

PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DE MINAS GERAIS  
Programa de Pós-Graduação em Direito

Ulisses Moura Dalle

**TEOLOGIA PROCESSUAL PENAL:  
do religioso ao fármaco-agnóstico na persecução penal**

Belo Horizonte  
2020

Ulisses Moura Dalle

**TEOLOGIA PROCESSUAL PENAL:  
do religioso ao fármaco-agnóstico na persecução penal**

Tese apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direito da Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais como requisito parcial à obtenção do título de doutor.

Orientadora: Prof<sup>a</sup>. Dr<sup>a</sup>. Flaviane de Magalhães Barros Bolzan de Moraes.

Área de concentração: Direito Processual.

Belo Horizonte

2020

FICHA CATALOGRÁFICA

Elaborada pela Biblioteca da Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais

D146t Dalle, Ulisses Moura  
Teologia processual penal: do religioso ao fármaco-agnóstico na persecução penal / Ulisses Moura Dalle. Belo Horizonte, 2020.  
328 f.

Orientadora: Flaviane de Magalhães Barros Bolzan de Moraes

Tese (Doutorado) - Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais.  
Programa de Pós-Graduação em Direito

1. Schmitt, Carl, 1888-1985. 2. Santos, Boaventura de Sousa, 1940-. 3. Processo penal. 4. Sacrifício humano. 5. Violência - Aspectos religiosos. 6. Teologia política. 7. Estado democrático de direito. 8. Religião e direito. 9. Justiça restaurativa. 10. Persecução penal. I. Moraes, Flaviane de Magalhães Barros Bolzan de. II. Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais. Programa de Pós-Graduação em Direito. III. Título.

CDU: 343.123

Ulisses Moura Dalle

**TEOLOGIA PROCESSUAL PENAL:  
do religioso ao fármaco-agnóstico na persecução penal**

Tese apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direito da Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais como requisito parcial à obtenção do título de doutor.

Área de concentração: Direito Processual.

---

Flaviane de Magalhães Barros – PUC/Minas (Orientadora)

---

Ricardo Jacobsen Gloeckner – PUC/RS (Banca Examinadora)

---

Leonardo Augusto Marinho Marques – UFMG (Banca Examinadora)

---

Klélia Canabrava Aleixo – PUC/MG (Banca Examinadora)

---

José Luiz Quadros de Magalhães – PUC/MG (Banca Examinadora)

---

Marilene Gomes Durães – PUC/MG (Banca Examinadora)

---

Vinícius Diniz Monteiro de Barros – PUC/MG (Banca Examinadora)

Belo Horizonte, 02 de abril de 2020

*A meus pais, irmãos, sobrinhos, Tia  
Ângela e Tio Felipe. Por tudo e mais um  
pouco.*

## AGRADECIMENTOS

À minha orientadora, Professora Flaviane de Magalhães Barros Bolzan de Moraes, pela confiança, empenho, dedicação, paciência, e, sobretudo, por fazer deste trabalho uma tese de Direito Processual Penal. Se não fossem os puxões de orelha da Flaviane, o que se teria agora seria um amontoado de textos desconexos que lembrariam remotamente a Antropologia ou a Sociologia.

Ao Professor Leonardo Augusto Marinho Marques pelas aulas memoráveis.

Aos Professores José Luiz Quadros de Magalhães e Klélia Canabravo Aleixo, pelas considerações que enriqueceram sobremaneira o trabalho.

Ao Professor Ricardo Jacobsen Gloeckner, que gentil e prontamente se dispôs a vir até Minas para participar da banca.

Ao Professor Vinícius Diniz Monteiro de Barros, incentivador constante dos meus estudos.

À Professora Marilene Gomes Durães, por ter me oferecido a oportunidade de lecionar durante os primeiros anos do doutorado.

Aos demais Professores do Programa de Pós-Graduação em Direito da Puc-Minas, pelas aulas, discussões, textos recomendados e discutidos, enfim, por compartilharem comigo um pouco de conhecimento.

Ao Bruno, Alexandre e Andreia, por me assegurarem o principal insumo da tese: tempo.

Aos funcionários da secretaria do Programa de Pós-Graduação em Direito da Puc-Minas, pela prestativa condução nos meandros da burocracia que se tem de percorrer até o depósito final de uma tese.

*Raça de Caim, sobe ao céu  
E arremessa à terra o Senhor!  
(Charles Baudelaire)*

## RESUMO

A tese trata das homologias entre os sacrifícios humanos das religiões primitivas e o atual processo penal. A metodologia empregada foi a revisão bibliográfica, que permitiu constatar que o processo penal é o relicário do sacrifício, isto é, o resultado de um lento processo de secularização e racionalização da violência sacrificial, mas que conserva muitos traços dessa violência. Tal como os sacrifícios, o processo penal é uma *phármakon* – um estoque de efeitos possíveis; uma “substância” ambígua, que pode restituir a vida ou antecipar a morte, curar ou fazer adoecer, funcionar como antídoto ou veneno, a depender da dose ministrada. Compreender a ambiguidade do *phármakon*-processo exige que se trabalhe para minorar seus efeitos colaterais. Assim, a tese buscou delinear estratégias de redução dos efeitos colaterais da persecução penal na fase de investigações preliminares, na fase de processamento e julgamento em primeiro grau, na fase de processamento e julgamento em grau de recurso e na fase de execução penal. Também se cogitou sobre redução de danos decorrentes das prisões cautelares. Por fim, argumentou-se que as estratégias de redução de danos devem permear o processo legislativo de criminalização de novas condutas ou de recrudescimento de penas.

Palavras-chave: Estado Democrático de Direito. Teologia Política. Teologia Processual Penal. Modelo Constitucional de Processo. Sacrifício. *Phármakon*.



## ABSTRACT

The thesis deals with the homologies between the human sacrifices of the primitive religions and the current criminal procedural law. The methodology used was the bibliographic review, which made it possible to verify that criminal procedural law is the reliquary of sacrifice, that is, the result of a slow process of secularization and rationalization of sacrificial violence, but that retains many traces of that violence. Just like sacrifices, criminal procedural law is a *phármakon* – a stock of possible effects; an ambiguous “substance” which can restore life or anticipate death, cure or make you sick, function as an antidote or a poison, depending on the dose administered. Understanding the ambiguity of the *phármakon*-criminal procedural law requires work to mitigate its side effects. Thus, the thesis sought to outline strategies to reduce the side effects of criminal prosecution in the preliminary investigations phase, in the first-degree processing and judgment phase, in the appeals-level and in the criminal execution phase. It was also considered about reducing side effects resulting from precautionary arrests. Finally, it was argued that strategies to reduce side effects should permeate the legislative process of criminalizing new conducts or leading to the increase of sentences.

Keywords: Democratic State of Law. Political Theology. Criminal Procedural Theology. Constitutional Process Model. Sacrifice. *Phármakon*.

## SUMÁRIO

<b>1 INTRODUÇÃO.....</b>	<b>10</b>
<b>2 O PROCESSO PENAL E O SAGRADO.....</b>	<b>16</b>
2.1 O circuito do desejo: a mimese.....	21
2.2 O desejo é ilimitado e contagioso.....	24
2.3 <i>Kydos</i> : o desejo de violência.....	25
2.4 Antes da ordem social.....	27
2.5 O assassinato fundador.....	28
2.6 Depois do linchamento.....	29
2.6.1 <i>Os tabus</i> .....	30
2.6.2 <i>O mito</i> .....	30
2.6.3 <i>O rito</i> .....	32
2.6.3.1 <i>O sacrifício-phármakon</i> .....	34
2.6.2.2 <i>A crise sacrificial</i> .....	39
2.7 <i>A revelação dos Evangelhos</i> .....	45
2.8 O relicário do sacrifício.....	47
<b>3 A(S) TEOLOGIA(S) POLÍTICA(S) NAS INTERSEÇÕES COM AS CIÊNCIAS CRIMINAIS.....</b>	<b>64</b>
3.1 A teologia política de Carl Schmitt: o <i>continuum</i> entre religião e direito.....	75
3.2 As teologias políticas de Boaventura de Sousa Santos: a ação-político religiosa.....	84
3.2.1 <i>Teologias políticas pluralistas versus teologias políticas fundamentalistas</i> .....	89
3.2.2 <i>Teologias políticas tradicionalistas versus teologias políticas progressistas</i> .....	92
3.2.3 <i>As turbulências na zona de contato entre os direitos humanos e as teologias políticas</i> .....	94
3.3 O pacifismo fundamentalista cristão.....	99
<b>4 TEOLOGIA PROCESSUAL PENAL SACRIFICIAL-SECURITÁRIA.....</b>	<b>103</b>
4.1 As agressões à face do acusado.....	114
4.1.1 <i>Metáfora teatral e processo penal</i> .....	124
4.1.2 <i>A equipe de segurança pública</i> .....	130
4.1.3 <i>As regiões: os cenários, os bastidores e a região de fora</i> .....	136
4.1.4 <i>Ações de realinhamento</i> .....	139
4.1.5 <i>A desfiguração do imputado</i> .....	146
4.2 O <i>phármakon</i> -remédio anti-segurança pública.....	149
<b>5 TEOLOGIA PROCESSUAL PENAL ABOLICIONISTA.....</b>	<b>160</b>
5.1 O abolicionismo penal.....	169
5.1.1 <i>Óbices a uma teologia processual penal cristã/evangélica/abolicionista</i> .....	180
5.2 <b>Minimalismo penal e justiça restaurativa</b> .....	<b>193</b>
5.2.1 <i>O minimalismo penal</i> .....	199
5.2.2 <i>A justiça restaurativa</i> .....	203

5.2.2.1 Operacionalização da justiça restaurativa.....	215
5.2.2.2 Os limites da justiça restaurativa.....	221

<b>6 PRÁXIS FÁRMACO-AGNÓSTICA DO PROCESSO PENAL.....</b>	<b>230</b>
6.1 Redução dos efeitos colaterais/danos decorrentes das investigações preliminares.....	244
6.2 Redução dos efeitos colaterais/danos decorrentes do processo em primeira instância.....	268
6.3 Redução dos efeitos/colaterais/danos decorrentes das prisões cautelares.....	280
6.4 Redução dos efeitos colaterais/danos decorrentes da fase recursal.....	286
6.5 Redução dos efeitos colaterais/danos decorrentes da execução penal.....	291
6.6 Redução dos efeitos colaterais/danos pelo processo legislativo.....	296

<b>7 CONCLUSÕES.....</b>	<b>304</b>
--------------------------	------------

## **REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS**

## 1 INTRODUÇÃO

A Constituição de 1988 traçou, em seu preâmbulo, o compromisso de estruturar uma sociedade fraterna, razão pela qual o projeto constitucional de construção de um Estado Democrático de Direito (Direito Fraternal) passa, necessariamente, pela progressiva neutralização da violência estatal.

