se aproxime de determinadas pessoas ou frequente certos locais (em se tratando de crimes nos quais a pessoa da vítima ou o lugar do seu cometimento assume papel relevante). Finalmente, sob o prisma da vigilância, o sistema evita possíveis fugas, controlando, porém sem restringir, a movimentação do sujeito.

Atualmente, quatro opções técnicas de vigilância eletrônica estão disponíveis no mercado: a) adaptação de uma pulseira; b) adaptação de uma tornozeleira; c) adaptação de um cinto; d) adaptação de um microchip implantado no corpo humano (atualmente, em fase de testes nos Estados Unidos e na Inglaterra). Os dados contidos nesse chip podem ser transmitidos via satélite, informando a localização exata de quem o esteja portando.<sup>13</sup>

No caso brasileiro, por exemplo, vimos a incorporação da vigilância eletrônica tanto na modalidade câmeras de vigilância (de espaços públicos e privados) quanto na modalidade tornozeleiras eletrônicas. Nesta parte do texto, nos concentraremos na implantação deste tipo de controle no Estado de Minas Gerais/MG, para casos específicos de violência intrafamiliar e doméstica, visando contribuir para a reflexão mais ampla sobre as possibilidades e efeitos dessa estratégia incorporada naquela localidade sob a forma de política pública. Por meio do método etnográfico, pudemos acompanhar a implementação e utilização da referida política, entre novembro de 2012 e novembro de 2013, junto à Secretaria de Estado de

12 SANTOS, Daniel dos. "A militarização da justiça e a defesa da democracia". **DILEMAS: Revista de Estudos de Conflito e Controle Social** - V. 4 – n. 1 - JAN/FEV/MAR 2011 - p. 123-140.

13 CONTE, Christiany Pegorari. "Execução penal e o direito penal do futuro: uma análise sobre o sistema de monitoramento eletrônico dos presos". São Paulo: **Revista dos Tribunais**, v. 99, nº. 894, 2010, p. 401-441.

Defesa Social – SEDS do Governo do Estado<sup>14</sup>. Dessa forma, analisamos neste trabalho uma parte dos dados de campo coletados junto à Unidade Gestora de Monitoração Eletrônica – UGME/SEDS, começando pelo treinamento oferecido pela Spacecom Monitoramento S/A<sup>15</sup> aos técnicos da UGME, do qual pudemos participar na mesma condição dos agentes institucionais que operariam o Sistema na qualidade de ‘monitores’.

No caso do Estado de Minas Gerais/MG, em dezembro de 2012, foi implementado de fato o uso do referido mecanismo de vigilância e controle sob a denominação “Sistema de Observação Eletrônica Prisional de Minas Gerais” ou “Sistema de Observação Eletrônica de Sentenciados no Sistema Prisional”, que vinha sendo discutido desde o ano de 2007, sendo que, dentre as diferentes tecnologias disponíveis, optou-se pelo acoplamento de tornozeleiras eletrônicas ao corpo do usuário as quais emitem sinais monitorados pela central<sup>16</sup>. De forma pioneira com relação aos demais Estados brasileiros, a utilização da vigilância (ou monitoração) eletrônica em Minas Gerais, mais especificamente na Região Metropolitana de Belo Horizonte – RMBH (onde foi iniciado o projeto piloto), tem abrangido, desde fevereiro de 2013, casos de violência intrafamiliar e doméstica contra mulheres como medida cautelar.

Segundo o instrutor da Spacecom, o SAC 24 possibilita a segurança das mulheres que sofreram agressões e ameaças, isto porque o suposto ‘agressor/monitorado’ tem *áreas de exclusão* nas quais não pode transitar, possibilitando, assim, uma maior segurança (ou sensação de segurança) às supostas ‘vítimas’. O esquema de monitoração envolvido constitui-se basicamente de uma Central de Monitoração tecnologicamente aparelhada para garantir que, em caso de possível aproximação entre o suposto agressor e a suposta vítima, o Estado possa intervir para evitar danos e/ou agressões a ambas às partes envolvidas em situações de violência, conforme figura a seguir. Para tanto, é utilizada a integração de

14 A etnografia completa está disponível em: CAIXETA MACIEL, Welliton. "Os Maria da Penha: uma etnografia de mecanismos de vigilância e subversão de masculinidades violentas em Belo Horizonte". Dissertação de Mestrado em Antropologia Social. Brasília: Universidade de Brasília, 2014.

15 Empresa contratada pelo Governo do Estado de Minas Gerais para implementar a tecnologia de monitoração eletrônica de pessoas em situação de cumprimento de medidas judiciais, também conhecido SAC 24 – Serviço de Acompanhamento de Custódia 24 horas.

16 A Lei estadual nº 19.478, de 12 de janeiro de 2011, alterou a Lei nº 11.404/94, que contém normas de execução penal, estabelecendo a competência da Comissão Técnica de Classificação para opinar a respeito da utilização da monitoração eletrônica para fiscalização do cumprimento das condições fixadas em decisão judicial quando se tratando da autorização de saída temporária no regime semiaberto e na prisão domiciliar, bem como quando se julgasse necessário.

várias tecnologias, sendo as principais a localização GPS e a comunicação GPRS (rede celular). O equipamento de monitoração para esses casos recebe a denominação de ‘UPR 2G – Unidade Portátil de Rastreamento de 2<sup>a</sup> geração’.



Esquema de monitoração eletrônica de pessoas em situação de violência doméstica – Fonte: Spacecom Monitoramento S/A.

Convém ressaltar que, naquela localidade, o referido mecanismo tem sido utilizado também como forma de garantir o cumprimento de medidas protetivas aplicadas por juízes conjugadamente à obrigatoriedade em frequentar grupos reflexivos de gênero destinados prioritariamente a homens autores de violência doméstica contra mulheres, às quais é conferido facultativamente um dispositivo denominado “UPR – Unidade de Rastreamento Portátil”, que controla, vigia e comunica à mesma Central caso haja aproximação e violação da determinação judicial por parte dos supostos agressores, após a judicialização dos casos.

Com fundamento legal na Lei n.º 12.403/2011, art. 319, inciso IX, conforme nos explicou o Diretor da UGME, para esses casos tanto o/a agressor/a como a ‘vítima’ utilizam o equipamento. O agressor usa a tornozeleira e a ‘agredida’ é monitorada por um segundo ponto, uma espécie de ‘GPS’ com raio de alcance ajustável de 250, 500 ou 750 metros de distância.

Em 23 de abril de 2013, por meio da Resolução Conjunta nº 179, foi instituído no âmbito das Varas Especializadas em violência doméstica e familiar contra a mulher da Comarca de Belo Horizonte o ‘Programa de Monitoração Eletrônica de agressores’, através de tornozeleiras eletrônicas, “como medida cautelar específica (art. 319, IX, do Código de Processo Penal Brasileiro) e como instrumento de fiscalização das medidas protetivas de afastamento do lar, de proibição de aproximação da vítima e de proibição de frequentaçāo a determinados lugares” (com fundamento no art. 22, II, III, “a” e “c”, da Lei 11.340/2006, popularmente conhecida como “Lei Maria da Penha”).<sup>17</sup> A referida Resolução Conjunta previu ainda competências à Secretaria de Estado de Defesa Social por meio da UGME, no que concerne à infraestrutura necessária ao acompanhamento dos casos, além de obrigações ao monitorado e condições de concessão e de cessação da monitoração eletrônica. Foram elaborados, concomitantemente, fluxogramas de atendimento aos casos dessa natureza, prevendo passos e providências a serem tomados em situações de admissão e de descumprimento à monitoração eletrônica, bem como observando a atuação de cada uma das instituições envolvidas no enfrentamento à questão da violência doméstica na RMBH.

Desde o começo de sua utilização para casos de Lei ‘Maria da Penha’ (fev. 2013) até a conclusão do trabalho de campo (nov. 2013), ou seja, em 282 dias de monitoração eletrônica, haviam sido instaladas 439 tornozeleiras em homens autores de violência intrafamiliar e doméstica contra mulheres, em Belo Horizonte, sendo que, desse total: 87 foram desligadas por benefício, 55 por descumprimento da medida e 12 por outros motivos; além de nove rompimentos forçados do equipamento.

---

17 Foram consideradas as seguintes lei e dispositivos: “as disposições do art. 18 e seguintes da Lei Federal nº 11.340, de 07 de agosto de 2006, que instituem as medidas protetivas de urgência para assegurar a integridade física e psicológica da mulher vítima de violência doméstica e familiar”; “as disposições do art. 319, IX, do Código de Processo Penal, na redação dada pela Lei Federal nº 12.403, de 05 de maio de 2011, que prevê a monitoração eletrônica como medida cautelar diversa da prisão”; “o Decreto Federal nº 7.627, de 24 de novembro de 2011, que Regulamenta a monitoração eletrônica de pessoas prevista no Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941 – Código de Processo Penal, e na Lei nº 7.210, de 11 de julho de 1984 – Lei de Execução Penal”.

Considerou-se também “a necessidade de implementação de medida eficaz na fiscalização do cumprimento de medidas protetivas de urgência deferidas em favor de mulheres vítimas de violência doméstica e familiar”; “que a utilização da tecnologia de monitoração eletrônica se apresenta como instrumento eficaz na fiscalização do cumprimento das medidas protetivas de urgência previstas na Lei nº 11.340/06”; bem como “a necessidade de se implementar todas as medidas que estiverem à disposição da administração pública e possam contribuir para solucionar o problema do déficit de vagas no sistema prisional, no âmbito do Estado de Minas Gerais”.

Firmaram o compromisso por meio da referida Resolução Conjunta representando as suas respectivas instituições: o Secretário de Estado de Defesa Social, o Presidente do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, o Corregedor-Geral de Justiça do Estado de Minas Gerais, o Procurador-Geral de Justiça do Estado de Minas Gerais, a Defensora Pública-Geral de Minas Gerais, o Comandante Geral da Polícia Militar de Minas Gerais, o Chefe da Polícia Civil de Minas Gerais e os Juízes Titulares da 13a, 14a e 15a Varas Criminais da Comarca de Belo Horizonte.

A partir das falas dos próprios monitorados, ressaltamos, apenas para mencionar alguns dos desafios observados com relação ao cumprimento da medida de monitoração eletrônica, os seguintes pontos: dificuldades anatômicas do equipamento, queixas quanto ao peso e ao material do qual é fabricado (correia de borracha com fios internos de metal), os sinais sonoros e luminosos emitidos pelo mesmo (o que, geralmente, constrange e estigmatiza, sobretudo quando se está em locais públicos), restringe o uso de roupas curtas e leves no calor ou mesmo a dificuldade de exposição deste, dentre outros incômodos. Com relação às reclamações das mulheres agredidas com relação ao porte da UPR, estão também aquelas ligadas à questão do constrangimento ou da possível estigmatização, mas percebemos que outras reclamações estão diretamente relacionadas às maneiras como as partes negociam (ou não) o cumprimento da medida de monitoração (a ‘vítima’ pode deixar o aparelho em casa por livre vontade ou por esquecimento ou quando precisa se aproximar do agressor por alguma razão).

Diante do exposto, não é possível concluir se a medida de monitoração eletrônica é efetiva, eficaz e eficiente, de acordo com os fins aos quais se propõe, nem esses dados nos permitem concluir isto. Sabemos apenas que a adesão à medida mantém-se relativamente alta e desconhecemos qualquer medida análoga que possibilite a catalisação e observância do cumprimento de outras medidas protetivas, como o afastamento do agressor do convívio com a ‘vítima’, por exemplo. Todavia, ainda que vista como possibilidade de enfrentamento à dinâmica de endurecimento penal nas sociedades ocidentais contemporâneas, é interessante pontuar que, da forma como tem sido utilizado naquela localidade (como uma ‘Unidade Prisional Virtual’), esse tipo de vigilância eletrônica pode, como característica de uma arquitetura panóptica, levar a consequentes processos de estigmatização dos indivíduos a ela submetidos, mesmo que estes não tenham vivido a experiência do encarceramento em prisões comuns.

Neste texto nos ativemos a apresentar a tecnologia de monitoração eletrônica, objetivando a compreensão do/a leitor/a acerca de sua possível e imediata funcionalidade para casos cuja principal demanda seja garantir o cumprimento de medidas judiciais (como, por exemplo: a não aproximação entre ‘vítima’ e agressor). Contudo, estas e outras questões relativas ao monitoramento continuarão sendo acompanhadas e serão objeto de reflexões futuras visando a compreensão sobre os efeitos deste controle em expansão e sua relação com outras formas de controle existentes. ♦♦

# Forum Justiça: Política Judicial em Debate

Rosane M. Reis Lavigne

*Defensora Pública no Estado do Rio de Janeiro.*

## APRESENTAÇÃO

O Fórum Justiça (FJ) se apresenta como um espaço aberto a organizações e movimentos sociais, setores acadêmicos, estudantes, bem como agentes públicos do sistema de justiça, destinado a estimular o debate em torno da política judicial no Brasil, observado o contexto ibero latino-americano. Visa a desenvolver, coletivamente, avaliações, estratégias e propostas que avancem na construção de um modelo de justiça integrador, a partir de políticas de redistribuição de recursos e bens entrelaçadas às de reconhecimento de especificidades<sup>1</sup>, pautado na incorporação de dinâmicas de participação popular. Importa, para tanto, mapear os atores político-institucionais dos quais emana a política judicial prevalente no sistema de justiça<sup>2</sup> e analisar a posição funcional assumida por cada um deles diante dos nortes e projetos traçados em planos formais. Nesse sentido, torna-se necessário, da mesma forma, identificar as ferramentas práticas e conceituais capazes de assinalar as brechas internas do referido sistema pelas quais se poderia transitar e alargar canais de recepção das

1 Fraser propõe novo arranjo social, com a consideração da política de redistribuição integrada à do reconhecimento. Importa tratar as reivindicações por reconhecimento como reivindicações por justiça dentro de uma noção ampla de justiça: "Justiça, hoje, requer tanto redistribuição quanto reconhecimento; nenhum deles sozinho é suficiente." Chama atenção para a importância do reconhecimento da particularidade de cada um, da condição de cada indivíduo, visando superar a subordinação e fazendo do sujeito falsamente reconhecido um membro integral da sociedade, capaz de participar com os outros membros, efetivamente, como igual. V. FRASER, Nancy. **Reconhecimento sem ética?** Disponível em <http://www.scielo.br/pdf/ln/n70/a06n70.pdf>. Acesso em 22 fev. 2014. Na mesma linha, Arango defende que "toda distribuição de recursos deve ser feita por uma correção através da compensação de desvantagens objetivas das pessoas. ARANGO, Rodolfo. **Direitos Fundamentais Sociais, Justiça Constitucional e Democracia**, p. 100. Disponível em: [http://www.amprs.org.br/arquivos/revista\\_artigo/arquivo\\_1273603264.pdf](http://www.amprs.org.br/arquivos/revista_artigo/arquivo_1273603264.pdf). Acesso em 22 fev. 2014.

2 Compreende-se, aqui, por sistema de justiça o Poder Judiciário e as instituições essenciais à administração da justiça próprias das democracias constitucionais, como o Ministério Público, a Defensoria Pública e a Ordem dos Advogados do Brasil.

demandas sociais. Canais, esses, imprescindíveis ao desenvolvimento de arranjos democráticos que impulsionem as instituições componentes do sistema de justiça a criarem estruturas de suporte a direitos e a ampliarem processos de cooperação e integração, além da escuta popular. Permanentes e estabelecidos segundo modelos de participação ativa, inovadores, tais canais propiciariam a segmentos organizados da população efetiva incidência na formulação do desenho e de programas de ação correlatos às instituições do referido sistema. É possível organizar pautas em conjunto com organizações e movimentos sociais que resistem e refletem sobre alternativas para enfrentar os conhecidos obstáculos que este sistema interpõe e propiciar a concretude dos direitos, sejam estes referentes a políticas de reconhecimento e ou de redistribuição. Aos referidos canais, caberiam, ainda, promover a interlocução intra e interinstitucional, facilitando a circularidade de políticas democratizadoras de justiça. Pretende-se, assim, contribuir para a constituição de uma nova tessitura na dinâmica judicial.

Este artigo tem o propósito de colaborar, em alguma medida, para a melhor compreensão dessa livre iniciativa, proveniente em um primeiro momento de um grupo de Defensoras e Defensores Públicos fluminenses em parceria com a Associação Nacional dos Defensores Públicos – ANA-DEP e o Grupo de Pesquisa Direitos Humanos Poder Judiciário e Sociedade – DHPJS, vinculado à Faculdade de Direito da Universidade do Estado do Rio de Janeiro - UERJ<sup>3</sup>. Na atualidade, o Fórum Justiça projeta-se em distintas regiões do país, agregando dezenas de sujeitos interessados em discutir política judicial e elaborar ações estratégicas para a democratização do sistema de justiça. Portanto, o Fórum Justiça é um espaço coletivo, aberto, derivado de livre articulação que conta com conselho consultivo<sup>4</sup> e o aporte de apoiadoras(es)<sup>5</sup> e colaboradoras(es)<sup>6</sup>, reunidos pelo mesmo

3 A composição da articulação fundante e atual do Fórum Justiça está disponível em: [www.forumjustica.com.br](http://www.forumjustica.com.br). Acesso em 22 fev. 2014.

4 Compõem o conselho consultivo do Fórum Justiça: Articulação de Mulheres Brasileiras – AMB; Colégio Nacional de Ouvidores de Defensorias Públicas; Comitê Latino-Americano e do Caribe para a Defesa dos Direitos da Mulher – CLADEM; Grupo Candango de Criminologia – UNB; Instituto de Estudos da Religião – ISER; Laboratório de Direitos Humanos da UFRJ; Setor de Direitos Humanos do Movimento das Trabalhadoras e Trabalhadores Sem Terra - MST; Terra de Direitos.

5 Como apoiadoras, o Fórum Justiça agrupa as seguintes entidades: Secretaria de Assuntos Legislativos do Ministério da Justiça - SAL-MJ; Secretaria de Políticas para Mulheres - SPM; ONU Mulheres; Defensoria Pública do Estado de São Paulo - DPESP; Associação dos Defensores Públicos do Estado do Rio de Janeiro - ADPERJ; Defensores Públicos em Movimento - DPMov. Fundação Ford.

6 Cooperam para o aprofundamento da proposta e a expansão do Fórum Justiça, por meio de contribuição analítica de natureza político-acadêmica, um conjunto de colaboradores individuais. Disponível em <http://www.forumjustica.com.br/categoria/colaboradores>. Acesso em 16 fev. 2014.

compromisso de afastar óbices à democracia e consolidar política judicial orientada pela redistribuição integrada ao reconhecimento, ampliando-se as ferramentas de participação popular. Como construção coletiva de espaço, assenta-se em um tripé: agentes do sistema de justiça (Estado), setor acadêmico e organizações e movimentos sociais. Frise-se que a aliança com setores acadêmicos mostra-se essencial por fornecer suporte conceitual e metodológico à análise crítica de situações fáticas e levar a reflexões teóricas que propiciem formar conjunto de ações programáticas de diversas naturezas. Além disso, aponta a necessidade de se investir mais na produção de diagnósticos e pesquisas atinentes ao sistema de justiça.

A articulação FJ, além de se evidenciar crítica, importa uma tomada de posição em ação, sem abrir mão da reflexão teórica, uma vez que o diálogo com a academia compõe o tripé que a sustenta. Ultrapassa, no entanto, os lugares comuns do debate reforçado por alguns setores acadêmicos, sobre a judicialização das relações sociais. O FJ buscar ir além, focando, em uma perspectiva funcional, as práticas dos atores do sistema de justiça, visando a transformá-las, por meio da participação popular, para a permeabilidade de demandas por redistribuição e de reconhecimento com vistas à concretude dos direitos. Busca-se a funcionalidade democrática do sistema de justiça.

## 1. METODOLOGIA

O Fórum Justiça ratifica as “100 Regras de Brasília para o Acesso à Justiça de Pessoas em Condição de Vulnerabilidade”<sup>7</sup>, bem como a Declaração a elas vinculada, e as utiliza, de forma estratégica e construtivista, como texto-base de sua atuação. Isso se dá em razão de constituírem documento que explicita aposta em um modelo de justiça integrador, pactuado por entidades dirigentes do sistema de justiça, no âmbito da Cúpula Judicial Ibero-Americana. Nele reconhecem-se diretrizes<sup>8</sup> aptas a instru-

7 Esse documento foi aprovado durante a realização da XIV Cúpula Judicial Iberoamericana - espaço de articulação das Cortes Superiores de Justiça dos países iberoamericanos-, em Brasília, março de 2008. Contou com a contribuição da Associação Ibero-americana de Ministérios Públicos (AIAMP), a Associação Interamericana de Defensorias Públicas (AIDEF), a Federação Iberoamericana de Ombudsman (FIO) e a União Iberoamericana de Colégios de Advogados (UIBA). Alinha diretrizes que têm como escopo fomentar política judicial atenta às especificidades de grupos em situação de vulnerabilidade, de acordo com a normativa internacional dos direitos humanos e o respeito às diferenças no marco da igualdade. Disponível em: <http://www.forumjustica.com.br/100-regras-de-brasilia-e-outros-documentos>. Acesso em 14 fev. 2014.

8 Discute-se a força normativa das 100 Regras de Brasília, se seriam obrigatorias por que imantadas por tratados internacionais sobre direitos humanos vinculantes para o Estado. Nasch assinala que “el derecho internacional público

mentalizar o processo de construção de um sentido sócio-político-jurídico próprio ao referido modelo. Importa dar significado à expressão modelo de justiça integrador e nesse sentido o Fórum Justiça visa a facilitar a articulação de polos distintos - organizações e movimentos sociais, academia e agentes públicos – com o objetivo de aportarem elementos que resultem em conceito imbricado a boa prática.

É certo que a interpretação deste documento, consensuado no plano internacional pela Cúpula Judicial Ibero-Americana, se dá à luz do Pacto Político de 88 e da Emenda Constitucional 45/2004, referente à Reforma da Justiça no Brasil, também esteios dessa iniciativa. De igual forma, o Fórum Justiça opera com as normativas contidas nos tratados internacionais sobre direitos humanos. Considera-se, ainda, a Lei Orgânica Nacional da Defensoria Pública, que trata da organização administrativo-institucional e aclara compromissos da referida instituição com a democracia e os direitos humanos.

Esses mencionados documentos constituem o arcabouço normativo do Fórum Justiça e conformam a base para os debates e as atividades que lhe dão vida. A premissa é o maior envolvimento e participação de cidadãs e cidadãos<sup>9</sup> no âmbito da administração da justiça, em prol de sujeitos coletivos, em especial, na construção de suporte dos direitos relacionados a segmentos da população que se encontram em situação de vulnerabilidade. O protagonismo das discussões é das organizações e movimentos sociais que reúnem vivências e experiências acumuladas pelo ativismo político em prol de reconhecimento e redistribuição. Ao aporte desses atores soma-se a contribuição de operadores do sistema de justiça, resultando na ampliação do conhecimento sobre a funcionalidade desse sistema e da capacidade de identificar o perfil e as características das instituições que compõem a sua estrutura. Com esse delineamento, levantam-se formas possíveis para a correlata participação democrática,

---

*contempla la posibilidad de que ciertas normas que no tienen un origen convencional lleguen, por diversas vías, a obligar igualmente a los Estados. En el derecho internacional de los derechos humanos, tal proceso normativo contempla la posibilidad de una evolución en el estatus y jerarquía de las normas, así como también en el desarrollo de su contenido y extensión a través de la actividad de la doctrina y jurisprudencia.”* NASCH, Claudio. “*Minuta sobre fuerza normativa de las 100 Reglas de Brasilia. Apuntes para una discusión*”. Disponível em: [http://www.forumjustica.com.br/wp-content/uploads/2011/10/Fuerza-Obligatoria-100-Reglas\\_discusion.REV\\_2.cnt.pdf](http://www.forumjustica.com.br/wp-content/uploads/2011/10/Fuerza-Obligatoria-100-Reglas_discusion.REV_2.cnt.pdf). Acesso em 22 fev. 2014.

<sup>9</sup> Segundo Luz, não mais se sustenta a noção de cidadania liberal, baseada no binômio nacionalidade e *status político*, e que se apoia no quadro tradicional da teoria geral do Estado e do direito constitucional. O referido autor assinala que “a lógica dessa noção histórica de cidadania, de cunho passivo e liberal, calcada na ideia de representação, assimilada e propaganda pelo saber jurídico oficial, chocou-se, ao longo do processo da abertura política brasileira, com o grau de organização popular e a consciência dos sujeitos demandantes acerca dos direitos conquistados.” LUZ, Vladimir de Carvalho. **Assessoria Jurídica Popular no Brasil**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, p. 116.

favorecendo o surgimento de uma institucionalidade híbrida, fruto da interação entre atores sociais e estatais.

## 2. BREVES COMENTÁRIOS

Verificam-se empecilhos e lacunas ao estabelecimento de canais permanentes para o necessário diálogo entre organizações da sociedade civil, movimentos sociais e instituições integrantes do sistema de justiça. Isso se dá tanto na vertente da democracia participativa quanto na da democracia representativa. A ilustrar esse déficit democrático, o distanciamento e a pouca compreensão do sistema de justiça como lugar de disputa política por grande parte de setores organizados da sociedade civil, bem como a imperceptível organização e conteúdo programático alusivos ao tema no meio dos partidos políticos. Assim, o Fórum Justiça instala-se como espaço destinado a reunir entidades e ativistas autônomos interessados em problematizar e refletir sobre essas questões, estimulando a formação de grupos de trabalho, com o objetivo de fomentar discussões sobre política judicial e elaborar ações dirigidas ao manejo de mecanismos da democracia direta e à maior incidência no procedimento representativo.

Como boa prática no uso dos referidos mecanismos de democracia, importante destacar a experiência ativa de setores organizados do movimento de mulheres relacionada ao processo legislativo da Lei Maria da Penha, assinalando-se as audiências públicas parlamentares realizadas naquela ocasião, em distintas regiões do país. Tal forma de atuação, de-corrente de luta por reconhecimento da especificidade da condição de mulher, pode suportar ostensivo lobby da articulação de magistrados contrários à criação de legislação específica para criar mecanismos para coibir a violência doméstica e familiar – Lei Maria da Penha<sup>10</sup>.

Ressalte-se, também, no plano institucional, o modelo da Defensoria Pública do Estado de São Paulo – DPESP, que dispõe sobre a construção de espaços próprios de participação popular e a incorporação das propostas deles provenientes. A DPESP criou oportunidades, sistemáticas e contínuas, para a participação de movimentos sociais na definição de diretri-

<sup>10</sup> Essa questão encontra-se narrada e comentada no Caso Fonaje. Ver em LAVIGNE, Rosane M. Reis. "CASO FONAJE: O ativismo de juízes integrantes do Fórum Nacional dos Juizados Especiais no processo de elaboração da Lei Maria da Penha." In: CAMPOS, Carmen Hein (Org.). *Lei Maria da Penha comentada em uma perspectiva jurídico feminista*. Rio de Janeiro: Livraria e Editora Lumen Juris Ltda. 2011.

zes e planos de ação institucionais e, nesse sentido, constitui modelo para o Fórum Justiça. Verifica-se tal assertiva, por exemplo, pelas seguintes práticas institucionais: (i) ciclos de conferências públicas<sup>11</sup>; (ii) ouvidoria externa<sup>12</sup> e (iii) momento aberto<sup>13</sup>. Tais atividades formam experimento inovador de política judicial que deveria ser observado e analisado tanto por setores acadêmicos quanto por atores sociais interessados na democratização do sistema de justiça, à luz dos princípios, fundamentos, objetivos e finalidades da República Brasileira. O implemento dessa experiência exemplar tem enriquecido o debate sobre a utilização de mecanismos democráticos adequados a transpor demandas populares para o patamar institucional do sistema de justiça.

Com o mesmo empenho destinado a promover ações referentes à democracia participativa, o Fórum Justiça também incentiva a reflexão sobre a importância de se inserir a temática do sistema de justiça na composição de estruturas partidárias ou outra forma orgânica de atenção, na medida em que se verificam insuficientes as pautas programáticas de partidos políticos com conteúdo dessa natureza, bem como o correlativo debate parlamentar. Pretende-se, assim, impulsionar a formação de plataformas político-partidárias com leque de ações voltadas para elevar a intensidade democrática do sistema de justiça.

O Fórum Justiça busca levantar e problematizar questões dessa natureza no Brasil, observando, também, situações similares em países latino-americanos.

### 3. CONFORMAÇÃO E ESTADO DA ARTE

No âmbito do Fórum Justiça, podem ser observadas duas vertentes que caminham lado a lado: a primeira relaciona-se a uma pauta nacional em uma perspectiva latino-americana, voltada para debater política judi-

11 Ressalte-se que a Defensoria Pública do Estado de São Paulo – DPESP recém concluiu o IV Ciclo de Conferência Pública e o resultado das propostas e moções aprovadas na Plenária pode ser encontrado: <http://www.defensoria.sp.gov.br/dpesp/Default.aspx?idPagina=5331>. Acesso em 16 de fev. 2014.

12 A respeito das potencialidades da Ouvidoria Externa, Zaffalon assinala que a "Ouvidoria da Defensoria Paulista parece contribuir para a formação de espaços educativos que buscam incluir as diversas vozes que compõem o público alvo da Defensoria, potencializando os debates sobre a promoção do acesso à justiça". In: ZAFFALON, Luciana Leme Cardoso. **Uma fenda na justiça: a defensoria pública e a construção de inovações democráticas**. São Paulo: Hucitec, 2010, p. 116. Disponível em: <http://bibliotecadigital.fgv.br/dspace/bitstream/handle/10438/5233/62080100003.pdf?f%3Bsessionid=1CB339713A0ECDD97E631CA92686615A?sequence=1>. Acesso em 23 fev. 2014.

13 Refere-se a oportunidade conferida a pessoas e entidades populares para manifestação durante as sessões realizadas pelo Conselho Superior da Defensoria Pública do Estado de São Paulo.

cial a nível macro e o estabelecimento de mecanismos que visem à democratização do sistema de justiça de modo mais amplo e popular. Constitui diretriz comum aos respectivos Grupos de Trabalho (GTs) e às projeções do Fórum instaladas em outras cidades e regiões do país. A segunda vertente encontra-se vinculada às pautas locais, específicas, de acordo com interesses de organizações, movimentos sociais e ativistas autônomos articulados. Está, via de regra, regionalmente contextualizada.

Apresenta-se como desafio constante manter a mobilização de pessoas interessadas em discutir a democratização do sistema de justiça e levar adiante as ações planejadas. Dificuldade comum que se estende a integrantes do referido sistema, do meio acadêmico, bem como de organizações e movimentos sociais, incluindo os militantes autônomos. Em alguns momentos, reuniões da articulação Fórum Justiça no Rio de Janeiro foram obstadas em razão do pleno envolvimento de seus componentes com atividades laborais e acadêmicas prevalentes. O caráter voluntário desse ativismo político resulta, com frequência, em demasiada fluidez no incremento de atividades idealizadas, mostrando-se difícil conciliar a implementação de plano de ação do Fórum Justiça com as obrigações funcionais relativas às (aos) articuladoras(es) dessa livre iniciativa. Constatase, assim, uma sazonalidade na atuação do Fórum, que funciona em ritmo próprio: uma mistura da lógica temporal das instituições e dos movimentos sociais que o compõem e o preenchem de conteúdo. Dessa forma, no Fórum Justiça há o impacto dos ciclos do ativismo, geradores de uma temporalidade singular, que resulta em ações muitas vezes intermitentes. Verifica-se, contudo, a expansão do FJ, com a instalação de projeções em outros Estados, como Ceará e Pará, e a realização de atividades desenvolvidas como FJ Themis Porto Alegre, que resultou na difusão da temática da democratização da justiça com a perspectiva de gênero. Objetiva-se replicar o Fórum Justiça como práxis da proposta reconhecimento e redistribuição: por uma política judicial integradora, em uma perspectiva latino-americana. No âmbito nacional, levar essa iniciativa a Estados onde as discussões relacionadas à democratização do sistema de justiça ainda se encontram incipientes.

Encontra-se em evolução o GT Ibero Latino-Americano, assim denominado em correspondência à Cúpula Judicial Ibero-Americana<sup>14</sup>. O Fórum Justiça, ao intensificar o olhar para a Cúpula, visa a assinalar o re-

---

14 Ver nota 7.

conhecimento desse espaço supranacional de articulação como locus de produção de política judicial, vertical, que impacta o conjunto de países da região, com reflexo direto na operacionalidade do sistema de justiça dos países que a integram. Espaço, portanto, a ser monitorado por todas e todos que queiram contribuir para o alcance da democratização do sistema de justiça. Os denominados Hijos de Cumbre<sup>15</sup>, documentos e redes que traçam rumos e prescrevem normas orientadoras de política judicial, ilustram a produção do referido espaço.

Por meio do estreitamento de contatos com atores político-sociais latino-americanos, e do estabelecimento de novos, que desenvolvam atividades atinentes à temática da política judicial, da funcionalidade democrática do sistema de justiça, reforma da justiça e as 100 Regras de Brasília, o GT inicia debates, estudos, coleta de dados e análises, orientados a formular estratégias de incidência na Cúpula e a fomentar política judicial democrática. Busca-se estabelecer intersecção e/ou contraste com as pautas emanadas do referido espaço judicial de articulação, observada a produção do setor acadêmico e o acúmulo de organizações e movimentos sociais da América Latina. Fundamental refletir para além do foco local, considerando as diversas realidades de países latino-americanos, promovendo, dessa maneira, perspectivas transnacionais em torno da justiça como política pública e como direito estratégico<sup>16</sup>. O cotejo dessas realidades permitiria identificar iniciativas e boas práticas voltadas à democratização da justiça e, ainda, discutir de forma aprofundada conteúdo para a expressão modelo de justiça integrador, disposta na Declaração alusiva às 100 Regras de Brasília.

Dentre as ações concebidas para dinamizar o conjunto de ideias relacionado à atuação do GT e o monitoramento da Cúpula Judicial Ibero-

15 Refere-se a documentos como as “100 Regras de Brasília para o Acesso à Justiça de Pessoas em Condición de Vulnerabilidad”, “Código de Ética da Magistratura Ibero-Americana” e a todas aquelas redes ou estruturas estáveis criadas pela Cúpula Judicial Ibero-Americana”: Red Iberoamericana de Documentación Judicial – IBERIUS; Centro Iberoamericano de Capacitación Judicial Virtual – CIACIV; AULA IBEROAMERICANA; Justicia en la Sociedad del Conocimiento – EJUSTICIA; Red Iberoamericana de Cooperación Jurídica Internacional – IBERRED; Comisión Iberoamericana de Ética Judicial; Comisión de Seguimiento de las Reglas de Brasilia sobre o acceso a la Justicia de las Personas en Condición de Vulnerabilidad; Comisión conjunta de trabajo entre Poderes Judiciales Europeos y Latinoamericanos. Disponível em: [http://www.cumbrejudicial.org/web/guest/wiki/-/wiki/Wiki%20General\\_Cumbre%20Judicial%20Iberoamericana/Hijos+de+Cumbre](http://www.cumbrejudicial.org/web/guest/wiki/-/wiki/Wiki%20General_Cumbre%20Judicial%20Iberoamericana/Hijos+de+Cumbre). Acesso em 14 fev. 2014.

16 Utiliza-se a expressão direito “estratégico” com a finalidade de explicitar o quanto é importante focar o acesso à justiça como direito humano essencial para a efetivação dos demais direitos, na mesma linha em que o Sistema Interamericano de Direitos Humanos já o tem apontado em diversos relatórios e jurisprudências, com especial impacto nos grupos em situação de vulnerabilidade, como anotado em “El Acceso a La Justicia como Garantía de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales”. Disponível em: <http://www.cidh.org/countryrep/accesodesc07sp/Accesodesci-ii.sp.htm>. Acesso em 16 de fev. de 2014.

-americana despontam: (i) acompanhar os espaços de debate; (ii) elaborar relatórios com a finalidade de avaliar tanto a previsão como o uso de mecanismos de democracia funcional nos projetos político-judiciais de âmbito regional; (iii) produzir contra-informe a relatório realizado pelo Conselho Nacional de Justiça.

#### 4. ANTECEDENTES E CONTEXTO

Ao se analisar o processo de construção do Fórum Justiça, observam-se eventos antecedentes, impulsionadores dessa Articulação, que constituem a sua memória. O ponto de partida é a vivência e a sensibilização de alguns Defensores e Defensoras Públicas do Estado do Rio de Janeiro relacionadas à transição democrática e à conquista de direitos. Mais à frente, o estudo das 100 Regras de Brasília propiciou ação política coletiva, compartilhada e debatida no âmbito de entidades classistas<sup>17</sup>.

De igual importância os debates e material produzido por seminários realizados na América Latina na década de 2000, como o denominado “Justiça como Serviço Público”, ocorrido em Santa Cruz de La Sierra, Bolívia, 2006. Tal atividade foi promovida pelo EUROSociAL Justiça<sup>18</sup> - iniciativa de cooperação técnica da Comissão Europeia para promover a coesão social na América Latina por meio do intercâmbio de experiências entre instituições da Administração Pública de diferentes países europeus e latino-americanos. Buscava-se observar dados institucionais de organismos do sistema de justiça, a partir da visão da justiça como serviço público. Nessa linha caberia relacionar o acesso à justiça, como direito humano fundamental, à obrigação do Estado de organizar políticas e serviços adequados às necessidades que indivíduos e grupos ostentam, considerados nas suas particularidades. Sendo assim, para o exercício eficaz de tal direito torna-se indispensável que transformações referentes ao sistema de justiça abarquem medidas de atenção a pleito específico de diferentes

---

17 Contribuíram fortemente para a formação do Fórum Justiça atividades realizadas no âmbito da Associação Interamericana de Defensorias Públicas – AIDEP, da Associação Nacional dos Defensores Públicos – ANADEP e Associação dos Defensores Públicos do Estado do Rio de Janeiro - ADPERJ.