O Direito Paternal é violentamente imposto e violentamente mantido por um soberano. Ele precisa ser violento porque é o resultado de uma conspiração contra os inimigos da ordem jurídica. Para se conservar, o Direito Paternal periodicamente precisa sacrificar seus inimigos.

O Direito Fraternal, por seu turno, é a antítese do Direito Paternal. O Direito Fraternal não é conspirado contra inimigos, mas conjurado (jurado junto) entre irmãos. Não há uma violência que funda o Direito Fraternal, e, de conseguinte, qualquer violência tendente a mantê-lo deve ser desativada. A comunidade política organizada em conformidade com o Direito Fraternal (Estado Democrático de Direito), não é – não pode ser -, uma comunidade sacrificial. O Direito Fraternal, quando plenamente realizado, não admite sacrifícios porque na sociedade fraterna não há inimigos a serem sacrificados. Na sociedade fraterna há apenas irmãos livres e iguais em direitos.

Em termos institucionais, o maior obstáculo ao projeto constitucional de construção de um fraterno Estado Democrático Democrático é a persistência de práticas sacrificiais no âmbito do sistema penal. Isso porque não há solução de continuidade entre os sacrifícios humanos das primeiras religiões e a persecução penal. Para ser mais preciso, a persecução penal é o relicário no qual esses sacrifícios foram acondicionados. O processo penal funciona como uma espécie de éter por meio do qual os sacrifícios foram conservados e chegaram até nossos dias. Em que pese o processo penal ser a resultante de um lento processo de secularização e racionalização da violência sacrificial, obviamente ele ainda preserva muitos traços dessa violência.

A plena realização do projeto constitucional brasileiro pressupõe, portanto, a abolição do sistema penal. Mas a própria Constituição parece ser ambígua quando em seu preâmbulo aponta para a mitigação da violência sacrificial processualmente praticada, ao mesmo tempo em que em diversos dispositivos ela disciplina o exercício

dessa mesma violência pelas agências penais. Uma perspectiva fármaco-agnóstica do sistema penal irá demonstrar, todavia, que não há ambiguidade. Com o processo penal o Estado secularizou a violência religiosa dos sacrifícios, transformando-a em uma violência pretensamente justificada em termos teológico-políticos. Outrossim, é como puro fato teológico-político – carente, portanto, de qualquer possibilidade de legitimação racional -, que a Constituição irá admitir o cárcere.

A violência institucional surgiu por razões teológicas que posteriormente foram politicamente ressamantizadas e, enfim, transcritas para uma linguagem processual. É apenas a existência fática – ainda incontida -, dessa violência teológico-política que a Constituição reconhece. Não há, porém, o reconhecimento da conformidade da violência institucional (processualmente exercida) com o projeto constitucional de construção de uma comunidade política fraterna, isto é, de um Estado Democrático de Direito. A violência do sistema penal é um empecilho à construção do Estado Democrático de Direito, e, como tal, deve ser progressivamente neutralizada.

O projeto constitucional estará implementado apenas no dia em que o cárcere for erradicado. A partir desse dia, talvez será preciso redigir uma nova Constituição. Uma Constituição que não mais limite o exercício processual da violência – como a Constituição atual -, mas que simplesmente declare extinta toda e qualquer forma de violência sacrificial. Mas para que esse dia chegue, é preciso preparar o seu advento. É preciso tornar o processo penal o menos sacrificial possível. É preciso, em síntese, reduzir os efeitos colaterais (os danos) do processo penal.

Portanto, o problema que a tese se propõe é o de delinear as características de um processo penal que seja o menos sacrificial possível. Como tornar o processo penal o menos doloroso possível, seja para o imputado, seja para a vítima? Essa é, basicamente, a pergunta que a tese pretende responder.

O método utilizado foi a revisão bibliográfica. Em termos de uma metodologia da História a tese se vale das teologias processuais penais para – com Walter Benjamin -, escovar o processo penal a contrapelo; isto é, compreendê-lo desde a perspectiva do acusado e da vítima, que são os indivíduos que de fato sofrem com o ato criminalizado e com a maquinaria sacrificial que lhe dá sequência.

O capítulo 2 é dedicado à análise do marco teórico da tese - a antropologia fundamental, de René Girard, transcrita para uma linguagem jurídica por Elígio Resta como direito fraterno -, e ao delineamento da hipótese de trabalho – o processo penal é o relicário dos sacrifícios humanos das religiões primitivas. Se verá no capítulo que

as formas primitivas de sociabilidade religiosa conheciam duas maneiras de lidar com a violência: uma era preventiva e consistia nos sacrifícios humanos; a outra, manejável após a ocorrência do ato violento, era a vingança de sangue. No presente, ambas deram lugar ao processo penal, de maneira tal que o conceito de teologia política pode ser objeto de uma apropriação pela processualística penal. Ressemantizada como uma teologia processual penal – como uma práxis do processo penal plenamente consciente de suas origens, e, principalmente, de seus traços sacrificiais -, a teologia política tem muito a contribuir com o projeto constitucional de construção de uma comunidade política fraterna e não-sacrificial (Estado Democrático de Direito).

Ainda no capítulo 02 se revela como os sacrifícios religiosos tinham para os primeiros grupamentos humanos as propriedades do *phármakon* - uma “substância” ambivalente que, a depender da dose, pode curar tanto quanto agravar a doença, pode restituir a vida tanto quanto antecipar a morte, pode ser remédio tanto quanto veneno. Neste ponto a tese se detém sobre o conceito de *phármakon*, trabalhado por René Girard e também por Elígio Resta e Jacques Derrida. Ministrado em doses excessivas, o sacrifício-*phármakon* espoletava uma crise sacrificial que lançava os homens em uma espiral de violência mimética que só se resolveria com mais violência. Posteriormente essa noção de *phármakon*, que a teologia processual penal irá resgatar dos sacrifícios, mostrar-se-á indispensável ao propósito de redução dos efeitos colaterais/danos decorrentes da persecução penal.

Uma vez evidenciado, no capítulo 02, que o processo penal conserva muitos traços da violência religiosa dos sacrifícios, surge a necessidade de se pensar o processo penal desde a perspectiva da teologia política. Assim, no capítulo 3 são apresentados os conceitos de teologia política com os quais se vai trabalhar: o primeiro, formulado por Carl Schmitt, consiste no estudo das homologias entre religião e direito; o segundo, de Boaventura de Sousa Santos, diz respeito à ação política de inspiração religiosa.

Ainda que Schmitt e Santos sejam autores com gritantes antagonismos entre si, é possível fazer uma apropriação da obra de ambos em uma relação de complementaridade. Schmitt escreveu na primeira metade do século XX, e suas observações se restringiam ao continente Europeu. Assim, sua teologia política não poderia abranger a emergência política do pentecostalismo na América Latina a partir da década de 80 do século XX. Boaventura de Sousa Santos, por outro lado, acompanhou de perto o despertar para a política do protestantismo latino-americano.

Desa forma – e em que pese a distância teórica e ideológica que separam Carl Schmitt de Boaventura de Sousa Santos -, a tese irá se valer livremente das teologias políticas de ambos os autores para cunhar o conceito de teologia processual penal, ora para explicitar as homologias entre o fenômeno religioso e o processo penal, ora para discorrer sobre as estratégias de ação política de grupos religiosos cristãos/evangélicos com vistas a influenciar os rumos da persecução penal.

Em relação à teologia política de Carl Schmitt, sustenta-se que ela deve ser empregada de ponta cabeça. Enquanto a teologia política de Schmitt concebe o estado de exceção como um milagre que permite ao soberano suspender a ordem jurídica para melhor enfrentar seus inimigos e assim garantir a conservação do Estado, argumenta-se no capítulo 03 que uma teologia processual penal deve servir para eliminar do processo penal os espaços de exceção soberana e tornar sem efeito o código da inimizade.

Em relação a Boaventura de Sousa Santos, dá-se ênfase às tipologias de teologias políticas que o autor apresenta. Segundo Santos, as teologias políticas pluralistas e progressistas seriam compatíveis com o ideal de emancipação humana, ao passo que as teologias políticas tradicionalistas e fundamentalistas estariam à disposição dos dominantes para a manutenção do *status quo*. O capítulo 3 mostra como a obra de René Girard põe em curto-circuito as tipologias de Boaventura de Sousa Santos. Girard é um fundamentalista cristão que vai buscar no Novo Testamento os fundamentos de um pacifismo intransigente que, levado às últimas consequências, desemboca no abolicionismo penal.

O capítulo 4 se ocupa da ressemantização da teologia política de Carl Schmitt – estudo das homologias entre religião e direito -, enquanto uma teologia processual penal concebida, logicamente, como o estudo das homologias entre religião e processo penal. O fenômeno religioso que se impôs como objeto de perquirição foi o sacrifício humano.

De maneira análoga ao sacrifício, concebido pelos primeiros povos como instrumento de prevenção da violência, o processo penal é hegemonicamente concebido como instrumento de implementação de políticas públicas de prevenção de delitos. Essa concepção instrumental de processo penal permitiu que mesmo após a Constituição de 1988 a persecução penal permanecesse como um espaço de exceção onde o ordenamento jurídico não penetra, razão pela qual as equipes de segurança pública se sentem livres para agir como bem entendem. Os limites à atuação das

equipes de segurança pública tornaram-se ainda mais precários em razão do sucesso midiático da operação lava jato, que “normalizou” o combate a réus-inimigos levado a cabo por juízes-*partisans*.

Para desvelar a forma sacrificial de atuação das equipes de segurança pública – muitas delas sob a direção (direção formal, diga-se de passagem, já que a direção de fato do espetáculo processual está, na maioria das vezes, nas mãos do guarda da esquina) de juízes-*partisans*, o capítulo 4 se valeu da metáfora teatral, de Erving Goffman.

O capítulo 5 parte da definição de teologia política de Boaventura de Sousa Santos – ação política de inspiração religiosa -, para perscrutar em que consiste uma teologia processual penal inspirada nos Evangelhos. Valendo-se da leitura que René Girard faz dos Evangelhos, o capítulo conclui que uma teologia processual penal cristã/evangélica deve ser abolicionista. Após constatar que por razões filosófico-antropológicas, pragmáticas, econômico-políticas e jurídico-constitucionais o abolicionismo penal por ora é inviável, o capítulo se volta para o minimalismo penal, de Nils Christie, e nele se arrima para seguir delineado estratégias de mitigação do viés sacrificial do processo penal.

A justiça restaurativa é uma relevante estratégia anti-sacrificial, mas, a exemplo do abolicionismo, ela também tem seus limites. A realização de práticas restaurativas depende de condições muito específicas, e que estão presentes em um número limitado de situações problemáticas. Assim, a justiça restaurativa não é viável, *v.g.* em crimes sem vítima ou cuja vítima é desconhecida, quando o agressor se encontra preso, quando a vítima ou agressor não desejam se engajar em práticas restaurativa ou quando o suposto agressor afirma sua inocência. Em todas essas hipóteses – e em algumas outras, abordadas no capítulo 5 -, a justiça restaurativa não será uma opção, razão pela qual o processo penal de tipo sacrificial deve ter uma longa sobrevida, ainda que sua utilização possa (e deva) ser cada vez mais residual.

Constatada a impossibilidade de por ora se prescindir do modelo tradicional de persecução penal, o último capítulo (capítulo 6) traça o esboço de uma práxis fármaco-agnóstica que visa mitigar, na maior medida possível, a sacrificialidade do processo penal. Argumenta-se que o processo penal, a exemplo do sacrifício, deve ser compreendido como *phármakon*. Conceber o processo penal como *phármakon* é admitir que ele equivale, por exemplo, à quimioterapia, que as vezes salva, mas em outras vezes mata o paciente. É assumir que a violência do sistema penal, ainda que



supostamente legitimada pelo processo, não deixa de ser violência. É perceber que o processo penal pune pela sua simples utilização; que ele pune para verificar se é necessário punir. É, sobretudo, dar-se conta dos graves efeitos colaterais inerentes ao processo penal, para a partir dessa consciência, buscar minorar seus danos.

É justamente no desiderato de reduzir os efeitos colaterais/danos decorrentes do processo penal que o capítulo 6 indica algumas estratégias que podem torná-lo menos sacrificial, e, portanto, mais coerente com uma comunidade política fraterna (Estado Democrático de Direito). Optou-se por segmentar a persecução penal em fases, e, a partir daí, oferecer propostas de redução dos efeitos colaterais/danos na fase das investigações preliminares, na fase de instrução e julgamento em primeiro grau, em sede de prisões cautelares, na fase de julgamento em grau de recursos e na fase de execução penal. Por fim, teceu-se algumas considerações sobre possibilidades de redução de efeitos colaterais/danos pela via do processo legislativo.

Todavia, uma advertência final é indispensável. As propostas de redução de efeitos colaterais/danos apresentadas originaram-se da experiência pessoal do autor como advogado criminalista e professor universitário. Elas são, em sua esmagadora maioria, o resultado de reflexões desencadeadas por acontecimentos concretamente vividos na advocacia criminal ou no magistério superior. Exatamente por isso tais reflexões não têm, e não podem ter, quaisquer pretensões à totalidade. Com certeza o universo das estratégias de redução de efeitos colaterais/danos do processo penal não se limita ao que será delineado na tese, e contribuições ulteriores, mais do que necessárias, serão sempre bem-vindas.

## 2 O PROCESSO PENAL E O SAGRADO

Não é o propósito deste capítulo – e muito menos da tese -, apresentar uma história do processo penal desde os sacrifícios das religiões primitivas até a contemporaneidade. Como diria Walter Benjamin, não há aqui a mínima pretensão de desfiar os acontecimentos pelos dedos como um rosário de contas<sup>1</sup>. Portanto, a tese declaradamente se abstém de reconstruir cronologicamente fatos ocorridos naquele tempo que Benjamin reputava como homogêneo e vazio – algo como uma flecha apontada para um futuro ingenuamente concebido como repleto de “progresso”.

Muito longe disso, a tese dará um salto de tigre<sup>2</sup> em direção ao passado; mais especificamente, um salto de tigre em direção aos sacrifícios humanos da antiguidade e à revelação anti-sacrificial dos Evangelhos. Sobre esse salto de tigre, cuja realização Benjamin considerava ser obrigação do historiador, Reyes Mate explica que

(...) trata-se de remontar ao passado, só que não transitando pela senda demarcada das tradições reconhecidas, mas orientando-se pelo que ficou à beira do caminho. Seguindo as pegadas daquilo que quis e não pôde ser; analisando, como um cientista analisa um fóssil, o frustrado, o vencido, o fracassado da história. Seguindo essas pegadas se descobrirá um passado que não tem conexão com o presente, mas que tem, isso sim, a possibilidade de se fazer presente, se for dada uma resposta a suas perguntas. Algo novo e distinto de um presente que é fruto das tradições reconhecidas (MATE, 2011, p. 120).

A proposta da tese, totalmente inserida na metodologia histórica benjaminiana, é, portanto, a de um encontro entre o passado e o presente, “*mas não entre passado imediato e presente consecutivo, mas entre um presente e um passado que pode*

<sup>1</sup> Apêndice A de “Sobre o conceito de história”: “O Historicismo contenta-se em estabelecer um nexo causal entre os diversos momentos da história. Mas nenhum fato, por ser causa, já é, só por isso, um fato histórico. Ele se tornou tal postumamente, graças a eventos que dele podem estar separados por milhares de anos. O historiador que parte disso cessa de passar a sequência dos acontecimentos pelos seus dedos como as contas de um rosário. Ele apreende a constelação em que sua própria época entrou com uma determinada época anterior. Ele fundamenta, assim, um conceito de presente como tempo de agora, no qual estão incrustados estilhaços do tempo messiânico” (BENJAMIN, 2005, p. 140).

<sup>2</sup> Tese XIV de “Sobre o conceito de história”: “A história é objeto de uma construção, cujo lugar não é formado pelo tempo homogêneo e vazio, mas por aquele saturado pelo tempo-de-agora (Jetztzeit). Assim, a antiga Roma era, para Robespierre, um passado carregado de tempo-de-agora, passado que ele fazia explodir do contínuo da história. A Revolução Francesa compreendia-se como uma Roma retornada. Ela citava a antiga Roma exatamente como a moda cita um traje do passado. A moda tem faro para o atual, onde quer que este se mova no emaranhado de outrora. Ela é o salto do tigre em direção ao passado. Só que ele ocorre numa arena em que a classe dominante comanda. O mesmo salto sob o céu livre da história é o salto dialético, que Marx compreendeu como sendo a revolução” (BENJAMIN, 2005, p. 119).

*estar a milênios de distância do presente*” (MATE, 2011, p. 381). Para ser mais preciso, o que se quer aqui é explodir o contínuo da história para colocar diante do processo penal o seu germen sacrificial, e, principalmente, para opor os anseios punitivistas e expansionistas da Frente Parlamentar Evangélica e da Associação Nacional dos Juristas Evangélicos ao ideal anti-sacrificial e não-violento dos Evangelhos.

Como se verá no capítulo 3, a Frente Parlamentar Evangélica e a Associação Nacional dos Juristas Evangélicos são a ponta de lança de um movimento político-religioso – supostamente cristão -, que visa alterar substancialmente a estrutura normativa e as práticas concretas dos agentes do sistema penal, dando-lhe uma feição ainda mais sacrificial. Rememorar os sacrifícios e sua negação pelos Evangelhos será, portanto, a metodologia que permitirá compreender essa emergente teologia processual penal a partir de seus próprios postulados, e, então, confrontá-los com seus propósitos declarados, que se apresentam como muito pouco cristãos.

Portanto, a discussão encetada não será meramente reflexiva, mas diretamente vinculada ao atual contexto político-criminal brasileiro. Se o argumento religioso vem sendo utilizado com intensidade crescente por aqueles que preconizam a criminalização de novas condutas, o majoramento de penas, o recrudescimento da execução penal e a flexibilização de garantias, é natural que quem se opõe a esse discurso também se valha da teologia como estratégia de convencimento. A ideia não é, porém, buscar uma fundamentação religiosa para o processo penal, mas apenas reconhecer como potencialmente dotado de racionalidade o discurso religioso para, quiçá, a partir desse mesmo discurso disseminar a crença de que Jesus não compactuaria com os sacrifícios humanos promovidos em escala industrial nas penitenciárias brasileiras.

Uma vez que a tese não é um exercício de reconstrução história, mas de rememoração aplicada ao presente concreto, pouco importa os contornos que o processo penal assumiu no Império Romano, a barbárie da inquisição católica ou a fraude que foi o processo penal misto napoleônico.

Sobre a diferença entre história e (re)memória – crucial na obra de Benjamin -, Reyes Mate explica que

(...) a história logicamente contará o que há, o que fica partindo do pressuposto de que a realidade, quer queiramos ou não, é o que ficou e não o que poderia ter sido se o que ficou pelo caminho tivesse chegado até nós.

A memória, não obstante, se nega a tomar o que há por toda a realidade. Dessa realidade presente ou aparente faz parte também o ausente. A memória vê essa lacuna como parte da realidade e essa visão leva a uma valoração muito distinta da realidade que chegou a ser (MATE, 2011, p. 154/155).