18 O Seminário “*La Justicia como Servicio Público*”, promovido pelo Programa EUROSOCIAL Justiça e pela Agência Espanhola de Cooperação Internacional (AECI), como parte do Programa Regional para a Coesão Social na América Latina, teve como um dos objetivos discutir a reforma do Poder Judiciário em países da América Latina. Estive presente representando a Cepia - Estudo, Pesquisa, Informação. Disponível em: <http://www.cepia.org.br/eurosocial.htm>. Acesso em 16 de fev. 2014.

grupos sociais, além de considerar as correspondentes reivindicações por redistribuição. Por exemplo, a integração da perspectiva de gênero nas reformas da justiça é uma estratégia essencial neste esforço<sup>19</sup>. Se o sistema de justiça visa a ter credibilidade e legitimidade aos olhos da comunidade, deve, para tanto, agregar mecanismos de participação e atuar responsávelmente frente às expectativas de segmentos da sociedade que buscam reconhecimento e ou redistribuição.

Além das políticas de reconhecimento, no referido seminário comentava-se também a questão da celeridade, da transparência, dos números – quanto custa a justiça? Mostrava-se a visão economicista do sistema de justiça. A análise interdisciplinar propiciou também outras abordagens, sendo então notada a oportunidade de enfrentar o déficit democrático<sup>20</sup> do referido sistema e aperfeiçoar as transformações estruturais necessárias com vistas a assegurar direitos. Alinhavaram-se, então, proposições orientadas a afastar o renitente quadro de pouca permeabilidade do sistema às demandas por políticas de matiz responsável, com ênfase na participação social e *accountability*<sup>21</sup>. Abordava-se a justiça como serviço público. Essa dimensão muitas vezes obscurecida por outras dimensões da justiça, como valor e poder, deveria pontuar a condução de processos políticos relacionados à reforma da justiça. Sendo assim, ao se focar a realidade brasileira e analisar a tipologia das agencias estatais, conclui-se que à Defensoria Pública, por sua missão constitucional, caberia facilitar e ampliar esse debate.

À mesma época do mencionado seminário, ocorria a reforma da justiça em muitos países da América Latina, inclusive no Brasil. Levantavam-se dados concernentes à organização e aos serviços realizados nos correspondentes setores públicos de países do continente. No Brasil, a Secretaria da Reforma do Poder Judiciário, órgão do Ministério da Justiça

19 Ver documento preparado por *United Nations International Research and Training Institute for the Advancement of Women (UN-INSTRAW)* para apresentar a ferramenta "Gender and SSR Toolkit: Justice Reform and Gender: Tool 4 (UN), UN-INSTRAW". In : *Justice Reform and Gender*. 2008. Disponível em [http://www.peacewomen.org/portal\\_resources\\_resource.php?id=1276](http://www.peacewomen.org/portal_resources_resource.php?id=1276). Acesso em 16 fev. 2014.

Também, PASTOR, Santos; ROBLEDO, Jesus. *Experiencias y Buenas Prácticas en Gestión de Calidad de la Justicia, Información y Transparencias y Atención al Ciudadano*. Capítulo I. Informe FIIAPP. PROYECTO EUROSOCIAL-JUSTICIA. 2007, p. 45. Disponível em <http://justicia.programaeurosocial.eu/datos/documentos/estudios/1169206528.pdf>. Acesso em 16 de fev. 2014.

20 Ver em SANTOS, Boaventura de Sousa. *Pela Mão de Alice: o social e o político na pós-modernidade*. 9ª ed. São Paulo: Cortez, 1995, p. 180; O'DONNELL, Guillermo. *Disonancias: críticas democráticas a la democracia*. Buenos Aires: Prometeo, 2007, p. 74.

21 CAMPOS, Ana Maria. "Accountability: quando poderemos traduzi-la para o português?" *Revista de Administração Pública*, Rio de Janeiro, v. 24, nº 2, 1990.

preparou diagnósticos sobre instituições do sistema de justiça, dentre elas a Defensoria Pública<sup>22</sup>. Desenvolveram-se estudos relacionados à expansão da capacidade institucional da Defensoria Pública e aceleraram-se as iniciativas no Congresso Nacional para adequar a respectiva Lei Orgânica Nacional ao arcabouço democrático e ao paradigma dos direitos humanos. Formou-se, então, grupo de Defensoras e Defensores Públicos interessados em acompanhar mais de perto a implementação da Reforma da Justiça no Brasil e, em alguma medida, na América Latina. Passaram, então, a acompanhar algumas iniciativas com a finalidade de incrementar esse debate, como o Seminário Interamericano sobre Governo Judicial, promovido pelo Centro de Estudios de Justicia de las Américas – CEJA e Fundação Carolina-Argentina, ocorrido em Buenos Aires, 2007. Seguiram-se eventos importantes como a aprovação das mencionadas “100 Regras de Brasília sobre Acesso à Justiça de Pessoas em Condição de Vulnerabilidade”, por ocasião da XIV Conferência Judicial Ibero-Americana realizada em Brasília, documento este acompanhado de Declaração na qual, como visto, se assinala o “compromisso com um modelo de justiça integrador, aberto a todos os setores da sociedade, e especialmente sensível com os mais desfavorecidos ou vulneráveis”<sup>23</sup>. No ano de 2009, em Salvador, Bahia, ocorreu o IV Encontro Internacional de Redes EUROSOCIAL<sup>24</sup>. Ao encerramento desse Encontro, foi divulgada a Declaração da Bahia, documento que apresentou os principais pontos a serem fortalecidos e definidos como prioridade da Rede, dentre eles o de fortalecer a Defensoria Pública.

Essa temática atinente à reforma do sistema de justiça e o papel da Defensoria Pública suscitou a realização de atividades organizadas pela Associação Nacional dos Defensores Públicos – ANADEP, apoiadas por entidades classistas e de administrações da Defensoria Pública nos Estados, como as do Estado de São Paulo e do Rio de Janeiro. Destaque-se o Seminário “Análise das 100 Regras de Brasília por Instituições do Sistema de Justiça do Brasil, Argentina, Uruguai, Paraguai e Chile: o aces-

---

22 No âmbito da modernização do sistema judicial, alguns diagnósticos foram publicados pela Secretaria da Reforma do Sistema Judiciário, dentre eles o Primeiro Diagnóstico do Poder Judiciário, bem como do Ministério Público e da Defensoria Pública. Estas publicações contribuíram para difundir informações à sociedade, proporcionando acesso a dados referentes às atividades desempenhadas pelas instituições que compõem o setor justiça. BRASIL. Ministério da Justiça. **Reforma do Judiciário**. Disponível em <http://portal.mj.gov.br/data/Pages/MJBB93AF25PTBRNN.htm>. Acesso em 16 fev. 2014.

23 Declaração vinculada às “100 Regras de Brasília” disponível em: <http://www.forumjustica.com.br/wp-content/uploads/2011/10/Declaracao-de-Brasilia.pdf>. Acesso em 16 fev. 2014.

24 Declaração da Bahia disponível em: <http://www.anadep.org.br/wtk/pagina/materia?id=6512>. Acesso em 16 fev. 2014.

so à justiça de pessoas em condição de vulnerabilidade”<sup>25</sup>, ocorrido na sede da Associação dos Defensores Públicos do Estado do Rio de Janeiro – ADPERJ, em 2009. Ainda, o seminário “II Análise das 100 Regras de Brasília por Instituições do Sistema de Justiça do Cone Sul: O acesso à justiça por pessoas em condição de vulnerabilidade” – Homenagem ao Catedrático Santos Pastor Prieto<sup>26</sup>, realizado em Buenos Aires, no ano de 2010. Esses seminários provocaram debates e produziram documentos<sup>27</sup> desencadeadores de novas atividades, envolvendo variados grupos temáticos, que se constituíram como prévias à instalação do Fórum Justiça, ao final ocorrido em reunião geral realizada na cidade do Rio de Janeiro, em dezembro do ano de 2011. Dessa reunião decorreu a deliberação pela permanência do Fórum e o Pacto Fórum Justiça<sup>28</sup>, documento orientador das atividades programadas a partir de então.

O início das articulações em torno da construção do Fórum Justiça, como referido anteriormente, foi impulsionado por uma conjunção de fatores. Havia urgência de se retomar a pauta originada na última etapa do I Seminário sobre as 100 Regras de Brasília, realizado na ADPERJ, em 2009. Em tal ocasião, os movimentos sociais presentes encaminharam a proposta de dar continuidade aos comentários sobre as 100 Regras de Brasília, em uma perspectiva popular. Aliou-se a isso a política pouco aberta à participação popular no âmbito da administração da Defensoria Pública do Estado do Rio de Janeiro<sup>29</sup>; e também as reflexões aprofundadas du-

25 Ver VESTENA, Carolina. "Relatório Geral Seminário: Análise das 100 Regras de Brasília por Instituições do Sistema de Justiça do Brasil, Argentina, Uruguai, Paraguai e Chile: o acesso à justiça de pessoas em condições de vulnerabilidade." Rio de Janeiro, 2009. Disponível em: [http://www.forumjustica.com.br/wp-content/uploads/2011/10/Relat%C3%B3rio\\_Seminario\\_Rio\\_100-Regras-de-Bras%C3%ADa.pdf](http://www.forumjustica.com.br/wp-content/uploads/2011/10/Relat%C3%B3rio_Seminario_Rio_100-Regras-de-Bras%C3%ADa.pdf). Acesso em 16 de fev. 2014.

26 Colaboraram ainda com esse seminário a *Fiscalía General de La Ciudad Autónoma de Buenos Aires* em cooperação com a ANADEP, a *Defensoría General de la Nación Argentina*; o Instituto Latinoamericano das Nações Unidas para a Prevenção e Tratamento de Delinqüentes – ILANUD e a Associação Interamericana de Defensorias Públicas – AIDEF. Ver Informativo a respeito em: [http://www.forumjustica.com.br/wp-content/uploads/2011/10/Informativo\\_II\\_Encontro\\_100\\_Regras\\_de\\_Brasilia.pdf](http://www.forumjustica.com.br/wp-content/uploads/2011/10/Informativo_II_Encontro_100_Regras_de_Brasilia.pdf). Acesso em: 15 fev. 2014.

27 Dos dois seminários realizados com a finalidade de analisar as “100 Regras de Brasília” foram extraídos documentos conclusivos como a “Carta do Rio” disponível em: [http://www.forumjustica.com.br/wp-content/uploads/2011/10/Relat%C3%B3rio\\_Seminario\\_Rio\\_100-Regras-de-Bras%C3%ADa.pdf](http://www.forumjustica.com.br/wp-content/uploads/2011/10/Relat%C3%B3rio_Seminario_Rio_100-Regras-de-Bras%C3%ADa.pdf) e os “Compromissos de Buenos Aires” disponível em: [http://www.forumjustica.com.br/wp-content/uploads/2011/10/Relat%C3%B3rio\\_Seminario\\_Rio\\_100-Regras-de-Bras%C3%ADa.pdf](http://www.forumjustica.com.br/wp-content/uploads/2011/10/Relat%C3%B3rio_Seminario_Rio_100-Regras-de-Bras%C3%ADa.pdf). Acesso em 16 de fev. de 2014.

28 Documento final da Primeira Reunião Geral do Fórum Justiça, que reafirma o compromisso com o modelo de justiça integrador, com reconhecimento de especificidades, redistribuição de riquezas e participação popular. Disponível em: <http://www.forumjustica.com.br/>. Acesso em 28out.2013.

29 Tal prática depreende-se de vários episódios, dentre outros, o rechaço à instalação de ouvidoria externa, a mudança de orientação institucional ocorrida em abril de 2011 que afetou diretamente a metodologia do trabalho realizado pelo Núcleo de Terras e Habitação (NUTH), vinculado à DP/RJ. Desde o ano de 2007, esse Núcleo vinha realizando trabalho integrado com as comunidades e movimentos sociais, com gestão democrática, pautada por reuniões periódicas de avaliação e construção coletiva do plano de trabalho, constituindo exemplo de interação entre o trabalho de uma instituição do sistema de justiça e a participação popular.

rante o I Seminário Direito, Pesquisa e Movimentos Sociais, ocorrido na Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, em abril de 2011<sup>30</sup>. É sabido que as paixões movimentam as ações políticas e não foi de outro modo que se conseguiu em um dado momento mobilizar amplo espectro de forças políticas para a instalação e permanência do Fórum Justiça.

## 5. ASPECTOS DA REFORMA DA JUSTIÇA NO BRASIL

A Emenda Constitucional nº 45/2004, de 30 de dezembro de 2004, deu início a transformações importantes no sistema de justiça. Ao conjunto dessas transformações a literatura especializada tem chamado de Reforma da Justiça e, por vezes, de Reforma do Poder Judiciário. Esta última denominação sugere a centralidade do Poder Judiciário no interior do sistema de justiça, Poder que se mostrou, por longo período, refratário às transformações exigidas pelo Estado Democrático de Direito instalado no país.

A Reforma da Justiça apresenta difícil percurso. Tanto no período marcado pela convocação da Assembleia Nacional Constituinte, quanto após a promulgação da Constituição de 88, foram debatidos vários projetos que visavam a mudanças estruturais nas instituições integrantes do sistema de justiça. Porém, poucos tiveram êxito<sup>31</sup>. Foram necessários doze longos anos de tramitação do mencionado projeto no Congresso Nacional, com idas e vindas, para a implantação da Reforma<sup>32</sup>. A morosidade desse processo legislativo espelha a complexidade do Judiciário e realça suas características intrínsecas: hermético, ambíguo e refratário a mudanças<sup>33</sup>. Essas características deixariam transparecer a simetria existente entre a estrutura e lógica operativa do Judiciário com a das Forças

---

30 Este seminário foi o primeiro que consolidou o propósito de se criar o Instituto de Pesquisa em Direitos e Movimentos Sociais -IPDMS, ideia que ganhou corpo durante o II Seminário de Direito, Pesquisa e Movimentos sociais, ocorrido na cidade de Goiás, em abril de 2012.

31 Nesse sentido ver FALCÃO, Joaquim. *Estratégias para a Reforma do Judiciário*. Disponível em: [http://academico.direitorio.fgv.br/ccmw/images/c/cf/Estrat%C3%A9gias\\_para\\_a\\_Reforma\\_do\\_Judici%C3%A1rio\\_-\\_Livro\\_Sergio\\_Renault.pdf](http://academico.direitorio.fgv.br/ccmw/images/c/cf/Estrat%C3%A9gias_para_a_Reforma_do_Judici%C3%A1rio_-_Livro_Sergio_Renault.pdf). Acesso em 23 fev. 2014.

32 Sobre o histórico legislativo da Reforma da Justiça ver o apanhado feito por SANTOS, André Gambier. "Sistema de Justiça no Brasil: Problemas de Equidade e Efetividade" (texto para discussão |1328, fev. 2008). Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada – IPEA, p. 28-30. Disponível em: [http://www.ipea.gov.br/portal/index.php?option=com\\_content&view=article&id=4879&catid=306](http://www.ipea.gov.br/portal/index.php?option=com_content&view=article&id=4879&catid=306). Acesso em 22 fev. 2014.

33 Para Koerner, esse processo foi "marcado pela continuidade dos quadros políticos e burocráticos, bem como dos modelos de administração pública". KOERNER, Andrei. "O debate sobre a reforma do Judiciário". In: *Novos Estudos: publicação quadrimestral*. São Paulo: Centro Brasileiro de Análise e Planejamento (CEBRAP), n. 54, jul 1999, p. 12-13.

Armadas<sup>34</sup>. Relação que, em certa medida, explicaria a sua complexidade e os óbices a transformações institucionais profundas sob o paradigma dos direitos humanos.

Revisitando páginas da história do Judiciário no Brasil, nota-se o traço do conservadorismo que, segundo estudos realizados por Koerner<sup>35</sup>, permaneceu à primeira transição democrática<sup>36</sup>. O referido autor prossegue assinalando que, após a Constituição de 88, foram “ampliados os poderes de controle do governo pelo Judiciário e sua independência externa, isto é, sua autonomia decisória em relação aos outros poderes do Estado”. No entanto, destaca que deixou de ser pensado “modelo segundo o qual seriam estabelecidas formas de controle político e social do uso de recursos públicos pelos órgãos administrativos do Judiciário”. A atenção a essas exigências do sistema democrático iniciar-se-ia mais adiante.

Nesse contexto insere-se a Reforma da Justiça em curso e abre-se o pano de fundo no qual persistem óbices ao alargamento de canais receptores de demandas sociais e à ampliação de mecanismos de participação popular. Não poderia ser diferente, em razão das características que marcaram a história da institucionalização desse Poder no país<sup>37</sup> e que se têm revelado arraigadas.

É preciso intensificar e ampliar o debate em torno da Reforma e ocupar espaços oportunizados para transformações estruturais no siste-

34 O alinhamento autoritário do Judiciário com as Forças Armadas, mais evidente no período da ditadura e renitente às transformações mais profundas evocadas durante o processo brasileiro de transição democrática em curso, é assinalado por Pereira e, em alguma medida por O'Donnell. PEREIRA, Anthony W. *Ditadura e repressão: o autoritarismo e o estado de direito no Brasil, Chile e na Argentina*. Patrícia Queiroz de Carvalho Zimbres (trad). São Paulo: Paz e Terra, 2010, p. 239-252. Ver também o assinalado por O'DONNEL: “En este aspecto Brasil constituye una excepción interesante. Como sucedió en la Argentina, Chile, Perú, Grecia e todos los casos recientes de otros lugares, no se emprendió en Brasil un intento serio por crear instituciones netamente autoritarias. Más bien, los generales que gobernarón el país desde 1964 tuvieron el buen tino de hacerlo en gran medida deformando, más que desintegrando, las instituciones fundamentales de la democracia política”. Tais comentários se ajustam a episódios da história do Judiciário brasileiro, como os que envolvem a aplicação de medidas introduzidas pelo Ato Institucional nº 5, provocando a aposentadoria compulsória dos Ministros do Supremo Tribunal Federal Victor Nunes Leal, Hermes Lima e Evandro Lins e Silva, bem como a suspensão do manejo do *Habeas Corpus* em casos afetos à segurança nacional. Ver em: <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=101692>. Acesso em 22 de fev. 2014.

35 KOERNER, Andrei. *Opt. cit.* p. 12.

36 A respeito desse tema “transição democrática” considero os estudos de O'Donnell. De acordo com o autor, após observar aspectos institucionais de países que foram afetados por regimes políticos autoritários, a transição democrática compreende duas fases. A primeira encontra-se relacionada ao processo de deslocamento de um regime de governo autoritário a um de características democráticas, a segunda procura compreender a gradual efetivação de direitos. Assim, ao compartilhar com esse entendimento, infere-se que o Brasil, atualmente, encontra-se na segunda fase da transição democrática, enfrentando e buscando superar as dificuldades para a concretização dos direitos. Ver O'Donnell, Guillermo; SCHMITTER, Philippe. *Transiciones desde un gobierno autoritario*. Buenos Aires: Prometeo, 2010, p. 27.

37 Ver obra: KOERNER, Andrei. *Judiciário e cidadania na constituição da República Brasileira*. São Paulo: Hucitec / Departamento de Ciência Política - USP, 1998.

ma da justiça. Literatura especializada anota que a Reforma da Justiça foi desenhada no marco das políticas neoliberais para o ajuste das economias periféricas no mercado globalizado<sup>38</sup>. Embora seja no campo dos negócios que se concentra a maior parte das reformas do sistema judiciário por todo o mundo<sup>39</sup>, no cenário brasileiro delineou-se quadro particular. Afirma Santos, que a Reforma da Justiça “emerge de um conjunto de propósitos diferenciados, que vão desde a contribuição para um judiciário mais acessível, garantindo, por exemplo, a autonomia das defensorias públicas e constitucionalizando a justiça itinerante, até a colaboração para a celeridade e descongestionamento dos processos nos tribunais superiores com medidas como a súmula vinculante e o efeito vinculante”. O matizado da Reforma no Brasil teria acontecido, muito provavelmente, face ao conjunto de forças políticas instalado no país, composto por organizações e movimentos sociais fortalecidos no embate pela democracia e conquista de direitos e poder central exercido por dirigentes situados em campo partidário progressista. Tal cenário teria facilitado a atuação de novos atores dirigida a operar mudanças significativas no sistema de justiça.

Verifica-se que a Reforma apresentou um leque de diferentes ações apoiadas em distintas vertentes. Para fins analíticos, é possível dividir este leque em duas grandes tendências. A primeira concentraria viés econômico, preocupa-se, dentre outras, com a celeridade processual, a eficiência da gestão judiciária e a previsibilidade necessária na prestação jurisdicional. Tal agenda no Brasil teria sido encampada pelo Banco Central<sup>40</sup> e, assim, os fundamentos da Reforma em curso seguiriam as premissas então traçadas. A segunda tendência teria orientação claramente democratizante, com a finalidade de potencializar o acesso à justiça. A acepção e molde concebidos para a Defensoria Pública no curso da Reforma da Justiça<sup>41</sup> sinalizam para

38 “O setor judiciário na América Latina e no Caribe: elementos para reforma” (1996) e “Judiciário e Economia” (2005) constituem documentos emblemáticos do que Fragale chama de colonização do sistema de justiça pela economia e a política. FRAGALE FILHO, Roberto. “Poder Judiciário: os riscos de uma agenda quantitativa”. In: COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda; STRECK, Lenio Luiz; MORAIS, Jose Luis Bolzan de (Orgs). *Estudos Constitucionais*. São Paulo: Renovar, 2007, p. 371.

39 SANTOS, Boaventura de Sousa. *Para uma revolução democrática da Justiça*. São Paulo: Cortez Editora. 2007, p. 24-25.

40 A vertente economicista encontra-se assentada em receituário formulado alhures (Consenso de Washington), denominado “O setor judiciário na América Latina e no Caribe: elementos para a reforma”, sob a regência do mestre do sistema econômico, o Banco Mundial. Conhecido também como a Nota Técnica 319 do Banco Mundial o referido documento serviu de amparo para as diversas iniciativas que deram forma à política judicial desenhada para os países da América do Sul e Caribe.

41 Dentre os mecanismos e instrumentos realçados pela Lei Complementar 132/2009, que alterou susbtantivamente a Lei Orgânica da Defensoria Pública, destacam-se: promover a difusão e a conscientização dos direitos humanos, da cidadania e do ordenamento jurídico; representar aos sistemas internacionais de proteção dos direitos humanos, postulando perante seus órgãos; promover a mais ampla defesa dos direitos fundamentais dos necessita-

possibilidades inovadoras na institucionalidade de direitos, como ilustra a prática de gestão aberta à participação popular realizada na Defensoria Pública do Estado de São Paulo, anteriormente comentada.

Questiona-se, todavia, a possibilidade de combinação dessas duas tendências prevalentes. Haveria, então, como adequar preocupação voltada para a atividade meio, a simplicidade, a celeridade e a economicidade do processo judicial, com preocupação dirigida à atividade fim, a tutela e a efetividade dos direitos humanos? Seria possível expandir a capacidade institucional das organizações do sistema de justiça com o propósito de criar estrutura de suporte adequada e responsável à mobilização jurídica para concretizar direitos? Tais questões permeiam os debates do Fórum Justiça.

A crítica de que a Reforma se instituiu a reboque de uma agenda construída por organizações de cooperação internacional em política monetária, como Banco Mundial, não exclui, no entanto, a necessidade de se buscar soluções capazes de estabelecer o elo viável entre as duas vertentes da Reforma, a economicista e a democrática. A participação poderia constituir reforço para se encontrar o elo possível entre as duas vertentes identificadas. Como assevera Santos, “a democratização da administração da justiça é uma dimensão fundamental da democratização da vida social, econômica e política”, e, portanto, deve ocorrer “o maior envolvimento e participação dos cidadãos, individualmente ou em grupos organizados, na administração da justiça”<sup>42</sup>. Com maior participação, acredita-se em maiores possibilidades de solução para superar os desafios apontados. Há que se apostar no elo viável mencionado.

Nesse sentido, o Fórum Justiça busca debater e dar visibilidade à Reforma, que ao início passou quase desapercebida por organizações e movimentos sociais, para que muitos dela se inteirem e produzam incâncias, modulando-a para a efetividade dos direitos.

Sabe-se que até mesmo os partidos políticos descuidaram de estabelecer, em suas estruturas, setoriais relacionados ao sistema de justiça. Por dinâmicas próprias da política, todavia, se intensificam o estudo e os questionamentos atinentes à Reforma<sup>43</sup>. Debatem-se medidas para

---

dos, abrangendo seus direitos individuais, coletivos, sociais, econômicos, culturais e ambientais, sendo admissíveis todas as espécies de ações capazes de propiciar sua adequada e efetiva tutela. Outro aspecto também relevante diz respeito aos objetivos da Defensoria Pública: a primazia da dignidade da pessoa humana e a redução das desigualdades sociais; a afirmação do Estado Democrático de Direito; a prevalência e efetividade dos direitos humanos; e a garantia dos princípios constitucionais da ampla defesa e do contraditório.

42 SANTOS, Boaventura de Sousa. *Pela Mão de Alice: o social e o político na pós-modernidade*, cit., p. 177.

43 Ilustra publicação nessa linha o *Caderno Direitos Humanos, Justiça e Participação Social*, Nº 1, Ano 1, julho de 2010, organizado pela ONG Terra de Direitos.

romper com a pouca permeabilidade do sistema de justiça à participação cidadã e formula-se pauta correlata inovadora e condizente aos reclamos atuais, relacionados a superar as dificuldades para a concretização dos direitos formalmente conquistados<sup>44</sup>.

## 6. CONSIDERAÇÕES FINAIS

É tempo de novos desenhos para as agências que compõem o sistema de justiça, com a inscrição de institucionalidade híbrida. Também, de debate referente ao significado de modelo de justiça integrador. Este termo ainda desprovido de conteúdo, pactuado em plano formal no âmbito da Cúpula Judicial Ibero Americana, deve abarcar elementos extraídos de diálogos amplos, interdisciplinares e interinstitucionais, envolvendo fortemente a sociedade civil, com ênfase na participação de setores populares que ostentem perdas históricas de direitos.

Torna-se fundamental contrastar a política judicial vigente, que há muito movimenta o sistema de justiça de forma vertical e pouco permeável a consolidar inovações, com escolhas decorrentes da compreensão analítica e crítica do próprio sistema, frutos de processos efetivamente democráticos.

As manifestações que espocaram no país em junho de 2013 provocaram, e colocam na ordem do dia, variada gama de questionamentos. O que faz claramente interface com o Fórum Justiça situa-se no plano macropolítico e diz respeito às formas de participação e representação democráticas aliadas a políticas de redistribuição e reconhecimento. Conduz à urgência e, em concomitância, ao detalhamento de programas de ação institucional ajustado às legítimas demandas provenientes de vozes que tomam as ruas. A democratização do sistema de justiça implica transformações institucionais radicais, com abertura de espaço para a construção de política judicial cooperativa, responsiva e integradora, agregando a participação cidadã como princípio estruturante da Administração Pública. Essa é a temática e o compromisso do Fórum Justiça. ♦♦

---

44 Ver O'DONNELL, Guillermo; SCHMITTER, Philippe. *Transiciones desde un gobierno autoritario*. Buenos Aires: Prometeo, 2010, p. 27.

## REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

Associação Nacional dos Defensores Públicos – ANADEP. Disponível em: <http://www.anadep.org.br/wtk/pagina/inicial>. Acesso em: 16 fev. 2014.

ARANGO, Rodolfo. **Direitos Fundamentais Sociais, Justiça Constitucional e Democracia**. Disponível em: [http://www.amprs.org.br/arquivos/revista\\_artigo/arquivo\\_1273603264.pdf](http://www.amprs.org.br/arquivos/revista_artigo/arquivo_1273603264.pdf). Acesso em 22 fev. 2014.

AVRITZER, Leonardo. **Experiências Nacionais de Participação Social**. São Paulo: Ed. Cortez. 2009.

BINENBOJM, Gustavo. **Uma Teoria do Direito Administrativo: direitos fundamentais, democracia e constitucionalização**. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

BOBBIO, Norberto; MATTEUCCI, Nicola; PASQUINO, Gianfranco. **Dicionário de Política**. Trad. Carmen C. Varriale *et al.* Coord. Trad. João Ferreira; Rev. geral João Ferreira e Luis Guerreiro Pinto Cacais. Brasília: Universidade de Brasília, 2010, v. I.

\_\_\_\_\_. **A Era dos Direitos**. Tradução de Carlos Nelson Coutinho; apresentação de Celso Lafer. Nova Ed. Rio de Janeiro: Elsevier Editora Ltda., 2004

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**.

\_\_\_\_\_. Emenda Constitucional nº 45, de 30 de dezembro de 2004. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/emendas/emc/emc45.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/emendas/emc/emc45.htm)>. Acesso em: 16 fev. 2014.

BRITTO, Adriana; REBELLO, Arlanza M. Rodrigues, VESTENA, Carolina, MAGNO DE OLIVERIA, Patrícia, REIS LAVIGNE, Rosane M. "Fórum Justiça: construção coletiva de espaço para discutir política judicial com reconhecimento, redistribuição e participação popular." ROCHA, Amélia [et al.]. In: **Defensoria Pública, Assessoria Jurídica Popular e Movimentos Sociais e Populares: novos caminhos traçados na concretização do direito de acesso à justiça**. Fortaleza: Dedo de Moças Editora e Comunicação Ltda. 2013. x p. E-Book ISBN 978 – 85 – 64698 – 14 – 7.

Cepia - Estudo, Pesquisa, Informação. Disponível em: <http://www.cepia.org.br/eurosocial.htm>. Acesso em 16 de fev. 2014.

CAMPOS, Ana Maria. "Accountability: quando poderemos traduzi-la para o português?" **Revista de Administração Pública**, Rio de Janeiro, v. 24, nº 2, 1990.

Comissão Interamericana de Direitos Humanos. Disponível em: <http://www.oas.org/es/cidh/>. Acesso em 16 de fev. 2013.

CUNHA, José Ricardo. **Os Desafios do Sistema de Justiça para a Inclusão dos Indivíduos e Grupos em Condição de Vulnerabilidade. Palestra proferida na Associação dos Defensores Públicos do Estado do Rio de Janeiro – ADPERJ.** Dezembro, 2009. Impresso.

\_\_\_\_\_ et al. "Direitos Humanos Globais e Poder Judiciário: uma investigação empírica sobre o conhecimento e a aplicação das normas dos sistemas ONU e OEA no Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro – análise da primeira instância." In: \_\_\_\_\_(Org). **Direitos Humanos Poder Judiciário e Sociedade.** Rio de Janeiro: FGV, 2011.

XIV Cúpula Judicial Iberoamericana. "100 Regras de Brasília para o Acesso à Justiça de Pessoas em Condição de Vulnerabilidade" Brasília, março de 2008. Disponível em <<http://www.cumbrejudicial.org/web/guest/97>>. Acesso em: 16 fev. 2014.

Defensoria Pública do Estado de São Paulo – DPESP: <http://www.defensoria.sp.gov.br/dpesp/Default.aspx?idPagina=5331>. Acesso em 16 de fev. 2014.

FALCÃO, Joaquim. [http://academico.direitorio.fgv.br/ccmw/images/c/cf/Estrat%C3%A9gias\\_para\\_a\\_Reforma\\_do\\_Judici%C3%A1rio\\_-\\_Livro\\_Sergio\\_Renault.pdf](http://academico.direitorio.fgv.br/ccmw/images/c/cf/Estrat%C3%A9gias_para_a_Reforma_do_Judici%C3%A1rio_-_Livro_Sergio_Renault.pdf)

FORUM JUSTIÇA. Disponível em: <http://www.forumjustica.com.br/>. Acesso em: 16 fev. 2014.

FRAGALE FILHO, Roberto. "Poder Judiciário: os riscos de uma agenda quantitativa". In: COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda; STRECK, Lenio Luiz; MORAIS, Jose Luis Bolzan de (Orgs). **Estudos Constitucionais.** São Paulo: Renovar, 2007

FRASER, Nancy. **Reconhecimento sem ética?** Disponível em <<http://www.scielo.br/pdf/ln/n70/a06n70.pdf>>. Acesso em: 16 fev. 2014.

KOERNER, Andrei. "O debate sobre a reforma do Judiciário". In: **Novos Estudos:** publicação quadrimestral. São Paulo: Centro Brasileiro de Análise e Planejamento (CEBRAP), n. 54, jul 1999.

\_\_\_\_\_. **Judiciário e cidadania na constituição da República Brasileira.** São Paulo: Hucitec / Departamento de Ciência Política - USP, 1998.

LAVIGNE, Rosane M. Reis. "CASO FONAJE: O ativismo de juízes integrantes do Fórum Nacional dos Juizados Especiais no processo de ela-

boração da Lei Maria da Penha". In: CAMPOS, Carmen Hein (Org.). **Lei Maria da Penha comentada em uma perspectiva jurídico feminista**. Rio de Janeiro: Livraria e Editora Lumen Juris Ltda. 2011.

LUZ, Vladimir de Carvalho. **Assessoria Jurídica Popular no Brasil**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

Ministério da Justiça. "Reforma do Judiciário". Disponível em <http://portal.mj.gov.br/data/Pages/MJBB93AF25PTBRNN.htm>. Acesso em 16 fev. 2014.

NASCH, Claudio. "Minuta sobre fuerza normativa de las 100 Reglas de Brasilia. Apuntes para una discusión". Disponível em: [http://www.forumjusticia.com.br/wp-content/uploads/2011/10/Fuerza-Obligatopria-100-Reglas\\_discusion.REV\\_2.cnr\\_.pdf](http://www.forumjusticia.com.br/wp-content/uploads/2011/10/Fuerza-Obligatopria-100-Reglas_discusion.REV_2.cnr_.pdf). Acesso em 22 fev. 2014.

O'DONNELL, Guillermo; SCHMITTER, Philippe. **Transiciones desde un gobierno autoritario**. Buenos Aires: Prometeo, 2010.

ONU – Organização das Nações Unidas. "Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra a Mulher." Disponível em <http://www.un.org/womenwatch/daw/text/sconvention.htm>. Acesso em: 16 fev. 2014.

RENNÓ, Lucio R. "Estruturas de Oportunidade Política e Engajamento em Organizações da Sociedade Civil: Um estudo comparado sobre a América Latina". Disponível em: <http://www.forumjusticia.com.br/248>. Acesso em: 16 fev. 2014.

PASTOR, Santos; ROBLEDO, Jesus. **Experiencias y Buenas Prácticas en Gestión de Calidad de la Justicia, Información y Transparencias y Atención al Ciudadano**. Capítulo I. Informe.

FIIAPP. PROYECTO EUROSOCIAL-JUSTICIA. 2007.

SANTOS, Boaventura de Sousa. **Pela mão de Alice: o social e o político na pós-modernidade**. 9a ed. São Paulo: Cortez, 1995.

---

**Para uma revolução democrática da Justiça**. São Paulo: Cortez Editora. 2007

"Terra de Direitos". Disponível em: <http://terradedireitos.org.br/en>. Acesso em 16 fev. 2014.

*United Nations International Research and Training Institute for the Advancement of Women (UN-INSTRAW)* para apresentar a ferramenta "Gender and SSR Toolkit: Justice Reform and Gender: Tool 4 (UN), UN-INSTRAW". In : **Justice Reform and Gender**. 2008. Disponível em <http://>

[www.peacewomen.org/portal\\_resources\\_resource.php?id=1276](http://www.peacewomen.org/portal_resources_resource.php?id=1276). Acesso em 16 fev. 2014.

VESTENA, Carolina. "Relatório Geral Seminário: Análise das 100 Regras de Brasília por Instituições do Sistema de Justiça do Brasil, Argentina, Uruguai, Paraguai e Chile: o acesso à justiça de pessoas em condições de vulnerabilidade". Rio de Janeiro, 2009. Disponível em: <http://www.forumjustica.com.br/100-regras-de-brasilia-e-outros-documentos> Acesso em: 16 fev. 2014.

ZAFFALON, Luciana Leme Cardoso. **Uma fenda na justiça: a defensoria pública e a construção de inovações democráticas**. São Paulo: Hucitec, 2010. Acesso em: 16 fev. 2014.

# A Democracia Por Vir: Reconciliação e Promessa Entre Jacques Derrida e Jürgen Habermas

**Felipe Castelo Branco**

*Psicanalista. Doutor em Psicanálise pela UERJ. Doutorando em Filosofia pela PUC-Rio. Graduado em Filosofia pelo IFCS-UFRJ. Professor do curso de Direito da Universidade Cândido Mendes (UCAM) e da Pós-Graduação em Teoria Psicanalítica da Universidade Veiga de Almeida (UVA).*

G. W. F. Hegel será o filósofo da tradição filosófica ocidental que conduzirá o mais longe possível, *em nome de sua filosofia do Espírito*, a pretensão de unidade e de reconciliação de todas as contradições que se fundaram no seio da razão na modernidade. O empreendimento dialético será responsável pela suspensão e superação das diferenças que dividiam os termos trabalhados pela razão moderna. Espírito é o nome que dará Hegel à reunião das contradições numa síntese absoluta, após debruçar-se sobre a fenda e a divisão que aconteceria no interior da própria razão. Essa síntese reconcilia e se delineia, para Hegel, após a emergência das oposições que conduziram o progresso da cultura aos paradoxos da modernidade: eu/outro, sujeito/mundo, corpo/alma, sensibilidade/entendimento, fé/razão, liberdade/necessidade, etc. Essa série de divisões, de unidades se dividindo em dualismos caracteriza, em Hegel, a própria porta de entrada ao pensamento moderno, e todo o esforço de sua *Fe-nomenologia do Espírito* será o de incluir as categorias transcendentais kantianas – tributárias e produtoras dessas divisões modernas – no próprio movimento da história da cultura, e, portanto, na resolução sintética

universal que o Espírito representa. O projeto hegeliano surge como uma promessa de dar fim à confusão e obscuridade filosófica, se mantendo no interior da *herança* kantiana, herança essa que busca uma justificação racional para a filosofia.

Assim, diante da polarização da experiência nos dualismos modernos, Hegel toma para si mesmo – assim como outros pensadores pós-kantianos, como Fichte e Schelling – a tarefa de reconstruir a unidade da experiência a partir dos termos que teriam sido excessivamente divorciados ou polarizados no pensamento de Kant. A *Aufhebung* hegeliana representa em si mesma a apostila dialética na superação dos problemas legados pelo kantismo. Ora, a tautologia representada pelo pensamento hegeliano – que toma o *imediato* (que corresponderia a uma pura indistinção sem polaridades) ao mesmo tempo como “erro fundamental” e como universal absoluto, no retorno à essa “posição” inicial, após a subsunção das distinções polares kantianas – não pode ocultar o fato de que a terceira “posição” dialética – que superaria, assim, as antigas polaridades entre eu e mundo, sujeito e objeto, sensibilidade e entendimento – acaba por reproduzir silenciosamente as mesmas antigas oposições, simplesmente *tendendo a supervalorizar* um ou outro dos polos anteriormente em litígio. Deste modo, o Espírito hegeliano configura-se como um *super-sujeito* ou um *super-eu* (com todas as ressonâncias freudianas possíveis aqui), que, por haver “domado” a objetividade (em nome do sujeito ou da razão), faz crer resolvidas as contradições. Deste modo, Hegel representa o pensamento que apostava numa concretização ou fechamento da história, numa superação de todas as contradições, em nome de uma unidade filosófica, em nome do *logos*. Essa reconciliação (ou consenso, *homologia*, isto é, “mesmo *logos*”) que se chama Espírito – e que depende da superioridade de um dos termos da contradição sobre o outro –, sustentado na possibilidade de totalização do *logos*, ao mesmo tempo em que produz um fechamento, o Absoluto, é paradoxalmente responsável pela possibilidade de se antever um “fora”. Fora do Espírito, “fora” do *logos* ou da tradição:

*Hegel é o filósofo da tradição filosófica; em seu escrito a tradição está fechada e preenchida, consumada. Mas este ato mesmo também é constitutivo da tradição, tornando-a visível enquanto tal e, portanto, aberta para o quê irá necessariamente aparecer como seu “fora”. Hegel cria o que vai ser chamado de “fechamento metafísico” (Heidegger) e de*

*“clausura logocêntrica” (Derrida) – filosofar depois de Hegel é fazê-lo de um outro lugar, de algum lugar a partir do qual este fechamento está visível* (MELVILLE, 1986, p. 46).

O Espírito, como um grande reconciliador, é incapaz de reconhecer uma multiplicidade de versões sem “original”. O Espírito hegeliano é a própria *reivindicação de uma herança* – a herança da história da filosofia e da cultura ocidental, em especial a herança da modernidade – em sua *injunção de unicidade*. O Espírito Absoluto seria a reconciliação final, a síntese dialética que apresenta a tradição em sua totalidade e unicidade reivindicada, inscrevendo o filósofo (Hegel) e sua filosofia na *herança* da cultura ocidental e do pensamento moderno.

Ora, todo o esforço filosófico de Jacques Derrida consistirá, precisamente, em apontar a estrutura de divisão que compõe a metafísica ocidental, indicando o ato de violência (ou de recalque) que a “reconciliação” pelo *logos* é responsável. Deste modo, a *desconstrução* derridiana é capaz de identificar o papel e a responsabilidade do “fora”, do não reconciliado, do que foi excluído do *logos*, no “dentro”, isto é, na própria manutenção da unidade reconciliada do *logos*. Diante de Hegel, em seu livro *Glas* (DERRIDA, 1975), Derrida evidencia um contínuo esforço em (re) cortar, fender, dividir, separar os elementos que compõem o pensamento hegeliano na tentativa de indicar a interdependência entre as polaridades metafísicas e o ato repressivo de reconciliação praticado nos textos hegelianos como forma e esforço, em nome do Espírito, de clamar pela herança da razão ocidental:

*O papel da filosofia, nos termos do contínuo esforço crítico de Derrida, é tanto o de apontar a (infra)estrutura de divisão quanto os atos de repressão praticados [performed] em nome da reconciliação. [A leitura de Hegel feita em *Glas*] nomeia como reconciliação o ato repressivo da filosofia [praticado] em nome da ideologia ocidental avançada [...] (SUSSMAN, 1998, p. 270).*

Ou, conforme afirma Derrida, ele próprio:

*É contra a reapropriação invessante desse trabalho do simulacro em uma dialética de tipo hegeliana [...] que eu me esforço em fazer alcançar a operação crítica, o idealismo de*

*tipo hegeliano consistindo justamente em suspender as oposições binárias do idealismo clássico, a resolver a contradição em um terceiro termo que vem **aufheben**, negar suspendendo [relevant], idealizando, sublimando em uma interioridade anamnésica, internando a diferença em uma presença a si* (DERRIDA, 1972c, p. 59).

## HABERMAS COMO PENSADOR DA LEGITIMAÇÃO DO UNIVERSAL

Em seu texto **O perdão, a verdade, a reconciliação: qual gênero?** (DERRIDA, 2005), Derrida novamente aponta para a importância da ideia de reconciliação na teoria hegeliana do Espírito, sobretudo em **Filosofia da história** (HEGEL, 1965), texto bastante paradoxal no interior da obra hegeliana. Nesse escrito, Hegel afirma que o gesto que oferece reconciliação, que “estende a mão” e se endereça ao outro configura a própria manifestação do Espírito, em sua manifestação aí, enquanto ser-aí (Dasein), como existente. A reconciliação seria aquilo mesmo que personifica ou encarna o movimento do Espírito:

*O espírito, o **Geist** tem lugar, dá lugar, faz acontecer nessa fala e não noutro lugar. Seu ser-aí passa pela palavra de reconciliação endereçada ao outro. Isso ao menos significa que antes dessa palavra decerto havia a guerra, a oposição ou o ódio, a divisão, a dissociação ou separação, o sofrimento e o traumatismo, as feridas (**die Wunden**). Por causa disso, enquanto duraram as feridas, o espírito não estava aí, ainda não aí, como tal, ainda não consciente e reunido em si mesmo, ainda não presente em si mesmo* (DERRIDA, 2005, p. 46).

O Espírito é aquele que supera as contradições, superando tudo aquilo que fratura a experiência racional do que é efetivo. Pelo negativo, o Espírito supera toda polarização e atinge o Absoluto enquanto síntese. Deste modo, o Espírito deve se reconciliar igualmente com o mal, com aquilo que ameaça toda via pacífica – ou, diríamos, toda “paz de Espírito”. Pela afirmação e subordinação do mal, o negativo desaparece dando lugar a uma reconciliação universal.

Essa lógica do Espírito pode ser detectável mesmo entre pensadores que não reivindicam um pensamento do espiritual ou uma filosofia do Espírito, e por vezes mesmo o rejeitam. O trabalho mesmo de Derrida parece atestar esse problema, como aponta muito precisamente Fredric Jameson:

[...] pode-se enxergar virtualmente todo o trabalho da vida de Derrida como uma análise e desmistificação simplesmente de uma ideologia do Espiritual e do idealismo que continuou a enformar a tradição europeia: até mesmo as relações com o existencialismo do pós-guerra foram moldadas por essa sensação de que seus pressupostos fenomenológicos permaneceram profundamente idealistas [...] De fato, a crítica central ao próprio Heidegger, em um ensaio mordaz chamado **De l'esprit** e, embora atravessado pelas questões (relacionadas) de sexualidade e gênero, gira muito em torno do suspeito e sintomático retorno, nos escritos políticos de Heidegger no início do período nazista (e mais obviamente em sua aula inaugural como Reitor da Universidade de Freibourg), de toda a linguagem do **Geist** e da espiritualidade da qual seus textos mais filosóficos iniciais tinham simplesmente estigmatizado (JAMESON, 2008, p. 50).

Jürgen Habermas se ocupa em pensar em sua obra as condições de possibilidade e legitimação de uma ética baseada na normatividade da comunicação tal como ela é praticada ordinariamente, cotidianamente, e por vezes mesmo de maneira irrefletida. Com isso, Habermas lança mão de um pragmatismo que dispensaria qualquer referência a uma unidade de tipo espiritual (ainda que não abra mão de certa forma de transcendentalidade ou de idealismo). Como em Hegel, Habermas herda de Kant a preocupação de uma autofundação ou legitimação da razão. O que interessa ao pensamento habermasiano é analisar como os indivíduos (mas também os Estados nacionais e o direito transnacional no interior da democracia) superam as fraturas comunicacionais que eventualmente separam em oposições ou em polos distintos dois ou mais interlocutores. Ora, argumenta Habermas, se o consenso – ou a *reconciliação*, para usar o termo de Hegel – é possível mesmo em meio a uma disputa de visões de

mundo, deve haver algo – e eis aqui sua hipótese fundamental – na própria estrutura da comunicação que possibilite a *reunião* ou reconciliação dos interessados que tomam parte na querela ou na disputa em questão. Para Habermas, fazer uso da normatividade, lançar mão do caráter estritamente normativo inerente a toda discussão bem-sucedida possibilitaria encontrar uma legitimação que ofertasse um caráter *universal* a toda ação sem necessidade de qualquer recurso a uma lei transcendental ou a qualquer norma externa ao próprio engajamento dos interlocutores no diálogo.

O interesse de Habermas é o de recuperar a possibilidade do universal como horizonte da filosofia prática (seguindo, assim, um caminho de caráter kantiano). Por outro lado, contra Kant, ele busca um paradigma deslocado de toda filosofia do sujeito. Habermas acredita poder dispensar o recurso a uma filosofia do sujeito ao ter encontrado na comunicação a legitimação necessária para reunir o universal à filosofia prática. A comunicação se torna o campo de combate próprio à Habermas. Ao reconstruir as condições de possibilidade de toda comunicação, Habermas defende uma *legitimização* pela relação de comunicação que garante uma forma de *universalidade* pragmático-transcendental. Tal racionalidade seria praticada diariamente pelos interlocutores comuns: todos discutimos com intenção de alcançar um consenso. Essa universalidade pragmático-transcendental emanaria da própria prática comunicacional cotidiana do chamado “mundo da vida”.

Deste modo, Habermas reconhece que, fundamentalmente, uma comunicação só acontece quando todos os interlocutores em jogo compreendem *igualmente* as razões que fundamentam e sustentam todos os enunciados. Se os interlocutores estão de acordo (1) com as pretensões de *validade* dos argumentos em questão e também (2) com as pretensões de *verdade* e (3) com a *sinceridade* do interlocutor, temos uma situação de comunicação bem-sucedida e um vínculo social é estabelecido. A produção de sentido numa situação de comunicação só é possível através deste vínculo comunicacional entre *validade* e *significação* (que supõe a verdade e a sinceridade dos enunciados). Quando uma situação de comunicação se interrompe, tal interrupção acontece precisamente porque se interrompe o vínculo entre validade e significação – vínculo esse que possibilitava a própria comunicação em si mesma. Ao interromper-se a comunicação, inicia-se em seguida a *discussão*. Ora, a discussão será precisamente o momento onde as razões que fundamentam os argumentos

em jogo entre os interlocutores serão debatidos e repensados por todos. Assim, passa-se de uma *situação de comunicação* à *uma ética da discussão, onde a racionalidade que permanecia implícita e velada* na situação de comunicação bem-sucedida torna-se *explícita* e se mostra à luz do dia em seu caráter procedural, evidenciando que as regras da comunicação são aquilo sobre o quê os interlocutores se apoiam na expectativa de busca do *consenso* e de resolução dos conflitos.

No entanto, no consenso ou reconciliação, a teoria de Habermas – assim como a dialética hegeliana – vai ter que enfrentar aquilo mesmo que entravava a unidade consensual, como o mal ou a negatividade que impedia a positivação vai ter que ser enfrentado na reconciliação de Hegel. O não reconhecimento comum da validade – diríamos, lógica – de um argumento, tem de ser superado (*aufheben*) por uma ética que chegue ao consenso, ou seja, que alcance finalmente o reconhecimento da validade de uma visão de mundo em jogo na situação de discussão. Do ponto de vista de uma ética da comunicação, no sentido oferecido a esse termo por Jürgen Habermas, será exigência insuperável o paradigma comunicacional da simetria de perspectivas alcançada no consenso. O consenso habermasiano repousa sobre a hipótese da simetria de perspectivas produzida pela comunicação para defender uma filosofia que não se ancore sobre a problemática do sujeito. Ora, esse transcendental alcançado pela comunicação, essa espécie de reconciliação do espírito com aquilo que barrava a unidade da experiência e que reconcilia as partes em litígio, ao mesmo tempo em que reivindica ser uma aposta não metafísica que dispensa uma filosofia do sujeito, sustenta todo seu projeto em uma *antropologia* reconhecida e reivindicada por Habermas e seus comentadores.

Habermas enxerga a si mesmo como um sucessor e continuador de Humboldt – que foi aquele que retomou a filosofia kantiana introduzindo em sua estrutura a questão da linguagem -, e ao mesmo tempo, reivindica para si a continuidade do pensamento de Hegel e Marx, sendo aqueles que introduziram o problema da emancipação (problema iluminista e kantiano) no devir e no movimento da história. Pela via da linguagem, Habermas quer reunir a tradição europeia de Humboldt com a filosofia da linguagem (especialmente Austin e Searle). Do ponto de vista da história, ele reivindica sua filiação ao humanismo iluminista, mas quer reconciliar as críticas emancipatórias marxistas e hegelianas ao projeto moderno (que ele comprehende como projeto inacabado). Assim, o homem é um ser

dotado de linguagem. A linguagem é vista por Habermas como o princípio e o fundamento da razão – ela não é um meio, mas é aquilo que garante a racionalidade – e a razão, por sua vez, é o que garante a ação e a normatividade de uma sociedade, das instituições ou das ações na vida social.

Deste modo, superar a filosofia do sujeito legada pelo kantismo não exime Habermas do problema antropológico e de uma antropologia filosófica. Ora, pode-se perguntar – a partir de Heidegger, mas também a partir de Derrida – se uma antropologia ou a reivindicação de um humanismo não seria, ele próprio, *o ponto mais problemático de todo e qualquer deslocamento possível do lugar do sujeito* e mesmo de uma racionalidade de caráter estritamente “ocidental”<sup>1</sup>. Habermas vincula a *essência do homem à linguagem e, através dela, vincula o homem à racionalidade* ou à razão. Tal gesto justificaria a insistência habermasiana em fundar todo agir no logos e em sua busca em garantir a racionalidade da ação. Ora, ao “essencializar” o lugar do homem na razão, Habermas se ofusca e rejeita – sem possibilidade de discussão – qualquer possibilidade de saída do círculo do agir comunicativo, caracterizando mesmo tal possibilidade como impossível! Basta ter a *intenção* de dizer algo *sobre* o mundo que todo interlocutor terá aceito, ato contínuo, o agir comunicativo, “de outro modo, [o crítico] teria que se refugiar no suicídio ou numa grave doença mental [...] não é possível sequer a título de experiência fictícia [imaginar que] o céptico conseguisse demonstrar de maneira muda e impressiva seu salto para fora do agir comunicativo” (HABERMAS 1989, 123)<sup>2</sup>.

Habermas acredita ter conseguido *refundar a racionalidade* na linguagem, garantindo, assim, a continuidade dos projetos de autonomia cosmopolitas (institucionais ou não) oriundos do pensamento das Luzes.

1 Retomaremos esta questão adiante.

2 Essa radical “inclusão excluente” do outro na proposta do agir comunicativo de Habermas, repete silenciosamente o movimento fundador de Aristóteles ligado ao estabelecimento do princípio mais fundamental ao *logos*, aquele que garante a possibilidade da *univocidade do sentido* (e a fuga da contradição lógica), isto é, a apresentação do princípio de *não contradição* (PNC) por Aristóteles, no livro *Gama da Metafísica* (ARISTÓTELES 1998). Ao combater a proposta dos sofistas que, em sua opinião, valorizavam a metáfora em detrimento do *logos*, Aristóteles propõe que os negadores do princípio de não contradição cairiam, eles próprios, numa contradição lógica “irracionalista” porque “não significar uma coisa única, é não significar nada, e se as palavras não significam, destrói-se a possibilidade de dialogar [...] a palavra significa alguma coisa e significa uma única coisa” (ARISTÓTELES 1998, 1006b 5-15). Ora, para Aristóteles, a única possibilidade de não cair em contradição ao ingressar num diálogo – negando a unicidade do sentido –, seria calar-se; nesse silêncio do outro “um tal homem [...] seria de saída parecido com uma planta” (ARISTÓTELES 1998, 1006a 15). Para Habermas, em contrapartida, o sentido único não é mais “transcendental”, sendo condição para toda comunicação, mas é uma exigência normativa (*telos*) para que haja *legitimização universal*, condição para o *agir comunicativo*. A impossibilidade, sob pena de contradição lógica, de rejeitar o PNC se reproduziria em Habermas (como impossibilidade de rejeitar a ética da comunicação) com o conceito de *contradição performativa*, conceito usado por Habermas *contra* Derrida.

Ele teria sido, portanto, aquele pensador capaz de revelar o *verdadeiro* projeto moderno, “enquanto tal”, nos dias atuais. Tal herança só pôde ser *reivindicada* pela filosofia habermasiana quando foi possível demonstrar a *uni-dade* e a reconciliação entre o pensamento das Luzes, as tradições analítica e humboldtiana e a historicidade de Hegel e Marx (via agir comunicativo). A partir do lugar reivindicado e ocupado pelo pensamento habermasiano, o filósofo oferece a si mesmo a tarefa de ser um vigilante zelador da democracia e da inclusão do outro no seio do projeto moderno democrático.

## **CONTRA A HOMOLOGIA DO CONSENSO, A UNICIDADE SEM UNIDADE E A DEMOCRACIA POR VIR**

Como os homens estariam implicados na modernidade hoje, em nosso momento atual? A resposta habermasiana certamente seria: através da garantia da legitimidade da razão exercida através da prática da comunicação que garante por si mesma a inteligibilidade dos enunciados e legitima a própria racionalidade da ação. A modernidade representaria a saída do homem de seus círculos contextualistas, em direção a campos de discussão mais amplos, fora da autoridade local (e tradicionalista) de um povo ou de uma religião, ou mesmo de uma cultura nacional, em direção a contextos cosmopolitas<sup>3</sup>. A oposição a essa herança moderna representa, para Habermas, ou um retorno a um conservadorismo irracionalista ou uma apologia do contextualismo político oposta ao caminho tomado pelas modernas democracias:

*Até o surgimento da modernidade, os ensinamentos proféticos eram também religiões mundiais no sentido de que eram capazes de se expandir dentro dos horizontes cognitivos de*

---

3 Em **Filosofia em tempo de terror** (BORRADORI, 2004), livro assinado por Borradori em parceria com Derrida e com Habermas, este último lança uma provocação ao autor da desconstrução acusando-o precisamente de praticar um contextualismo “metasituado”, se assim podemos nos expressar: “A constante suspeita desestrutivista de nossos preconceitos eurocêntricos levanta uma contraquestão: por que o modelo hermenêutico de entendimento – que funciona nas conversas do cotidiano e, desde Humboldt, tem sido metodologicamente desenvolvido a partir da prática de interpretar textos – deveria subitamente partir para além das fronteiras de nossa própria cultura, do nosso próprio modo de vida e da nossa tradição? [...] Também é possível mostrar, com argumentos gadamerianos, que a ideia de um universo de significados contido em si mesmo, que não pode ser mensurado a partir de outros universos do mesmo tipo, é um conceito inconsistente” (HABERMAS in BORRADORI, 2004, p. 49). Pretendemos mostrar mais adiante que a acusação de posição metasituada contra Derrida – ilustrada na suposição de que se deve “sair” de sua própria cultura - não encontra lastro em seu texto e visamos, além disso, problematizar – ainda a partir de Derrida - a proposta universalista de Habermas com sua confortável posição “eurosituada”.

*antigos impérios percebidos de dentro como mundos abrangentes. [...] Na Europa, o cisma confessional e a secularização da sociedade compeliram a crença religiosa a refletir sobre seu lugar não exclusivo dentro de um discurso universal compartilhado com outras religiões e limitado pelo conhecimento secular gerado cientificamente [...] [Sobre o contextualismo] eu explicaria as características congeladas de tal mentalidade em termos de repressão das dissonâncias cognitivas palpáveis. A repressão ocorre quando a inocência da situação epistemológica de uma perspectiva mundial abrangente é perdida, e quando, sob as condições cognitivas de conhecimento científico e pluralismo religioso, propaga-se um retorno ao exclusivismo das atitudes de crença pré-modernas* (HABERMAS in BORRADORI, 2004, p. 43, 44).

É absolutamente notável, no entanto, que a ética da discussão ou o agir comunicativo, filosofias que partem de uma antropologia que vincula o homem e a razão à linguagem, não se debruce, finalmente, sobre o problema das línguas e das *diferenças* entre línguas, problema tão caro à Jacques Derrida. Em **O monolinguismo do outro** (DERRIDA, 2012), Derrida rejeita a possibilidade, como já havia feito igualmente Jacques Lacan, de uma “metalinguagem absoluta” ou de uma posição metasituada capaz de abordar a relação entre línguas. Uma língua *fora* das línguas faladas, pura língua de origem ou língua *primeira e autêntica*, nunca esteve e não está disponível a nenhum falante. Evidentemente, tal posição “metalinguística” é recorrentemente reivindicada inevitavelmente em *línguas específicas*; nas línguas faladas pelos “falantes”.

A reivindicação de uma *língua de origem*, língua pura ou originária, é um gesto que o mundo viu se encarnar nas várias e brutais formas de colonialismos que ainda tomam o planeta. Mais precisamente na figura do colonizador que reivindica “sua língua” como sendo *a língua enquanto tal*, modelo da língua – agorapropriada também pelo colonizado – tal como ela *deve* ser falada. Mas não há apenas isso. A posição metalinguística não é notável apenas nas formas violentas e antidemocráticas da apropriação colonial, mas é sustentada igualmente pelos discursos que pretendem descrever uma comunicação de um ponto de vista *universalista*, isto é, de um ponto de vista que *transcenda* todas as línguas específicas;

ficas – tal como a pragmática transcendental de Habermas –, e que desconsidere o problema da *différance*, isto é, na perspectiva de Derrida, no vínculo que une as línguas através suas *diferenças* e *adia* indefinidamente a possibilidade de um consenso, uma reunião ou um monolinguismo final entre as línguas mundiais. Ora, a condição da relação entre línguas não é a inclusão do *outro* em uma unidade total – espécie de síntese absoluta, de reconciliação total ou simplesmente de destruição da torre de Babel –, mas é precisamente o laço inevitável que produz a diferença e que barra qualquer possibilidade de se pensar uma língua “em si” mesma, em uma presença puramente autônoma e isenta de todas as “impurezas” do contágio das outras línguas, via diferença.

A partir desta perspectiva, surge um problema para a leitura consensual de Habermas. Podemos pensar que não é exatamente o modelo paradigmático e transcendentalista da comunicação que possibilita à descrição habermasiana dispensar e transcender a referência às “línguas de chegada” ou línguas específicas; mas, ao contrário, que um modelo transcendentalista e universalista da comunicação só é possível *na medida em que se supõe ser dispensável o pensamento sobre as línguas e sobre a diferença entre línguas*. Pensar a língua do ponto de vista da tradução<sup>4</sup> equivale a rejeitar uma espécie de metalinguagem que desconsidera as línguas em sua relação de diferença<sup>5</sup>. Os ditos “falantes competentes” (em seu texto, Derrida usa o próprio termo de Habermas), portanto, falam uma língua que, de um ponto de vista mais pragmático que o próprio pragmatismo pode supor, não conta com referências fixas e sentidos originais. A língua do outro é a condição para a língua que falo. Trata-se de um pensamento da tradução absoluta que, ao contrário da metalinguagem absoluta, entende as línguas faladas, ditas “de chegada”, como traduções sem original. Não havendo “a” língua primeira, original, trata-se de um processo de tradução geral de uma língua para outra, não apenas entre diferentes culturas, mas, de traduções gerais inclusive dentro de um mesmo idioma. *Não existe uma língua transcendente acima da diferença entre língua, não existe metalinguagem*. Existem, no entanto, efeitos de metalinguagem. Tentativas de objetivação e de aniquilação da tradução como condição de toda língua. É este, precisamente, o caso da expropriação colonial e da servidão histórica. No entanto, o mesmo “não domínio

4 Forma como Derrida caracteriza o pensamento da diferença em relação às línguas.

5 Neste ponto, não é Derrida de depende de uma posição metasituada – ao contrário, ele a rejeita radicalmente –, mas será Habermas aquele que não pode dispensá-la.

apropriado de uma língua” que caracteriza a situação do colonizado (visto do ponto de vista do colonizador) deve alcançar igualmente o colonizador. Derrida pratica aqui uma *universalização da situação do colonizado*, apontando que o parasitário já se inscreve como condição da língua dita “normal” ou de origem. Uma língua nunca se reduz ao pertencimento, à propriedade ou ao domínio: tanto o colonizador quanto o colonizado precisam se apropriar de sua língua através de um processo:

[...] não natural de construções político-fantasísticas; porque a língua não é seu bem natural, por isso mesmo, historicamente pode, através da violação de uma usurpação cultural – vale dizer, sempre de essência colonial –, fingir que se apropria dela para impô-la como “sua” [...] a língua fala desse ciúme, [minha] língua não é mais do que um ciúme desatado (DERRIDA 2012, 38).

A língua, portanto, fala da alteridade<sup>6</sup> em mim. A língua que falo é sempre efeito de uma alienação. Minha língua, a única língua que falo, não é minha. Minha língua é sempre a língua do outro. Se não contamos com uma língua primeira, original, é preciso traduzir. No entanto, minha tradução é sempre uma tradução total, tradução sem referência. Trânsito que não se faz de uma língua presente à uma outra língua, mas que constitui o próprio movimento, o choque entre minha invenção, minha apropriação da língua e o outro de onde tal língua provém.

Toda língua, contudo, *promete* o encontro derradeiro com o outro. Toda fala *promete uma unidade futura* de uma língua única. Basta que se abra a boca para falar algo – ao contrário do que supõe Habermas, não estamos neste caso no agir comunicativo – mas estamos no campo da promessa. Ao me dirigir ao outro, estabeleço uma promessa. Uma fala não é apenas *ato de fala performativo*<sup>7</sup>, um *speech act*, mas se configura sempre como um ato de promessa. Esse suposto *monolinguismo*, promessa de uma unidade futura, traduzido habermasianamente como consenso, permanece, para Derrida, como a verdadeira *promessa* de uma língua... promessa, no entanto, de uma *unicidade sem unidade* (pensada via diferença):

<sup>6</sup> Derrida batiza essa inevitável inscrição da alteridade em toda presença, em tudo que é tomado autonomamente ou “em si mesmo” com o termo *rastro* [*la trace*].

<sup>7</sup> Teoria oriunda dos estudos de J. L. Austin e John Searle reivindicada por Habermas em seus escritos.

*A cada vez que eu abro minha boca, estou prometendo algo quando falo com você. Estou dizendo a você que eu prometo dizer algo, dizer a você a verdade. Mesmo se eu mentir, a condição da minha mentira é que eu prometi dizer a verdade. Portanto, a promessa não é apenas um ato de fala entre outros; todo ato de fala é fundamentalmente uma promessa* (DERRIDA in CAPUTO, 1997, p. 22, 23).

Derrida não reivindica a unidade ou reconciliação que garanta a unidade de uma língua pautada em regras racionais, mas aposta na promessa da vinda do outro presente em toda relação entre línguas. Ora, o monolinguismo efetivo, o monolinguismo do consenso *superaria a diferença que dissolveria o outro como alteridade*. Se levarmos a hipótese de uma “comunicação” a sério, será preciso admitir tal monolinguismo apenas enquanto *promessa*, como porta aberta para a vinda do *outro*, como um monolinguismo do *outro*. “O de não significa tanto a propriedade, mas a procedência: a língua está no outro, vem do outro, é a vinda do outro” (DERRIDA 2012, 109). Tal promessa da vinda do outro permanece como promessa aberta, onde toda tentativa de apropriação equivale à própria supressão da alteridade.

## A DEMOCRACIA POR VIR

Essa forma de pensar a alteridade coloca problemas imediatos para a própria compreensão de democracia hoje. Derrida rejeita deliberadamente a compreensão da democracia como uma espécie de modelo de governo ou de poder popular que deve ser aplicado e alastrado a todos os povos, possibilitando a inclusão de todas as formas de alteridade em tal modelo. Conforme dito acima, toda tentativa de apropriação do outro é equivalente à supressão da própria possibilidade da alteridade. Portanto, pensando a democracia a partir do problema da diferença, Derrida defenderá a ideia de que a democracia se apresenta como a única forma de governo que não possui um modelo (nem mesmo o grego antigo). A democracia é uma espécie de modelo sem modelo; isto é, *em nome da democracia* reivindicamos que atitudes, políticas, leis, justiça *sejam democráticas*. O que equivale a dizer que a democracia nunca é idêntica a si mesma, nunca está presente a si própria, nunca é “senhora de si”. Reivin-

dicamos a democracia a partir da democracia e no interior de governos democráticos. A democracia, portanto, está infinitamente aberta para seu outro, para sua própria perfectibilidade, para a mudança. Por isso, Derrida dirá que toda democracia será sempre uma *democracia por vir*, uma democracia que comporta em si mesma a diferença em relação a si.

Todas as outras formas de regime político conhecidas – oligarquias, monarquias, aristocracias, colonialismos, etc. – não são capazes, precisamente, de incluir em si mesmos aquilo que move a própria democracia, a saber: a aceitação de sua própria historicidade, mutabilidade e diferença. Isto é, de seu *por vir*. Sobre esta questão, Derrida é claro sobre sua própria leitura do laço entre democracia e Estado:

*O conceito de democracia, o nome, são primeiramente de cultura grega, ninguém pode negá-lo; dizer isto não é fazer um geocentrismo, ou etnocentrismo, ele vem primeiro em cultura grega. Mas a cultura grega associou, desde o início, o conceito de democracia a conceitos dos quais, hoje, a democracia por vir tenta se libertar: o conceito de autóctone, isto é, de nascimento no solo, de pertencimento pelo nascimento, o conceito de território, o próprio conceito de Estado. Não tenho nada contra o Estado, não tenho nada contra a cidadania, mas ouso sonhar com uma democracia que não esteja simplesmente ligada ao Estado e à cidadania. E é nessa condição que se falará de uma democracia universal, uma democracia que é não somente cosmopolítica, mas universal. Certamente, o cosmopolitismo é uma noção muito respeitável, mas ela apela à noção de Estado e de política ligada à polis como Estado-nação e territorialidade. Mais além dos cosmopolitismos, há uma democracia universal, que se conduz muito além da cidadania e do Estado-nação (DERRIDA apud CHÉRIF, 2013, p. 48, 49).*

Em sua leitura da problemática filosófica da democracia, Derrida encontra a leitura que Habermas faz do pensamento sobre o cosmopolitismo de Immanuel Kant. Se Habermas comprehende a relação democrática entre Estados no plano internacional a partir do consenso (e reconciliação) praticado a partir de acordos e tratados cosmopolitas entre Estados-nação, Derrida, por outro lado, vai apontar que a perfectibilidade

interna ao direito internacional está vinculada à possibilidade de libertação do eurocentrismo que o fundou:

*Tomemos o exemplo do direito internacional. Por seus conceitos, ele é substancialmente europeu, mas ele carrega consigo uma transformação do direito que permanece sempre perfectível, portanto, inacabado. É preciso velar para que a parte europeia desse direito internacional não venha limitá-lo afim de que possamos liberar o direito de seus próprios limites eurocêntricos, sem, contudo, destruir a memória desse direito, porque este permite e prescreve também a transformação, a perfectibilidade infinita. Há, portanto, também aí uma tarefa de desconstrução sem fim: deve-se elaborar na memória da herança as ferramentas conceituais que permitam contestar os limites que essa herança impôs até aqui [...] Do mesmo modo, se a filosofia grega é europeia no princípio, mas sua vocação é universal, isso quer dizer que ela deve se liberar do relativismo sem cessar. O trabalho filosófico consiste em um ultrapassamento constante: tudo fazer para reconhecer mas também para ultrapassar, sem necessariamente trair, seu próprio limite etnocêntrico ou geográfico (DERRIDA & ROUDINESCO, 2001, p. 39).*

É importante notar que Derrida, assim como Habermas, considera o contextualismo, ou o que ele chama de relativismo na frase citada, como o principal rival de uma concepção cosmopolita, internacional e perfectivamente universalista. No entanto, ao contrário de Habermas, esse contextualismo ou relativismo está ligado para Derrida ao eurocentrismo que limita as iniciativas cosmopolitas do direito internacional e da filosofia. Se a tarefa da Europa e do pensamento filosófico, democrático e jurídico europeu foi um dia o de esvaziar o “contextualismo” travestido de universalismo das religiões, o *dever* de uma espécie de Iluminismo hoje, de um Iluminismo não eurocêntrico, segundo Derrida, será o de assumir a tarefa de levar em consideração o contextualismo europeu de tal projeto, travestido de universalismo irrestrito. Assim, Derrida afirma que o dever das Luzes europeias hoje:

*[...] manda tolerar e respeitar tudo o que não se coloca sob a autoridade da razão. Pode se tratar da fé, de diferentes for-*

*mas de fé. Pode se tratar também de pensamentos, questionadores ou não, e que tentando pensar a razão e a história da razão, excedem necessariamente sua ordem, sem tornar-se por esse simples fato irracionais, ainda menos irracionalistas; porque eles podem ter também como tarefa, contudo, permanecer fiéis ao ideal das Luzes [Lumières], da Aufklärung ou do Illuminismo, reconhecendo seus limites para trabalhar nas Luzes desse tempo, desse tempo que é o nosso – hoje. Hoje, hoje ainda* (DERRIDA, 1991, p. 77).