O processo penal atual – verdadeira engrenagem de moer corpos -, é essencialmente sacrificial. Se o sacrifício matava, o processo penal desfigura e a pena que lhe sucede mortifica. Rememorar o ideal anti-sacrificial dos Evangelhos é, nesses termos, negar o primado do fático; é insistir que a violência sacrificial do processo penal não é natural e nem precisa ser naturalizada; é revelar que o passado ofereceu alternativas que foram pisoteadas pelo cortejo triunfal da história; alternativas que, todavia, podem ser resgatadas no presente para iluminar um futuro também alternativo.

Essa atenção ao fracassado, ao descartado pela lógica da história é profundamente inquietante e subversiva, tanto do ponto de vista epistêmico quanto político, porque questiona a autoridade do fático. O que se quer dizer é que a realidade não é só o fático, o que chegou a ser, mas também o possível: o que foi possível então e não pôde ser, o que hoje sobrevive como possibilidade a ser estreada (MATE, 2011, p. 159/160).

A rememoração dos sacrifícios humanos e da mensagem anti-sacrificial e não-violenta dos Evangelhos faz com que seja mais fácil perceber que a pena de prisão – finalidade última do processo penal sacrificial -, não precisa ser concebida como uma realidade imutável, inscrita em algo como uma ordem natural do universo. Tal rememoração abre caminho para uma concepção da pena como sacrifício meramente naturalizado, mas que, todavia, pode deixar de sê-lo. Portanto, a rememoração do princípio de não-violência do cristianismo primitivo torna concebível, ou, pelo menos, imaginável, um mundo sem penas privativas de liberdade.

Como muito enfatizou Walter Benjamin, a tarefa premente do historiador não é narrar de forma concatenada os fatos do passado, mas perceber, no presente, o perigo capaz de reavivar as centelhas de esperança do passado<sup>3</sup>: “*em um momento*

---

<sup>3</sup> Tese VI de “Sobre o conceito de história”: “*Articular o passado historicamente não significa conhecê-lo ‘tal como ele propriamente foi’. Significa apoderar-se de uma lembrança tal como ela lampeja num instante de perigo. Importa ao materialismo histórico capturar uma imagem do passado como ela inesperadamente se coloca para o sujeito histórico no instante do perigo. O perigo ameaça tanto o conteúdo dado da tradição quanto os seus destinatários. Para ambos o perigo é único e o mesmo: deixar-se transformar em instrumento da classe dominante. Em cada época é preciso tentar arrancar a transmissão da tradição ao conformismo que está na iminência de subjuga-la. Pois o Messias não vem somente como redentor; ele vem como vencedor do Anticristo. O dom de atear ao passado a centelha da esperança pertence somente àquele historiador que está perpassado pela convicção de que*

*de perigo supremo apresenta-se uma constelação salvadora que liga o presente ao passado” (LÖWY, 2005, p. 68).*

O historiador benjaminiano explica o conhecimento histórico como um encontro entre um sujeito em um momento de perigo, no qual estavam os membros das comunidades perseguidas, e um passado que quer sair do anonimato fazendo valer seus próprios direitos (MATE, 2011, p. 382).

No Brasil atual, o instante de perigo consolidou-se com a promulgação da Lei 13.964/2019 (BRASIL, 2019) – alcunhada de “Lei Anticrime” -, que, a pretexto de aperfeiçoar a legislação penal e processual penal, em vários pontos faz tábula rasa da Constituição para suprimir garantias fundamentais e intensificar o encarceramento em massa<sup>4</sup>. Referida lei contou com amplo apoio da Frente Parlamentar Evangélica e da Associação Nacional dos Juristas Evangélicos - organizações que já vinham patrocinando uma série de projetos de leis tendentes a expandir sempre mais o sistema penal<sup>5</sup>.

É justamente porque a ação política desses grupos - que se dizem inspirados por preceitos cristãos -, oferece intenso risco de retrocesso da legislação processual penal que a tese se propõe a rememorar a revelação dos Evangelhos. Proceda-se assim porque – como colocado em evidência por René Girard -, a mensagem de Jesus Cristo a seus seguidores é anti-sacrificial e não violenta. A rigor, todo cristão que

---

*também os mortos não estarão seguros diante do inimigo, se ele for vitorioso. E esse inimigo não tem cessado de vencer” (BENJAMIN, 2005, p.65).*

<sup>4</sup> Em que pese o punitivismo explícito da Lei 13.964/2019, é forçoso reconhecer que ela também traz em seu bojo um instituto indispensável ao balizamento do *potestas puniendi* e à adequação do processo penal aos ditames constitucionais, a saber: o juiz das garantias. Todavia, a implementação do juiz das garantias – legalmente prevista para o dia 23 de janeiro de 2020 -, ainda não está assegurada, haja vista o grande número de ações diretas de inconstitucionalidade apresentadas ao Supremo Tribunal Federal pelas entidades de classe representativas da magistratura e por alguns partidos políticos (ADIs 6.298, 6.299 e 6.300). Em síntese, tais ações apresentam como principal argumento a suposta existência de vício de inconstitucionalidade formal nos artigos da Lei 13.964/2019 referentes ao juiz das garantias, eis que – nos termos do artigo 93 da Constituição Federal -, a iniciativa de lei sobre o estatuto da magistratura é exclusiva do Supremo Tribunal Federal (informação Disponível em <<<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteúdo=433929>>>, Acesso em 17/01/2019 às 20h:45min). Em 15 de janeiro de 2020 o Presidente do Supremo Tribunal Federal, Ministro Dias Toffoli, acolheu parcialmente os pedidos liminares formulados nas referidas ações diretas de inconstitucionalidade para suspender, por 180 dias, a implementação do juiz das garantias (informação Disponível em <<<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteúdo=434788>>, Acesso em 17/01/2019 às 20h:55min). Uma semana depois, em 22 de janeiro de de 2020, o Ministro Luiz Fux, relator das ações diretas de inconstitucionalidade nº 6. 298, 6.299, 6.300 e 6.305, revogou a decisão liminar do Ministro Toffoli para *sine die* suspender, *ad referendum* do plenário, a implantação do juiz de garantias (informação Disponível em <<<https://portal.stf.jus.br/noticias/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=435253&ori=1>>>, Acesso em 02/02/2020 às 20h:45min).

<sup>5</sup> Vide o capítulo seguinte.

queira manter coerência entre sua ação política e a revelação evangélica deveria ser um abolicionista. Sob essa ordem de ideias, uma teologia processual penal de matiz cristã haveria de ser descriminalizante e limitante do poder das agências encarregadas da persecução penal, além de conservar como horizonte utópico a inspirar a ação político-criminal cristã o ideal de um mundo liberto das prisões.

O salto milenar em direção aos sacrifícios e sua recusa pelos Evangelhos escancara, pois, o paradoxo absoluto que é a atuação da Frente Parlamentar Evangélica e da Associação Nacional dos Juristas Evangélicos em prol do recrudescimento da legislação penal e processual penal. Os Evangelhos trazem para o presente uma centelha anti-sacrificial, não-violenta – e, de conseguinte, abolicionista -, que se perdeu junto com o desaparecimento do cristianismo primitivo. Reavivar essa centelha que o tempo quase apagou, é, sob essa ordem de ideias, o objetivo central do capítulo. A partir daí será possível, então, dar início a um contrafogo que vise conter o incêndio propagado pelo atual punitivismo que se crê cristão.

Uma advertência, porém, é imprescindível: a mensagem evangélica não se confunde com a ação histórica das organizações religiosas cristãs. O que se quer rememorar é apenas o cristianismo dos vencidos, dos subjugados pelo Império Romano com a complacência da elite sacerdotal de Israel (HORSLEY, 2004; 2010). No desiderato de reencontrar esse cristianismo primitivo – o único que se qualifica, a partir de suas práticas concretas, como não violento e abolicionista -, será preciso saltar benjaminianamente as atrocidades sacrificiais do cristianismo dos vencedores representados pela Igreja Católica, pela Reforma e pela Contra-Reforma. Será preciso, por exemplo, saltar as Cruzadas em direção à Terra Santa, a Cruzada Albigense, a aniquilação dos Cátaros, as Guerras Religiosas da Europa, o Genocídio catequizador em África, América e Ásia e até mesmo o atual Etnocídio missionário a que são sujeitados os Povos da Floresta na América do Sul. Só assim um cristianismo abolicionista poderá emergir dos escombros do cristianismo sacrificial historicamente praticado, ao qual a Frente Parlamentar Evangélica e a Associação Nacional dos Juristas Evangélicos regularmente pagam o dízimo.

Nesses termos, o (felino) salto de milênios entre os eventos históricos abordados na tese – a oposição cristã aos sacrifícios das religiões primitivas e a atual ação político-criminal evangélica -, não pode ser confundido com um erro metodológico. Trata-se, isso sim, da essência metodológica da tese, de um método deliberado de pesquisa para o qual um único acontecimento “*basta para assaltar a*

*fortaleza do fático e descobrir o segredo de uma concepção da verdade que leve em conta tudo o que se frustra nesse lugar*” (MATE, 2011, p. 24/25). Conforme explica Reyes Mate, para a metodologia histórica benjaminiana importa apenas

(...) a atualização ou ativação de um determinado passado, desse que espera ser convocado pelo presente para saltar à luz e dar-se a conhecer. É um passado bem determinado: precisamente aquele que não está presente porque foi descartado pelo processo que chegou ao presente. A tarefa do historiador como a do anjo da história, não consiste em utilizar o passado para representar o presente e dizer com palavras antigas o que está ocorrendo hoje, mas em deixar que o passado nos dê a conhecer o presente que ele reconhece por sua conta (MATE, 2011, p. 302).

Feitas essas considerações metodológicas preliminares, já é possível realizar, com o auxílio da *‘antropologia fundamental’* de René Girard, o pretendido salto em direção ao passado.