Ora, o projeto político habermasiano, sua boa intenção aparente e seu perigo eminentes, se funda na reivindicação de uma razão que haja de modo transparente na reconciliação ou num suposto consenso. É assim que Derrida vai apontar que a rejeição do problema da tradução e da *différance* no pensamento sobre a língua e a comunicação mascara um problema fundamental: um projeto político que desconsidere o lugar da alteridade e, portanto, o rastro do outro, deve nos manter vigilantes. A reivindicação da herança da modernidade europeia por Habermas, na perspectiva de Derrida, mascara uma institucionalidade oriunda da Europa (ainda que não presente apenas na Europa), mas que deve nos manter atentos e vigilantes onde quer que se apresente. O pluralismo universalista de Habermas também deve ser submetido à crítica – e talvez possa revelar em si mesmo um poderoso contextualismo:

*Os projetos europeus os mais bem intencionados, aparentemente e expressamente pluralistas, democráticos e tolerantes, nessa bela competição para “conquistar os espíritos”, podem tentar impor a homogeneidade de um meio [medium], de normas de discussão, de modelos discursivos [...] Esse projeto se multiplicam hoje, e nós poderíamos nos alegrar com eles, desde que nossa atenção não adormeça; porque é preciso aprendermos a detectar as novas formas de tomada de poder cultural, para resistir a elas. Isso também pode parecer um novo espaço universitário e sobretudo um discurso filosófico. Sobre pretexto de defender a transparência (“transparência”, com o “consenso”, é uma das palavras de ordem do discurso “cultural” que eu evoquei a pouco), pela univocidade da discussão democrática, pela comunicação no*

*espaço público, pelo “agir comunicativo”, um discurso como esse tende a impor um modelo de linguagem pretensamente favorável à essa comunicação. Pretendendo falar em nome da inteligibilidade, do bom senso, do senso comum ou da moral democrática, esse discurso tende, por esse mesmo motivo, a descreditar tudo o que complica esse modelo, tende a suspeitar ou a reprimir aquilo que dobra, sobredetermina ou mesmo questiona, na teoria ou na prática, essa ideia da linguagem. É com esta preocupação, entre outras, que seria preciso estudar certas normas retóricas que dominam a filosofia analítica ou o que se chama em Frankfurt de a “pragmática transcendental”. Esses modelos se confundem igualmente com poderes institucionais que não estão confinados apenas à Inglaterra e à Alemanha (DERRIDA, 1991, p. 54-56).*

A exclusão de tudo aquilo que não permanece compatível com o pretenso universalismo democrático do agir comunicativo não é visto pelo próprio Habermas como uma violência e como uma tomada de poder cultural (sustentada em poderes institucionais). O agir comunicativo depende de uma antropologia sustentada numa concepção de linguagem transcendente que reivindique uma posição metasituada para que seu projeto de reconciliação das concepções modernas seja possível. Dito de outro modo, um pensamento que leve em consideração o rastro e a diferença só pode ser considerado por Habermas como uma contradição performativa (digno apenas da loucura ou do suicídio, conforma a citação que destacamos anteriormente). Por não ser comportado pelo projeto político pautado na ética da discussão, o problema do rastro e da alteridade é excluído, como é característico dos modelos metafísicos, da cena pública, do espaço público ou do problema da linguagem. Mas Derrida lembra que o rastro ainda sim resiste – tanto à visibilidade quanto a tais projetos políticos -, oferecendo um motor de politização e de deslocamento das polaridades metafísicas:

*[...] em toda parte onde há [rastro] enquanto subtraído ou em retiro relativamente à visibilidade, alguma coisa resiste à publicidade política, ao *phainesthai* do espaço público. “Alguma coisa”, que não é nem uma coisa nem uma causa, se apresenta no espaço público mas ao mesmo tempo subtrai-*

*-se a ele, resiste a ele. Trata-se aí de um singular princípio de resistência ao político tal como ele é determinado desde Platão, desde o conceito grego de democracia até as Luzes. “Alguma coisa” aí resiste por si mesma sem que tenhamos que organizar uma resistência com partidos políticos. Isso resiste à politização mas, como toda resistência a uma politização, é também uma força de repolitização, um deslocamento do político* (DERRIDA, 2012, p. 88). ♦♦

## BIBLIOGRAFIA

- ARISTÓTELES. *"Le livre Gamma de la Métaphysique"*. In: CASSIN, B. **La décision du sens**. Paris: Vrin, 1998.
- BORRADORI, G. **Filosofia em tempo de terror: diálogos com Habermas e Derrida**. Rio de Janeiro: Zahar, 2004.
- CAPUTO, J. D. **Desconstruction in a nutshell: a conversation with Jacques Derrida**. New York: Fordham University Press, 1997.
- CHÉRIF, M.. **O Islã e o ocidente: encontro com Jacques Derrida**. Belo Horizonte: UFMG, 2013.
- DERRIDA, J.. **Glas**. Paris: Galilée, 1975.
- \_\_\_\_\_. *"La différence"*. in: **Marges de la philosophie**. Paris: Minuit, 1972a.
- \_\_\_\_\_. *"Signature événement contexte"*. in: **Marges de la philosophie**. Paris: Minuit, 1972b.
- \_\_\_\_\_. **Positions**. Paris: Minuit, 1972c.
- \_\_\_\_\_. **L'autre cap suivi de La démocratie ajournée**. Paris: Minuit, 1991.
- \_\_\_\_\_. "O perdão, a verdade, a reconciliação: qual gênero?". In: **Jacques Derrida: pensar a desconstrução**. São Paulo: Estação Liberdade, 2005.
- \_\_\_\_\_. **El monolingüismo del otro**. Buenos Aires: Manatial, 2012.
- \_\_\_\_\_. **Pensar em não ver: escritos sobre as artes do visível (1979-2004)**. Florianópolis: UFSC, 2012.
- DERRIDA, J. & ROUDINESCO, E. **De quoi demain... (dialogue)**. Paris: Flammarion, 2001.

HABERMAS, J.. **Consciência moral e agir comunicativo.** Rio de Janeiro: Tempo brasileiro, 1989.

\_\_\_\_\_. **O discurso filosófico da modernidade.** Alfragide: Texto editores, 2010.

\_\_\_\_\_. **A inclusão do outro: estudos de teoria política.** São Paulo: Loyola, 2007.

\_\_\_\_\_. **Pensamento pós-metafísico: estudos filosóficos.** Rio de Janeiro: Tempo brasileiro, 2002.

\_\_\_\_\_. **Teoria do agir comunicativo**, v. 1. São Paulo: Martins Fontes, 2012.

HEGEL, G. W. F.. "La raison dans l'histoire. Paris: Librairie Plon, 1965.

JAMESON, F.. "Marx's pourloined letter." In: **Ghostly Demarcations: a symposium on Jacques Derrida's Spectres of Marx.** London/New York: Verso, 2008.

MELVILLE, S. W.. **Philosophy beside itself: on deconstruction and modernism.** Minneapolis: University of Minnesota Press, 1986.

SUSSMAN, H.. Hegel, "Glas, and the broader modernity." In: **Hegel after Derrida.** London/New York: Routledge, 1998.

THOMASSEN, L. **The Derrida-Habermas reader.** Chicago: Chicago University Press: 2006.

# **Verdade e Política: Notas sobre um Paradigma de Democracia Contemporânea**

**Cristina Buarque de Hollanda**

*Professora adjunta do Departamento de Ciência Política da Universidade Federal do Rio de Janeiro (UFRJ), do Programa de Pós-Graduação em História Comparada da mesma instituição e do Programa de Pós-Graduação em Ciência Política da Universidade Federal Fluminense (UFF).*

Os contextos de transição para a democracia convivem com a incerteza sobre o futuro político próximo. Além da indefinição sobre os novos termos da vida pública, costuma haver controvérsia e pouca clareza a respeito do modo como serão abordados – ou mesmo se serão abordados – os casos de violência passada, ocorridos sob regimes repressores. Nestes ambientes, as dúvidas tendem a um repertório comum: os novos governos se dedicarão a investigar crimes e responsabilizar criminosos? Caso positivo, considerarão leis novas ou vigentes durante o tempo de agressão? A eventual acusação criminal incidirá sobre os operadores diretos da violência ou também levará em conta suas cadeias de comando? A investigação recairá apenas sobre operadores do Estado ou também sobre militantes de oposição? Qual é a forma justa de compensar vítimas ou familiares de vítimas pela violência de que foram objeto?

No contexto pós-guerra fria, esses dilemas marcaram a experiência das novas democracias na América Latina, no Leste Europeu, na África e na Ásia. As respostas a eles ganharam forma em arranjos políticos diversos. Em fórmulas isoladas ou combinadas, a depender das condições particulares da transição em cada país, as iniciativas de governo para lidar com eventos de violência pretérita gravitaram em torno de um conjunto de possibilidades: comissões de verdade, leis de anistia, expurgos administrativos, desculpas públicas, tribunais domésticos e tribunais internacionais e/ ou híbridos – com mandatos, recursos e poderes vários.

A afirmação da justiça de transição como campo de estudos é contemporânea à experimentação desses arranjos legais e institucionais para lidar com o legado de regimes superados. Imbuída de um forte sentido de urgência, a reflexão sobre modelos de justiça tendeu a ser uma pauta incontornável para democracias jovens e incipientes lançadas ao problema de lidar com seu passado agressor. Nos últimos vinte anos, militantes, políticos, jornalistas, gestores públicos e acadêmicos de origens disciplinares várias constituíram redes institucionais de fôlego, com periódicos especializados<sup>1</sup> e importantes centros de estudos e militância<sup>2</sup>. A despeito da diversidade de enfoques e objetos de investigação, os estudiosos da justiça de transição tenderam a orientar-se para a ação política imediata.

A apresentação de Neil Kritz a uma das publicações seminais da área – **Transitional Justice. How emerging democracies reckon with former regimes** (KRITZ, 2004) – ilustra bem este contorno do campo. Nela, o autor descreve a sociologia variada dos participantes da conferência que deu origem aos três volumes que compõem a publicação: entre nacionais de vinte e um países emergentes de regimes repressores que enfrentavam o problema comum de como lidar com o legado do passado agressor, estavam lá “um jornalista tcheco, membros dos parlamentos lituâno e uruguai, um ex-presidente argentino, um filósofo húngaro, um professor de história espanhol e um membro da Corte Constitucional Búlgara”. Segundo Kritz, apesar da diversidade de origens, estavam todos interessados em averiguar como “os europeus dos países centrais e do leste e também os ex-soviéticos que estavam emergindo do regime comunista poderiam aprender lições úteis das transições latino-americanas da década anterior” (KRITZ, 2004, p. xix. Grifo meu).

Uma investigação preliminar a respeito do campo de estudos em tela revela um perfil marcadamente pragmático e normativo. Mesmo os trabalhos com vocação descritiva estão embebidos em expectativas sobre o que é e como deve ser a administração da justiça nos casos de violações de direitos cometidas sob regimes autoritários. Além da suposição fundamental a respeito da qualidade das transições, sempre democráticas, a literatura sobre justiça de transição é notadamente atravessada por quatro eixos expositivos e/ ou propositivos em torno do tema da verdade, independentemente da sua forma institucional – isto é, tribunais, expur-

1 É o caso, por exemplo, do *International Journal of Transitional Justice*, editado por Oxford.

2 A exemplo do *International Center for Transitional Justice* e do *African Transitional Justice Research Network*.

gos administrativos ou comissões de verdade. O primeiro eixo consiste na suposição da verdade como marcador de distinção entre o antigo e o novo regime (KRITZ, 2004), isto é, entre autoritarismo e democracia. O segundo afirma uma vocação pedagógica dos processos de esclarecimento sobre o passado agressor. Nesta perspectiva, a verdade e sua publicidade seriam antídotos contra a repetição do infortúnio, pois fundariam a possibilidade de uma história comum, conhecida e aceita por todos (ZALAUQUETT, 2004; ALBON, 2004; MINOW, 1998). Em seguida, no terceiro eixo, a verdade é afirmada como restituidora de dignidade às vítimas (TUTU, 2000; BORAINE, 2000; ALBON, 2004; MINOW, 1998). Por fim, a verdade é descrita como instrumento de reconciliação nacional, apta a reaproximar setores antagônicos de longa data (TUTU, 2000; BORAINE, 2000; ALBON, 2004; MINOW, 1998). O sentido comum aos quatro eixos é o de unidade social, em contraponto marcado com a condição dividida das sociedades sob regimes autoritários.

Embora diversas, as formas políticas da verdade convergem, portanto, em torno de acordos normativos fundamentais<sup>3</sup> e o dissenso tende a se estabelecer num plano inferior ao dos princípios, relativo aos meios. Neste sentido, a discordância sobre aplicar a verdade como causa final (caso das comissões de verdade) ou intermediária<sup>4</sup> (caso de processos penais que têm a justiça formal como telos) não escapa ao entendimento comum da verdade como instrumento de democracia, pedagogia, dignidade e reconciliação, conforme os quatro tópicos apenas referidos. O argumento de Jaime Malamud-Goti, ex-Procurador-Geral da Argentina, em favor da punição de antigos agressores<sup>5</sup> não destoa, por exemplo, dos ter-

3 Esta afirmação toma como referência a literatura canônica sobre justiça de transição. Há autores desviantes em relação aos consensos normativos referidos. John Elster, por exemplo, diverge do próprio princípio de verdade aplicado à política. Ele comprometeria a justiça. Elster contabiliza vinte comissões da verdade criadas desde 1982 que não nomearam violadores de direitos (ELSTER, 2004). Os procedimentos de justiça legal, desejáveis, seriam comumente violados em processos de justiça de transição, conduzidos em circunstâncias excepcionais. Ao comentar especificamente os mecanismos de restituição nos países egressos do comunismo, Elster opina que “porque é impossível alcançar a todos, então ninguém deveria ser punido e ninguém deveria ser compensado” (ELSTER, 2004, p. 566).

4 Há mesmo quem insista numa harmonia de princípios entre os usos finalístico e instrumental da verdade na política. Priscila Hayner reage à suposição de que eles se excluem mutuamente e recusa a “suspeita de que comissões de verdade tendem a enfraquecer as possibilidades de justiça nos tribunais ou mesmo de que as comissões são por vezes intencionalmente empregadas como um meio de evitar controles mais rigorosos.” (HAYNER, capítulo 8). Segundo Hayner, as comissões poderiam ser complementares aos processos judiciais, providenciando informações que não estariam ao alcance dos tribunais. Não haveria, para ela, *trade off* entre justiça e verdade, o que é suposição avessa à de Elster (ver nota 3).

5 Para Malamud-Goti, “além de restaurar a dignidade das vítimas, o processo judicial também ajuda a curar a sociedade como um todo, restabelecendo uma realidade comum que pode servir como base para a cooperação e a reconfiguração moral, substituindo as realidades individuais, isoladas, que resultaram de uma coesão social fraturada” (*apud* ALBON, 2004, p. 53).

mos típicos da defesa de Desmond Tutu da Comissão de Verdade Sul-Africana, uma espécie de militância política do perdão. Os casos nacionais mais contrastantes nas suas compreensões sobre a verdade – Argentina e África do Sul – aproximam-se portanto no enunciado de suas utilidades, sobretudo na expectativa de cura social. Parte-se da premissa comum de que a legitimidade do novo arranjo político vincula-se à sua capacidade de “fazer conhecer a verdade completa sobre o passado agressor”, expô-la publicamente e enunciá-la oficialmente (ZALAUETT, 2004, p. 6). Numa espécie de premissa comum ao campo intelectual da justiça de transição, o desconhecimento sobre o passado prolonga realidades sociais partidas<sup>6</sup> e dá vida longa ao sofrimento. A premissa de fundo é que a revelação da vontade tem potência regeneradora. Ela é necessariamente positiva, funda novos termos para a política e liberta o futuro das amarras do passado (BORAIN, 2000; TUTU, 2000; KRITZ, 2004; MINOW, 1998, entre outros).

Ainda no campo de convergências dos diversos, além da afinidade motivacional – a busca pela verdade<sup>7</sup> – nota-se o concerto em torno do seu tempo político [da verdade]: o momento de instalação da democracia. A consonância cronológica pode ser explicada pelo sentido de urgência próprio de jovens democracias (ansiosas pela superação do legado autoritário) e, conforme perspectiva cara a operadores e intelectuais das transições, pela crença de que as primeiras medidas para lidar com violações passadas de direitos tendem a perdurar e configurar definitivamente o tratamento do tema (exemplarmente manifesta em PIERSON, 2004).

As divergências no campo não produzem ruídos aos dois eixos de afinidade, motivacional e cronológico. Elas tendem a se concentrar em torno da definição de meios (e não de princípios) da verdade. Ou, mais precisamente, o dissenso se estabelece sobre o caráter instrumental ou finalístico da verdade. Em forma interrogativa, os termos da questão são os seguintes: a verdade deverá servir como meio para justiça punitiva (caso típico dos tribunais internacionais e domésticos) ou como finalidade em si (caso típico das comissões de verdade)? Em uma e outra formulação, a premissa de utilidade da verdade não é objeto de dúvida.

Na nova democracia no Brasil, a questão da justiça para crimes

6 Entre as vozes dissonantes em relação a esta visão dominante, está Leigh Payne, que descreve os processos de verdade como eventos de acirramento do conflito e confirmação de antagonismos sociais. As confissões de violadores de direitos, por exemplo, encerrariam discursos de justificação das suas ações e versões pessoais do passado, instituindo um conflito insuperável de interpretações a respeito do tempo extinto (Payne, 2008).

7 O termo verdade será mobilizado ao longo deste projeto como categoria de ação política.

passados escapou aos padrões cronológico e motivacional, e, portanto, também fugiu ao escopo de praxe da literatura sobre justiça de transição. Como se sabe, os governos de transição no Brasil não adotaram as chamadas políticas de verdade. Em agosto de 1979, o último presidente militar, João Figueiredo, sancionou a Lei da Anistia para autores de “crimes de qualquer natureza relacionados com crimes políticos ou praticados por motivação política”. A não ser por iniciativas isoladas de grupos organizados da sociedade civil, o novo regime seguiu alheio à condição do desconhecimento sobre autores e circunstâncias de crimes passados.

No Brasil, os passos na direção de uma política da verdade, afinada com princípios da justiça de transição, tiveram lugar em contexto pós-transicional. A princípio, limitaram-se ao reconhecimento de responsabilidade do Estado no desaparecimento de militantes políticos, desde que os parentes dos supostos desaparecidos se encarregassem da produção de evidências do evento. Ao imputar o ônus da prova às partes vitimadas, supôs-se a verdade como um objeto de interesse privado – e não público. Ao longo dos anos 90 e princípios dos anos 2000, três novidades legais compuseram este paradigma de passividade do Estado na produção de verdade. A primeira delas foi a lei de criação da Comissão de Representação Externa de Busca dos Desaparecidos Políticos, sancionada por Color de Mello em dezembro de 1991 e extinta em dezembro de 1994, com pouca informação nova sobre o passado repressor. A segunda novidade foi a Lei dos Mortos e Desaparecidos Políticos, sancionada por Fernando Henrique Cardoso em dezembro de 1995 com os objetivos de buscar corpos de desaparecidos políticos, indenizar 136 famílias de pessoas vitimadas pelo regime e criar Comissão Especial de Reconhecimento dos Mortos e Desaparecidos Políticos para avaliar alegações de desaparecimento e mortes violentas e recomendar novas indenizações. Por fim, a terceira novidade em tela foi a lei que determinou a instalação da Comissão de Anistia, em novembro de 2002. Ainda em curso, ela tem o objetivo de indenizar vítimas vivas que sofreram prejuízos profissionais em razão de perseguição política. Originalmente, também se restrin- giu às informações fornecidas por pleiteantes<sup>8</sup>.

O avanço em relação à abordagem caso a caso, com imputação da responsabilidade pelas provas às vítimas, aconteceu vinte e sete anos depois do fim do regime autoritário. A lei de criação da Comissão Nacional da Verdade,

<sup>8</sup> Esta condição original sofre alteração com a criação da Comissão Nacional da Verdade, que será abordada a seguir. Além das provas fornecidas pelas vítimas, o intercâmbio das duas comissões deve dar novos subsídios para a Comissão da Anistia.

a mais tardia entre comissões deste tipo, foi sancionada por Dilma Rousseff em novembro de 2011 e representou um ponto fundamental de inflexão na trajetória das políticas de reparação no país: pela primeira vez o Estado brasileiro assumiu responsabilidade pela investigação das circunstâncias de violações de direitos humanos cometidas durante o regime ditatorial.

A novidade veio acompanhada pela formação de um campo intelectual no país – associado à própria comissão ou à militância em geral pela verdade – afinado com os conteúdos e as perspectivas da literatura sobre justiça de transição ou simplesmente adepto a seu repertório de princípios. A identidade e a face pública da CNV foram moldadas grosso modo em torno da suposição de benefício intrínseco ao conhecimento e à revelação da verdade. A afinidade da narrativa sobre si com os modelos de justificação razoavelmente difundidos entre outras comissões similares não significou, contudo, mimetização da forma. O desenho institucional da CNV – e, de um modo mais geral, das políticas de verdade no país – é bastante inovador e se distingue do modelo bastante usual de uma sede que opera um conjunto de escritórios locais e garante o concerto das agendas e princípios de ação.

Com um formato enxuto, a CNV estimulou a formação de uma rede de organizações similares em nível estadual (associadas às casas legislativas) sem, dispor, entretanto, de meios materiais ou formais para impor sua criação e seus caminhos de ação. O mesmo movimento foi replicado pelas comissões estaduais, em níveis municipal, sindical e universitário, com processos de formalização legados às instâncias administrativas competentes (câmara municipal, conselhos sindicais e universitários, respectivamente). Neste circuito que hoje envolve cerca de 80 comissões da verdade em todo o país, e possivelmente outras dezenas em gestação, as cadeias de comando-obediência são escassas, embora as diferentes unidades, do ponto de vista formal, sejam organizadas verticalmente. A independência orçamentária – que na prática significa escassez material e de infraestrutura – dá o tom da condição razoavelmente autônoma das comissões. Esta cena de multiplicação espontânea, fragmentação e especialização de agendas constitui fenômeno inédito na história das comissões da verdade no mundo.

Embora incontornáveis para o estudo da experiência política da verdade no Brasil, os preceitos da justiça de transição – que inspiram o vocabulário e a autoimagem das comissões e dos comitês em curso no país – têm

limites analíticos claros. As políticas de verdade no país, tardias, podem ser pensadas de modo mais acurado como experiências de justiça pós-transicional, um conceito que se anuncia na literatura internacional para tratar sobretudo dos casos de Portugal, Espanha e Polônia, democracias consolidadas que emergiram de transições negociadas e retomam hoje questões do passado autoritário (RAIMUNDO, 2012; AGUILAR, 2008).

Paloma Aguilar e Cath Collins convergem na identificação do que consideram ser um equívoco do senso comum sobre justiça de transição: a premissa de que os arranjos institucionais nos períodos de transição são necessariamente duradouros. Embora as autoras reconheçam que os acordos de transição produzem inércia e obstáculos à transformação futura, elas afirmam que a cena democrática pode, no médio prazo, revisitá o tema das violações passadas de direitos. Uma vez estabelecido o novo regime, diferentes formas de agência social podem contornar as limitações e ir além dos acordos da transição (AGUILAR, 2008; COLLINS, 2010).

Tal como na Espanha, os acordos de transição no Brasil não inibiram a onda de verdade inaugurada pela CNV e acolhida por grupos da sociedade civil que se mesclaram a operadores locais de governos e compuseram corpos híbridos de militância e investigação. Embora a condição fragmentária desses operadores da verdade signifique uma importante heterogeneidade de perspectivas, muitos deles convergem no objetivo de reinterpretar – ou mesmo revogar – a Lei de Anistia de 1979<sup>9</sup>. Diferentemente do tempo em que o Estado brasileiro apenas reagia a alegações de vitimação produzidas – e devidamente fundamentadas – pelas vítimas, o novo capítulo das políticas de verdade no país inclui, por exemplo, iniciativas do Ministério Público que podem se valer das investigações das comissões de verdade.

Na cena pós-transicional brasileira, à semelhança do que Aguilar e Collins identificam em outros contextos nacionais, a verdade ganha, portanto, modulação sutil – mas substantiva – em relação ao repertório clássico da justiça de transição abordado neste artigo. Mais do que recurso de distinção em relação ao regime autoritário, a verdade passa a concentrar expectativas de aprofundamento da democracia. Seus sentidos de urgência e pedagogia, tão típicos das justificações e narrativas de operadores-intelectuais da justiça de transição, não são mais referidos ao medo do retorno autoritário, mas à premência dos problemas sociais em

9 O caso Rubens Paiva é exemplar disto: o encaminhamento recente de processo judicial a respeito das circunstâncias de sua morte mobilizou informações produzidas pela Comissão Estadual da Verdade do Rio de Janeiro.

curso. No discurso dos operadores da verdade, o olhar para o passado justifica-se por si mesmo e também – e por vezes sobretudo – pela relevância para lidar com mazelas da sociedade contemporânea. A premissa de que a verdade sobre os equívocos passados esteriliza a reprodução de males presentes é alargada para lidar com versões da violência cujas motivações destoam daquelas do regime autoritário. A verdade não é mais, portanto e por excelência, antídoto ao contexto que motivou a violência, mas à violência em si.

Esse deslocamento de sentido é operado de modo concertado ao deslocamento dos direitos humanos no vocabulário político da democracia. Antes dirigidos às vítimas do regime autoritário, sobretudo dos estratos médios e altos da população, os direitos humanos e a demanda por verdade passam a acolher sobretudo os estratos mais baixos da população, vítimas da violência policial. Diferentemente dos termos da justiça de transição, a verdade como reconciliação não é referida a uma comunidade politicamente, mas socialmente partida.

No Brasil, a verdade se esboça como paradigma democrático em cena extemporânea à instalação da própria democracia, após processo de transição negociada. Como nota de conclusão deste artigo (e possível aportamento para pesquisa futura), suponho que a investigação sobre os percursos da verdade no país poderá usar e sofisticar categorias analíticas do novo – e ainda incipiente – campo de estudos da justiça pós-transicional. ♦♦

## BIBLIOGRAFIA

AGUILAR, Paloma. **Transitional or Post-Transitional Justice? Recent Development in the Spanish Case.** South European Society and Politics. V. 13, n. 4. December 2008, p. 417-433.

ALBON, Mary. "Project on Justice in Times of Transition: Report of the Project's Inaugural Meeting." In: Krtiz, Neil. **Transitional Justice. How Emerging Democracies Reckon with Former Regimes.** Washington, D.C.: United States Institute of Peace Press, 2004, p. 42-54.

BORAINE, Alex. **A Country Unmasked. Inside South Africa's Truth and Reconciliation Commission.** Oxford University Press, 2000.

COLLINS, Cath. **Post-transitional Justice: Human Rights Trials in Chile and El Salvador.** Pennsylvania: The Pennsylvania State University Press, 2010.

- ELSTER, Jon. **Closing the Books. Transitional Justice in Historical Perspective.** Cambridge: Cambridge University Press, 2004.
- HAYNER, Priscilla. **Unspeakable Truths. Transitional Justice and the Challenge of Truth Commissions.** New York, London: Routledge, 2011.
- KRITZ, Neil. **Transitional Justice. How Emerging Democracies Reckon with Former Regimes.** Washington, D.C.: United States Institute of Peace Press, 2004.
- MIINOW, Martha. **Between vengeance and forgiveness: facing history after genocide and mass violence.** Boston: Beacon Press, 1998.
- PAIGE, Arthur. **How Transitions reshaped human rights: a conceptual history of transitional justice.** Human Rights Quarterly, volume 31, number 2, may 2009, p. 321-367.
- PAYNE, Leigh. **Unsettling Accounts. Neither Truth nor Reconciliation in Confessions of State Violence.** Durham and London: Duke University Press, 2008.
- PIERSON, P. **Politics in Time.** Princeton: Princeton University Press.
- POSNER, Eric, VERMEULE, Adrian. **Transitinal justice as ordinary justice.** Harvard Law Review. Volume 117, número 3, janeiro 2004.
- RAIMUNDO, Filipa. **Post-Transitional Justice? Spain, Poland and Portugal compared.** European University Institute PhD theses: Department of Political and Social Sciences. February 2012. Disponível em: <http://cadmus.eui.eu/handle/1814/20714>. Consultado em 31 de maio de 2013.
- SCHRIVER, Donald. **An Ethic for Enemies. Forgiveness in Politics.** New York, Oxford: Oxford University Press, 1997.
- TEITEL, Ruth. **Transitional Justice.** New York: Oxford University Press, 2002.
- TUTU, Desmond. **No Future Without Forgiveness.** USA: First Image Books Edition, 2000.
- ZALAQUETT, José. "Confronting Human Rights Violations Committed by Former Governments: Principles Applicable and Political Constraints." In: Krtiz, Neil. **Transitional Justice. How Emerging Democracies Reckon with Former Regimes.** Washington, D.C.: United States Institute of Peace Press, 2004, p. 3-31.

# O Monopólio da Mídia na Construção de Consensos Sociais

**Dênis de Moraes**

*Doutor em Comunicação e Cultura pela Universidade Federal do Rio de Janeiro, pós-doutor pelo Consejo Latinoamericano de Ciencias Sociales (CLACSO, Argentina), pesquisador sênior do CNPq e da FAPERJ e professor associado da Universidade Federal Fluminense.*

## INTRODUÇÃO

Meu propósito é analisar e problematizar o papel protagônico que a mídia exerce na construção dos consensos sociais. Parto da premissa de que os discursos por ela veiculados interferem preponderantemente na cartografia do imaginário coletivo, propondo leituras e interpretações da realidade aceitas ou consideradas por amplos setores da sociedade. O poder de penetração da mídia acentua-se com a potência planetizada de canais, plataformas e suportes de comunicação digitais, que interligam, em tempo real e com velocidade inaudita, povos, sociedades, economias e culturas, sempre em busca de audiência, lucratividade e influência nos contextos histórico-sociais.

Ainda que possam existir respostas diferenciadas de indivíduos e grupos às irradiações midiáticas, penso que o quadro geral em que vivemos foi muito bem sintetizado por Edward Said: “Somos bombardeados por representações pré-fabricadas e reificadas do mundo, que usurparam a consciência e previnem a crítica democrática, e é à derrubada e ao desmantelamento desses objetos alienantes que, como disse corretamente C. Wright Mills, o trabalho do humanista intelectual deve ser dedicado.”<sup>1</sup>

<sup>1</sup> Edward Said, *Humanismo e crítica democrática*, São Paulo, Companhia das Letras, 2007, p. 95.

A desmedida influência da mídia sobrepõe-se, não raro, a poderes constituídos (aí incluído o Judiciário) e a esferas tradicionais de formação de valores (família, escola, universidade, igreja, etc.). Trata-se de impor, pelo consentimento social, critérios exclusivos para a escolha e a abordagem de temas, o que equivale a determinar o que deve ser incorporado, destacado, subestimado ou ocultado nas agendas informativas e nos noticiários. Do mesmo modo, a mídia difunde juízos de valor e sentenças sobre fatos e acontecimentos, como se estivesse autorizada a funcionar como uma espécie de tribunal, sem nenhuma legitimidade para isso. Sua intenção, assumida, mas não declarada, é disseminar conteúdos, ideias e princípios que ajudem a organizar e a unificar a opinião pública em torno de determinadas visões de mundo (via de regra, visões conservadoras e sintonizadas com o *status quo*).

Esse processo, historicamente longo, de conformação do imaginário social pela mídia também se aprofundou pela ausência ou inércia dos poderes Legislativo e Executivo nas tarefas de regulação, notadamente dos meios sob concessão pública (rádio e televisão) que lhes cabem ou deveriam caber. Resulta daí que a construção do consenso em torno de concepções tende a se associar ao que é noticiado, fixado e exibido nos meios massivos, sem maiores limitações ou entraves.

## COMO O SISTEMA MIDIÁTICO SE ESTRUTURA PARA DOMINAR

Quais são as características definidoras do sistema midiático hegemônico? Em primeiro lugar, evidencia capacidade de fixar sentidos e ideologias, selecionando o que pode deve ser visto, lido e ouvido pelo conjunto dos cidadãos. Estamos diante de uma “estrutura piramidal”, segundo Milton Santos: “No topo, ficam os que podem captar as informações, orientá-las a um centro coletor, que as seleciona, organiza e redistribui em função do interesse próprio. Para os demais, não há, praticamente, caminho de ida e volta. São apenas receptores, sobretudo os menos capazes de decifrar os sinais e os códigos com que a mídia trabalha.”<sup>2</sup>

A mídia elege os atores sociais, analistas, comentaristas e especialistas que podem opinar em seus espaços e programações. Na maior parte

---

<sup>2</sup> Milton Santos. *O espaço do cidadão*. São Paulo, Edusp, 2007, p. 155.

dos casos, observa Pierre Bourdieu, esses porta-vozes nada mais fazem senão reforçar o trabalho dos *think tanks* neoliberais em favor da mercantilização geral da vida e da desregulamentação das economias e dos mercados.<sup>3</sup> São os chamados “intelectuais midiáticos”, escalados para dizer e prescrever geralmente aquilo que serve aos interesses do grande capital e do conservadorismo, e ao mesmo tempo para combater e desqualificar ideias progressistas e transformadoras de realidades injustas.

Os conglomerados midiáticos mantêm ainda relações de interdependência com poderes econômicos e políticos, conforme conveniências mútuas (visibilidade pública, verbas de publicidade, patrocínios, financiamentos, isenções fiscais, participações acionárias, apoios em campanhas eleitorais, *lobbies*, concessões de canais de radiodifusão, etc). Não são neutros e isentos, como querem fazer crer; são parciais, tomam partido, têm um lado.

Em segundo lugar, o sistema midiático demonstra desembaraço na apropriação de diferentes léxicos para tentar colocar dentro de si todos os léxicos, a serviço de seus objetivos particulares. Palavras que pertenciam tradicionalmente ao léxico da esquerda foram ressignificadas no auge da hegemonia do neoliberalismo, nos anos 1980 e 1990. Cito, de imediato, duas: reforma e inclusão. Da noite para o dia, passaram a ser incorporadas aos discursos dominantes e às falas autolegitimadas da mídia — falas que se projetavam, e ainda se projetam, como vigas de sustentação do ideário privatista. Trata-se de indiscutível apropriação do repertório progressista, que sempre associou reformas ao imaginário da emancipação social. Isso tem a ver com o fato de que o discurso neoliberal — que segue influente no plano ideológico, apesar dos rotundos fracassos econômicos do neoliberalismo — se vale da mídia para redefinir e apossar-se de sentidos e significados, a partir de óticas interpretativas próprias.

Em terceiro lugar, o sistema midiático incute e celebra a vida para o mercado, a supremacia dos apelos consumistas, o individualismo e a competição. A existência subordinada ao mantra da rentabilidade. A glorificação do mercado consiste em apresentá-lo como o mais adequado para traduzir anseios, como se só ele pudesse se converter em instância de organização societária. Um discurso que nada mais faz senão realçar e aprofundar a visão, claramente autoritária, de que o mercado é a única esfera capaz de regular, por si mesma, a vida contemporânea. Os projetos

<sup>3</sup> Pierre Bourdieu, *Interventions*, 1961-2001. Science sociale & action politique, Marseille, Agone, 2002, p. 447.

mercadológicos e as ênfases editoriais podem variar, menos num ponto-chave: as corporações operam, consensualmente, para reproduzir a ordem do consumo e conservar hegemonias instituídas.

Em quarto lugar, o discurso midiático está comprometido com o controle seletivo das informações, da opinião e dos juízos de valor que circulam socialmente. Isso se manifesta nas formas de interdição e estigmatização de ideias antagônicas, bem como na descontextualização intencional de notícias, com o objetivo de desviar leitores, telespectadores e ouvintes da compreensão das circunstâncias em que certos fatos acontecem (geralmente os que são contrários à lógica econômica ou às concepções políticas dominantes).

A mídia hegemônica procura reduzir ao mínimo o espaço de circulação de ideias alternativas e contestadoras – por mais que estas continuem se manifestando e resistindo. A meta é esvaziar análises críticas e expressões de dissenso, evitando atritos entre as interpretações dos fatos e seu entendimento por parte de indivíduos, grupos e classes. Um exemplo do que acabo de dizer é a forma como reivindicações de movimentos sociais e comunitários costumam ser tratadas nas pautas e coberturas. Ou são frequentemente subestimadas, quando não ignoradas, ou impugnadas sob o argumento falacioso de que são “radicais”, “extremistas”, “populistas”. A vida das comunidades subalternizadas e pobres está diminuída ou ausente nos principais jornais e telejornais.

O sistema midiático rejeita qualquer modificação legal que ponha em risco sua autonomia e seus lucros. A qualquer movimento para a regulação da mídia sob concessão pública reage com editoriais e matérias mentirosas e deturpações, apresentando governantes que se solidarizam com a causa da democratização da comunicação como “ditadores” que cerceiam a “liberdade de expressão”. É uma grosseira mistificação. O que há, em verdade, é o bloqueio por parte da chamada grande mídia do debate sobre a função social e os limites democráticos para a atuação da mídia. As empresas não têm nenhuma autoridade moral e ética para falar em “liberdade de expressão”, pois a negam diariamente com o controle seletivo da informação e da opinião. Parte considerável dos conteúdos produzidos nos chega submetida a mecanismos de filtragem ideológica que os distanciam do compromisso ético com a informação veraz e o respeito à diversidade. Confundem-se interesses empresariais e políticos com o que seria, supostamente, a função de informar e entreter. Tudo isso

acentua a sua ilegítima pretensão de definir regras unilateralmente, inclusive as de natureza deontológica, para colocar-se acima das instituições e até dos poderes representativos eleitos pelo voto popular, exercendo não a liberdade de expressão, e sim a liberdade de empresa.

Por fim, os grupos midiáticos detêm a propriedade dos meios de produção, a infraestrutura tecnológica e as bases logísticas, como parte de um sistema corporativo que rege habilmente os processos de produção material e imaterial. Segundo Raymond Williams, trata-se de “um sistema central, efetivo, dominante e eficaz”, apto a definir estratégias de largo alcance, viabilizar ações e transmitir “significados e valores que não são meramente abstratos, mas que são organizados e vividos”.<sup>4</sup> Além de planejar e coordenar atividades correlatas, o sistema corporativo exerce papel crucial na circulação de informações, interpretações e crenças indispensáveis à consolidação de consensos sociais, por mais diversificadas que possam ser as reações e respostas. O grau de influência varia de veículo para veículo, em decorrência de recursos tecnológicos, linguagens, metodologias produtivas, características dos mercados, padrões de integração e perfis de públicos e audiências.

Para compreender a complexidade do sistema midiático, devemos considerar que a digitalização favoreceu a multiplicação de bens e serviços de infoentretenimento; atraiu *players* internacionais para operações em todos os continentes; intensificou transmissões e fluxos em tempo real; instituiu outras formas de expressão, conexão, intercâmbio e sociabilidade, sobretudo na internet (comunidades virtuais, redes sociais); e agravou a concentração e a oligopolização de setores complementares (imprensa, rádio, televisão, internet, audiovisual, editorial, fonográfico, telecomunicações, informática, publicidade, marketing, cinema, jogos eletrônicos, celulares, redes sociais etc.). Hoje, executivos de corporações midiáticas aludem a “multiplataformas integradas” para definir a junção de interesses estratégicos em distintos suportes: papel, digital, áudio, vídeo e móvel. Tudo isso sob a égide de três vetores: a tecnologia que possibilita as sinergias; o compartilhamento e a distribuição de conteúdos gerados nas mesmas matrizes produtivas; e a racionalidade de gastos, custos e investimentos.

A convergência entre mídia, telecomunicações e informática viabiliza o aproveitamento de um mesmo produto em diferentes plataformas,

---

<sup>4</sup> Raymond Williams, *Cultura e materialismo*, São Paulo, Editora Unesp, 2011, p. 53.

suportes e meios de transmissão, distribuição, circulação, exibição e consumo, fazendo sobressair a mais-valia na economia digital. Agrupam-se os mais distintos atores econômicos, atraídos pela oportunidade de alavancar seus negócios, aí incluídos fabricantes, anunciantes, patrocinadores, fornecedores, administradores de marcas, gestores corporativos, criadores de campanhas publicitárias, operadores financeiros etc.

Origina-se daí um sistema multimídia com flexibilidade operacional e produtiva, que inclui variedade de empreendimentos e serviços de amplitude imensurável, explorando fluxos velozes, espaços de visibilidade e elementos culturais os mais díspares.

## CONCENTRAÇÃO MONOPÓLICA: LIMITES E AGRAVANTES

Para se avaliar o nível de rentabilidade do mercado de mídia e entretenimento, basta mencionar que, no ranking das 200 maiores empresas não financeiras do mundo, estão nada menos do 20 empresas de mídia e entretenimento. Ou seja, dez por cento do total. Contribuíram bastante para este resultado as desregulamentações neoliberais dos anos 1980 e 1990. Mesmo que o desempenho atual seja afetado pela retração das verbas publicitárias e pela desaceleração internacional, consultorias especializadas preveem que os investimentos em comunicação continuam a crescer a médio e longo prazos.<sup>5</sup>

À luz do figurino da concentração monopólica, não há distinção relevante entre filosofias, estruturas operativas e objetivos. Nada difere os perfis corporativos de Time Warner, News Corporation, Disney ou Sony dos de General Motors, McDonald's ou Coca-Cola. As nuances localizam-se nas áreas de atuação — muito embora essa separação venha se reduzindo em função da convergência multimídia, de alianças, fusões e participações cruzadas. A liberalização generalizada favoreceu a entrada do capital financeiro nos mercados de comunicação de muitos países. Hoje, bancos, fundos de investimentos e magnatas das finanças e do petróleo têm participações acionárias e aplicações em mídia, atraídos pela expectativa de alta rentabilidade com a explosão digital.<sup>6</sup>

5 O estudo “*Global Entertainment and Media Outlook 2012-2016*”, divulgado pela PricewaterhouseCoopers, prevê que o investimento global no setor deve saltar de US\$ 1,6 trilhão em 2011 para US\$ 2,1 trilhão em 2016, isto é, crescimento de 25%. Ver “Gastos com mídia e entretenimento no Brasil chegam a US\$ 65 bi nos próximos cinco anos”, PricewaterhouseCoopers. Disponível em: <<http://www.pwc.com.br/pt/sala-de-imprensa/assets/press-release/entertainment-media-2012-press-release.pdf>>.

6 Philippe Bouquillion, “La constitution des pôles des industries de la culture et de la communication. Entre ‘coups’ financiers et intégration de filiales industrielles”, em Bernard Miège (org.), *La concentration dans les industries de contenu*, Paris, Réseaux, 2005.

Em tal cenário, conglomerados de mídia acumulam diferenciais inacessíveis a organizações de menor porte: altas tecnologias, *know-how* gerencial, pesquisa e desenvolvimento de produtos de ponta, capacidade industrial, inovações, recursos humanos e criativos, esquemas globais de distribuição, campanhas publicitárias mundializadas e técnicas sofisticadas de conhecimento dos mercados.

Parcerias, accordos estratégicos e *joint ventures* permitem às empresas atuações conjugadas em partes complementares dos processos produtivos, beneficiando a concentração e a oligopolização. Ao optarem por estratégias de colaboração e descentralização parcial com divisão de responsabilidades, as corporações visam a aumentar seus lucros, seja cortando despesas e repartindo perdas, seja contornando riscos — em especial os decorrentes da instabilidade econômica e do encolhimento da vida útil das mercadorias. Os lucros são reaplicados em atividades diversas com o objetivo de minar antigas supremacias e, quando possível, instituir novos monopólios.

Os projetos exigem aportes financeiros e boa logística, a fim de facilitar o escoamento e os ganhos de escala nas praças estrangeiras, levando-se em conta adaptações aos custos e fatores locais de produção, bem como a necessidade imperiosa de equilibrar as relações entre trabalho, distribuição de renda, poder aquisitivo, modelo tecnoprodutivo e sistêmáticas de comercialização, de acordo com a estrutura de cada mercado.

Para preservar o sistema monopólico e suas receitas em permanente expansão, as corporações recorrem a duas manobras principais, de acordo com David Harvey. A primeira delas é a ampla centralização do capital, exercendo o poder financeiro em busca de economia de escala e da liderança no mercado. A segunda manobra consiste em proteger a qualquer preço as vantagens tecnológicas, por meio de patentes, leis de licenciamento e direitos de propriedade intelectual.<sup>7</sup>

A concentração dos processos produtivos e dos esquemas globais de distribuição e comercialização em torno de um punhado de grupos empresariais tem por finalidade garantir o maior domínio possível sobre a cadeia de fabricação, processamento, comercialização e distribuição dos produtos e serviços, ampliando consideravelmente a rentabilidade e os dividendos monopólicos.

<sup>7</sup> David Harvey, *O novo imperialismo*, São Paulo, Loyola, 2004.

É assustador o pragmatismo de porta-vozes de corporações ao tentar justificar a moldura de concentração monopólica da mídia. Tudo parece natural quando se ambicionam rentabilidade e dividendos competitivos. O vice-presidente do grupo espanhol Prisa e fundador do jornal *El País*, José Luis Cebrián, não poderia ser mais preciso ao referir-se à mentalidade empresarial que comanda o setor: “A concentração dos meios de comunicação tem lugar no âmbito da concentração industrial e lutar contra ela é como lutar contra a força da gravidade. (...) Sem empresas fortes não há liberdade de expressão e, num mundo global, apenas as empresas sólidas resistem.”<sup>8</sup> A experiência histórica indica exatamente o oposto do enunciado de Cebrián: quanto maior a concentração de poder nas mãos de um reduzido número de corporações, menor a chance de pluralidade nos canais de manifestação de pensamento.

## A QUESTÃO CRUCIAL DA DIVERSIDADE

No processo de reprodução ampliada do capitalismo, o sistema midiático desempenha um duplo papel estratégico. O primeiro diz respeito à sua condição peculiar de agente discursivo da globalização e do neoliberalismo. Não apenas legitima o ideário global, como também o transforma no discurso social hegemônico, propagando valores e modos de vida que transferem para o mercado a regulação das demandas coletivas. A doxa neoliberal procura neutralizar o pensamento crítico, reduzir o espaço para ideias alternativas e contestadoras, ainda que estas continuem se manifestando, resistindo e reinventando-se.

A mídia se apresenta como intérprete da vontade geral, não se sabe apoiada em que fundamento crível. Que eu saiba, os meios não têm mandato ou delegação popular para apresentar-se como intérpretes dos anseios de seus leitores, ouvintes e telespectadores. Claro que é uma mistificação; a mídia é intérprete de suas próprias vontades e interesses, sobretudo os de natureza econômica, política e ideológica, e quer permanecer até a eternidade interferindo na definição de valores.

O segundo papel exercido pelos conglomerados de mídia é o de agentes econômicos globais. Eles obtêm expressiva lucratividade explo-

<sup>8</sup> “Fundador do *El País* considera ‘inevitável’ a concentração dos meios de comunicação”, Agência Lusa, Lisboa, 15 de maio de 2008, disponível em <http://noticias.sapo.pt/lusa/artigo/e921d69ea202bb646dfde8.html>.

rando uma gama de empreendimentos e serviços tornados convergentes e sinergéticos pela digitalização. Sem contar a enorme rentabilidade e as audiências cativas com transmissões espetacularizadas de megaeventos esportivos, musicais, religiosos, jornalísticos, etc.

Não devemos subestimar o risco de curto-círcito na soberania cultural com a transnacionalização dos negócios, especialmente pela fragilidade de mecanismos de regulação dos fluxos audiovisuais e de capital que cruzam fronteiras em transmissões via satélites e redes infoeletrônicas. Em verdade, a universalização de produtos, marcas, eventos e referências culturais pode abalar a antiga supremacia de localismos e regionalismos, tradições e traços comunitários específicos, transformados agora em componentes de ampla e complexa geografia de consumo. Embora permita maior circulação de dados, sons e imagens pelo planeta, o mundo globalizado frequentemente desaloja a ideia original de territorialidade, e com isso é afetada a noção de identidade associada à partilha de crenças e sentidos comuns. A demarcação do caráter nacional de boa parte dos conteúdos em circulação torna-se problemática, tendo em vista que os materiais são produzidos e distribuídos por grupos transnacionais, a partir de suas matrizes industriais.

Por mais que determinadas demandas da audiência sejam identificadas e incorporadas às programações mediáticas, são os grupos privados que detêm o poder de determinar o que a sociedade pode ler, ouvir e ver, que enfoques e ênfases devem ser adotadas, quais são os atores sociais que merecem estar nas pautas informativas. A meta precípua é seguir modelando comportamentos e consciências, bem como influenciando agendas públicas e privadas. Cabe perguntar quando, onde e de que forma a sociedade foi chamada a opinar, fora das sondagens do mercado, sobre os conteúdos transmitidos.

Na essência, as políticas de programação almejam a maximização de lucros, dentro das conveniências das fontes controladoras de emissão. Por conseguinte, a distribuição das ofertas simbólicas geralmente vincula as diferenças socioculturais aos interesses comerciais e se inscreve mais na órbita das exigências mercadológicas do que propriamente nas variedades qualitativas ou em usufrutos equânimes de conhecimentos e informações.

À medida que essa configuração se cristaliza, reduz-se o campo de manobra para um desenvolvimento equilibrado e estável dos sistemas de comunicação e agravam-se descompassos estruturais em área estratégica

da vida social, além de serem estreitadas dramaticamente as margens de pluralidade informativa e cultural.

Daí a urgência de reclamarmos diversidade onde hoje vigora a concentração monopólica. Diversidade se alcança com legislações e políticas públicas que reconheçam a comunicação como direito humano e estabeleçam condições equitativas e transparentes para o funcionamento da radiodifusão sob concessão pública. Pressupõe valorizar o papel do Estado como instância capaz de impulsionar mecanismos de regulação da mídia, de fomento à comunicação não mercantilizada, à produção audiovisual independentes e aos meios comunitários, alternativos e públicos, bem como à universalização dos usos e benefícios das tecnologias e redes. Sabemos tratar-se de batalha árdua, prolongada e difícil, tendo em vista o poder de fogo da mídia, que obstrui o debate, dificulta o esclarecimento da sociedade, neutraliza o pensamento crítico e rechaça qualquer medida que possa afetar seus privilégios e pretensões.

Mas, nos marcos do estado de direito democrático, tornam-se fundamentais campanhas permanentes e pressões organizadas por sistemas de comunicação estruturados em moldes democráticos, nos quais possam se exprimir as mais diferentes vozes sociais, sem submissão aos crivos e sentenças da mídia empresarial. Estão em jogo a liberdade de expressão, as aspirações da cidadania e os direitos individuais e coletivos. ♦♦

# A Participação do Ministério Público e da Defensoria Pública nos Julgamentos Criminais nos Tribunais

**Wallace Martins**

*Advogado Criminalista*

## RESUMO

Este artigo abordará o desequilíbrio entre acusação e defesa nos processos criminais, uma vez que o Ministério Público pode emitir parecer nos tribunais e a Defensoria Pública não.

Procura-se solucionar a questão, possibilitando ao órgão da defesa também emitir sua opinião.

## INTRODUÇÃO

A Constituição Federal de 1988 garantiu direitos para todos aqueles que se encontrarem em posição de acusado em uma demanda judicial de natureza criminal.

Se é verdade que a Carta da República erigiu o Ministério Público à condição de um quase quarto poder, também é verdade que consagrou o princípio do contraditório como um dos basilares para a obtenção plena do estado de direito.

A forma atual é vista como antidemocrática, uma vez que somente o órgão da acusação pode lançar mão de um instrumento tão poderoso como o parecer, ficando os acusados em posição de relevante desvantagem.

Os artigos que contemplam esse desequilíbrio (610 e 613 do Código de Processo Penal) são dispositivos de uma época em que o estado brasileiro se ufanava por acolher como dogma o fascismo italiano.

No estágio atual da sociedade brasileira, a impossibilidade de um dos sujeitos da relação processual ficar impedido de se manifestar na segunda instância fere violentamente princípios que garantem o justo julgar.

## ALGUNS PONTOS SOBRE A CONSTITUIÇÃO DE 1988

Em 31 de março de 1964, o Marechal Olímpio Mourão rumou com sua tropa de Juiz de Fora para o Rio de Janeiro, lançando o país na página mais infeliz de toda a sua história.

Estava dado o golpe.

A frágil democracia brasileira, que sobrevivera à ditadura da “Era Vargas”, recebia agora seu golpe mais duro.

O governo de João Goulart, que havia assumido o cargo com a renúncia de Jânio Quadros, esfacelara-se naquela manhã.

Três anos depois, em 1967, foi promulgada uma nova Constituição, com ares próprios para aquele período cinzento.

Os generais se revezavam no poder. A Emenda de 1969, francamente inspirada nos Atos Institucionais, em especial ao Ato Institucional nº 5 (AI5), ceifara qualquer resquício de democracia.

Não se podia mais votar para presidente da República, o Congresso Nacional foi fechado e a tortura, institucionalizada.

O Decreto-Lei foi a forma mais ordinária de se fazer direito.

Muitos foram os que pagaram com a vida por pensar diferente. Os porões do regime viram pessoas sendo “suicidadas”.

Natural que uma constituição daquele período representasse o chamado estado de não direito.

Um parêntese: na seara criminal, o processo de fascistização iniciou-se com a constituição “polaca” e foi incrementado com o Código de Processo Penal de 1941, o famigerado “Código Rocco”, do totalitarismo italiano.

Nos anos de chumbo, houve o recrudescimento das garantias penais. Se o sistema já era fascista, a ditadura escancarou o atropelo de mí-nimas garantias do cidadão.

Esgotado o modelo ditatorial, convocou-se finalmente uma assembleia constituinte para a elaboração de uma nova Carta, uma vez que já recuperado o *status* de democracia.

A Constituição da República Federativa do Brasil, de outubro de 1988, precisou representar uma cisão com o ordenamento jurídico anterior, sendo muito mais arejada e erigindo alguns órgãos a condições antes inimagináveis.

Foi assim com o Poder Judiciário e a criação do Superior Tribunal de Justiça, devido à possibilidade de interposição do chamado Recurso Especial, que antes era conhecido e processado pelo Supremo Tribunal Federal com o nome de Recurso Extraordinário, nomenclatura que até hoje permanece para a salvaguarda de questões constitucionais.

A Advocacia-Geral da União também foi contemplada pela Carta da República. Criada pela Lei Complementar de 1973, a AGU é considerada como órgão essencial à justiça e com atribuição de centralizar questões atinentes à União federal, tendo já atuado em 20 milhões de processos.

A Emenda Constitucional nº 45 criou o Conselho Nacional de Justiça, hoje funcionando a plenos pulmões, com a participação de diversos outros órgãos.

A mesma Emenda Constitucional 45, socorrendo a Constituição Federal, deu mais garantias ao Ministério Público, ampliando as prerrogativas de seus membros.

A advocacia como um todo também foi colocada como indispensável no estado de direito. Hoje não se pensa mais em democracia sem a participação do advogado: “*O advogado é indispensável à administração da justiça, sendo inviolável por seus atos e manifestações no exercício da profissão, nos limites da lei*”<sup>1</sup>.

A Defensoria Pública também mereceu destaque na Carta da República. Em seu art. 134, afirma: “*A Defensoria Pública é instituição essencial à função do Estado, incumbindo-lhe a orientação jurídica e a defesa, em todos os graus, dos necessitados, na forma do art. 5º, LXXIV*”<sup>2</sup>.

1 BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Cap. IV, Seção III, Art. 133. Brasília, DF: Senado Federal: Centro Gráfico, 1988. 292 páginas.

2 BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Cap. IV, Seção III, Art. 134. Brasília, DF: Senado Federal: Centro Gráfico, 1988. 292 páginas.

A Defensoria Pública – seja estadual, seja federal - tem hoje autonomia funcional e administrativa, com todos os direitos e deveres consagrados pelo parágrafo 2º.

Conhecida a posição ontológica que hoje possui a Defensoria Pública, passa-se agora ao questionamento sobre a viabilidade de poder ou não emitir parecer nos julgamentos em segundo grau de jurisdição, nos recursos de apelação, em sentido estrito, agravo em execução, bem como em ações autônomas de impugnação, como o *habeas corpus* e a revisão criminal.

## O MINISTÉRIO PÚBLICO, A DEFENSORIA PÚBLICA E O PARECER

O Ministério Público oficia em todas as etapas do processo criminal. Ele oferece a denúncia, participa da oitiva das testemunhas, faz alegações finais.

Ao depois, elabora as razões ou contrarrazões do recurso, assim como a defesa.

Até aí é tudo igual.

A mudança começa quando da elaboração do parecer. O *parquet* elabora um parecer; a defesa, não.

Diz-se que a atuação do Ministério Público em segundo grau de jurisdição é na condição somente de fiscal da lei, ao contrário do promotor de Justiça e do procurador da República que atuam como verdadeira parte.

Não parece, todavia, a melhor solução.

O professor ROGÉRIO SCHIETTI MACHADO CRUZ leciona: “*Em verdade, o Ministério Público continua, no Tribunal de Justiça, a possuir o mesmo código genético que caracteriza o exercício de suas atribuições no âmbito da Justiça Criminal. Age como parte formal – sujeito da ação e não da lide – buscando a verdade material e o atingimento da Justiça, seja ela contrária ou favorável aos interesses do acusado*”<sup>3</sup>.

Como bem explicitado acima, o procurador de Justiça e o promotor de Justiça (no caso das demandas estaduais) têm o mesmo código genético.

A carreira é a mesma, sendo certo que o procurador de segunda instância atuou um dia na primeira.

Mais uma vez, importante transcrever o entendimento do citado doutrinador: “*O fato de emitir parecer e de, em sua conclusão, ‘opinar’*

<sup>3</sup> CRUZ, Rogério Schietti Machado, *Revista dos Tribunais*, março de 1997.

*pelo provimento ou não do recurso, não significa que deixou o Ministério Público de agir como parte. Conclusão diversa levaria a conceber-se um processo com apenas uma parte – o acusado – o que nos parece um verdadeiro absurdo, notadamente diante do princípio acusatório que norteia a persecução penal pátria”<sup>4</sup>.*

Como o procurador é um representante do Ministério Público, não raro se percebem pareceres com carga repressiva muito maior do que o trabalho realizado pelo Ministério Público em primeiro grau.

Demais disso, fica a indagação: que tipo de contraditório é possível em uma situação como essa, em que uma das partes se coloca numa posição tão vantajosa, a ponto de lançar um parecer? Portanto, fica o princípio da paridade de armas absolutamente mitigado.

Como se pode depreender, se não se têm iguais oportunidades de influir no curso da ação, não há falar em paridade.

JOSÉ FREDERICO MARQUES naquela época já pontuava: “*Segundo nos parece, o texto mencionado só se afina com os princípios de nosso processo penal se for entendido em termos restritos. O procurador-geral deve ter vistas dos autos não para nele oficiar, e sim para tomar conhecimento da causa e acompanhar seus trâmites no Juízo ad quem*”<sup>5</sup> (grifei).

Como bem enfatizou o professor FREDERICO MARQUES, o Ministério Público deveria ter vistas dos autos do processo para tomar ciência e fazer o correto acompanhamento, uma vez que o parecer emitido por somente um dos órgãos fere o princípio do contraditório e o princípio da paridade de armas.

A questão reveste-se de tamanha importância que o professor português JOSÉ NARCISO DA CUNHA RODRIGUES, ao se manifestar sobre a questão na Europa, fez a seguinte abordagem: “*Relativamente à tramitação do recurso, o Código mantém a vista inicial ao Ministério Público no tribunal (art. 416). A possibilidade de o Ministério Público emitir parecer no tribunal superior foi objecto de recente apreciação pelo Tribunal Constitucional, em sede de fiscalização concreta da constitucionalidade. Por acórdão de 6 de maio p.p. (1987), o Tribunal considerou inconstitucional o artigo 664º do Código de Processo Penal (de 1929, que continha a mesma redação do atual art. 416º). Se bem compreendemos, na decisão*

4 CRUZ, Rogério Schietti Machado, *op. cit.*

5 MARQUES, José Frederico. *Elementos de Direito Processual Penal*, v. IV, p. 220. Forense, 1965.

*deste Alto Tribunal, aliás excelentemente fundamentada, a linha-força da argumentação reside mais na violação do contraditório que do princípio de igualdade de armas. Qualquer que seja o rigor da decisão, ela parece ter ido além da intenção do Tribunal. Não se afigura passível de censura constitucional o Ministério Público ter vista do processo. É uma via processual legítima de transmissão dos autos. A outra (notificação e confiança do processo) é estranha à posição do Ministério Público como órgão de justiça. Mesmo a aceitar-se a argumentação expendida, é de perguntar ser uma interpretação conforme à Constituição levaria à inconstitucionalização do artigo, ou antes à sua leitura num sentido alternativo: de que a vista é um mero acto de transmissão dos autos (limitando-se o Ministério Público a apôr o ‘visto’) ou de que é admissível o parecer mas deve conceder-se à outra parte o direito de resposta”<sup>6</sup> (grifei).*

É justamente nesse ponto que encontramos o maior ferimento ao princípio do contraditório.

O Ministério Público, órgão da acusação, se manifesta também em segundo grau de jurisdição.

O *parquet* acompanha o inquérito, oferece a denúncia, colhe depoimentos de testemunhas e do acusado, fala em alegações finais, tem a possibilidade de arrazoar seus recursos e – ao final – ainda emite parecer.

Emite o parecer não só nos recursos, mas também nas ações autônomas de impugnação, como no caso do *habeas corpus*.

Aliás, no caso do *habeas corpus* a questão ainda é mais grave!

O rito do remédio heroico é célere, devendo ser julgado o *writ* após uma rápida instrução, com o pedido de informações para a autoridade tida como coatora, e a volta dos autos conclusos ao desembargador ou ministro relator.

A demora deve-se, fundamentalmente, aos dias em que o Ministério Público demora para firmar seu parecer.

Por oportuno, é bom frisar que muitas das impetrações de *habeas corpus* se devem à decretação de prisão preventiva requerida pelo *parquet*, em que a defesa não se manifesta!

Parece nítido que o parecer ofertado pelo órgão da acusação viola não somente o princípio da paridade de armas (o que já seria grave), mas vai além, ao vulnerar o próprio princípio do contraditório.

---

<sup>6</sup> Recursos, in: Jornadas de Direito Processual Penal, apud Rogerio Schietti, op. cit.

Nessa marcha, o melhor entendimento seria o de oportunizar à defesa a possibilidade de também emitir o seu parecer nos recursos.

Tal ato acabaria com questionamentos sobre a posição hierárquica inferior da defesa nos processos criminais.

A Defensoria Pública, organizada em quase todos os Estados e também na União, deve ser o órgão legitimado para se manifestar junto aos tribunais, tanto nos recursos interpostos nos tribunais de justiça e tribunais regionais federais, quanto nos tribunais superiores, onde o Ministério Público continua a lançar seus pareceres.

Como dito no capítulo anterior, a Constituição Federal e a Emenda Constitucional 74 aumentaram as funções da Defensoria Pública, incrementando sua participação na vida da República.

Faz tempo que a Defensoria já atua de algum modo nos tribunais, mas não foi ainda elevada à condição de emitir peça tão importante para o deslinde da causa, como é o parecer.

Os problemas práticos que se apresentam em função da participação maior do Ministério Público nas demandas nos tribunais são inúmeros.

Pense-se em um caso de vítima abastada, com situação financeira extremamente favorável, e no réu, por sua vez, hipossuficiente (tão comum na nossa sociedade).

A vítima ou sua família se habilitam como assistente de acusação, contratando advogado, ao passo que o acusado, pobre, não tem condições financeiras para arcar com os honorários de advogado.

Em primeiro grau, já existe um promotor para acusar, juntamente com o assistente de acusação.

O réu se defende com seu competente e combativo defensor.

Em caso de condenação, o acusado recorre. O processo desce para contrarrazões do Ministério Público e depois do assistente de acusação.

Quando retorna para a segunda instância, receberá um parecer de um procurador de Justiça ou de um procurador regional da República, que possuem, como já dito, o mesmo DNA daquele que atuou na primeira instância.

Ora, nada mais ignominioso, aviltante e antidemocrático.

A posição desse acusado é amplamente inferior ao do órgão da acusação.

Se é assim, não parece haver motivos que justifiquem que o *parquet* elabore o seu parecer e a defesa não.

Convém ressaltar que não só os assistidos fazem jus ao trabalho de emissão de parecer nos tribunais, mas os réus que contam com advogados particulares também têm o mesmo direito.

Quanto ao acusado que tem advogado, é a Defensoria Pública também a legitimada para elaborar o parecer técnico.

Pensar de outra forma seria vilipendiar o direito daqueles que têm advogado e que continuarão a fazer seu trabalho arrazoando recursos, impedindo *habeas corpus* e etc. O parecer é que seria firmado pela Defensoria.

Seria o parecer da defesa neutro? Não. Mas o parecer do Ministério Público também não é neutro.

Aliás, em sede de Ciências Humanas, não há falar em neutralidade, uma vez que a atividade de hermenêutica jamais será neutra. A função do intérprete decorre de diversos elementos, sendo impossível a neutralidade.

## CONCLUSÃO

A luta para se chegar ao estado democrático de direito é árdua.

O Brasil foi Colônia, tornou-se Império, logrou atingir independência.

Em 1889 houve o golpe que proclamou a República, mas o país continuou profundamente atrasado, com problemas sociais imensos e um legado de escravidão daquele século.

Em 1930 o país começa a se industrializar, todavia o governo de Getúlio Vargas promulga uma Constituição largamente inspirada no regime totalitário fascista italiano. É nítido o viés antidemocrático, a começar pela presença de Francisco Campos como seu Ministro da Justiça.

Os anos se passam e o arremedo de democracia é desfeito com o golpe militar de 1964, que aniquila com os hoje chamados “direitos fundamentais”.

Com a volta da democracia e a promulgação da Constituição da República de 1988, há forte tentativa de garantir aos cidadãos – em especial para aqueles que se encontram na condição de acusados em processos criminais – condição de igualdade nos julgamentos.

Nesse sentido, alguns órgãos assumiram grande relevo, como no caso do Judiciário com a criação do Superior Tribunal de Justiça e do Conselho Nacional de Justiça.

O Ministério Público e a Defensoria Pública também foram agraciados com o incremento de suas prerrogativas e funções.

Portanto, não é crível que haja descompasso entre um órgão e outro. Mais que isso: desequilíbrio entre acusação e defesa.

Não oportunizar o parecer técnico para a defesa e oportunizar para a acusação importa em descredenciar o princípio da igualdade das partes.

Mais que isso, o princípio do contraditório se resta hostilizado.

Como afirmado no decorrer deste ensaio, o DNA do órgão da acusação que atua em primeiro grau de jurisdição é o mesmo DNA daquele que representa o Ministério Público nos tribunais.

Nesse passo do garantismo penal, é intolerável que a defesa fique em posição tão desfavorável em um processo no qual a mais aguda e penetrante intervenção estatal poderia se fiar, a saber, a intervenção criminal.

Como cediço, o Direito Penal é a *ultima ratio*, a última trincheira do aparelhamento judiciário, tanto que não se pode lançar mão da seara criminal, a não ser se impossível a utilização de qualquer outro ramo do direito.

Assim, conclui-se que a Defensoria Pública deve emitir parecer técnico como imperativo em um Estado que se quer constitucional e democrático. ♦♦

## REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

CRUZ, Rogério Schietti Machado. **Revista dos Tribunais**, março de 1997.

MARQUES, José Frederico. **Elementos de Direito Processual Penal**, V. IV. Forense, 1965.

RODRIGUES, José Narciso da Cunha, *apud* CRUZ, Rogério Schietti Machado, *op. cit.*

# **Da Necessária Contenção do Uso Inconstitucional do Expediente de “Suspensão de Liminar”**

**Marcos Augusto Ramos Peixoto**  
*Juiz de Direito – TJRJ*

No ano de 2002, na qualidade de então Juiz Titular da Vara Criminal de Nova Friburgo, no Rio de Janeiro, após realizar inspeção na carceragem local instalada em Delegacia da Polícia Civil, editei Portaria nos seguintes termos:

## **PORTRARIA N. 01/2002**

*O Dr. MARCOS AUGUSTO RAMOS PEIXOTO, Juiz de Direito Titular da Vara Criminal de Nova Friburgo, por nomeação e designação na forma da lei, no uso de suas atribuições legais e*

**CONSIDERANDO** que em vistoria realizada na carceragem da 151<sup>a</sup> Delegacia Policial, em 1º de fevereiro de 2002, foi constatada a efetiva e patente existência de superlotação, bem como a desumana condição a que estão submetidos os detentos daquela unidade carcerária;

**CONSIDERANDO** que tal carceragem comporta no máximo 60 presos, dispondo na data atual de aproximadamente 125 detentos nela amontoados;

**CONSIDERANDO** que seria mero eufemismo comparar o tratamento dispensado aos presos ali encarcerados ao conferido à animais, já que sequer animais são assim tratados;

**CONSIDERANDO** que tal circunstância se deve em grande parte ao deslocamento de presos de outras comarcas para Nova Friburgo, em virtude da instalação de “Delegacias Legais” naquelas localidades, com o fechamento dos respectivos setores de carceragem;

**CONSIDERANDO**, como disse o Exmo. Juiz de Direito Dr. Murilo Kiebling nos autos da Medida Cautelar 10576, que tramitou perante a 3<sup>a</sup> Vara Criminal de São João do Meriti, que “a desativação dos cáreres das Delegacias Legais não pode autorizar a criação de delegacias letais”;

**CONSIDERANDO** que, como noticiou o Jornal A Voz da Serra em sua edição de 31 de janeiro de 2002, sem qualquer exagero, a “superlotação da 151<sup>a</sup> D.P. faz de Friburgo um barril de pólvora”;

**CONSIDERANDO** que a Constituição Federal estatui que “é assegurado aos presos o respeito à integridade física e moral”;

**CONSIDERANDO** que a Declaração Universal dos Direitos Humanos (adotada e proclamada pela Resolução n. 217 A (III) da Assembleia Geral da Nações Unidas, em 10 de dezembro de 1948, e assinada pelo Brasil na mesma data), em seu artigo V, firma que “ninguém será submetido a tortura, nem a tratamento ou castigo cruel, desumano ou degradante”, estatuindo ademais em seu artigo VII que “todos têm direito a igual proteção contra qualquer discriminação que viole a presente Declaração...”;

**CONSIDERANDO** que o Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos (adotado pela Resolução n. 2.200 A (XXI) da Assembleia Geral das Nações Unidas, em 16 de dezembro de 1966, e ratificado pelo Brasil em 24 de janeiro de 1992) estatui em seu artigo 10 – 1 que “toda pessoa privada de sua liberdade deverá ser tratada com humanidade e respeito à dignidade inherente à pessoa humana”, e em seu artigo 10 – 2 – a que “as pessoas processadas deverão ser separadas, salvo em circunstâncias excepcionais, das pessoas condenadas e receber tratamento distinto, condizente com sua condição de pessoas não condenadas”;

**CONSIDERANDO** que a Convenção Americana de Direitos Humanos – *Pacto de San José da Costa Rica (adotada e aberta à assinatura na Conferência Especializada Interamericana sobre Direitos Humanos, em San José de Costa Rica, em 22 de novembro de 1969, e ratificada pelo Brasil em 25 de setembro de 1992)* prevê, em seu artigo 5º, inciso 2, que “ninguém deve ser submetido a torturas, nem a penas ou tratos cruéis, desumanos ou degradantes. Toda pessoa privada de liberdade deve ser tratada com o respeito devido à dignidade inerente ao ser humano”, bem como no inciso 4 do mesmo artigo que “os processados devem ficar separados dos condenados, salvo em circunstâncias excepcionais, e devem ser submetidos a tratamento adequado à sua condição de pessoas não condenadas”;

**CONSIDERANDO** que o artigo 40 da Lei 7.210/84 – Lei de Execuções Penais – firma que “impõe-se a todas as autoridades o respeito à integridade física e moral dos condenados e dos presos provisórios”, enquanto o artigo 84 estatui que “o preso provisório ficará separado do condenado por sentença transitada em julgado”, e o artigo 85 prevê que “o estabelecimento penal deverá ter lotação compatível com a sua estrutura e finalidade”;

**CONSIDERANDO** que todos estes ditames legais estão sendo frontalmente desrespeitados *in casu* pelo Poder Público;

**CONSIDERANDO** que até a presente data não foi formulado perante este magistrado qualquer pleito pertinente à ilegal, caótica e absurda situação carcerária da 151ª Delegacia Policial;

**CONSIDERANDO**, como teve o ensejo de se pronunciar a Exma. Juíza de Direito Dra. Adriana Lopes Moutinho, nos autos de processo já acima mencionados, que “...o Poder Judiciário não pode ficar inerte. Não ficou. Não ficará, por certo. Não pode assistir de forma passiva ao abuso, ao desrespeito e à flagrante ilegalidade a que estão submetidos os encarcerados por sua ordem”;

**CONSIDERANDO** que a Resolução nº 01/75 do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro – Código de Organização e Divisão Judiciárias – prevê em seu artigo 93 que “Compete aos juízes de direi-

*to, especialmente em matéria criminal: V – proceder mensalmente à inspeção das cadeias públicas adotando, quando for o caso, as providências indicadas nos itens VII e VIII do artigo 66 da Lei de Execução Penal”;*

**CONSIDERANDO** enfim que a já citada Lei 7.210/84 estatui em seu artigo 66, inciso VIII ser da competência do juiz da execução – e os presos cautelares são submetidos à competência do juiz da Vara Criminal da respectiva comarca, não à VEP – “interditar, no todo ou em parte, estabelecimento penal que estiver funcionando em condições inadequadas ou com infringência aos dispositivos desta Lei”;

**RESOLVE:**

*Art. 1º – Fica parcialmente interditada a carceragem da 151ª Delegacia Policial, que doravante não poderá dispor, sob qualquer pretexto, de mais que 60 (sessenta) internos em suas dependências.*

*Art. 2º – A autoridade policial terá o prazo máximo, em caráter improrrogável, de 20 (vinte) dias, para proceder à transferência para outras unidades carcerárias, à critério da administração pública estadual, do número de internos excedente ao limite acima estabelecido, devendo outrossim, no prazo de 25 (vinte e cinco) dias, informar ao Juízo da Vara Criminal de Nova Friburgo a quantidade de presos transferidos, bem como o nome e status processual dos remanescentes, com os respectivos locais (celas) em que estão encarcerados.*

*Par. 1º – a transferência deverá se dar prioritariamente quanto aos internos já com sentença condenatória proferida, e àqueles que estejam a disposição de outro Juízo, que não os de Nova Friburgo, comunicando-se aos magistrados competentes.*

*Par. 2º – neste ínterim, e até ordem em sentido contrário deste Juízo, fica permanentemente vedado o ingresso de novo detento à carceragem, a qualquer título, devendo se proceder na forma do Artigo 3º.*

*Art. 3º – Em caso de prisão em flagrante, ou cumprimento de mandado de prisão, e encontrando-se a carceragem já com o número máximo de internos estabelecido no artigo 1º desta Portaria, deverá a autoridade policial, após as formalidades legais, encaminhar o detido a outra unidade carcerária que disponha de vaga, à critério da administração pública estadual.*

*Art. 4º – O artigo 2º da Portaria nº 01/2001, editada por esta Vara Criminal, passa a vigorar com a seguinte redação: “Mensalmente, até o 5º dia útil de cada mês, a Autoridade Policial deverá remeter ao Juízo, à Promotoria Criminal de Nova Friburgo e à Defensoria Pública Criminal de Nova Friburgo relatório com os nomes dos presos custodiados nas dependências da 151ª Delegacia Policial, a natureza da prisão, o Juízo em relação ao qual estão os detentos à disposição, e as celas em que estão encarcerados”.*

*Art. 5º – Esta Portaria entra em vigor na presente data, revogadas as disposições em sentido contrário.*

*Publique-se. Intimem-se pessoalmente, com cópia da presente, o Ilmo. Delegado de Polícia Regional e o Ilmo. Delegado de Polícia Titular da 151ª Delegacia Policial. Remeta-se cópia da presente à Presidência do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, à Corregedoria Geral de Justiça, à Vara de Execuções Penais, à Secretaria de Segurança Pública, à Secretaria de Direitos Humanos e Sistema Penitenciário, à Chefia da Polícia Civil, às Promotorias Criminais da Comarca de Nova Friburgo, à Defensoria Pública Criminal da Comarca de Nova Friburgo, à Presidência da Seccional da OAB/NF, à Comissão de Direitos Humanos da Seccional da OAB/NF, ao Ilmo. Comandante do 11º Batalhão de Polícia Militar, e cumpra-se.*

*Nova Friburgo, 1º de fevereiro de 2002.*

**MARCOS AUGUSTO RAMOS PEIXOTO**

*Juiz de Direito*

Contra esta Portaria, calcada, como se vê, em ditames constitucionais e convencionais, a Procuradoria Geral do Estado do Rio de Janeiro, avessa, ao que parece, àqueles ditames, propôs perante a Presidência do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro um procedimento de suspensão de liminar, obtendo rapidamente decisão favorável à permanência das condições desumanas narradas nos *consideranda* da Portaria. Em suma, aquele ato de natureza normativa (que, por evidente, não se tratava de uma decisão, menos ainda liminar), não sobreviveu mais que um mês, e “tudo ficou como dantes na delegacia d’Abrantes”.