## 2.1 O circuito do desejo: a mimese

O motor de arranque do pensamento de René Girard é o conceito de mimese. O autor parte da constatação do colapso do eu autônomo, isto é, de que o vínculo entre o sujeito desejante e o objeto desejado não se estabelece de maneira direta, como propugnava a psicanálise de matriz freudiana. De maneira bem diversa, o desejo é sempre mediado e se consolida por repetição – mimese -, do desejo pretérito de um mediador. O que Girard afirma é, portanto, a impotência do eu em desejar por si próprio, a *“irresistível propensão em desejar o que desejam os Outros”* (GIRARD, 2009, p.36). O desejo pressupõe, sempre, um mediador a designar o que deve ser desejado.<sup>6</sup>

Sobre a correlação entre imitação e desejo, Michael Kirwan explica que os seres humanos não nascem sabendo o que desejar, razão pela qual aprendem uns

---

<sup>6</sup> “O desejo humano é fruto da presença de um mediador, vale dizer, o desejo é sempre mimético. Não desejamos direta, mas indiretamente, e o alvo do nosso desejo é determinado menos por nós mesmos do que pelas redes tramadas pelas mediações nas quais nos envolvemos. Eis o pecado original do mimetismo: como aprendo a comportar-me a partir da reprodução de comportamentos já existentes, sou levado, consciente ou inconscientemente, a adotar modelos e a segui-los como se fossem expressões do meu desejo autônomo (...) precisamos que alguém nos denuncie para que saibamos identificar nossos próprios sentimentos” (ROCHA, 2009, p. 18).

com os outros. Assim, o que resulta desse lento processo de aprendizagem sempre é a imitação, mais ou menos fiel, do desejo dos outros.<sup>7</sup>

O desejo não pode, então, ser concebido como uma relação linear – entre sujeito desejante e objeto desejado. O desejo é uma relação triangular – entre sujeito desejante, objeto desejado e mediador do desejo. O triângulo é, portanto, a mais perfeita representação gráfica do desejo. Na primeira ponta do triângulo está o sujeito, na segunda o objeto e na terceira o mediador.<sup>8</sup>

Porém, o mediador do desejo não precisa ser – e na maioria das vezes não é –, um ser humano de carne e osso. Girard elucidou a questão extraindo da literatura o exemplo do personagem Dom Quixote, de Miguel de Cervantes, que elegeu como mediador de seus desejos o fictício Amadis de Gaula, também ele um personagem da literatura ficcional, mais precisamente dos romances de cavalaria medievais (GIRARD, 2009). Quanto a esse ponto, Michael Kirwan destaca, na obra de Girard, a relevância que o autor deu à mediação levada a cabo pela cultura como um todo - e não exatamente por um mediador pessoa humana, com existência real (KIRWAN, 2015). E o próprio Girard preocupou-se em esclarecer que a mimese e a mediação configuram as estruturas básicas da vida cotidiana e da cultura, prescindindo, assim, de um mediador de carne e osso. Ilustrou suas afirmações com o exemplo da publicidade, que está sempre a indicar aos consumidores o que deve ser desejado.<sup>9</sup>

Portanto, o mediador do desejo tanto pode ser um vizinho mais afortunado ou um amigo mais sortudo quanto um personagem da ficção; uma figura histórica já falecida; um astro do cinema ou dos palcos; uma campanha de marketing bem-sucedida ou mesmo uma ideia ou ideologia.

Da mesma forma que o desejo mimético prescinde de um mediador determinado, de carne e osso, tampouco ele precisa de um objeto com existência física, real. Essa constatação está na gênese da distinção entre a mimese de apropriação e a mimese do antagonista.

---

<sup>7</sup> “*Todo o aprendizado humano, em especial a aquisição da linguagem, dá-se através da imitação. Aquilo em que Girard insiste e que foi negligenciado é um entendimento de imitação extenso o suficiente para incluir o desejo. Não é apenas a linguagem e os gestos externos, mas também o desejo que é condicionado por nossa natureza humana imitativa*” (KIRWAN, 2015, p. 53).

<sup>8</sup> “*O desejo possui uma estrutura triangular. Na base do triângulo encontramos o sujeito desejante (que é também o imitador) e o objeto desejado. No ápice do triângulo temos o modelo, aquele que mostrou primeiramente que o objeto é desejável*” (KIRWAN, 2015, p. 59).

<sup>9</sup> “*É assim que a publicidade mais hábil não procura nos convencer que um dado produto é excelente e sim que ele é desejado pelos Outros. A estrutura triangular penetra nos mínimos detalhes da vida cotidiana*” (GIRARD, 2009, p. 132).



Na mimese de apropriação o que se deseja é, de fato, a posse de um objeto físico. Todavia, na mimese do antagonista o objeto estará ausente. O sujeito fica tão obcecado com o mediador que o transforma em antagonista, e passa a buscar de toda forma o reconhecimento desse antagonista. Em seus estágios mais avançados, a mimese do antagonista irá engendrar desejos de natureza puramente metafísica, tais como a honra e a glória decorrentes da vitória sobre o antagonista (GIRARD, 2008; GIRARD, 2009).

Sob essa ordem de ideias, afigura-se um tanto quanto lábil o mimetismo do desejo. Trata-se de um mimetismo que pode se dar ao luxo de abrir mão ora da existência objetiva de um mediador humano para o desejo (quando o mediador é, por exemplo, um personagem fictício), ora do objeto desejado (quando se trata da mimese do antagonista). Conforme se verá na abordagem do conceito de *kydos*, essa labilidade do desejo torna-o cada vez mais propenso à violência. Por ora, basta dizer que desejo e mimese estão a apenas um passo da inveja que, por seu turno, é o arquétipo da hostilidade declarada.

Na inveja se quer estar no lugar, ou possuir as mesmas coisas, que um outro, mas não se lhe quereria se o outro não ocupasse aquele lugar ou não possuísse àquela coisa. Se as coisas são possuídas por nós, elas têm um valor, mas se são possuídas pelos outros, elas têm desvalor. A guerra é o arquétipo da inveja porque quem recorre à guerra diz fazê-lo sempre por um motivo justo, enquanto imputa a injustiça aos outros. Se as armas são possuídas por um, elas são garantia de segurança, mas se são possuídas pelo outro, são agressividade e injustiça; se um se arma dirá que o faz pela paz, mas se o outro se arma será porque é um belicista que 'combate' contra a paz. E a mesma coisa vale para o desarmamento: o desarmamento começa apenas quando, e se, o outro se desarmar porque enquanto se pensa que o nosso desarmamento é verdadeiro e autêntico, o do outro é falso e estratégico (RESTA, 2005, p. 41).<sup>10</sup>

Desejo e mimese são, portanto, índices da violência, seja ela atual, seja iminente.

---

<sup>10</sup> "Nell'invidia si vuole stare al posto, o avere le stesse cose, di un altro, ma no lo si vorrebbe se l'altro non ci fosse o non avesse quelle cose. Se le cose le possediamo noi sono un valore, se le possiedono gli altri sono un disvalore. La guerra è l'archetipo del modelo dell'invidia perché chi recorre alla guerra dice di farlo sempre per un giusto motivo, mentre imputa ingiustizia agli altri che vi ricorrono. Se le armi le possiede uno sono garanzia di sicurezza, se le possiede l'altro sono aggressività e ingiustizia; se uno corre agli armamenti dirà che lo fa per assicurare la pace, se alle armi ricorre l'altro sarà perché è un guerrafondaio che 'combatte' contro la pace. E la stessa cosa vale per il 'dissarmo': si comincia a dissarmare soltanto quando, e se, l'altro avrà disarmato perché si pensa che mentre il nostro disarmo è vero e autentico, quello degli altri è falso e strategico" (RESTA, 2005, p. 41).

## 2.2 O desejo é ilimitado e contagioso

O desejo pelo objeto é proporcional ao valor que o mediador lhe atribui, é proporcional à distância que separa o objeto do mediador.<sup>11</sup> A intensidade do desejo não se afere, então, pelo valor intrínseco do objeto, mas pelo valor que o mediador dá ao objeto. Todavia, como o desejo não corresponde ao valor intrínseco do objeto, a superveniente posse desse objeto será sempre decepcionante. Com a posse descobre-se de imediato que aquilo que se desejava não tinha o valor que se lhe atribuía. O desejo mimético faz-se, assim, incontido. Ele é um “*típico mecanismo da ambivalência, capaz, portanto, de replicar-se continuamente*” (RESTA, 2007, p. 140)<sup>12</sup>. Uma vez constatado, pela posse, o desvalor do objeto até então desejado, passa-se automaticamente a um outro desejo.

Nesse circuito incontido - em que jamais será possível deixar de desejar, mas apenas substituir um desejo por outro e por outro, e assim sucessivamente – o sujeito

(...) não pode negar o fracasso de seu desejo, mas pode limitar-lhe as consequências ao objeto agora possuído e talvez ao mediador que o designou. A decepção não prova a absurdidade de todos os desejos metafísicos, mas a absurdidade desse desejo particular que acaba de decepcionar. O herói reconhece que ele se enganou. O objeto jamais teve o valor iniciático que ele lhe atribuía. Contudo esse valor, ele vai transferir para outro lugar, para um segundo objeto, para um novo desejo. O herói vai atravessar a existência de desejo em desejo como se atravessa um riacho saltando sobre pedras escorregadias (GIRARD, 2009, p. 115).

O erro nunca estará no desejo em si, mas naquele específico objeto de desejo. Não há, portanto, razões para brechar o circuito do desejo; apenas para substituir o objeto desejado. Dessa forma, o circuito jamais se interrompe. Não desejar é impossível.

Noutro giro, o desejo também é contagioso. A mediação não é unilateral, mas recíproca, de modo tal que o mediador pode chegar ao paroxismo de imitar aquele que o imita<sup>13</sup>:

<sup>11</sup> “O objeto está para o mediador como a relíquia está para o santo. O terço de que último fez uso, a roupa que vestiu, são mais procurados que a medalha meramente tocada ou abençoada por ele. O valor de uma relíquia depende da distância que o separa do santo. O mesmo se dá com o objeto no desejo metafísico (GIRARD, 2009, p. 110).

<sup>12</sup> “*Típico meccanismo dell’ ambivalenza, dunque, capace di replicarsi continuamente*” (RESTA, 2007, p. 140).

<sup>13</sup> “A contaminação é tão generalizada no universo da mediação interna que qualquer indivíduo pode tornar-se o mediador de seu vizinho sem compreender o papel que está desempenhando. Sem sequer desconfiar que é mediador, esse indivíduo é talvez incapaz ele próprio de desejar espontaneamente.

(...) as suas estratégias, as suas motivações, os seus projetos, em uma palavra as suas 'razões' não apenas são equivalentes, mas começam a colocar-se exatamente enquanto 'razões' do outro. A mimese não se detém, mas se autoalimenta (RESTA, 2007, p. 118).<sup>14</sup>

Além da mediação recíproca – na qual os papéis de sujeito e de mediador se confundem e competem entre si -, a fruição do desejo alimenta o efeito de contágio, pois é observando a fruição do desejo que o Outro aprende o que é desejável. Esconder o próprio desejo, mentir sobre o que se deseja seria, então, a única forma de contenção do contágio. Do contrário, a mediação recíproca - de dupla que era -, pode tornar-se tripla, quádrupla; enfim, pode afetar toda a comunidade, que se vê tomada por desejos convergentes<sup>15</sup>.

Tamanho labilidade do desejo - que é mimético mas prescinde de objeto e mediador reais; que é contagioso e não pode ser refreado senão pela mentira -, será o solo fértil de todo tipo de violência, que, em seu ponto culminante, assumirá a forma do *kydos*.

### 2.3 *Kydos*: o desejo de violência

A projeção do sujeito em direção ao objeto desejado é a gênese dos conflitos e da violência. Se todo desejo é mimético, antes de o sujeito desejar o objeto já existe um mediador que deseja esse mesmo objeto. O desejo do mediador oferece, assim, verdadeiro obstáculo à fruição do desejo pelo sujeito (GIRARD, 2009).

Mas, se no início da relação mimética existe sempre um objeto que centraliza os desejos coincidentes do sujeito e do mediador (mimese de apropriação), no desenrolar dessa relação não será incomum que a disputa pelo objeto perca

---

*Ele ficará, desse modo, tentado a copiar a cópia de seu próprio desejo (...). Temos agora um sujeito-mediador e um mediador-sujeito, um modelo-discípulo e um discípulo-modelo. Cada qual imita o outro mas afirma, ao mesmo tempo, a prioridade e anterioridade de seu próprio desejo”* (GIRARD, 2009, p. 126/127).

<sup>14</sup> *“Le sue strategie, le sue motivazioni, i suoi progetti, in una parola le sue ‘ragioni’ non soltanto sono equivalente ma cominciano a porsi proprio in quanto ‘ragioni’ dell’ altro. La mimesi non si arresta ma si auto-alimenta”* (RESTA, 2007, p. 118).

<sup>15</sup> *“Todo desejo pode gerar desejos concorrentes. Se o sujeito desejante cede ao impulso que o arrasta para o objeto, se ele oferece seu desejo em espetáculo para outrem, a cada passo, cria para si obstáculos novos e reforça os já existentes. O segredo do sucesso, nos negócios como no amor, é a dissimulação. É preciso dissimular o desejo que se sente, é preciso dissimular o desejo que não se sente. É preciso mentir* (GIRARD, 2009, p. 135).

importância e os dois rivais passem a desejar o conflito por si mesmo. Nesse estágio, os rivais ficam fascinados um pelo outro, de modo tal que o objeto passa para um segundo plano e o que se busca já é o prestígio, o reconhecimento do adversário (mimese do antagonista) (GIRARD, 2008, 2009).

No estágio seguinte à mimese do antagonista o que se deseja já é a própria violência. Girard informa que os gregos antigos tinham até uma palavra para designar o desejo de violência em si e para si: *kydos* - a fascinação exercida pela violência:

(...) os que detêm o *kydos* vêem sua força multiplicar-se; os que dele são privados têm os braços presos ou paralisados. Aquele que acaba de desfechar seu golpe sempre possui o *kydos*: o vencedor do momento, que faz que os outros acreditem, e que imagina também que sua violência triunfou definitivamente. Os adversários do triunfador devem dispendir um esforço extraordinário para escapar do encantamento e recuperar o *kydos*. Quando a rivalidade torna-se tão aguda que destrói ou dispersa todos seus objetos concretos, toma a si própria como objeto, e este objeto é o *kydos* (GIRARD, 1990, p. 191).

Ao comentar esse puro desejo de violência (*kydos*) descrito por Girard, Eligio Resta destaca a indiferenciação que toma conta dos rivais, absolutamente igualados pela sede de sangue e destruição:

(...) em uma situação de 'imparcialidade' e de equivalência da violência, portanto em um estado de guerra pelo menos latente que anula toda diferença entre agressão e defesa, entre ofensa e resistência (GIRARD, 1980, p. 192), o desejo investido em uma crise de diferenças não possui outro objeto senão a própria violência (RESTA, 2007, p. 118)<sup>16</sup>

O *Kydos* é uma espécie de força transcendental possuída por quem possui a violência, e nada mais. Não é então de se surpreender que Girard afirme que “*enquanto houver kydos, ou seja, o objeto de disputa supremo e inexistente que os homens roubam sem cessar uns dos outros, não existe transcendência efetiva para restabelecer a paz entre os homens*” (GIRARD, 1990, p.192).

Sobreleva destacar que, uma vez disseminado o *kydos*, a violência já não será um meio, mas o próprio objeto do desejo. Inicia-se, assim, um processo de indiferenciação em que os atos hostis de um serão simetricamente imitados pelo outro. Neste ponto, quanto mais os rivais tentam ressaltar violentamente as diferenças entre

<sup>16</sup> “*In una situazione di ‘imparzialità’ e di equivalenza della violenza, dunque in uno stato di guerra anche soltanto latente che annulla ogni distinzione tra aggressione e difesa, tra offesa e resistenza (GIRARD, 1980, p. 192), il desiderio investito da una crise delle differenze non há più altro oggetto che la violenza stessa*” (RESTA, 2007, p. 118).

si, mais se igualam em uma violência que Girard chama ora de mimética, ora de recíproca, ou, ainda, intestina – desencadeando uma situação de crise que tudo envolve e a todos domina.

Será esse contexto de violência disseminada e mimeticamente propagada que propiciará as condições para o surgimento do Direito. No “*tempo dos princípios*” (BALANDIER, 1969), a violência era uma técnica livremente à disposição, e, portanto, carente de qualquer legitimação. Era pela violência que se caçava e que se subtraía a caça de um rival; era pela violência que se obtinham as mulheres que se desejava; era pela violência que se solucionavam os conflitos; enfim, era pela violência que se vivia e morria, até o momento em que uma violência distinta – criadora do sagrado -, foi capaz de se sobrepor às demais violências e instituir a ordem social.

## 2.4 Antes da ordem social

Girard postula com a sua “*antropologia fundamental*” que o antropoide, antes da hominização<sup>17</sup>, vivia em uma situação originária muito semelhante ao estado de natureza descrito por Hobbes, ainda que o autor não adote a terminologia hobbesiana. Assim, nessa situação originária prevalecia um estado de guerra de todos contra todos; um estado em que a violência era a medida de todas as coisas e a única proteção com a qual se podia contar; enfim, um estado no qual o *kydos* se impunha aos antropoides enquanto objeto precípuo dos seus desejos (GIRARD, 1990, 2008).

A situação do antropoide era bem distinta da situação dos outros animais porque entre os últimos, salvo raríssimas exceções, a violência não se prolonga até o assassinato. O animal vencedor deixa o vencido da mesma espécie viver com sua derrota, e assim a vida continua. Não se trata, porém, de benevolência animal. Não prosseguir com a violência até as últimas consequências faz parte do instinto de preservação da própria vida. As únicas armas com que o animal pode contar são prolongamentos de seu próprio corpo: suas garras, seus chifres e suas presas. Portanto, não vale a pena gastar essas valiosas e infungíveis armas com um rival já vencido (GIRARD, 2008).

---

<sup>17</sup> Hominização é, segundo Girard, o processo de tornar-se homem. Esse processo não consiste no fato genético que fez surgir na Terra o *homo sapiens sapiens*, mas na saída do antropoide da natureza, com o seu conseqüente ingresso na cultura, cujos primeiros traços são dados pela religiosidade que cria os mitos, os ritos e os tabus (GIRARD, 2008).

Ao contrário dos animais – exceção feita a poucas espécies de primatas -, o antropoide era capaz de utilizar ferramentas e até mesmo de fabricá-las. A conjunção de um cérebro desenvolvido com polegares opositores lhe permitia fazer armadilhas, lanças, afiar pedras, transformando-as em facas e punhais; enfim, um vasto arsenal estava à disposição do engenho antropoide. Dessa forma, o antropoide podia se dar ao luxo de gastar suas armas. Para o antropoide, gastar uma arma não equivalia a gastar o próprio corpo, razão pela qual a autocontenção antes do assassinato não era um imperativo imposto pelos fatos (Girard, 2008).

Uma vez adquirida essa capacidade de matar sem prejudicar-se a si mesmo, o antropoide se lançou na violência recíproca da situação originária descrita por Girard. Paradoxalmente, em cada grupamento de antropoides foi um assassinato que os levou à paz; um assassinato que retirou o antropoide da natureza para situá-lo, agora já convertido em homem, na cultura.

## **2.5 O assassinato fundador**

No paroxismo da violência que caracterizou a situação originária, a unanimidade se estabeleceu entre os antropoides que até então eram rivais. Incapazes de compreender que se havia uma causa para a espiral de violência que os aniquilava, essa causa era a manufatura e utilização cada vez mais intensas das armas que os libertaram dos limites dos próprios corpos, eles atribuíram, unanimemente, toda a responsabilidade pela crise a um único indivíduo, a que Girard se refere como bode expiatório (GIRARD, 1990, 2008).

Em relação ao primeiro linchamento, ao assassinato fundador que converteu os antropoides em homens, Girard sustenta veementemente que esse é “*o único mecanismo capaz justamente de estruturar para todos seus herdeiros culturais um mundo comum e uma ‘transcendência’ que supostamente requer sua obediência*” (GIRARD, 2008, p.53).