Passados alguns anos, no final de 2013, a Presidência e a Corregedoria Geral de Justiça do Estado do Rio de Janeiro editaram regulamentação conjunta aplicável ao transporte e movimentação de presos neste Estado que, na prática, ensejou grave cerceamento ao amplo direito de defesa.

Deparando-me com situação na qual seria de se aplicar concretamente a dita regulamentação, agora na qualidade de Juiz Titular da 37<sup>a</sup> Vara Criminal da Capital, proferi a seguinte decisão:

#### **Processo nº 0302864-76.2013.8.19.0001**

#### **DECISÃO**

Se o Estado quer os bônus (se é que de fato existem...) do encarceramento, deve também suportar os ônus.

Dispõe o artigo 5º inciso LV da Constituição Federal que “*aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes*”, sendo notória a amplitude deste dispositivo, que abrange dentre tantos outros direitos também aquele de manter contato direto e se entrevistar com seu defensor.

De forma mais específica e bastante clara, o Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos de 1966, adotado pela Resolução nº 2.200 A (XXI) da Assembleia Geral das Nações Unidas em 16 de dezembro de 1966 e ratificado pelo Brasil em 24 de janeiro de 1992, dispõe em seu artigo 3.2.:

3. Toda pessoa acusada de um delito terá direito, em plena igualdade, às seguintes garantias mínimas:

....

2. a dispor do tempo e dos meios necessários à preparação de sua defesa e a comunicar-se com defensor de sua escolha;

De maneira cristalina, também a Convenção Americana de Direitos Humanos, de 1969, adotada e aberta à assinatura na Conferência Especializada Interamericana sobre Direitos Humanos, em San José de Costa Rica, em 22 de novembro de 1969, e ratificada pelo Brasil em 25 de setembro de 1992, estatui como garantia judicial de todo o acusado o “*direito... de defender-se pessoalmente ou de ser assistido por um defensor de sua escolha e de comunicar-se, livremente e em particular, com seu defensor*”.

Destes dispositivos de natureza constitucional se pode perceber um detalhe em específico e na verdade fundamental: todo acusado tem direito a se entrevistar e preparar sua defesa junto com o **seu defensor** – não com um defensor qualquer, que não terá contato direto com sua causa, com os indícios e provas coligidos pelo órgão acusatório em seu desfavor. Assim, **não basta** que o acusado tenha acesso a um Defensor Público em seu local de custódia (prerrogativa da Defensoria e direito do imputado assegurados pelo inciso IV do artigo 108 da Lei Complementar 80/1994), se este mesmo Defensor não será aquele que estará à frente de sua causa, redigindo as peças processuais pertinentes a seu processo e presente em suas audiências.

Por outro lado, seria inaceitável exigir que um único Defensor Público de uma determinada Vara Criminal tenha de circular pelos presídios e casas de custódia de todo o Estado para se entrevistar com seus defendidos, já que isto implicaria uma **absurda** imposição, que fragilizaria sobremaneira o direito à ampla defesa.

Por fim, como dito acima, é ônus do Estado arcar com as consequências do encarceramento de seus cidadãos, não podendo erigir em desfavor dos direitos dos presos argumentos de natureza utilitarista e/ou economicista. Se há algum bônus para a sociedade em manter alguns de seus cidadãos enjaulados, não pode esta mesma sociedade pretender se desvestir dos ônus daí decorrentes.

Concluindo: somente com a entrevista pessoal e reservada com **seu** Defensor Público, a todo o momento em que tal se fizer necessário no curso do processo, é que se estará cumprindo os ditames de natureza constitucional acima elencados, e não negando vigência a um dos pilares do Estado de Direito, qual seja, o direito à ampla defesa com os meios e recursos a ela inerentes, dentre os quais reside o direito à entrevista.

Pois bem: não obstante a **meridiana clareza** daqueles ditames constitucionais e do que aqui se expôs, lamentavelmente é comum que nos deparemos com dispositivos infraconstitucionais que afrontam a garantia fundamental à ampla defesa sob a ótica do direito à entrevista do acusado preso com seu defensor – cabendo lamentar mais ainda quando tais disposições vêm contidas em regulamentações criadas por órgãos do Poder Judiciário.

Assim é que, a pretexto de regulamentar o artigo 4º da Resolução nº 108/2010 do Conselho Nacional de Justiça<sup>1</sup>, o Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro editou o Ato Normativo Conjunto TJ-CGJ nº 10/2013, e logo em seguida o Aviso Conjunto TJ-CGJ nº 11/2013, possuindo este último disposições que **flagrantemente** vulneram o princípio da ampla defesa (e seus corolários) quando relacionado a réus presos assistidos pela Defensoria Pública. Vejamos:

#### AVISO CONJUNTO TJ/CGJ Nº 11/2013

A Presidente do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, Desembargadora LEILA MARIANO, e o Corregedor-Geral da Justiça, Desembargador VALMIR DE OLIVEIRA SILVA, no uso de suas atribuições legais,

CONSIDERANDO que, nos termos da Resolução nº 108/2010, do Conselho Nacional de Justiça, impõe-se limitar a requisição de presos;

CONSIDERANDO que incumbe à Administração do Tribunal garantir a segurança nos prédios do Poder Judiciário;

---

<sup>1</sup> Art. 4º - As comunicações dos atos processuais ao indiciado, réu ou condenado preso serão realizadas por oficial de justiça diretamente no estabelecimento onde custodiado, dispensada a requisição para a formalização de tais atos em juízo.

Parágrafo único. Comparecendo o réu ou apenado em audiência as comunicações em relação aos atos nela praticados serão realizadas na própria audiência.

CONSIDERANDO, ainda, o Ato Normativo Conjunto nº 10/2013, publicado no DJERJ, ADM, n. 159, p. 2, em 09/05/2013;

AVISAM aos Excelentíssimos Senhores Magistrados, Titulares de Direção de Serventia/Responsáveis pelo Expediente, Encarregados de Centrais de Cumprimento de Mandados/NAROJAS e Oficiais de Justiça que:

I - somente é permitida a requisição da apresentação de presos em qualquer das Comarcas do Estado do Rio de Janeiro para realização de audiências e de atos de citação/notificação;

II - o mandado de citação/notificação deverá ser entregue à (ao) Central de Cumprimento de Mandados/Núcleo de Auxílio Recíproco de Oficiais de Justiça Avaliadores - NAROJA/Oficial de Justiça vinculado a Juízo Único com antecedência de 72 horas da data da apresentação do preso;

III - Os atos de citação/notificação deverão ser cumpridos nas dependências da carceragem do fórum, dando-se ciência à Defensoria Pública da presença do preso quando este declarar não possuir advogado;

IV - realizada a citação/notificação e não ocorrendo a entrevista com a Defensoria Pública na mesma data, não será permitida nova requisição de apresentação para esta finalidade, devendo a mesma ser realizada no local de custódia do preso;

V - na Comarca da Capital (Fórum Central e Fóruns Regionais) e nas Comarcas de Belford Roxo, Duque de Caxias, Nilópolis, Nova Iguaçu e São João de Meriti (Ato Normativo Conjunto nº 10/2013, publicado no DJERJ, ADM, n. 159, p. 2, em 09/05/2013), quando não houver expediente na sexta-feira, a apresentação de presos para citação/notificação deverá ser requisitada para a segunda-feira subsequente.

Rio de Janeiro, 23 de maio de 2013.

Desembargadora **LEILA MARIANO**

Presidente do Tribunal de Justiça

Desembargador **VALMIR DE OLIVEIRA SILVA**

Corregedor-Geral da Justiça

Primeiramente, ao dispor que “*somente é permitida a requisição da apresentação de presos em qualquer das Comarcas do Estado do Rio de Janeiro para realização de audiências e de atos de citação/notificação*”, pretende o Aviso em questão (aliás, como se a questão fosse de natureza meramente administrativa e não jurisdicional) proibir a requisição de acusados detidos em quaisquer outras situações em que seja imprescindível a entrevista com seus Defensores, o que se mostra incompatível com as disposições constitucionais já citadas.

Em seguida, seguindo ótica igualmente distorcida sob o prisma constitucional, dispõe o aviso que, “*realizada a citação/notificação e não ocorrendo a entrevista com a Defensoria Pública na mesma data, não será permitida nova requisição de apresentação para esta finalidade, devendo a mesma ser realizada no local de custódia do preso*”, fator que, como dito, por vias transversas inviabiliza o direito à ampla defesa ao exigir que cada Defensor Público circule pelos presídios e Casas de Custódia de todo o Estado para se entrevistar, sempre que necessário, com cada um de seus assistidos.

A título meramente exemplificativo: circunstância corriqueira no cotidiano forense das Varas Criminais é aquela prevista no parágrafo 2º do artigo 396A do Código de Processo Penal, segundo o qual “*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*”. Como dito, comumente ocorre a circunstância de, no momento da citação (para a qual pode o réu preso ser requisitado, segundo o Aviso) o acusado afirmar que será assistido por advogado, transcorrendo em branco o prazo para a oferta da resposta preliminar à acusação, quando então se impõe a nomeação de Defensor Público para patrocinar sua defesa.

Ora, a resposta preliminar à acusação não é peça processual meramente decorativa. Atualmente, dentro de uma concepção democrática do Processo Penal, se transformou em peça chave visto que nela poderão ser fornecidos ao Juízo elementos essenciais à eventual reconsideração do recebimento da denúncia, ou mesmo fundamentos à absolvição sumária. Ademais, nela serão forneci-

das as testemunhas que pretende a defesa ouvir (e que, não sendo fornecidas naquele momento processual face à ausência de comunicação entre o réu preso e seu Defensor Público, precisarão ser indicadas na própria Audiência de Instrução e Julgamento à qual o denunciado será apresentado, o que ensejará adiamento no encerramento da instrução, com a necessidade de nova requisição do acusado para outra audiência – isto sem mencionar o prejuízo causado ao princípio constitucional da duração razoável do processo, que possui redobrada importância em feitos atinentes a réus presos).

Como visto, em suma, a requisição de presos não pode restar limitada às hipóteses de audiências e/ou citações/notificações. Na verdade, a requisição de réus presos se faz impositiva **sempre que o Juízo** (e não, com a devida vênia, a alta administração do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro) **entenda indispensável o contato do Defensor Público com o acusado**, isto até mesmo sob a ótica do princípio constitucional da inafastabilidade do controle jurisdicional.

Do exposto, **declaro a inconstitucionalidade dos incisos I e IV do Aviso Conjunto TJ-CGJ nº 11/2013**, e determino que se cumpra sem mais delongas o quanto determinado às fls. 138, seguindo cópia da presente.

Rio de Janeiro, 07 de novembro de 2013.

**Marcos Augusto Ramos Peixoto**

Juiz de Direito

Publicada a decisão e restando preclusa nos autos após vista à Defensoria Pública e ao Ministério Público, além de ser brindado com a deflagração de um procedimento de natureza disciplinar instaurado pelo Exmo. Corregedor-Geral de Justiça (posteriormente arquivado pelo mesmo Corregedor), mais uma vez a Procuradoria Geral do Estado do Rio de Janeiro (já aqui demonstrando, ao que tudo indica, profunda aversão à concretização dos Direitos Humanos) propôs perante a e. Presidência do

Tribunal de Justiça procedimento de suspensão de liminar (Processo nº 0064231-80.2013.8.19.0000) que, após a declaração de impedimento da Desembargadora Presidente do Tribunal por ser uma das signatárias do ato declarado constitucional, foi acolhido no dia 26 de novembro pelo 1º Vice-Presidente do Tribunal, que deferiu a suspensão já que, em suma, “*a decisão ora impugnada acarretará grave lesão à ordem e à segurança, bem como à economia públicas*”.<sup>2-3</sup>

Pois bem, como sustentou o próprio Desembargador 1º Vice-Presidente no deferimento da suspensão da decisão, “*o direito do ente público de obter a suspensão, diante da sua natureza excepcional de contracautela, subordina-se a requisitos essenciais expressamente previstos no art. 4º da Lei nº 8.437/92 e no art. 15 da Lei nº 12.016/09*”. E continua logo à frente: “*A Suspensão de Segurança é um instituto oferecido ao Poder Público na defesa do interesse coletivo. Consiste em um meio de suspender os efeitos de decisão judicial, nas ações movidas contra o Poder Público ou seus agentes, em caso de manifesto interesse público ou de flagrante ilegitimidade, para evitar grave lesão à ordem, à saúde, à segurança e à economia públicas*” (grifei).

Vejamos, então, o que estatuem os artigos pertinentes (grifei):

#### **Lei nº 8.437/92**

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

#### **Lei nº 12.016/09**

2 A íntegra da decisão pode ser lida em <http://www1.tjrj.jus.br/gedcacheweb/default.aspx?UZIP=1&GEDID=0004CE000BF6FDC0ADD1E7C252BA1D58F4F1C50250050E15>, link consultado aos 12 de fevereiro de 2014;

3 Posteriormente, nos autos daquele processo-crime, a Procuradoria Geral do Estado ingressou com “Apelação Subsidiária”, nitidamente com o único intuito de tentar justificar o pedido de suspensão de liminar proferido perante a Presidência do Tribunal de Justiça. A inusitada apelação não foi recebida pelo signatário, como se depreende do link <http://www4.tjrj.jus.br/consultaProcessoWebV2/popdespacho.jsp?tipoato=Descri%E7%30&numMov=37&desMov=Decis%30>, consultado em 12 de fevereiro de 2014. Remetido o feito à PGE para ciência desta decisão, o protocolo daquele órgão se negou a receber os autos sob o argumento de que “a Procuradoria Geral do Estado não atua em processos criminais”(?!).

*Art. 1º Conceder-se-á **mandado de segurança** para proteger direito líquido e certo, não amparado por habeas corpus ou habeas data, sempre que, ilegalmente ou com abuso de poder, qualquer pessoa física ou jurídica sofrer violação ou houver justo receio de sofrê-la por parte de autoridade, seja de que categoria for e sejam quais forem as funções que exerça.*

*Art.15. Quando, a requerimento de **pessoa jurídica de direito público interessada ou do Ministério Público** e para evitar grave lesão à ordem, à saúde, à segurança e à economia públicas, o presidente do tribunal ao qual couber o conhecimento do respectivo recurso suspender, em decisão fundamentada, a execução da **liminar e da sentença**, dessa decisão caberá agravo, sem efeito suspensivo, no prazo de 5 (cinco) dias, que será levado a julgamento na sessão seguinte à sua interposição.*

Ora, algumas estranhezas logo **saltam aos olhos**:

1) Em nenhuma das duas situações estávamos diante de decisão **liminar** ou muito menos de **sentença**. No primeiro caso, estávamos em face de uma Portaria exarada de forma avulsa e abstrata, sem vinculação a qualquer processo judicial específico, a qual visava regulamentar o ingresso de presos numa determinada carceragem (conforme viabiliza a Lei de Execuções Penais ao determinar que o juiz competente exerce atividida- de de fiscalização dos estabelecimentos prisionais). No segundo caso, se tratava de uma decisão proferida no curso de um processo criminal, sem qualquer natureza cautelar ou liminar, a qual, *inter partis*, no exercício de controle difuso da constitucionalidade e convencionalidade, declarou inconstitucional um ato regulamentar.

2) Para que seja cabível a aplicação do artigo 4º da Lei nº 8.437/92 é necessário que a decisão **liminar** tenha sido proferida **em ação movida contra o Poder Público ou seus agentes**. Ora, a ação criminal na qual foi proferida a decisão sobreposta era movida em face de dois cidadãos, réus pela alegada prática do crime de roubo qualificado, e não contra o Poder Público ou algum de seus agentes.

3) Para que seja cabível a aplicação do artigo 15 da Lei nº 12.016/09 (que “*disciplina o mandado de segurança individual e coletivo e dá outras providências*”) é indispesável, a toda evidência, que estejamos diante da tramitação de um *writ of mandamus*, e que nele tenha sido proferida

decisão liminar ou sentença que traga grave lesão à ordem, à saúde, à segurança e à economia públicas, legitimando com isto a **pessoa jurídica de direito público interessada ou o Ministério Público** ao requerimento de suspensão. Repito: tratava-se de uma decisão sem caráter liminar, proferida não num Mandado de Segurança, mas em uma ação criminal, em face de dois cidadãos, com a intervenção unicamente do Ministério Público (e não de qualquer pessoa jurídica de direito público) que tomou ciência do *decisum* e não recorreu.

Conclui-se, daí, que se “*o direito do ente público de obter a suspensão, diante da sua natureza excepcional de contracautela, subordinase a requisitos essenciais expressamente previstos no art. 4º da Lei nº 8.437/92 e no art. 15 da Lei nº 12.016/09*”, a decisão proferida pela 1ª Vice-Presidência do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro (como aquela anterior, pertinente à Portaria que visava obstar a superlotação da carceragem de Nova Friburgo) não observou tais requisitos, sendo, por isto, absolutamente **ilegal**.

Porém, mais que ilegal, as decisões *se mostram inconstitucionais*.

O instituto da suspensão de execução de liminar ou sentença previsto nos artigos acima mencionados traz um hiato ao devido processo legal e, momentaneamente, subtrai a análise da demanda ao **juiz natural** da causa ou recursal. Isto porque, proferida uma decisão ou sentença, há a via recursal prevista em Lei para impugná-la, com magistrados competentes para tanto, sejam juízes de Turmas Recursais, desembargadores ou ministros.

Daí porque se revela de todo indispensável que o exercício da suspensão de decisão ou sentença se faça com redobrada cautela. Como se não bastasse a necessidade de subordinar-se “*a requisitos essenciais expressamente previstos em Lei*”, o magistrado que exercer aquele mister deve atentar que está, ainda que momentaneamente, subtraindo a análise da questão posta *sub judice* ao juiz natural, proferindo, inclusive, decisão que poderá se revelar contrária ao posicionamento deste, a ser proferido em sede recursal.

Logo, quando não se atenta aos requisitos expressa e previamente estatuídos em Lei para o exercício daquele mister, atua o magistrado como **juiz de exceção**, desvestido de competência para tanto, agindo, desta feita, de forma inconstitucional, em oposição à cláusula pétrea e garantia fundamental do cidadão – e foi o que, infelizmente, se deu nos dois casos concretos acima analisados.

Lamentavelmente, como se viu, não se trata de situação excepcional, daí porque se faz de todo indispensável que se faça a **contenção e controle** do uso deste expediente legal, sob pena de se tornar instrumento autoritário, antidemocrático e antirrepublicano, atentatório, enfim, à ordem constitucional erigida em 1988. ♦♦

# O Processo Penal Brasileiro Vinte e Cinco Anos Depois da Constituição: Transformações, Permanências\*

**Geraldo Prado**

*Desembargador do TJRJ aposentado*

*Doutor e Mestre em Direito*

*Pesquisador e Professor da UFRJ*

## RESUMO

O texto enfatiza as permanências autoritárias no processo penal brasileiro mesmo depois do advento da Constituição democrática de 1988 e apesar das transformações globais pós-Guerra Fria. A tradição autoritária, em nossa opinião, é responsável pela “crise das ciências penais no Brasil”, rastreada tanto na produção teórica como no âmbito das práticas judiciais.

O apego ao modelo da “teoria unitária do processo”, com afinidades forçadas entre o processo civil e o penal, e a consequente barreira imposta entre processo penal e os demais saberes criminais (direito penal, criminologia etc.) caracteriza o período, no plano acadêmico. A recusa ao empirismo, apesar de saltar aos olhos a preservação da tortura, a incriminação de movimentos populares e o indifarçável recurso ao emprego político das práticas repressivas, favorece a tônica neoconservadora hegemônica nas instituições que integram o Sistema Penal, cujas ações estão plasmadas em proclamações de senso comum de cunho estritamente retórico.

O texto ressalta aspecto peculiar da transição democrática recente e da estabilidade institucional no seio do Poder Judiciário, dados reveladores da cultura de restrição da liberdade e do emprego do direito penal para domesticar dissidências.

\* Palestra proferida no âmbito do Seminário “Resistência Democrática: diálogos entre política e justiça” realizado entre 15 e 17 de maio de 2013. A versão definitiva foi apresentada no âmbito do II Congresso de Direito Penal e Criminologia, realizado em Buenos Aires pela ALPEC. Data: 07 de novembro de 2013.

A comparação com a transição operada na Argentina, quase na mesma época, e os vários exemplos de impermeabilidade do Sistema Penal brasileiro a categorias como a “presunção de inocência”, confirmam a tese de que a democracia política até o momento não deu conta das demandas de universalização do respeito à dignidade da pessoa humana, desafio que requisita mudanças profundas no aparato repressivo do próprio sistema, mas também na formação dos juristas.

Finalmente, reclama-se o uso da categoria da “acumulação quântica de poder” para redefinir os critérios de avaliação dos Sistemas Processuais Penais no marco de um autoritarismo renovado em suas práticas inquisitoriais.

## 1. INTRODUÇÃO

Em junho de 2008 foram aprovadas três leis que tinham por objetivo adaptar o processo penal brasileiro aos parâmetros definidos pela Constituição da República de 1988 e pelos tratados internacionais sobre direitos humanos, em especial o Pacto de São José da Costa Rica, que fora introduzido no ordenamento jurídico em 9 de novembro de 1992, por meio do Decreto nº 678/92.

Em maio de 2011 foi aprovada a Lei nº 12.403, que passou a vigorar a partir de junho daquele ano, e que de alguma maneira complementava o esquema legal de reformas do processo penal brasileiro.

Assim, no intervalo de três anos, o modelo de processo penal que sobrevivera a duas ditaduras, desde 1941 – época do Estado Novo –, e se impusera como marco jurídico e de mentalidade no cenário do sistema de justiça penal no Brasil, perdia sua referência legal, em grande parte responsável pelas permanências autoritárias, e em tese condenava à ilegalidade práticas que durante mais de seis décadas imperaram e foram responsáveis pela sobrevida de um modelo inquisitorial que sequer apeava ao disfarce.

As mencionadas leis alteraram os regimes jurídicos da prova e das medidas coercitivas de índole cautelar, assim como a estrutura dos procedimentos comuns e do Júri.

Mais do que isso, porém, a minirreforma do processo penal, considerada pelo ângulo interno peculiar à dogmática analítica, modificou de

maneira profunda o estatuto jurídico dos principais sujeitos processuais e introduziu novas pautas na relação entre juiz, Ministério Público e acusado, em um visível empenho em reequilibrar a desequilibrada relação de poder que estava enraizada no sistema de justiça criminal no Brasil.

Em tempo algum, desde a aprovação e breve vigência do Código de Processo Criminal do Império, em 1832, com sua feição liberal, logo abandonada (1841), o processo penal brasileiro fora desafiado a transformar-se de forma tão profunda, com novos estatutos jurídicos atinentes às partes e ao juiz. Salvo pelas mudanças ocorridas em meados do século XIX, tampouco o processo penal no Brasil havia passado por alterações com capacidade de produzir efeitos em todos os graus e instâncias de exercício da jurisdição penal – do juiz criminal singular, no mais isolado município, ao Supremo Tribunal Federal, em uma autêntica proposta de renovação de sua estrutura.

As esperadas mudanças no cotidiano das atividades do sistema de justiça criminal, todavia, não ocorreram. Não se ignora o quanto é difícil e raro mudar. Os educadores lembram sempre: “uma estrutura muito antiga nos impõe a permanência de um modelo”<sup>1</sup>.

As transformações no campo da justiça criminal sofrem ainda por interatuarem com as mudanças políticas em geral e estas, na América Latina dos anos 90, mesclarão o peso das decisões sobre a transição do autoritarismo à democracia e a forte onda neoliberal.

Há reflexos disso nas políticas de encarceramento massivo, incriminação dos movimentos sociais e também na expansão das estratégias de controle da criminalidade, adotadas no marco do chamado “processo penal de emergência”, para todo tipo de casos penais, técnicas que são fruto das experiências da denominada luta antimáfia, na Itália, e contra o terrorismo e o tráfico de drogas, nos Estados Unidos da América.

Os reflexos processuais penais deste vínculo entre sistema político e sistema de justiça criminal tornaram-se evidentes, durante o período inicial da transição política (1985-88), com o recurso à manutenção da base teórica de processo penal consolidada entre os anos 30 e 70 do século XX, cuja consequência mais visível consistiu na acomodação das tradições inquisitoriais no âmbito das novas experiências políticas democráticas e republicanas.

---

<sup>1</sup> MOSÉ, Viviane. *A escola e os desafios contemporâneos*. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2013, p. 65.

Havia significativa simetria entre o que se passava na esfera política e o que veio a constituir a regra, em termos de sistema de justiça criminal.

Dessa forma, o silêncio, relativamente ao passado autoritário, tornado possível pela lei brasileira de anistia, cuja interpretação oficial beneficiava torturadores e agentes da repressão política, também caracterizou o modo de atuar do sistema de justiça criminal, que passou a tratar de forma praticamente indistinta o passado autoritário e o presente, em tese, inspirado em princípios democráticos.

A formulação do discurso jurídico mudou, como será anotado adiante. No âmago, porém, as práticas processuais penais continuaram as mesmas do tempo dos regimes políticos autoritários.

Não há dúvida de que o conceito de “transição política”, para a história das ideias, registra o fato de que muitas das experiências consagradas em pleno autoritarismo terminam por conviver com outras, reprovadas pela opinião geral, mas nem por isso desaparecidas<sup>2</sup>.

Os principais exemplos, no caso brasileiro, são a tortura<sup>3</sup> e a morte de civis em confronto com a polícia. As recentes notícias sobre tortura e extermínio seguem contando uma história que não encontrou na fronteira entre a ditadura e a democracia barreira suficiente para conter abusos e discriminações.

*“O Fórum Brasileiro de Segurança Pública fez um levantamento sobre o número de pessoas mortas por policiais no Brasil, que foi divulgado pelo O Globo neste domingo. Segundo a pesquisa, 1.890 pessoas morreram após supostos conflitos com policiais em 2012.*

*No mesmo período, 89 policiais civis e militares morreram em decorrência dos mesmos conflitos. A relação é de 21 pessoas mortas para cada policial. Segundo a matéria, o FBI considera “aceitável” uma relação de 12 pessoas para cada policial.”<sup>4</sup>*

---

2 MARTINS, Rui Cunha. *Ponto Cego do Direito: The Brazilian Lessons*. 2ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

3 No Rio de Janeiro está em curso procedimento penal objetivando apurar as circunstâncias em que o pedreiro Amarildo de Souza, supostamente, foi torturado e morto por policiais militares que investigavam o tráfico de drogas no Bairro da Rocinha (antiga Favela da Rocinha, na Zona Sul da cidade). <http://g1.globo.com/rio-de-janeiro/noticia/2013/10/justica-decreta-prisao-de-mais-pms-do-caso-amarildo.html> Consultado em 04 de novembro de 2013.

4 <http://revistaforum.com.br/blog/2013/11/no-brasil-cinco-pessoas-sao-assassinadas-pela-policia-por-dia/> Consultado em 04 de novembro de 2013. Segundo a pesquisa, o número apurado equivale a cinco pessoas mortas pela polícia, por dia, no Brasil.

A cultura de violência do sistema é anterior à ditadura civil-militar de 1964, que dela tomou partido para à luz solar controlar dissidências e manter seus esquemas de poder.

A memória oficial do regime autoritário, todavia, não conseguiu fazer sucumbir as memórias dissidentes<sup>5</sup>.

Umas e outras conviveram e até hoje influenciam-se reciprocamente, o que explica a convivência de perspectivas ineludivelmente autoritárias no seio do discurso jurídico-penal brasileiro, mais especificamente no campo do processo penal<sup>6</sup>, bem como, em menor grau, a existência de categorias típicas do processo penal de matriz iluminista no esquema processual vigente durante as ditaduras.

A tese desta comunicação é a de que a permanência e predominância de elementos autoritários, consolidados historicamente na cultura brasileira, constituem a razão de base, a que se somam naturalmente outros fatores, para a situação crítica em que se encontram a teoria e a prática penais na atualidade.

Identificar este cenário de permanências autoritárias é, pois, fundamental para compreender a opção metodológica e política de parte dos estudiosos brasileiros, em defesa de princípios em direito processual penal caros à democracia, princípios que raramente concretizaram-se na experiência cotidiana do funcionamento de nosso (brasileiro) sistema de justiça criminal.

Parte-se aqui de um significado em geral compartilhado do significante “autoritário”, que pode ser resumido como estrutura de sistema político que nega, de forma mais ou menos decisiva, o projeto de igualdade entre as pessoas, na consolidação de projetos de vida digna, projetos que a um só tempo respeitem as diferenças individuais, mas repudiem as de cunho social e econômico que tornem os seres humanos cativos de outros seres humanos.<sup>7</sup>

5 AGUILAR FERNÁNDEZ, Paloma. *Políticas de la memoria y memorias de la política*. Madrid: Alianza, 2008.

6 Toma-se a expressão “campo jurídico” no sentido assinalado por José Eduardo Faria, David Trubek e Yves Dezelay: “Chamamos de ‘campo jurídico’ à articulação de instituições e práticas através das quais a lei é produzida, interpretada e incorporada às tomadas de decisões na sociedade.” (TRUBEK, David M. e DEZALAY, Yves. “A estruturação global e o direito: A internacionalização dos campos jurídicos e a criação de espaços transnacionais”, in *Direito e globalização econômica: implicações e perspectivas*. Organizador: FARIA, José Eduardo. São Paulo: Malheiros, 1996, p. 33).

7 Dicionário de Política. BOBBIO, Norberto, MATTEUCCI, Nicola e PASQUINO, Gianfranco. Trad. Carmen C. Varriale et al.. Coord. trad. João Ferreira. Rev. geral João Ferreira e Luís Guerreiro Pinto Cacais. - Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1<sup>a</sup> ed., 1998, v. 1: 674 p. (total: 1.330 p.). *Autoritarismo – Mario Stoppino*. Releva transcrever: “O adjetivo ‘autoritário’ e o substantivo autoritarismo, empregam-se especificamente em três contextos: a estrutura dos sistemas políticos, as disposições psicológicas a respeito do poder e as ideologias políticas.” (p. 94); “Na tipologia dos sistemas políticos, são chamados de autoritários os regimes que privilegiam a autoridade governamental e dimi-

## 2. AUTORITARISMO E PRÁTICAS PENais

Algumas palavras sobre a transição política no Brasil como condição para a pré-compreensão das permanências autoritárias no interior do sistema de justiça criminal.

Anthony Pereira sublinha que o Brasil manteve-se afastado da tendência geral, verificada na América Latina, de construção das chamadas justiças de transição. Ao contrário, salienta Pereira, a atitude oficial do governo brasileiro sobre o tema até bem pouco tempo era de silêncio e amnésia<sup>8</sup>.

Paulo Sérgio Pinheiro, que integra a Comissão da Verdade instituída no Brasil em 2012, destaca que uma das características dos regimes autoritários que monopolizaram a realidade brasileira durante o Século XX (1937-45 e 1964-85) consistiu em assegurar o funcionamento de instituições jurídicas anteriores “dentro do quadro normativo ditatorial”<sup>9</sup>.

Assim as justiças penais funcionaram regularmente, mesmo em sequida aos golpes de estado, e foram também funcionais aos novos regimes autoritários, incrementando e conferindo às práticas violadoras da dignidade das pessoas o selo de juridicidade que, aparentemente, inscrevia tais práticas em um contexto de “normalidade institucional”.

Clássicos exemplos disso, como sublinhado, podem ser extraídos da ausência quase absoluta, mas bastante impressionante, de censura social ao emprego da tortura, tolerada em um nível de naturalização da violência que ainda hoje contamina o aparato estatal de repressão<sup>10</sup> e a igual naturalidade como foram construídos socialmente os “inimigos” da ordem.

Sobre este aspecto é ilustrativo o caso mais remoto, de “Olga Benário”, companheira do líder comunista Luis Carlos Prestes que a ditadura

---

nuem de forma mais ou menos radical o consenso, concentrando o poder político nas mãos de uma só pessoa ou de um só órgão e colocando em posição secundária as instituições representativas.” (p. 94); “As ideologias autoritárias são ideologias que negam de uma maneira mais ou menos decisiva a igualdade dos homens e colocam em destaque o princípio hierárquico, além de propugnarem formas de regimes autoritários.” (p. 94); “...o que caracteriza a ideologia autoritária, além da visão da desigualdade entre os homens, é que a ordem ocupa todo o espectro dos valores políticos, e o ordenamento hierárquico que daí resulta esgota toda a técnica da organização política.” (p. 96).

8 PEREIRA, Anthony, W. **Ditadura e repressão: o autoritarismo e o Estado de Direito no Brasil, no Chile e na Argentina**. São Paulo: Paz e Terra, 2010, p. 35.

9 PINHEIRO, Paulo Sergio. Prefácio à obra de Anthony W. Pereira, **Ditadura e repressão: o autoritarismo e o Estado de Direito no Brasil, no Chile e na Argentina**. São Paulo: Paz e Terra, 2010, p. 9. Não há nisso nada de extraordinário quando se compara a experiência àquelas investigadas por Otto Kirchheimer, em **Justicia Política: "empleo del procedimiento legal para fines políticos"** (Méjico, Unión Tipográfica Editorial Hispano Americana, 1961, p. 48): “Durante la época moderna, cualquiera que sea el sistema legal que predomine, tanto los gobiernos como los grupos privados han tratado de allegarse el apoyo de los tribunales para sostener o cambiar la balanza de poder político. En forma disfrazada o no, los problemas políticos se presentan ante los tribunales, para ser confrontados y sopesados en las balanzas de la ley, por mucho que los jueces se inclinen a evadirlos, puesto que los juicios políticos son inevitables.”

10 KEHL, Maria Rita. “Tortura e sintoma social”, in: **O que resta da ditadura**. São Paulo: Boitempo, 2010, p. 124.

Vargas entregou grávida aos nazistas para ser morta, após decisão por sua extradição, ordenada pelo Supremo Tribunal Federal brasileiro em julgamento de que participaram alguns de nossos mais festejados juristas (Carlos Maximiliano entre outros) e que contou com a opinião pública favorável de Clóvis Beviláqua (autor do anteprojeto de Código Civil de mais longa duração da República)<sup>11</sup>. A lei brasileira vedava expressamente a extradição de estrangeira grávida de brasileiro.<sup>12</sup>

Importante ressaltar que os padrões autoritários de nosso sistema de justiça criminal antecedem ao ainda vigente Código de Processo Penal de 1941, inspirado no fascista Código Rocco (italiano), da década de 30 do século passado.

A doutrina processual penal brasileira raramente interessou-se em investigar as origens e modo de configuração de nosso modelo judiciário penal, contentando-se na maioria dos casos com a conformadora “*história legislativa*”.

Houvesse alguma dedicação ao tema e disposição ao diálogo interdisciplinar, os processualistas brasileiros teriam observado, com nossos antropólogos e historiadores, que a crescente interiorização e presença da Justiça Criminal no território brasileiro, ao longo do século XIX, resultou da política de fortalecimento do poder central e alianças conjunturais com as elites agrárias.<sup>13</sup>

Optou-se pela instituição da ordem judiciária pela via da conversão de agentes de polícia em magistrados vinculados politicamente aos governantes locais, e ainda pela expansão das cadeias públicas, expressão da política de contenção das dissidências e punição de escravos rebeldes<sup>14</sup>.

O domínio da ideologia racista, que mereceu atenção de expressivos juristas e pensadores e provocou intensos debates, de modo especialmente significativo às vésperas da abolição da escravidão, não pode ser desconsiderado quando se tem em conta a cobertura normativa penal colocada à dispo-

11 GODOY, Arnaldo Sampaio de Moraes. *A história do direito entre foices, martelos e togas: Brasil – 1935-1965*. São Paulo: Quartier Latin, 2008, p. 26-7 e 49.

12 O episódio – que em outros termos se repetirá ao longo da história judiciária brasileira – demonstra a falácia consistente em acreditar na predominância de um positivismo jurídico de cunho estritamente formal-legal. Sempre que funcional ao poder político de inspiração autoritária, esta modalidade de paleopositivismo foi abandonada em prol dos anseios de “segurança e ordem pública” ou de “combate aos inimigos”.

13 Exemplos de reflexão diferenciada: ROCHA JUNIOR, Francisco de Assis do Rego Monteiro. “Os recursos criminais julgados pelo Supremo Tribunal de Justiça do Império – o liberalismo penal de 1841 a 1871”. *Biblioteca História do Direito*. Curitiba, Juruá, 2013. FLORY, Thomas. *El juez de paz y el jurado en el Brasil Imperial, 1808-1871: Control social y estabilidad política en el nuevo Estado*. México, Fondo de Cultura Económica, 1981.

14 MAIA, Clarissa Nunes e outros. *História das prisões no Brasil*. V. I e II. Rio de Janeiro: Rocco, 2009.

sição do poder nas primeiras décadas da jovem República (período hoje denominado República Velha, que se encerra com o golpe de estado de 1930)<sup>15</sup>.

É significativo que o inquérito policial no Brasil haja sido instituído às vésperas da entrada em vigor da Lei do Ventre Livre, em 1871<sup>16</sup>, que assegurava liberdade aos filhos de escravos.

A hipótese de trabalho mais segura para explicar o fato de a balança do poder penal ter pendido em favor da segurança, por quase duzentos anos, em detrimento da liberdade e de ter alimentado a cultura autoritária que inspirou práticas e leis penais no Brasil – e continua inspirando – consiste, em minha opinião, em admitir que:

*“malgrado os diligentes esforços pela implantação de uma legalidade democrática, em especial depois de 1988, há consenso alargado na sociedade brasileira de que a Justiça Penal cumpre o papel de domesticar dissidências, resistências e expressões de alteridade que sejam causadoras de medo e inspiradoras de instabilidade.”*

Compreende-se neste cenário a observação de Pinheiro de que as décadas pós-implantação da democracia política no Brasil são marcadas “por ‘recaídas’ nas quais as garantias do devido processo inexistem para a maioria da população, em particular para os afro-latino, os indígenas, as meninas, as crianças, os adolescentes, LGBT”<sup>17</sup>.

Sem dúvida, lembra o sociólogo, “quanto maior o consenso entre as elites civis-militares sobre o funcionamento da ditadura, maior o grau de continuidade autoritária no funcionamento da democracia”<sup>18</sup>.

Muito provavelmente esta hipótese esclarece as razões pelas quais, sem embargo da truculência de nosso regime ditatorial, tendo o Brasil registrado número menor de mortos e desaparecidos que as ditaduras Argentina e Chilena, a brasileira perdurou mais.

Releva citar que depois de 1990 o Brasil conheceu ainda invulgar incremento de leis penais, que ampliaram de maneira significativa o tempo de encarceramento das pessoas, dificultaram o acesso à liberdade e defi-

15 SCHWARCZ, Lilia M. *O espetáculo das raças: cientistas, instituições e questão racial no Brasil – 1870 – 1930*. São Paulo: Companhia das Letras, 1993. ALONSO, Angela. *Ideias em movimento: a geração de 1870 na crise do Brasil Império*. São Paulo: Paz e Terra, 2002.

16 A Lei do Ventre Livre é de 28 de setembro de 1871. O inquérito policial foi instituído pela Lei nº 2.033, de 20 de setembro de 1871 e entrou em vigor em 28 de novembro de 1871.

17 PINHEIRO, Paulo Sérgio. Obra citada, p. 13.

18 PINHEIRO, Paulo Sergio. Prefácio à obra de Anthony W. Pereira, *Ditadura e repressão*: obra citada, p. 14.

niram variadas modalidades de delitos, acentuando a presença do poder penal nos mais diversos setores da sociedade<sup>19</sup>.

No mesmo período os grandes centros urbanos viram surgir o fenômeno das milícias, que atuam violentamente em busca do domínio territorial e econômico de áreas periféricas.

A falta de habilidade das autoridades brasileiras em lidar com os conflitos contemporâneos, que exprimem um difuso mal-estar social, as impele a recorrer, permanentemente, a práticas autoritárias, e as recaídas seriam cômicas, não fossem trágicas em suas consequências.

Nas recentes mobilizações populares as forças de segurança foram convocadas a atuar com violência, reprimindo manifestantes, entre eles professores em greve no Rio de Janeiro e militantes de movimentos sociais em São Paulo.

Ao lado da violência física empregada contra os manifestantes inscreve-se a ação de investigação criminal, pautada na identificação da filiação política e até da condição de estudante universitário dos manifestantes, apanágio ao direito penal do autor que é típico dos regimes autoritários.

O questionário infra, da polícia civil de São Paulo, ilustra bem o tema.

*“Secretaria de Estado de Segurança Pública*

*Polícia Civil do Estado de São Paulo*

*1ª Delegacia Seccional de Polícia*

*“Escrivão de Polícia Wanderley Serpa Desgualdo”*

*(...)*

*RECOMENDAÇÃO 1ª SECCIONAL Nº 2/2013*

*O Dr. Kleber Antonio Torquato Altale, Delegado de Polícia Seccional da Capital, no uso de suas atribuições legais, mormente àquelas voltadas ao controle e fiscalização quanto à regularidade na execução dos misteres próprios da Polícia Judiciária delegados aos dirigentes das unidades que lhe são subordinadas e*

*(...)*

*Considerando a necessidade de se estabelecer um arcabouço mínimo de informações acerca dos autores de delitos prati-*

<sup>19</sup> A Lei dos Crimes Hediondos (Lei nº 8.072/90) é somente o exemplo mais vistoso dessas práticas.

*cados por ocasião das manifestações, solicito a Vossa Excelência, EM CARÁTER RESERVADO, que sejam consignadas as seguintes informações/providências:*

*(...)*

*b) Se estudante, o curso e endereço do estabelecimento de ensino*

*c) Se tem filiação partidária (qual partido)*

*d) Se integrante do movimento Black Bloc (ou outro movimento)*

*e) Como tem conhecimento das manifestações*

*f) Se tem antecedentes criminais*

*g) Qualificar os advogados que se fizerem presentes para representar os conduzidos*

*(...)"*

Que papel cumpre a doutrina processual penal brasileira neste contexto parece ser a questão de fundo importante a ser destacada.

### **3. O PROCESSO PENAL BRASILEIRO NA ATUALIDADE**

Não há exagero, creio, ao menos na América Latina, em comparar os juristas dedicados ao processo penal com repórteres fotográficos que atuam em zonas de conflito.

No Brasil, durante muito tempo, a doutrina processual penal dedicou-se a uma espécie de exercício de descrição teórica do funcionamento idealizado do sistema de justiça criminal.

Repórteres fotográficos em áreas de conflitos, nossos juristas pareciam preferir a condição de suposta neutralidade científica, que exerciam em tese amparados por suas interpretações sobre o positivismo científico e a separação entre direito e moral, a atitudes políticas claras de repúdio ao extermínio que o mesmo sistema protagonizava.

A lucidez epistemológica e a vigilância ética, segundo Pierre Bourdieu<sup>20</sup>, necessárias ao questionamento de uma “*libido sciendi* tão evidentemente fora de lugar”, foram monopolizadas pelos advogados criminalistas – Nilo Batista entre eles – e pelos juristas do direito penal ma-

---

<sup>20</sup> BOURDIEU, Pierre. **O senso prático**. 3<sup>a</sup> edição. Petrópolis: Vozes, 2013. p. 12.

terial. Somente na década de 90 as interrogações comuns à criminologia crítica passaram a integrar o acervo teórico de uma nova geração de processualistas penais, impondo-se a tensão com o modelo técnico-jurídico dominante, este influenciado pela teoria geral do processo (civil).

Pelo ângulo da dogmática do processo penal<sup>21</sup>, portanto, os juristas brasileiros inicialmente tenderam a não reconhecer autonomia ao saber processual penal em face do direito penal, quando tomam por objeto de análise o conjunto de práticas herdadas das Ordenações do Reino de Portugal e mesmo aquelas instituídas após 1822, como é o caso do referido Código de Processo Criminal do Império e dos Códigos de Processo Penal dos estados (Províncias), em seguida à Proclamação da República e à Constituição de 1891.

A rigor, a produção bibliográfica do período é definida como glossa aos textos legais e apenas em época mais recente trabalhos de antropologia e história têm recuperado o significado das reflexões jurídicas e políticas de nossos primeiros processualistas penais e o papel destacado da jurisprudência no período.

No imaginário dominante da doutrina processual brasileira a ciência processual penal dá seus primeiros passos em São Paulo, somente no início do século XX, mas é com a chegada de Tullio Liebman ao Brasil, com relevo para o desenvolvimento do processo civil, que se difundem as ideias sobre a teoria unitária do processo e, a partir de então, o processo penal passa a gozar de *status científico*, por parentesco com seu irmão mais próspero.<sup>22</sup>

Até o momento em que essas linhas são escritas a ruptura com a teoria geral do processo (civil) não se consolidou de forma integral no campo do processo penal.

Winfried Hassemer assinala que a ruptura paradigmática de fato é algo raro no *campo jurídico*. Alerta o penalista alemão para a observação de Thomas Kuhn, no sentido de que “as ciências superam os seus modelos de explicação e de argumentação menos pela via da refutação que pela

21 Não custa lembrar que a dogmática processual penal tem em comum com a dogmática penal o fato de serem ambas “o sistema de conceitos construído para descrever o Direito Penal [e processual penal], como setor do ordenamento jurídico que institui a política criminal... do Estado, o programa oficial de retribuição e de prevenção da criminalidade”. CIRINO DOS SANTOS, Juarez. *Direito Penal, Parte Geral*. 4<sup>a</sup> ed. Florianópolis, Conceito Editorial, 2010, p. 71-2.

22 Sobre o advento do “método científico” no âmbito do processual penal, pelo ângulo descortinado pelos juristas filiados à concepção técnico-jurídica no Brasil: GRINOVER, Ada P. “Teoria Geral do Processo” in *O processo em evolução*. 2<sup>a</sup> ed. Rio de Janeiro, Forense Universitária, 1998, p. 4.

via do esquecimento”<sup>23</sup>.

O caso brasileiro é ilustrativo disso. Categorias do processo civil são empregadas para explicar os fenômenos do processo penal. Antigas fundamentações são deixadas de lado, em realidade esquecidas, apesar da evidente impossibilidade dos conceitos do processo civil darem conta das diferenças estruturais entre um modelo e outro.

Empregar a retórica do século XIX implicava reconhecer que, mais do que o Código de Processo Penal de 1941, a própria ciência do processo penal brasileiro contemporâneo encontrava-se impregnada pelo vírus *inquisitório*.

No entanto, a busca da verdade como meta – e, em seu rastro, os poderes probatórios do juiz – configurará o elemento de ligação entre as antigas práticas autoritárias, de matriz inquisitória, e o novo processo penal, mesmo depois de promulgada a Constituição de 1988.

Uma concepção de sistema acusatório que convive com poderes judiciais para definir o objeto do processo e pesquisar as provas é reelaborada e difundida.

Por mais que um processo regido pelo princípio dispositivo, como em regra o processo civil, fosse em tese incompatível com este acúmulo de poderes em mãos do juiz, a teoria unitária do processo empreendia diligente esforço para adaptar-se às circunstâncias e conferir lastro às práticas processuais.

Desse esforço havia nascido o discurso científico do processo penal brasileiro. Sua reelaboração, com ênfase na definição da responsabilidade penal dos acusados, até hoje orienta os textos jurídicos que inspiram os profissionais nas mais variadas áreas de atuação.

O isolamento científico do saber processual, reivindicado como postura metodológica de base no âmbito deste positivismo jurídico à brasileira, facilitou a consolidação de tal espécie de mentalidade, hábil em escamotear as incoerências de um modelo elaborado à feição para funcionar em um estado típico de polícia.

Neste contexto tornou-se possível proclamar a regência da presunção de inocência, da igualdade entre as partes e do papel proeminente dos direitos fundamentais em um quadro normativo infraconstitucional que, mesmo após 1988, estabelecia casos de prisão obrigatória, negava o

23 HASSEMER, Winfried. *História das Ideias Penais na Alemanha do Pós-Guerra*, Faculdade de Direito de Lisboa, 1995, p. 31.

exercício da defesa, até mesmo por falta de defensor, e no qual a prova ilícita constituía referência hipotética, quase nunca reconhecida, ao menos se os processos envolvessem pessoas de carne e osso.

Típico deste estado de coisas, o regime de ônus da prova, sustentado em teoria com base nas regras de um Código que é reconhecido como inquisitorial, foi invocado no âmbito do Supremo Tribunal Federal, durante o julgamento do denominado caso do “Mensalão”.<sup>24</sup>

O debate teórico travado nos últimos anos, no Brasil, de maneira direta ou não, foi pautado pela linguagem desenvolvida no marco da teoria unitária do processo e ressentiu-se disso.

#### **4. O AMADURECIMENTO DO DEBATE TEÓRICO NO CAMPO JURÍDICO PENAL NO BRASIL: A RELEITURA DAS CATEGORIAS DO PROCESSO**

O diálogo entre direito e poder na seara da justiça criminal, pelo prisma da dogmática processual penal, ainda é recente e merece registro que haja resultado da interlocução com a criminologia crítica, especialmente a partir dos anos 90. Vale sublinhar que este processo de permeabilidade dos saberes criminológico e processual, sob o ângulo da formação acadêmica, teve lugar na “periferia” da tradicional escola de processo de São Paulo<sup>25-26</sup>.

Segundo posição defendida nesta comunicação, apenas a ruptura com o discurso de um idealizado processo penal acusatório, incapaz de resistir a minutos de embate com a realidade, logrou aproximar o pensamento processual penal brasileiro das graves questões que ocupam a dogmática processual penal contemporânea.

24 O cerne da ideia foi desenvolvido por Hélio Tornaghi, com fundamento em um processo em que as partes encontravam-se em posição de igualdade, excluída a eficácia da presunção de inocência para demarcar o campo de incidência de poderes probatórios. TORNAGHI, Hélio. *Instituições de Processo Penal*. Volume IV. Rio de Janeiro: Forense, 1959, p. 231.

25 Releva notar que parte da doutrina fez a sua “opção preferencial” pelo processo penal constitucional, mas a “leitura constitucional” deste novo paradigma padecia do vício do formalismo exegético, incapaz de localizar os fenômenos políticos no âmago das questões jurídicas. Isso explica a afirmação de respeitada processualista que, em ensaio de 1984, declarou: “Detendo primazia de ter constitucionalmente subjetivado e positivado os direitos do homem, o Brasil tem-se mantido fiel à tradição de reconhecer e garantir as posições processuais das partes, assegurando-lhes as condições necessárias para a instauração e o desenvolvimento de um processo justo” (“As garantias constitucionais do processo” [subitem 9. Constituição e Processo], in *Novas Tendências do Direito Processual Penal de acordo com a Constituição de 1988*. GRINOVER, Ada Pellegrini. Rio de Janeiro, Forense Universitária, 1989, p. 13). No mesmo sentido: GRINOVER, Ada P. “Teoria Geral do Processo” in *O processo em evolução*. 2ª ed. Rio de Janeiro, Forense Universitária, 1998, p. 6-7. A considerar o fato de que ao tempo desta comunicação (2013) o Estado de Santa Catarina não cumpriu decisão do Supremo Tribunal Federal (STF), no sentido de instalar efetivamente a Defensoria Pública, e esta não existe em concreto no Paraná e em Goiás, comprehende-se o valor atribuído pelos juristas à retórica constitucional-legal em detrimento da realidade.

26 Sobre a Escola Processual de São Paulo: GRINOVER, Ada P. “Teoria Geral do Processo” in: *O processo em evolução...*, obra citada, p. 5.

Esta se caracteriza por sua aptidão para identificar os numerosos pontos de tensão entre os direitos fundamentais de maiorias fragilizadas do corpo social e a seletividade e brutalidade penais, propondo mecanismos orientados a domesticar o exercício do poder punitivo.

Neste sentido, a luta travada no campo jurídico-processual opõe posições jurídicas fragilizadas dos grupos e classes sociais vulneráveis ao poder penal acumulado, que se expressa quer preventivamente, por meio de prisões provisórias e outras medidas cautelares, quer em caráter definitivo, pela expansão do encarceramento.

A realidade, que desafia um novo esforço interpretativo da doutrina processual penal, aponta para o fenômeno da “aglomeração quântica de poder”<sup>27</sup> nas mãos dos sujeitos processuais que enfeixam tarefas preventivas que, com alguma frequência, descambam para o abuso, em um crescente direito penal e processual penal preventivo.

Para isso, afigura-se indispensável ultrapassar a etapa estritamente técnico-jurídica do processo penal como condição de superação da mentalidade autoritária.

Antonio Cavalieri<sup>28</sup>, professor titular de Direito Penal da Universidade de Nápoles, sublinha, por exemplo, que “o tecnicismo jurídico dominante na época fascista e no pós-guerra”, na Itália, “excluía a crítica orientada a valores e princípios do objeto da ciência jurídico-penal”.

Neste contexto de impermeabilidade do direito em relação à política é compreensível a permanência e fomento da “atitude metódica autoritária”, mencionada por Cavalieri<sup>29</sup>, algo que pode ser detectado sem maior dificuldade no caso brasileiro.

Em “Campo jurídico e capital científico...”<sup>30</sup>, resgatei antigas reflexões que, sob a generosa influência de Mirjan Damaska<sup>31</sup>, buscaram demonstrar o quanto de disputa (política) de (constituição) sentidos sobre o terreno simbólico de definição do que é ou não acusatório para fins de processo penal.

27 Expressão empregada por Bernd Schünemann acerca da rede de persecução penal estabelecida nos marcos das chamadas “Leis de Luta” contra a criminalidade, na Alemanha. SCHÜNEMANN, Bernd. *La reforma del proceso penal*. Madrid: Dykinson, 2005, p. 30.

28 “Las garantías del procedimiento en la experiencia italiana: desde la instrucción a las investigaciones preliminares”, in *Los derechos fundamentales en la instrucción penal en los países de América Latina*. México: Porrúa, 2007, p. 180.

29 *Idem*.

30 PRADO, Geraldo. “Campo jurídico e capital científico: O acordo sobre a pena e o modelo acusatório no Brasil – a transformação de um conceito”, in *Decisão Judicial: A cultura jurídica brasileira na transição para a democracia*. PRA-DÓ, Geraldo; MARTINS, Rui Cunha; CARVALHO, Luís Gustavo Grandinetti Castanho de. São Paulo: Marcial Pons, 2012.

31 *Las caras de la justicia y el poder del Estado*. Editorial Jurídica de Chile, 2000.

Não cabe aqui retornar ao ponto.

Pretendo, todavia, sublinhar três aspectos que, em minha opinião, refletem tendências contemporâneas que a doutrina processual penal não deve ignorar: o papel dos sujeitos processuais; a correspondente estrutura procedural; e a expansão das formas negociadas de adjudicação de responsabilidade penal<sup>32</sup>, que se valem com frequência de métodos invasivos de pesquisa de informações<sup>33</sup>.

Em primeiro lugar, trata-se de definir o estatuto jurídico dos sujeitos processuais. A tarefa consiste em compreender o que são direitos, deveres e poderes das partes e do juiz conforme o qualificativo “acusatório” que, reitero, não se beneficia de designações “acusatório” e “inquisitório” largamente usadas pela doutrina brasileira sob a inspiração de uma formação jurídica autoritária.

A atuação judicial no processo penal está condicionada pela superioridade hierárquica da presunção de inocência relativamente aos demais princípios processuais penais.

Na atualidade, não há sentido algum em perpetuar a digressão teórica sobre se existe uma verdadeira “presunção de inocência” ou se o caso é de falar em “presunção de não culpabilidade”.

Com efeito, parte-se da admissão de que “o procedimento penal é uma pena”, conforme destaca Cavaliere, para que o processo seja modelado de maneira a reduzir ao máximo os efeitos perversos das intervenções investigativas e dos poderes coercitivos<sup>34</sup>.

Citando Cavaliere, “a presunção de inocência não pode excluir qualquer intervenção sobre os direitos do imputado: caso contrário, seria radicalmente ilegítimo qualquer ato de investigação ou coerção que implique uma lesão aos direitos do acusado, como por exemplo inspeções, registros, interceptações e a prisão preventiva”<sup>35</sup>.

Neste contexto, o juiz transforma-se em garante jurídico-constitucional da presunção de inocência, o que é incompatível com funções persecutórias relacionadas à efetividade do direito penal no caso brasileiro.

32 A propósito: MUSCATIELLO, Vincenzo Bruno. “Il processo senza verità”, in *Verità e Processo Penale*, a cura de Vincenzo Garofoli – Antonio Incampo. Milano, Giuffrè, 2012, p. 87 e seguintes (especialmente p. 92-5).

33 Pouco tempo antes da palestra, em 5 de agosto (2013), foi sancionada a Lei nº 12.850, que dispõe sobre “organização criminosa” e busca definir alguns métodos invasivos de pesquisa: “colaboração premiada”, “captação ambiental” e “interceptação” das comunicações, “ação controlada”, “infiltração policial” e quebra de sigilos.

34 *Las garantías del procedimiento en la experiencia italiana*, obra citada, p. 185.

35 *Idem*, p. 184.

Uma arquitetura em harmonia com o papel jogado pelo juiz demanda a reestruturação dos procedimentos penais, que viabilize o exercício da função de garante da presunção de inocência.

Não custa lembrar, por exemplo, que “a instrução [preliminar], como etapa pré-processual que cumpre, ao mesmo tempo, com a função de formação de provas fora do contraditório, é o eixo de um processo inquisitivo”<sup>36</sup>.

Em outra oportunidade destaquei que as experiências históricas que podem servir de paradigma ao processo penal brasileiro, quanto à estrutura acusatória, distinguem as atividades de persecução penal em três grandes etapas: fase preliminar, fase preparatória e fase de juízo<sup>37</sup>.

A fuga da armadilha criada pelo processo bifásico (e da mentalidade de inquisitoria) reclama, conforme destaca Franco Cordero, a superação da herança pós-inquisitoria, por meio do alheamento do modelo de duas etapas – ou misto – na direção daquele que exige da acusação hipóteses acusatórias bastante prováveis de resistir ao debate oral e ultrapassar a presunção de inocência<sup>38</sup>.

Por outro lado, a delicada harmonia entre o estatuto jurídico das principais personagens do processo e a estrutura processual requisita da doutrina que coloque em perspectiva a constante pressão por fortalecer os poderes repressivos em detrimento de garantias asseguradas na Constituição e nos tratados internacionais sobre direitos humanos.

O que ocorre na Europa, na atualidade, pode dar uma boa medida da delicada relação entre poderes processuais e direitos fundamentais, poderes que são exercitados também pelo Ministério Público.

Com efeito, assevera Bernd Schünemann que a transformação das formas de criminalidade, principalmente nos últimos vinte e cinco anos, na Alemanha, tem gerado reações difíceis de desenredar, que colocam em relevo um tipo de processo penal caracterizado pelo fortalecimento das posições processuais de poder das autoridades de prevenção, como referido, ao custo das posições do investigado e da defesa<sup>39</sup>.

Uma acumulação de poderes ou forças processuais (*Gewaltenhäufung*)<sup>40</sup> dessa ordem, em um procedimento carente de publicidade,

36 *Las garantías del procedimiento en la experiencia italiana*, obra citada, p. 185.

37 Com referência ao tema: PEÑARANDA LÓPEZ, Antonio. *El proceso penal en España, Francia, Inglaterra y Estados Unidos: descripción y terminología*. Granada, Comares, 2011, p. 37-42.

38 CORDERO, Franco. *Procedimiento Penal*, v. II, Bogotá, Temis, 2000, p. 141.

39 SCHÜNEMANN, Bernd. *La reforma del proceso penal*, obra citada, p. 43.

40 SCHÜNEMANN, Bernd. *Audiencia de instrucción e julgamiento*: modelo inquisitorial ou adversarial? Obra citada, p. 634.

como a investigação criminal, independentemente da realização de audiências judiciais, funciona como campo fértil para a existência do dilema que a rigor seria próprio de outra estrutura processual: estratégia e descobrimento da verdade.

O processo penal vinculado à ideia de verdade, diz o jurista argentino Alberto Binder, constitui opção política central de um poder judiciário republicano<sup>41</sup>.

No entanto, quando a busca da verdade transforma-se em obsessão, os fins voltam a justificar os meios e todo esforço de imunização do processo contra investidas autoritárias termina por sucumbir.

A respeito do mesmo fenômeno, em 2010, o penalista Francesco Palazzo alertou para a propagação de um “vírus inquisitório”, “autoritário”, que contamina a prática processual penal italiana, alimentando-se da relativização das garantias, em um nível estrutural do próprio sistema<sup>42</sup>.

Assinala o respeitado jurista, ao fim dos trabalhos do Congresso em Ferrara, cuja reflexão central versou acerca da preocupação dominante com a “obsessão securitária” dos anos 2001 e seguintes, em alguma medida antecipada entre 1992-1997<sup>43</sup>, que tal receio é justificável haja vista o evidente contraste entre a “afirmação teórica dos direitos e a realidade inquisitoria do processo”<sup>44</sup>.

A mentalidade inquisitorial domina a disputa de sentidos que é travada na doutrina e nos tribunais sobre significado e alcance do contraditório, da ampla defesa etc. e isso é particularmente grave porque, como destaca Palazzo, os direitos individuais desempenham na origem o papel de limite.

Inevitável, pois, repensar o estatuto jurídico dos sujeitos do processo para, tomando em consideração o concreto desequilíbrio de poderes, rever os pressupostos teóricos de todas as categorias processuais, em particular daquelas que são decisivas quando o tema é a liberdade: medidas cautelares, prova e sentença.

No contexto mencionado, não há oposição entre *igualdade e legalidade*. Ao revés, a estrutura legal do processo penal deve ser concebida de modo a assegurar que o desequilíbrio real entre poderes processuais, que

41 BINDER, Alberto. Prefácio ao livro **Teoría del Caso**, de Leonardo Moreno Holman. Buenos Aires: Didot, 2012, p. 17.

42 PALAZZO, Francesco. "Conclusioni", in **Diritti Individuali e Processo Penale Nell'Italia Repubblicana: Ferrara, 12-13 novembre 2010**. Milano: Giuffrè, 2011, p. 414-415.

43 CAPPELLINI, Paolo. "Le ragioni de un dialogo", in **Diritti individuali...**, obra citada, p. 5.

44 PALAZZO, Francesco. "Conclusioni", in **Diritti Individuali e Processo Penale...** obra citada, p. 414.

tomam a forma de situação jurídica, encontre nos direitos fundamentais do imputado o seu limite, o seu necessário dispositivo de contenção.

Luigi Ferrajoli salienta que a igualdade é o lastro dos direitos fundamentais, pois pressupõe que estes correspondem a todos, para satisfazer o valor de pessoa, e em igual medida, enquanto condição da identidade de cada um como pessoa e cidadão<sup>45</sup>.

Pelo ângulo da estrutura dos direitos e deveres, consoante podem ser deduzidos de uma ordem constitucional que irradia validade jurídica para o restante do ordenamento, uma “situação jurídica”, pública ou privada, caracteriza-se por corresponder a poderes (ou deveres) “adquiridos conforme causas ou títulos específicos e exercitáveis mediante atos potestativos dotados, por sua vez, de efeitos na esfera jurídica própria ou alheia”<sup>46</sup>.

Como modalidades deônticas de conteúdo oposto, os direitos fundamentais, invioláveis, inalienáveis e indisponíveis, limitam os poderes exercitáveis sob a forma de situação jurídica e o fazem para alcançar o ideal de *igualdade jurídica* que, ao pressupor as diferenças e desigualdades mencionadas, restringe a produção de efeitos dos atos potestativos sempre que desfigurem as condições constitutivas de igualdade perseguidas pelos direitos fundamentais<sup>47</sup>.

A prova é o centro nervoso do processo, sublinhava Carnelutti. Hoje em dia este centro aparentemente deslocou-se para as medidas cautelares.

Assim, uma dogmática processual comprometida com o Estado de Direito não pode ficar restrita a denunciar o caráter inquisitório dos poderes probatórios do juiz.

Para além disso, uma indispensável releitura da teoria do processo penal deve inclinar-se à crítica da prisão preventiva (e dos métodos ocultos de prova) e até do procedimento, cuja finalidade de recognição não deva ser puramente cênica ou retórica.

No âmbito das medidas cautelares, destaca-se que o encarceramento provisório é medida excepcional.

Porém, se a frase encerra axioma consagrado em nosso Direito, o desmentido da realidade cobra *lucidez epistemológica particular* para criticar as decisões judiciais que multiplicam os casos de prisão preventiva e que, em concreto, enfraquecem o exercício do direito de defesa, em um contexto

45 FERRAJOLI, Luigi. *Derecho y Razón: Teoría del garantismo penal*, 5ª ed. Madrid: Trotta, 2001, p. 908.

46 *Idem*.

47 FERRAJOLI, Luigi. *Ib idem*.

estratégico que resulta no fortalecimento das situações jurídicas de poder da acusação e na destruição do caráter limitador dos direitos fundamentais.

De acordo com as estatísticas do Ministério da Justiça, relativamente ao ano de 2010, o número de presos provisórios no Brasil era de 164.683 homens e mulheres<sup>48</sup>. Em idêntico período havia 496.251 pessoas presas, segundo a mesma fonte. A correlação revela muito claramente como a prisão provisória tem se agigantado, correspondendo a pouco mais de trinta por cento da população carcerária total.

Em pesquisa publicada em 2000, na obra **El Proceso Penal: Sistema Penal y Derechos Humanos**<sup>49</sup>, Eugenio Raúl Zaffaroni alertava para o fato de que, na América Latina, o problema mais grave do sistema penal consistia, por sua frequência e extensão, no exercício do poder punitivo repressivo por meio da prisão preventiva que, na lição do mestre, tem evidente filiação penal<sup>50</sup>.

Também a Comissão Interamericana de Direitos Humanos compartilha da mesma preocupante opinião e por isso, em 01 de maio de 2007, emitiu o Informe 35/07<sup>51</sup>, sobre o caso de fundo Jorge, José e Dante Peirano Basso e República Oriental do Uruguai (caso nº 12.553), estipulando regras para os Estados signatários da Convenção Interamericana de Direitos Humanos, entre os quais o Brasil, acerca dos critérios desenvolvidos no âmbito da Corte Interamericana para a validade jurídica das prisões preventivas<sup>52</sup>.

Convém destacar que a Corte Interamericana de Direitos Humanos teve a competência reconhecida pelo Brasil por meio do Decreto Legislativo nº 89, de 03 de dezembro de 1998 (art. 62 da Convenção).

48 <http://portal.mj.gov.br/data/Pages/MJD574E9CEITEMIDC37B2AE94C6840068B1624D28407509CPTBRIE.htm> consultado em 19 de agosto de 2011.

49 ZAFFARONI, Eugenio Raúl. "Proceso Penal y Derechos Humanos: Códigos, principios y realidad" in: **El Proceso Penal: Sistema Penal y Derechos Humanos**, México, Porrúa, 2000, p. 11.

50 Em análise retrospectiva da transição do Código Rocco ao novo Código de Processo Penal italiano, Giuliano Vassali, jurista com protagonismo indiscutível nessa caminhada, relembrou afirmação de magistrado da Corte de Cassação italiana, ainda na égide do Código Rocco, nitidamente autoritário, mas já alterado por interpretação da Corte Constitucional. Disse o magistrado, não identificado por Vassali, que "se não se pudesse impor a detenção provisória até mais não poder não haveria mais qualquer prisão no sistema atual." Assim, salientava o magistrado, "quando a prisão preventiva era usada, aplicava-se praticamente a única pena cabível". Essa lógica, refutada por Vassali, expressa, todavia, o recurso à prisão preventiva como resposta penal, usual também no ordenamento que inspirou o brasileiro. VASSALI, Giuliano. "*Introduzione*", in: *L'inconscio inquisitorio: Le eredità del Codice Rocco nella cultura processualpenalistica italiana*. Milão, Giuffrè, 2010, p. 18.

51 [http://www.defensapublica.org.ar/JURISDICCIONAL/Jurisprudencia/CorteInteramericanaDDHH/informe35del07\\_uruguay.pdf](http://www.defensapublica.org.ar/JURISDICCIONAL/Jurisprudencia/CorteInteramericanaDDHH/informe35del07_uruguay.pdf), consultado em 21 de agosto de 2011.

52 O exame detalhado do Informe e da decisão da Comissão, bem como dos precedentes da Corte Interamericana, pode ser extraído da seguinte obra: **Encarcelamiento preventivo y estándares del sistema interamericano**. BIGLIANI, Paola e BOVINO, Alberto. Buenos Aires, Editores Del Puerto, 2008.

São sinais expressivos, que não se pode ignorar: o número de presos provisórios em expansão permanente e geométrica e a decisão no contexto da Corte Interamericana de Direitos Humanos.

A Lei nº 12.403/11, que estabelece novo regime jurídico das cautelares, parte desse conjunto de sinais, mas sua evidente falta de efetividade, pelo menos até agora, demonstra como o vírus *inquisitório* continua incrustado no processo penal brasileiro.

## 5. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Sem dúvida que este quadro indica um aspecto singular do funcionamento do poder penal na América Latina, particularmente no Brasil.

A adoção de um discurso penal bélico no âmbito latino-americano e, particularmente no Brasil, é responsável, segundo Eugenio Raúl Zaffaroni, pela proliferação de cadáveres em nossa região.

Como destaca o professor argentino, até que ponto devemos desconsiderar o papel do discurso penal como condicionador das condutas que convertem pessoas em cadáveres? As palavras matam, adverte Zaffaroni.<sup>53</sup>

Encerro recordando as palavras de Pinheiro:

“Sem negar o imenso valor da inexistência de julgamentos políticos ou de presos políticos... os pobres e os membros marginalizados da sociedade têm sido sistematicamente alvo de mau tratamento do sistema judicial como um todo (Judiciário, polícia, prisões) pelo uso ilegal e arbitrário da força, em flagrantes violações dos direitos humanos, como na ‘legalidade autoritária’”.<sup>54</sup> ♦♦

---

53 Zaffaroni – **La palabra de los muertos** – Buenos Aires: Ediar, 2011, p. 8.

54 PINHEIRO, Paulo Sergio. Prefácio à obra de Anthony W. Pereira, **Ditadura e repressão**, obra citada 2010, p. 13.

# A Guerra às Drogas e as Violações de Direitos Fundamentais com o Aval da Imprensa

**Maria Cecília de Oliveira Rosa**

*Jornalista e Pesquisadora*

“A tática do governo americano desde o 11 de setembro é dizer que tudo é justificado pelo terrorismo, assustando o povo para que aceite estas medidas como necessárias. Mas a maior parte da espionagem que eles fazem não tem nada a ver com segurança nacional. É para obter vantagens injustas sobre outras nações e suas indústrias e comércio, em acordos econômicos”. A frase foi dita por Edward Snowden, ex-analista de inteligência da CIA (Central Intelligence Agency), sobre a espionagem dos EUA ao Brasil. Mas poderia ser sobre a guerra às drogas.

A expressão “guerra às drogas” deixa explícita a moldura bélica que dá a tônica do controle social exercido através do sistema penal nas sociedades contemporâneas. Em nome da proteção do potencial mal que as drogas causariam são cometidas atrocidades, como ressaltou Snowden, como se elas fossem necessárias.

A “guerra às drogas” não é uma guerra contra as drogas. Não existe guerra contra objetos. A guerra às drogas é, como qualquer outra na história da humanidade, contra pessoas. E quem são estas pessoas? Produtores, comerciantes e consumidores das selecionadas substâncias psicoativas tornadas ilícitas.

*A associação entre sistema penal e guerra não é nova. Diversos momentos durante a violenta, danosa e dolorosa história do sistema penal têm sido marcados por tal paradigma. Tampouco é nova a ideia do “mal universal”. No passado, a bruxaria e a heresia também foram assim apresentadas. Hoje, no*

*entanto, o paradigma da guerra e a ideia do “mal universal” adquiriram maior extensão e intensidade. Materializando-se na criminalização de condutas massivamente praticadas em todo o mundo, a proibição às drogas tornadas ilícitas forneceu e fornece o impulso requerido pela consolidação de uma globalmente uniforme tendência punitiva e uma extensão do poder punitivo sem paralelos (...).*<sup>1</sup>

Mas, claro, a guerra não é contra todos os produtores, comerciantes e consumidores pobres, não brancos, marginalizados, desprovidos de poder, que circulam em territórios populares e favelas e seus semelhantes. Apenas os vulneráveis se encaixam no papel do inimigo a ser combatido: não brancos e não pertencentes à elite econômica. Em 2012, relatório produzido pelo Senado Americano<sup>2</sup> mostrou que o Banco HSBC permitiu que traficantes lavassem dinheiro no México e fez negócios com empresas ligadas ao terrorismo. Sem prisão, sem tiros, sem sangue, sem veículos blindados chamados de caveirão. Assim como é o consumo de drogas na Avenida Vieira Souto, em Ipanema, Rio de Janeiro, famosa por ter um dos mais altos custos por metro quadrado da América Latina.

A adoção de uma solução bélica para enfrentar um problema de saúde pública, com o pretexto de proteger a saúde, é um equívoco e mostra o descompromisso do Estado com os direitos fundamentais dos indivíduos. A própria Organização das Nações Unidas (ONU) reconhece que apenas de 10% a 13% das pessoas que consomem drogas se tornam usuários problemáticos<sup>3</sup>.

Carl Hart, neurocientista e professor associado da Universidade de Columbia tem se dedicado a estudar o uso de drogas e mostra em seu livro, **High Price** (2013), dados semelhantes aos da ONU. “Research shows that such issues affect only 10-25 percent of those who try even the most stigmatized drugs, like heroin and crack”<sup>4</sup>.

1 "Direitos Humanos, laço social e drogas: por uma política solidária com o sofrimento humano". Maria Lucia Karam. [http://www.leapbrasil.com.br/media/uploads/texto/36\\_Direitos%20Humanos%20e%20drogas%20-%20CFP-BSB.pdf?1322168068](http://www.leapbrasil.com.br/media/uploads/texto/36_Direitos%20Humanos%20e%20drogas%20-%20CFP-BSB.pdf?1322168068). Acesso em 11.01.2014.

2 "U.S. Vulnerabilities to Money Laundering, Drugs, and Terrorist Financing: HSBC Case History" - <http://www.hsgac.seenate.gov/subcommittees/investigations/hearings/us-vulnerabilities-to-money-laundering-drugs-and-terrorist-financing-hsbc-case-history> & <http://www.levin.senate.gov/download/?id=90fe8998-dfc4-4a8c-90ed-704bc-ce990d4>; Acesso em 07.12.2013, 17:52.