A positividade deste assassinato, a sua efetiva ocorrência em cada um dos agrupamentos humanos que foram capazes de desenvolver formas culturais de sociabilidade, é uma necessidade lógica e empírica. Só ele explica a extraordinária recorrência dos linchamentos nos mitos e na tragédia grega; só ele desvela satisfatoriamente o aspecto sacrificial sempre presente nos ritos; só ele permite a compreensão da funcionalidade social dos interditos (tabus); e, por fim, só ele é capaz

de permitir uma interpretação antropológica consistente dos Evangelhos (GIRARD, 2008). Assim, os rastros da vida pré-histórica que chegaram aos dias de hoje indicam a consistência teórica da hipótese do linchamento. Quando o olhar se volta para os eventos milenares - para as “*coisas ocultas desde a fundação do mundo*” -, torna-se muito difícil refutar a hipótese de que um assassinato coletivo foi o efetivo fator de coligação social.

## 2.6 Depois do linchamento

Sacrifício provem da junção dos termos latinos *sacer* (sagrado) e *facere* (fazer). Recorrendo à etimologia, Girard explica que o sacrifício cria o sagrado. A pedra fundamental de toda religião primitiva é esse ato de criação de uma vítima que só é sagrada porque incompreendida (GIRARD, 2008).

No ápice da violência que, na situação originária, converteu todos os antropóides em antagonistas uns dos outros, a animosidade recíproca deu lugar a um consenso em torno do bode expiatório, que a partir desse momento foi considerado a causa de todos os males padecidos pela comunidade. Esse bode expiatório foi, então, linchado (GIRARD, 2008).

Com o linchamento, à violência incontida sucedeu uma paz incompreendida. Por essa razão, o bode expiatório foi imediatamente considerado um ser sagrado, detentor de poderes sobre-humanos. Vivo, disseminou a morte; morto, trouxe de volta a vida:

(...) o retorno à calma parece confirmar a responsabilidade dessa vítima nos distúrbios miméticos que agitaram a comunidade. A comunidade percebe-se como passiva diante de sua própria vítima, que aparece, ao contrário, como o único agente responsável pelos acontecimentos. Basta compreender que a inversão da relação real entre a vítima e a comunidade perpetua-se na resolução da crise, para compreender que essa vítima é considerada sagrada. Ela é vista como tão responsável pelo retorno da calma quanto pelas desordens que a precedem. Ela é vista como a manipuladora mesma de sua própria morte (GIRARD, 2008, p. 49).

Na origem das religiões primitivas está, portanto, esse primeiro linchamento. Todas essas religiões são um processo de rememoração contínua do assassinato fundador que deu origem ao sagrado. Seus mitos, ritos e tabus é que permitiam - cada um à sua maneira -, essa rememoração, que em todo caso era extremamente funcional à ordem social estabelecida em torno do primeiro sacrifício.

### 2.6.1 Os tabus

Os tabus – antecedentes primitivos das leis -, eram nada mais que a proibição de comportamentos que poderiam suscitar, no interior da comunidade, a rivalidade mimética que, além de certo patamar, lançaria os homens na violência recíproca da crise sacrificial. Os tabus exerciam, portanto, a mesma função social dos sacrifícios: ludibriar a violência<sup>18</sup>.

A própria lógica por trás das interdições explica, assim, a razão de ser dos mais variados tabus.

A título exemplificativo, considerem-se as interdições sexuais. O que se proibia, sempre, eram as relações sexuais com as mulheres mais próximas – geralmente, mas nem sempre, mães, filhas e irmãs. Uma tal proibição, se observada, resguardava o grupo de eventuais conflitos entre os homens mais próximos dessas mulheres, quase todos desejosos de possuí-las sexualmente (GIRARD, 1990, 2008).

Na mesma toada, a sagração de alimentos escassos a uma divindade tinha o efeito imediato de reduzir a competição alimentar no interior do grupo. Convencidos da necessidade de consumir alguns alimentos apenas em determinadas circunstâncias e de forma ritual, os membros do grupo abdicavam de lutar por tais alimentos.

Em suma, os tabus, se e quando observados, preveniam a recaída do grupamento humano em nova crise sacrificial.

### 2.6.2 O mito

O mito é a narrativa fantasiosa do assassinato coletivo fundador do sagrado desde a perspectiva dos linchadores. O aspecto fantástico do mito decorre da compreensão da violência como sagrada; fora, portanto, do humano<sup>19</sup>. Eligio Resta

---

<sup>18</sup> “Se os objetos interditos são sempre os mais próximos e os mais acessíveis, é porque eles são os mais suscetíveis de provocar rivalidades miméticas entre os membros do grupo. Os objetos sacralizados, alimentos totêmicos, divindades fêmeas, são certamente aqueles que já causaram no passado rivalidades miméticas reais e que guardaram a marca do sagrado. É bem por isso que eles são alvo do mais estrito interdito” (GIRARD, 2008, p.100).

<sup>19</sup> “Apenas a perspectiva dos linchadores, e de seus herdeiros no decorrer das épocas, a comunidade religiosa, pode explicar a certeza inabalável de que a vítima é realmente onipotente para o mal e de que ela deve ser destruída, ou, em outros termos, de que o linchamento tem boas razões. Apenas a perspectiva dos linchadores reconciliados pela própria unanimidade dessa transferência, mas



teoriza que esse deslizar da violência – da realidade concreta para o campo religioso -, acontece porque *“a comunidade não suporta mais a propagação da violência destrutiva, mas não pode ao mesmo tempo reconhecer a si mesma como portadora da violência”* (RESTA, 2007, p. 12)<sup>20</sup>. Recorrendo ao mito os homens transferem à uma transcendência divina a violência que eles são incapazes de admitir como própria. Segundo Resta, essa religiosidade mítica que transporta a violência para além do humano oferece *“a sacralidade da violência como resposta da sociedade ao seu problema específico da violência destrutiva”* (RESTA, 2007, p. 12).<sup>21</sup>

Como os homens acreditavam que não tinham o controle da violência, que se alastrava ou se continha conforme os desígnios exclusivos do bode expiatório – que, tornado sagrado pelo sacrifício, converteu-se em divindade -, o mito substituiu os personagens antropóides da situação originária e de sua solução sacrificial por deuses. A partir de então, esses deuses é que regularão a vida entre os homens (GIRARD, 1990; GIRARD, 2008)<sup>22</sup>.

Ao lançar mão desse artifício fantástico de deslocar a violência dos homens para os deuses, o mito perpetua a ignorância a respeito do mecanismo sacrificial, mantendo assim a sua eficácia. O mito sempre esteve ali, conservando entre os homens a memória do primeiro linchamento e de como ele interrompeu a violência, ao mesmo tempo em que lhes ocultava a verdade da violência - isto é, sua origem humana. Nas palavras do próprio Girard, o mito

(...) constitui um dos procedimentos maiores, talvez o procedimento único graças ao qual os homens conseguem expulsar a verdade da sua violência, o saber sobre a violência passada, que envenenaria o presente e o futuro se

---

*incapazes de compreender o mecanismo mimético dessa reconciliação, pode explicar que a vítima, ao termo da operação, não seja realmente execrada, mas divinizada: pois é ela, e não os linchadores, que será considerada responsável pela reconciliação. É a divinização que revela a eficácia do linchamento, pois ela só pode estar fundada numa incapacidade total de identificar a transferência de que a vítima é alvo, e é graças a essa transferência, é claro, que a comunidade foi reconciliada; é exatamente por isso que o retorno à paz e à ordem é atribuído à vítima”* (GIRARD, 2008, p.141).

<sup>20</sup> *“E ciò avviene quando la comunità non sopporta per sé la propagazione della violenza distruttiva, ma non può nello stesso tempo riconoscersi essa stessa come portatrice di violenza”* (RESTA, 2007, p. 12).

<sup>21</sup> *“Quello che a noi interessa è il modo in cui attraverso questa ricostruzione venga emergendo la sacralità della violenza come risposta della società al suo problema specifico della violenza distruttiva”* (RESTA, 2007, p. 12).

<sup>22</sup> *“A violência fundadora constitui realmente a origem de tudo o que os homens possuem de mais precioso e que preservam com o maior cuidado. É exatamente isso o que afirmam, sob uma forma velada, transfigurada, todos os mitos de origem que se referem ao assassinato de uma criatura mítica por outras criaturas míticas. Este acontecimento é percebido como fundador da ordem cultural. Da divindade morta provêm não somente os ritos, mas as regras matrimoniais, as proibições, todas as formas culturais que conferem aos homens sua humanidade”* (GIRARD, 1990, p.122).

eles não conseguissem se livrar dela, rejeitando-a completamente para um 'culpado' único (1990, p.108/109),

Girard identifica, assim, um “*verdadeiro recalcado no mito*” (GIRARD, 1990, p. 110) que acaba ocultando os traços humanos da violência:

(...) para Girard (1980, 1983, 1987) as diversas definições da violência fundante, assim como as discussões em torno das diversas maneiras de detectar e compreender a violência, seriam efeito de um desconhecimento de seu caráter fundamental; desconhecimento está a indicar não uma consciência falsa e parcial, mas sobretudo uma consciência, uma observação que se subtrai a si mesma, de certa forma escondida e impossível. O desconhecimento é aquele operado pela sociedade nos confrontos com a sua violência; um verdadeiro e próprio auto-engano (RESTA, 2007, p. 11).<sup>23</sup>

No mito, tanto a violência recíproca anterior ao linchamento quanto a violência fundadora unanimemente exercida contra o bode expiatório foram expulsas da humanidade, dando origem a uma transcendência sagrada que permitiu, em cada grupamento humano, a consolidação da ordem social emergente. A ordem social não seria possível sem a crença nessa transcendência sagrada da violência que a funda. O mito inculcou e garantiu essa crença. Porém, o preço que o mito cobrou para garantir a ordem social foi excessivo: nada mais nada menos que o desconhecimento do mecanismo sacrificial.

### **2.6.3 O rito**

Nada mais natural que a comunidade buscasse sempre evitar uma recaída na violência incontida da situação originária. Nesse desiderato é que seus membros, de tempos em tempos, reconstituíam preventivamente, com a maior fidedignidade de que eram capazes, o assassinato coletivo que outrora lhes trouxera a paz. Essa encenação do primeiro linchamento, tão perfeita quanto possível, é o rito (GIRARD, 1990, 2008)<sup>24</sup>.