3 Relatório do Secretariado para a 56ª Sessão da Comissão de Drogas Narcóticas (CND), em março de 2013.

4 HIGH PRICE "A Neuroscientist's Journey of Self-Discovery That Challenges Everything You Know About Drugs and Society". Author: Carl Hart Publisher: Harper Number of pages: 335 p. (Pagina 13)

Apesar de todos os indicativos feitos pelos mais diversos especialistas e instituições, o país alçou o crack a inimigo número um da nação e consolidou o bordão errôneo “epidemia de crack”, abrindo brechas para condutas inconstitucionais e imorais por parte do Estado – com endosso midiático -, que se repetem ciclicamente na história.

## CRACK, UMA EPIDEMIA MIDIÁTICA

Especialistas da ONU e Organização Mundial da Saúde (OMS) têm criticado a internação compulsória por uso do crack veementemente, inclusive comparando esta política à prática de tortura. Ignorando todas as recomendações, a Prefeitura do Rio de Janeiro adota a medida há dois anos.

Estudos feitos pelo psiquiatra Dartiu Xavier apontam que 90% das pessoas internadas compulsoriamente têm recaída. Destes, 70% voltam a usar a droga no primeiro mês<sup>5</sup>. Ou seja, é relativamente fácil um indivíduo se manter abstêmio num ambiente em que ele é privado da droga artificialmente. Quando ele volta para a conjuntura de situações que o fragilizou, ele volta também ao uso da droga. A partir dessa lógica, há uma inversão autorizada do discurso da miséria social como consequência, e não como causa do uso de drogas.

Em seu livro, Carl Hart fala sobre sua trajetória de vida como um negro que cresceu em bairros pobres e em meio a violência e se tornou neurocientista. Na oportunidade do lançamento, o pesquisador afirmou ao New York Times:

*“Eighty to 90 percent of people who use crack and methamphetamine don’t get addicted,” said Dr. Hart, an associate professor of psychology. “And the small number who do become addicted are nothing like the popular caricatures (...)” Eles não se encaixavam na caricatura do viciado em drogas que não conseguem resistir à próxima dose”, disse Hart. “Quando eles receberam uma alternativa para parar, eles fizeram decisões econômicas racionais. (...) Eighty to 90 percent of people*

5 <http://www.youtube.com/watch?v=pTQR1kwsXCg> - Apresentação de Dartiu Xavier “Drogas e proteção à saúde”, no Seminário “Drogas: Dos perigos da proibição à necessidade de legalização”, no dia 04 de abril de 2013, na Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro (EMERJ).

*are not negatively affected by drugs, but in the scientific literature nearly 100 percent of the reports are negative," Dr. Hart said. "There's a skewed focus on pathology. We scientists know that we get more money if we keep telling Congress that we're solving this terrible problem. We've played a less than honorable role in the war on drugs."*<sup>6</sup>

Ignorando tais evidências científicas, a Prefeitura do Rio de Janeiro segue apostando na internação compulsória. Operações são realizadas em conjunto com a Polícia Militar, Polícia Civil e Guarda Municipal, agentes das secretarias municipais de Governo, Saúde, Desenvolvimento Social e Conservação e, não raro, equipes de TV. De acordo com a Secretaria Municipal de Desenvolvimento Social do Rio de Janeiro, 24,88% das crianças levadas forçosamente para abrigos tiveram êxito no tratamento<sup>7</sup>. O Desembargador do Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro, Siro Darlan, afirmou em sua apresentação no Seminário *A Guerra às drogas e OS Amarildos*<sup>8</sup> que tem recebido denúncias de famílias que estão à procura de seus filhos, desaparecidos após internação compulsória. No silêncio, mais uma vez, os “indesejáveis” estão deixando a cena.

*"Crack é a 'doença da época' e em nome dela estão prendendo e internando os indesejáveis ao arrepio da lei. Os 'dis-traiônicos' acham que estes campos de concentração pra onde as pessoas são levadas é tratamento. E então Amarildos vão sendo fabricados. Ano passado, foram recolhidas centenas de crianças e adolescentes. Muitos deles desaparecem. As famílias estão procurando".*<sup>9</sup>

“Mas temos que fazer algo sobre a “epidemia de crack”!”, poderia dizer alguém. Uma epidemia se caracteriza pela incidência, em curto período de tempo, de grande número de casos de uma doença. Embora

<sup>6</sup> New York Times. Acesso 15.01.2014, 21:32 [http://www.nytimes.com/2013/09/17/science/the-rational-choices-of-crack-addicts.html?pagewanted=all&\\_r=2&](http://www.nytimes.com/2013/09/17/science/the-rational-choices-of-crack-addicts.html?pagewanted=all&_r=2&).

<sup>7</sup> Levantamento obtido pelo Jornal do Brasil junto à Secretaria Municipal de Desenvolvimento Social. Acesso em 07.12.2013, 01:21. <http://drogasedireitoshumanos.org/2013/03/18/internacao-compulsoria-de-criancas-usuarias-de-crack-so-25-de-exito/#more-242>.

<sup>8</sup> O evento "A Guerra às drogas e OS Amarildos" aconteceu no dia 29 de agosto de 2013, às 17 horas, no Instituto dos Advogados Brasileiros (IAB), Rio de Janeiro e foi organizado pela Law Enforcement Against Prohibition – LEAP Brasil.

<sup>9</sup> "A Guerra às drogas e OS Amarildos" <http://www.leapbrasil.com.br/noticias/informes?ano=2013&i=180&mes=9>.

a definição remeta à doença, a face bélica das políticas de segurança se sobrepõe à saúde. Há pouca informação de qualidade que ateste a real situação do uso de crack no Brasil.

A única pesquisa do tipo no Brasil foi divulgada em 2013 pela Fundação Osvaldo Cruz (Fiocruz). Os estudos “Estimativa do número de usuários de crack e/ou similares nas capitais do país” e “Perfil dos usuários de crack e/ou similares no Brasil” foram encomendados pela Secretaria Nacional de Políticas sobre Drogas (SENAD)<sup>10</sup>.

O primeiro estudo estimou o número de usuários regulares de “crack e/ou similares” (uso em pelo menos 25 dias nos últimos seis meses) nas 26 capitais do país e Distrito Federal para o ano de 2012, em torno de 370 mil pessoas. Este número corresponde a 0,81% da população desses municípios (0,70% para adultos e 0,11% para crianças e adolescentes).

Diante deste levantamento desmonta-se o funcional discurso proibicionista e de disseminação de pânico, que propagandeia a ideia de que haveria uma “epidemia” de crack no Brasil.

Sucessivamente, vão sendo quebradas várias ‘certezas’ infundadas tomadas por verdade e perpetuadas pela reprodução indiscriminada e inquestionada da imprensa, que, não raro, só fortalece o senso comum acerca do tema, criando factoides como o do aumento da criminalidade e violência, praticados pelos “inúmeros” usuários de crack.

Em **O medo do crime na Cidade do Rio de Janeiro: Uma análise sob a perspectiva das Crenças de Perigo** (2011), Doriam Borges descreve que a perspectiva de vitimização é um dos fatores explicativos para o medo do crime utilizado na literatura sobre o tema. Essa perspectiva é baseada na ideia de que o medo do crime é causado pelo nível de atividade criminal ou pelo que as pessoas ouvem sobre a criminalidade, quer em conversas com outras pessoas, por conta da mídia ou experiência direta (Bennett, 1990, *apud* Borges 2011).

10 Estimativa do número de usuários de crack e/ou similares nas capitais do país <https://www.google.com.br/url?sa=t&ct=j&q=&esrc=s&source=web&cd=1&cad=rja&ved=0CCgQFjAA&url=http%3A%2F%2Fportal.mj.gov.br%2Fservices%2FDocumentManagement%2FFileDownload.EZTSvc.asp%3FDocumentID%3D%257B9B17D77FC442-4B2B-8705-117920F30C6F%257D%26ServiceInstUID%3D%257B74624DEB-0C14-4B3A-B8F3-CD26DEF53FC1%257D&ei=oAJWUiSXDBhsATD4LYBA&usg=AFQjCNGaBxPBICFiH7bvMKCyCzrnyv8Q&bvm=bv.59378465,d.cWc> e Perfil dos usuários de crack e/ou similares no Brasil <https://www.google.com.br/url?sa=t&ct=j&q=&esrc=s&source=web&cd=1&cad=rja&ved=0CCYQFjAA&url=http%3A%2F%2Fwww.casacivil.gov.br%2Fnoticias%2Fperfil-brasil.pdf&ei=9gjWURKKG-zFsAty3oGwDw&usg=AFQjCNFxexAxlnTrrBtxg4xzMyzyk71BvsQ&bvm=bv.59378465,d.cWc> Acesso: 06.12.2013, 20h53.

*A mídia, por sua vez, enquanto maior fonte de informação, possui um papel significativo na determinação do medo do crime (Hale, 1996; Smith, 1985, 1986) como um tipo de victimização indireta. A mídia, muitas vezes, sensacionaliza, dramatiza (Smith, 1985, 1986) e amplia (Pidgeon et al., 2003) as ocorrências criminais, além de valorizar os crimes mais sérios e com maior comoção social em detrimento dos de maior incidência. (Borges, 2011)*

Como relatei em “A (Ir)responsabilidade da imprensa na construção da culpa, da sensação de segurança e do medo”<sup>11</sup>, neste trabalho o pesquisador coligou acumulações que geram crenças que identificam os estímulos e acionam os sentimentos de insegurança e medo nas pessoas. Por essa perspectiva, o medo do crime não é construído socialmente, mas é uma reação a um tipo de construção social classificada como Crenças de Perigos. “Além dos fatores sociológicos, o Modelo de Crenças de Perigo também utiliza fatores da psicologia social, como a atratividade, o nível de autossegurança e autoconfiança, o sentimento de controle em relação ao crime e o espaço criminalizado (Van der Wurff et al., 1989; Farral et al., 2000, apud Borges, 2011)

A ideia de que o problema maior estaria localizado no Rio de Janeiro e em São Paulo é uma das falácias mais propagadas. Esta falsa ideia é propulsora dos ilegais e imorais recolhimentos e internações forçadas de pessoas em situação de rua nessas capitais. Contra isso, o estudo demonstra que a maior quantidade de usuários de crack no Brasil está nas capitais da região nordeste (cerca de 150 mil pessoas), inclusive no que diz respeito a crianças e adolescentes<sup>12</sup>.

Também ao contrário do que tenta perpetuar este senso comum e infundado, o uso do crack não é causa de mortes imediatas: o tempo médio de uso constatado nas capitais foi de quase oito anos (91 meses) e, nos demais municípios, de quase cinco anos (59 meses).

Não obstante, o estudo demonstra ainda que tal discurso e as campanhas e programas governamentais (a exemplo, “Crack, é preciso ven-

<sup>11</sup> ROSA, M. C. O. . “A (Ir)responsabilidade da imprensa na construção da culpa, da sensação de segurança e do medo”. In: BIZZOTTO, Alexandre ; SILVA, Denival Franciso da. (Org.). *Sistema Punitivo: O neoliberalismo e a cultura do medo*. 1 ed. Goiânia: Kelps, 2012, v. 1, p. 83-92.

<sup>12</sup> Estudos da Fiocruz sobre uso de crack no Brasil: <http://www.leapbrasil.com.br/noticias/informes?ano=2013&i=183&mes=9> Acesso em 07.12.13, 02:07.

cer!"), concentrados no crack, ignoram completamente a realidade: os usuários de crack são basicamente poliusuários. O crack é apenas uma das substâncias psicoativas consumidas pelos entrevistados, que usam simultaneamente tabaco (92,8%), álcool (83,8%), maconha (76,1%), cocaína propriamente dita (52,2%), inalantes como cola e solventes (26,4%) e outras drogas em menores percentuais.

Presente no Brasil desde 2012, a organização não governamental Law Enforcement Against Prohibition (LEAP Brasil), que milita para contribuir com fim à guerra às drogas, se pronunciou a respeito da publicização dos primeiros dados produzidos no Brasil sobre o tema, comparando-os à realidade americana da década de 80 e 90.

*"O falsamente criado pânico em torno do crack é cópia perfeita da histeria sobre a mesma substância que dominou a cena nos EUA de 1986 a 1992. Lá, a consequência foi a introdução na legislação norte-americana de penas mais rigorosas para crimes relacionados ao crack, o que constituiu fator significativo para o aumento da impressionante disparidade racial que caracteriza o encarceramento massivo registrado naquele país. Lá, como aqui, o falsamente criado pânico em torno do crack serve de alimento para a política de "guerra às drogas", servindo especialmente para criminalizar os pobres, marginalizados, excluídos, não brancos, desprovidos de poder. É preciso pôr fim a essa discriminatória, insana, nociva e sanguinária política. É preciso legalizar e consequentemente regular a produção, o comércio e o consumo de todas as drogas"<sup>13</sup>.*

Como é possível notar, o que há é, mais uma vez, a construção de um fato político, pouco questionado pela imprensa, o que também não é uma novidade. O papel da mídia na construção de problemas políticos e sociais, a exemplo do citado, por vezes, dotado de informações incorretas e distorcidas é prática comum.

*Muitos dos problemas que ocorrem na sociedade contemporânea são tornados públicos por meio de noticiário na mídia. E isso exerce um grande impacto sobre as resoluções e opiniões.*

<sup>13</sup> Estudos da Fiocruz sobre uso de crack no Brasil: <http://www.leapbrasil.com.br/noticias/informes?ano=2013&i=183&mes=9> Acesso em 07.12.13, 02:07.

*niões dos tomadores de decisões. O fato de a imprensa não noticiar algo é o equivalente à aniquilação da existência de um problema, socialmente falando (JAPAN..., 2005, p. 116).*

O jornalista e pesquisador Guilherme Gorgulho Braz analisou o papel da mídia impressa no engajamento da defesa dos interesses do governo estadual de São Paulo, apesar dos descontentamentos dos pacientes e das vozes divergentes de cientistas sobre o isolamento compulsório de hansenianos entre 1933 e 1967. De acordo com a pesquisa, a imprensa defendeu a crença de que São Paulo cumpria um papel de ‘grande potência’ no Brasil. Para isso, os jornais paulistas se mostraram comprometidos com as medidas de controle social que queriam excluir a parcela doente da sociedade.

*“A defesa da internação compulsória ou a omissão sobre os problemas vividos pelos doentes, principalmente na Era Vargas, ajudou a manter o status quo do sanitarismo de São Paulo. O apoio dos jornais à política de isolamento contribuiu para que o degredo dos doentes em São Paulo fosse extinto apenas em 1967, com cinco anos de atraso em relação à decisão federal”<sup>14</sup>.*

Em sua pesquisa, Gorgulho Braz comprova por meio da análise de jornais da referida época que, defendendo a crença de que São Paulo cumpria no Brasil um papel de “grande potência”, os jornais paulistas se mostraram, em grande parte, comprometidos com as medidas de controle social que queriam excluir a parcela doente da sociedade na primeira metade do século XX.

*Consolidada no momento em que o país vivia sob uma ditadura, entre 1930 e 1945, a política paulista de profilaxia da hanseníase exacerrou a situação de degredo dos doentes dentro de uma estrutura asilar que remetia à ilusão de uma sociedade harmônica. Cinco “leprosários” garantiram a internação de milhares de pacientes, entre 1933 e 1967, com a promessa de que a endemia seria dizimada em poucos anos. Mas o que se viu foi o crescimento da prevalência, mesmo com os vultosos investimentos feitos para combater o mal.<sup>15</sup>*

<sup>14</sup> Dissertação: “Isolamento compulsório de hansenianos: o papel dos jornais paulistas na manutenção do degredo (1933-1967)”, p. 11 - Guilherme Gorgulho Braz. Orientadora: Profª. Drª. Germana Barata - Data defesa: 17/06/2013.

<sup>15</sup> *Idem*. P. 159.

No livro **Holocausto Brasileiro**, lançado em 2013 pela também jornalista Daniela Arbex, é revelada uma história até então desconhecida pela maior parte dos brasileiros. Pelo menos 60 mil pessoas morreram entre os muros do maior hospício do Brasil, a Colônia de Barbacena, localizada na cidade de mesmo nome, em Minas Gerais. A maioria dos internos havia sido internada à força. Cerca de 70% não tinham diagnóstico de doença mental. Eram epilepticos, alcoólatras, homossexuais, prostitutas, gente que se rebelava ou que se tornara incômoda para alguém com mais poder. Eram meninas grávidas violentadas por seus patrões, esposas confinadas para que o marido pudesse morar com a amante, filhas de fazendeiros que perderam a virgindade antes do casamento, homens e mulheres que haviam extraviado seus documentos. Alguns eram apenas tímidos. Pelo menos 33 eram crianças. Pelo menos 30 bebês foram roubados de suas mães. As pacientes conseguiam proteger sua gravidez passando fezes sobre a barriga para não serem tocadas. Mas, logo depois do parto, os bebês eram tirados de seus braços e doados.

*"Umas poucas vezes os esqueletos subiam a superfície. Passada a comoção pública, voltavam ao fundo empurrados pelas pedras de sempre. Em 1961, a rotina do Hospício foi contada na Revista **O Cruzeiro** pelo fotógrafo Luiz Alfredo e pelo repórter José Franco. O título da matéria era "A sucursal do inferno". Em 1979, o repórter Hiram Firmino e a fotógrafa Jane Faria publicaram a reportagem "Os porões da Loucura", no **Estado de Minas**. O documentário "Em nome da razão", de Helvécio Ratton, filmado em 1979, tornou-se um símbolo da luta antimanicomial. (...) Apesar da denúncia estampada na revista de maior sucesso da época, a realidade só começaria a mudar – lentamente – duas décadas mais tarde, a partir dos anos 80, quando a reforma psiquiátrica ganhou força".<sup>16</sup>*

Alguns morriam de frio, fome e doença. Morriam também de choque. Às vezes, os eletrochoques eram tantos e tão fortes, que a sobrecarga derrubava a rede do município. Nos períodos de maior lotação, 16 pessoas morriam a cada dia. Ao morrer, davam lucro. Entre 1969 e 1980, 1.853 corpos de pacientes do manicômio foram vendidos para 17 faculdades de medicina do país, sem que ninguém questionasse. Quando houve

<sup>16</sup> Autor: Arbex, Daniela; Editora: Geração Editorial Holocausto Brasileiro - Vida, Genocídio e 60 Mil Mortes no Maior Hospício do Brasil.

excesso de cadáveres e o mercado encolheu, os corpos foram decompostos em ácido, no pátio da Colônia, diante dos pacientes, para que as ossadas pudessem ser comercializadas.

Até 1994, havia celas no hospital. Hoje, o lugar atende várias especialidades médicas. Na área psiquiátrica ainda estão 160 pessoas remanescentes da antiga Colônia.

Por ocasião do lançamento do livro, Arbex foi entrevistada pela **Folha de S. Paulo**.

*A jornalista diz que o que mais a chocou foi constatar que “o país desconhecia uma de suas piores tragédias”. Para ela, o silêncio de décadas ocorreu porque os internos “eram indesejados sociais, e existe uma teoria de limpeza social que vigora até hoje”. Na sua visão, a situação em prisões e em outros locais ainda reflete essa “invisibilidade social”. “O modelo da internação compulsória não seria uma reedição desses abusos sob a forma de política pública? A sociedade precisa discutir essas questões.”<sup>17</sup>*

O questionamento da jornalista é pertinente à medida que se percebe, ao longo da história, uma constatação empírica da repetição de situações, constatada por ela e por Guilherme Gorgulho Braz, reiterada por Foucault.

*Na Idade Média, o leproso era alguém que, logo que descoberto, era expulso do espaço comum, posto fora dos muros da cidade, exilado em um lugar confuso onde ia misturar sua lepra à lepra dos outros. O mecanismo de exclusão era o mecanismo do exílio, da purificação do espaço urbano. Medicinalizar alguém era mandá-lo para fora e, por conseguinte, purificar os outros. A medicina era uma medicina de exclusão (FOUCAULT, 1996, p.88)<sup>18</sup>.*

---

<sup>17</sup> <http://www1.folha.uol.com.br/ilustrada/2013/08/1320727-livro-holocausto-brasileiro-relata-horrores-de-hospicio-mineiro.shtml>. Acesso em 07.12.2013, 04:38

<sup>18</sup> FOUCAULT, Michel. **Microfísica do Poder**. 12. ed. Rio de Janeiro: Graal, 1996.

Ao contrário do esforço da imprensa em Minas - mesmo que pontual -, até os anos 1950, as críticas ao modelo de internação adotado em São Paulo não tiveram espaço nos veículos locais, apenas na imprensa carioca. Uma exceção encontrada por Gorgulho foi uma série de seis reportagens publicadas pela **Folha da Manhã** em 1949, intitulada “O problema da readaptação social dos egressos dos leprosários”. A série, assinada por Lucas d’Ávila e ilustrada por Waldemar Cordeiro, “eram matérias fora do comum por causa do tom humanitário, tratando da rejeição aos hansenianos e da falta de moradia e de emprego”<sup>19</sup>.

*Da mesma maneira que ocorreu no Japão, a defesa da política de internação compulsória ou a omissão sobre os problemas vividos pelos doentes nos asilos, principalmente entre 1933 e 1945, ajudou a manter o status quo do sanitarismo de São Paulo, que buscava manter a sociedade sã à custa da supressão da liberdade dos doentes (...)*

*Mesmo em períodos de grande agitação nos “leprosários”, principalmente nos anos de 1945 e 1946, em que houve revoltas e protestos, os jornais estudados se omitiram sobre o tema (...)*

*A atividade jornalística, que deveria cumprir um papel de fiscalizador do poder público e das instituições, acabou por se eximir de denunciar os problemas dos hansenianos e os abusos que vinham sofrendo pelo temido DPL. Já no final do isolamento compulsório, na década de 1960, esta pesquisa revela que os jornalistas negligenciaram a cobertura sobre a mudança na política profilática, deixando de investigar os novos problemas que viriam com a libertação dos doentes. Tanto na década de 1940, em pleno auge da política de isolamento, quanto em meados dos anos 1960, no ocaso dessa estratégia profilática, a amostra do corpus aponta para uma falta de motivação dos jornais para incluir o tema “lepra” e seus problemas na agenda de pautas<sup>20</sup>.*

---

<sup>19</sup> Dissertação: “Isolamento compulsório de hansenianos: o papel dos jornais paulistas na manutenção do degredo (1933-1967), p. 11 - Guilherme Gorgulho Braz. Orientadora: Profª. Drª. Germana Barata - Data defesa: 17/06/2013.

<sup>20</sup> *Idem*, p. 160.

## QUASE UM SÉCULO DE INÉRCIA

É difícil que a purificação do espaço urbano logre êxito sem a colaboração da mídia, sociedade e classe política. Ora por omissão, ora por deturpação de fatos e corroboração política, é possível perceber que a política pública de higienismo dos indesejados sociais continua a mesma, permanecendo detidos nos fatos apresentados, desde 1933.

*O manifestamente ilegítimo “recolhimento” e internação forçada de crianças e adolescentes em situação de rua no Rio de Janeiro, sob o pretexto de supostamente “livrá-las” do crack, é mais uma expressiva demonstração de quem são os “inimigos” na versão brasileira da “guerra às drogas”. A mídia e políticos dos mais variados matizes têm estimulado o pânico do crack – cópia perfeita da histeria sobre a mesma substância que dominou a cena nos EUA de 1986 a 1992.<sup>17</sup> A consequência foi a introdução na legislação norte-americana de penas mais rigorosas para crimes relacionados ao crack, que se constituiu em fator significativo para o aumento da disparidade racial no encarceramento massivo registrado naquele país.<sup>21</sup>*

A história se mostra cíclica. Lançado no fim de 2011, o programa ‘Crack: é possível vencer’, do governo federal, tinha orçamento inicial de dois bilhões de reais. “Coincidentemente”, poucos meses antes, estudo divulgado pela Confederação Nacional de Municípios (CNM), realizado em meados de 2010, revelou que 92% dos municípios brasileiros não tinham programas de combate ao uso de crack e que apenas 3,39% deles tinham convênio firmado com o governo federal para desenvolvimento e financiamento de ações de enfrentamento ao uso de drogas. Em um mesmo momento em que não há informações qualificadas sobre o tema, o cenário político se mostra oportuno para municípios acessarem a verba da União.

A outra face nefasta do controle social é o enfrentamento dos pobres pelos pobres, reiterando o medo e justificando a estratégia de atuação focada em territórios populares. De acordo com o Instituto de Se-

21 "Direitos Humanos, laço social e drogas: por uma política solidária com o sofrimento humano" - Maria Lucia Karam. Acesso em 11.01.2014, 23: 27. [http://www.leapbrasil.com.br/media/uploads/texto/36\\_Direitos%20Humanos%20e%20drogas%20-%20CFP-BSB.pdf?1322168068](http://www.leapbrasil.com.br/media/uploads/texto/36_Direitos%20Humanos%20e%20drogas%20-%20CFP-BSB.pdf?1322168068).

gurança Pública (ISP), 18 policiais foram mortos em serviço no Estado do Rio de Janeiro em 2012. No mesmo ano foram registrados 415 autos de resistência. Guardadas as devidas proporções, uma vez que o ISP não divulga os dados como tendo relação direta com o tráfico de drogas, fica a alusão aos confrontos armados, em sua esmagadora maioria em favelas, para “enfrentar o tráfico”, cuja base é a proibição das drogas.

Essa admitida repressão com uso de armas pesadas - tidas como apropriadas - nas favelas é efetivamente corriqueira, passivamente vista e muitas vezes aplaudida pela sociedade e imprensa. Na cotidiana “guerra às drogas” nas favelas, aos moradores é atribuído o papel do “inimigo”. Eles representam o “mal”, enquanto os policiais representariam o “bem”, numa guerra maniqueísta, reducionista, pela qual nenhum dos “combatentes” é efetivamente responsável.

O Brasil é um dos tantos signatários das convenções proibicionistas da ONU<sup>22</sup>, mas também é signatário da Declaração Universal dos Direitos Humanos (DUDH). Com base nas convenções de drogas, o United Nations Office on Drugs and Crime (UNODC) se propõe a auxiliar os Estados-membros a desenvolver suas legislações nacionais sobre drogas, buscando estabelecer marcos legais de referência sobre o assunto, tanto nacional, quanto regional e globalmente. A Declaração Universal dos Direitos Humanos é sistematicamente violada para cumprimento das convenções sobre drogas.

Não raro, moradores das favelas onde há incursões policiais e os policiais empregados nestas, desconhecem quem foram os redatores desses tratados, o que dizem e seu impacto em suas vidas. Por esses tratados, assinados à distância da realidade, ambos derramam seu sangue, deixam seus filhos órfãos e companheiros/as viúvos/as. Sequer têm como dimensionar que seu sangue é um preço político. Tampouco sabem a quem interessa manter essa guerra.

Aos gritos de “nunca serão”, policiais são treinados para ser uma espécie de “exterminadores do futuro”. As polícias militares, por exemplo, têm destacamentos específicos para a luta contra o tráfico, cujo treinamento é focado em força, destreza e demais atribuições físicas, como mostrado no aclamado filme “Tropa de Elite”, baseado no livro **Elite da Tropa** (2009). Em 2012 perguntei informalmente a vários policiais, de diversas patentes, batalhões e estados se eles tinham estudado as conven-

---

22 Convenção Única sobre Entorpecentes, 1961 (emendada em 1972); Convenção sobre Substâncias Psicotrópicas, 1971; Convenção Contra o Tráfico Ilícito de Entorpecentes e Substâncias Psicotrópicas, 1988.

ções de drogas na academia de polícia para saber melhor o porquê de sua atuação profissional. As respostas foram unâimes: não.

Os locais de atuação desses policiais, locais de moradia, são transformados em campos de guerra. Os moradores, em inimigos. Ambos criminalizados, rotulados de perigosos e, portanto, passíveis de combate.

*Foi a confluência de negritude e crime na mídia e nos discursos políticos que tornou possível a “guerra às drogas” e a repentina e massiva expansão do sistema prisional norte-americano. Brancos “criminosos” por drogas são um dano colateral na “guerra às drogas”, porque atingidos por uma guerra declarada tendo em mente os negros<sup>23</sup>.*

Em seu artigo “Direitos Humanos, laço social e drogas: por uma política solidária com o sofrimento humano”, Maria Lucia Karam cita Marcelo Mayora: “Mesmo após a constatação de que o objetivo de abstinência proibicionista é inalcançável, a possibilidade de observar de perto e de vigiar permanentemente as populações que residem nos territórios onde ocorre a venda varejista das drogas é função oculta, que surge da habilitação de poder policial gerado pela proibição, à qual os governantes não parecem dispostos a abdicar”.

Neste artigo, Karam toma, como sequência às críticas ao modelo de imprensa e o cenário político que esta corrobora, o mais recente e tão incensado novo modelo de policiamento no Brasil. De acordo com Karam, as chamadas Unidades de Polícia Pacificadora (UPPs) – deixam bem clara a funcionalidade da “guerra às drogas” na efetivação do controle penal sobre os pobres, os marginalizados, os desprovidos de poder.

*“Sob o pretexto de “libertar” as favelas do Rio de Janeiro dos “traficantes” de drogas, esse novo modelo de policiamento consiste na ocupação militarizada dessas comunidades pobres, como se fossem territórios “inimigos” conquistados ou a serem conquistados. A ocupação fortalece o estigma e a ideia do gueto. A ocupação sujeita as pessoas que vivem nas favelas a uma permanente vigilância e monitoramento, com frequentes revistas pessoais até mesmo de crianças, com revistas domiciliares sem mandado (ou com algum vazio e*

23. "Direitos Humanos, laço social e drogas: por uma política solidária com o sofrimento humano" - Maria Lucia Karam. Acesso em 11.01.2014, 23: 27. [http://www.leapbrasil.com.br/media/uploads/texto/36\\_Direitos%20Humanos%20e%20drogas%20-%20CFP-BSB.pdf?1322168068](http://www.leapbrasil.com.br/media/uploads/texto/36_Direitos%20Humanos%20e%20drogas%20-%20CFP-BSB.pdf?1322168068).

*igualmente ilegítimo mandado genérico), em uma espécie de “educação” para a submissão”<sup>24</sup>.*

Há favelas com UPP, como Complexo do Alemão e a Vila Cruzeiro, no subúrbio da Penha – onde o cenário ainda inclui tanques de guerra e soldados com fuzis e metralhadoras. De acordo com Karam, a ocupação vem se realizando, desde novembro de 2010, não apenas pela polícia, mas pelas Forças Armadas, em claro desvio das funções que a Constituição brasileira lhes atribui. No “asfalto”, nos locais de moradia de classe média ou alta, o policiamento é regular. É o explícito Estado de exceção para os pobres e o formal Estado de direito para os ricos e as classes médias.

Em meados de 2013, manifestações de rua tomaram conta do Brasil. A repressão aos manifestantes foi feita, de um modo geral, com uso de armas menos letais, como balas de borracha. Em julho houve uma manifestação na Avenida Brasil, Zona Norte da cidade do Rio de Janeiro, na altura do Complexo de favelas da Maré. Foi o suficiente para que as armas menos letais fossem substituídas por armas letais, os convencionais fuzis. Houve uma confusão, mais tarde nomeada pela polícia como um “arrastão”, que foi contida com perseguição, ocupação por policiais do BOPE (Batalhão de Operações Especiais); Força Nacional de Segurança; veículos blindados; invasões de domicílios; tiroteios; nove ou treze mortos (as notícias dão números diferentes), dentre os quais um policial.

As pautas fundamentais são interligadas, e lamentavelmente pouco percebidas por atores políticos com grande presença nesses territórios “inimigos”. É tempo de perceber que todos os clamores pela efetivação dos direitos humanos serão em vão enquanto não se puser fim à maior fonte de sua sistemática violação – a cotidiana “guerra às drogas”. ♦♦

## BIBLIOGRAFIA

“Direitos Humanos, laço social e drogas: por uma política solidária com o sofrimento humano” - Maria Lucia Karam.

[http://www.leapbrasil.com.br/media/uploads/texto/36\\_Direitos%20Humanos%20e%20drogas%20-%20CFP-BSB.pdf?1322168068](http://www.leapbrasil.com.br/media/uploads/texto/36_Direitos%20Humanos%20e%20drogas%20-%20CFP-BSB.pdf?1322168068)

24 “Direitos Humanos, laço social e drogas: por uma política solidária com o sofrimento humano” - Maria Lucia Karam. Acesso em 11.01.2014, 23: 27. [http://www.leapbrasil.com.br/media/uploads/texto/36\\_Direitos%20Humanos%20e%20drogas%20-%20CFP-BSB.pdf?1322168068](http://www.leapbrasil.com.br/media/uploads/texto/36_Direitos%20Humanos%20e%20drogas%20-%20CFP-BSB.pdf?1322168068).

[tos%20Humanos%20e%20drogas%20-%20CFP-BSB.pdf?1322168068.](#)

Convenção Única sobre Entorpecentes, 1961 (emendada em 1972); Convenção sobre Substâncias Psicotrópicas, 1971; Convenção Contra o Tráfico Ilícito de Entorpecentes e Substâncias Psicotrópicas, 1988 .

**Folha de São Paulo** - <http://www1.folha.uol.com.br/ilustrada/2013/08/1320727-livro-holocausto-brasileiro-relata-horrores-de-hospicio-mineiro.shtml>. Acesso em 07.12.2013, 04:38

FOUCAULT, Michel. **Microfísica do Poder**. 12. ed. Rio de Janeiro: Graal, 1996.

Dissertação: "Isolamento compulsório de hansenianos: o papel dos jornais paulistas na manutenção do degredo (1933-1967)", p. 11 - Guiherme Gorgulho Braz. Orientadora: Profª. Drª. Germana Barata - Data defesa: 17/06/2013.

Arbex, Daniela; Editora: Geração Editorial Holocausto Brasileiro - **Vida, Genocídio e 60 Mil Mortes No Maior Hospício do Brasil**.

Estudos da Fiocruz sobre uso de crack no Brasil: <http://www.leapbrasil.com.br/noticias/informes?ano=2013&i=183&mes=9>. Acesso em 07.12.13, 02:07.

ROSA, M. C. O. . "A (Ir)responsabilidade da imprensa na construção da culpa, da sensação de segurança e do medo". In: BIZZOTTO, Alexandre; SILVA, Denival Francisco da. (Org.). **Sistema Punitivo: O neoliberalismo e a cultura do medo**. 1 ed. Goiânia: Kelps, 2012, v. 1, p. 83-92.

Levantamento obtido pelo **Jornal do Brasil** junto à Secretaria Municipal de Desenvolvimento Social. Acesso em 07.12.2013, 01:21: <http://drogasedireitoshumanos.org/2013/03/18/internacao-compulsoria-de-criancas-usuarias-de-crack-so-25-de-exito/#more-242>.

"A Guerra às drogas e OS Amarildos": <http://www.leapbrasil.com.br/noticias/informes?ano=2013&i=180&mes=9>.

[1] Estimativa do número de usuários de crack e/ou similares nas capitais do país: <https://www.google.com.br/url?sa=t&rct=j&q=&esrc=s&source=web&cd=1&cad=rja&ved=0CCgQFjAA&url=http%3A%2F%2Fportal.mj.gov.br%2Fservices%2FDocumentManagement%2FFileDownload.EZTSvc.asp%3FDocumentID%3D%257B9B17D77F-C442-4B2B-8705-117920F30C6F%257D%26ServiceInstUID%3D%257B74624DEB-0C14-4B3A-B8F3-CD26DEF53FC1%257D&ei=oAjWUtSxD8bhsATDt4LYBA&usg=AFQjCNGaBbXPBICFihH7bvMKCyCZrnyv8Q&bvm=bv.59378465,d.cWc>

Perfil dos usuários de crack e/ou similares no Brasil: <https://www.google.com.br/url?sa=t&rct=j&q=&esrc=s&source=web&cd=1&cad=rja&ved=0CCYQFjAA&url=http%3A%2Fwww.casacivil.gov.br%2Fnoticias%2Fperfil-brasil.pdf&ei=9gjWUrKKG-zFsATy3oGwDw&usg=AFQjCNFxeAxInTrxBtxg4xzMyzyk71BvsQ&bvm=bv.59378465,d.cWc>. Acesso: 06.12.2013, 20h53.

"U.S. Vulnerabilities to Money Laundering, Drugs, and Terrorist Financing: HSBC Case History" - <http://www.hsgac.senate.gov/subcommittees/investigations/hearings/us-vulnerabilities-to-money-laundering-drugs-and-terrorist-financing-hsbc-case-history> & <http://www.levin.senate.gov/download/?id=90fe8998-dfc4-4a8c-90ed-704bcce990d4>. Acesso em 07.12.2013, 17:52.

Relatório do Secretariado para a 56ª Sessão da Comissão de Drogas Narcóticas (CND), em março de 2013.

BORGES, Doriam. **O medo do crime na Cidade do Rio de Janeiro: Uma análise sob a perspectiva das Crenças de Perigo** (2011), Rio de Janeiro, Appris .

**HIGH PRICE** "A Neuroscientist's Journey of Self-Discovery That Challenges Everything You Know About Drugs and Society" Author: Carl Hart  
Publisher: Harper Number of pages: 335 p.

New York Times. Acesso 15.01.2014, 21:32: [http://www.nytimes.com/2013/09/17/science/the-rational-choices-of-crack-addicts.html?pagewanted=all&\\_r=2&\\_](http://www.nytimes.com/2013/09/17/science/the-rational-choices-of-crack-addicts.html?pagewanted=all&_r=2&_).