<sup>23</sup> “Per Girard (1980, 1983, 1987) già le diverse definizioni della violenza fondatrici, oltre che le discussioni intorno alle diverse maniere di rilevare e ‘comprendere’ la violenza, sarebbero effetto di un misconoscimento del suo carattere fondamentale; misconoscimento sta ad indicare non una conoscenza falsa e parziale, ma piuttosto una conoscenza, un’ osservazione che si sottrae a se stessa, per certi versi nascosta e impossibile. Il misconoscimento è quello operato dalla società nei confronti della sua violenza; un vero e proprio auto-ingano” (RESTA, 2007, p. 11).

<sup>24</sup> “O rito é a repetição de um primeiro linchamento espontâneo que trouxe a ordem de volta na comunidade, por ter feito, contra a vítima expiatória e em torno dela, a unidade perdida da violência recíproca” (GIRARD, 1990, p.124).

É por isso que, na esteira de Girard, Antoine Garapon afirma que o rito se presta a supurar a violência. O rito é violento para que o homem não o seja:

(...) esta violência contida no ritual, cujas imagens penetram com dificuldade na nossa consciência, cumpre talvez um papel compensatório. Essas vinganças terríveis, bocas de leões e lanças cortantes não só nos inspiram respeito como ainda nos liberam da nossa agressividade, restituindo-a sob uma forma ritualizada e eufêmica. Essas representações cruéis permitem que nós próprios não o sejamos, neutralizam a nossa violência oferecendo-nos o espectáculo aterrador, mas libertador, da crueldade. O rito realiza, com os menores custos para todos, o impulso do qual nos deve proteger. Essas imagens são testemunho do parentesco entre o processo e o sacrifício, posteriormente desenvolvido por René Girard; significam a presença oculta das Erínias que vinham vingar os mortos consanguíneos; vigiam de muito perto e recordam a lei antiga que está na base do pacto da nossa justiça (GARAPON, 1997, p.200).

Inscientes da impotência do bode expiatório, os homens a ele tudo atribuíam; tanto suas graças quanto seus tormentos. Até mesmo a condução do linchamento fundador escapava aos homens, que não faziam mais do que agir conforme os desígnios do primeiro bode expiatório linchado, agora já sacralizada<sup>25</sup>. Não lhes cabia, portanto, alterar, no rito, os atos efetivamente praticados na imolação original, eis que coordenados pela divindade assassinada<sup>26</sup>.

Em razão da necessidade de se refazer tudo exatamente como fora feito na primeira vez, nos ritos das comunidades que ainda estavam cronologicamente muito perto do assassinato fundador a violência recíproca que antecedia o assassinato era substituída por simulações de lutas nas quais toda a comunidade tomava parte. Em seguida a essas lutas rituais, a atenção unânime da comunidade voltava-se para a vítima do sacrifício humano a ser realizado, que seria então o objeto de todo tipo de sevícias, tais como xingamentos, violência física, arremesso de excrementos, etc. Por fim, o rito chegava ao seu termo com o assassinato da vítima sacrificial, mera representação do bode expiatório sacralizado (GIRARD, 1990, 2008).

Todavia, não era incomum que a distância temporal em relação ao linchamento fundador acabasse por cancelar os sinais mais claros da violência ritual. Assim, as lutas podiam ser substituídas por danças, os maus-tratos podiam se limitar a ofensas

---

<sup>25</sup> *“Em suma, é pela recentíssima experiência da crise e de sua resolução que a comunidade se guia, acreditando-se sempre guiada pela própria vítima, para consolidar o frágil alívio que está desfrutando”* (GIRARD, 2008, p. 50).

<sup>26</sup> *“Os homens não compreendem o mecanismo de sua reconciliação; o segredo de sua eficácia escapa-lhes; é por isso que eles tentam reproduzir tudo com toda exatidão possível”* (GIRARD, 2008, p.50)

verbais e uma vítima animal podia ocupar o lugar da vítima humana (GIRARD, 1990, 2008)<sup>27</sup>.

Essa progressiva “humanização” do rito de maneira alguma altera o fato de que, na essência, tratava-se sempre de imitar o primeiro assassinato coletivo, aquele assassinato cuja unanimidade fez cessar a violência e instaurou a ordem. <sup>28</sup>

### 2.6.3.1 O sacrifício-phámakon

Como visto, o homem primitivo não compreendia a violência, e essa incompreensão era sempre reforçada pelo mito. Mas ele também não compreendia a doença, e exatamente em decorrência desse desconhecimento é que ele dava a ambas um tratamento assemelhado. Girard explica que as primeiras tribos evitavam o contágio pela violência de maneira muito parecida com a evitação do contágio pela doença (GIRARD, 1990).

Diante de uma epidemia de varíola, por exemplo, a tribo isolava os doentes, que a partir de então ficavam sob os cuidados de um de seus membros, que, por ter sobrevivido a um surto anterior da doença, adquirira a imunidade. Os doentes deveriam então ficar isolados das pessoas saudáveis e sob a guarda do membro imune da comunidade - pois seus corpos estavam contaminados, eram impuros, e apenas o expurgo dessas impurezas, a cargo do membro imune, poderia evitar o contágio (GIRARD, 1990).

Mas as semelhanças entre a doença e a violência eram demasiadas para que a tribo não tomasse precauções semelhantes em relação a ambas. De fato, tanto a doença quanto a violência inabilitavam o corpo, faziam jorrar o sangue, e, no limite,

---

<sup>27</sup> “Não há solução de continuidade entre a brutalidade e a desordem indescritível num extremo do panorama ritual, e a mais serena arte no outro extremo. Encontraremos facilmente todas as formas intermediárias necessárias para passar sem solução de continuidade de um extremo a outro, e o futuro cada vez menos violento dos ritos deve constituir uma evolução normal, pelo fato de que os ritos consistem paradoxalmente em transformar em ato de colaboração social a desagregação conflitante da comunidade (...) Reproduzindo sempre o modelo mimético num espírito de harmonização social, a ação deve pouco a pouco esvaziar-se de qualquer violência real, deixando subsistir apenas uma forma pura” (GIRARD, 2008, p.42).

<sup>28</sup> “Repetir a experiência de fundação; é essa a função do ritual, repeti-la indefinidamente sempre que as Eríneas emitam os seus resmungos infames, isto é, sempre que a multidão esteja inflamada, o ódio racial acicatado e a paixão sacrificial despoletada”. (GARAPON, 1997, p.202)

levavam à morte. De conseguinte, isolarem-se da violência, assim como se isolavam da doença, era a solução (GIRARD, 1990).

A lógica subjacente a esse distanciamento em relação à violência fica ainda mais nítida quando se considera que, consoante a ordem de ideias reinante, o sangue derramado pela violência era impuro e trazia consigo os germens de mais violência, exatamente como os miasmas do corpo doente. Para neutralizar a ameaça representada pela impureza do sangue derramado pela violência, fazia-se então necessário derramar o sangue, agora puro, da vítima sacrificial (GIRARD, 1990).

A função do ritual é 'purificar' a violência, ou seja, 'enganá-la,' dissipá-la sobre vítimas que não possam ser vingadas (...) Já falamos do sangue derramado por inadvertência ou astúcia: este é o sangue que seca sobre a vítima, perdendo rapidamente sua limpidez, tornando-se pálido e sujo, formando crostas que se destacam em placas; o sangue que envelhece sobre a vítima não é senão o sangue impuro da violência, da doença e da morte. A este sangue mal que apodrece imediatamente, opõe-se o sangue fresco das vítimas recém-imoladas, sempre fluido e rubro, pois o rito só o utiliza no instante mesmo em que é derramado, sendo rapidamente removido (GIRARD, 1990, p. 52).

Compreende-se, então, que o sangue é um exemplo perfeito de *phármakon*: simultaneamente ameaça e defesa, veneno e remédio, doença e cura, violência e paz (GIRARD, 1990).

O sangue pode literalmente evidenciar o fato de que uma única substância é ao mesmo tempo aquilo que suja e que limpa, o que torna impuro e o que purifica, o que leva os homens ao furor, à demência e à morte e também aquilo que os apazigua e que os faz viver (GIRARD, 1990, p. 52).

O *phármakon* é fenômeno ambivalente (RESTA, 2007), que “*pode se comportar como antídoto ou veneno, a depender da sua dose*” (SILVÉRIO JÚNIOR, 2014, edição digital). Em reforço à ideia de que em algumas culturas a morte de um indivíduo pode significar a salvação da comunidade - e, portanto, atuar como *phármakon* -, Elígio Resta apresenta o exemplo da condenação à morte de Sócrates:

(...) antes de tudo a ambivalência de veneno e antídoto. Sócrates bebe o veneno que lhe leva à morte, mas, por outro lado, sabe-se que Ânito e Meleto podem mata-lo mas não podem fazer-lhe mal. O *pharmakon* que aparece reduzido em um dos seus polos, o mal, a morte, o veneno, subitamente recupera a sua ambivalência, o bem, em um duplo nível. De uma parte a morte do corpo é a condição para a salvação de sua alma: o veneno para o corpo é no mesmo instante o antídoto, o remédio para a alma. Da outra parte a morte, o mal de Sócrates, estão no mesmo momento a indicar o bem da cidade; a justiça da cidade é a injustiça praticada contra Sócrates, revelada

através de sua própria prática. Simetricamente, a justiça para Sócrates coincide com a injustiça da cidade. Sócrates não escapa às leis da cidade e, por isso, foge delas (RESTA, 2007, p. 31).<sup>29</sup>

Para que o novo derramamento de sangue de fato atuasse como *phármakon* com aptidão para restaurar ou prevenir a paz, era imprescindível que a vítima do sacrifício não fosse a pessoa responsável pela agressão original.

Sob um plano pragmático, devia ser assim porque o sangue do agressor também era impuro, ele também trazia consigo e tinha o condão de fazer alastrar os miasmas da violência. Derramar mais sangue impuro – isto é, do próprio agressor -, só incrementaria os riscos de deflagração de uma crise de violência intestinal<sup>30</sup>.

Noutro giro, sob o plano da função social efetivamente exercida pelo sacrifício ritual – contornar, ludibriar, enganar a violência, ainda que com mais violência, só que agora purificadora -, a vítima sacrificial também deveria ser distinta do autor da agressão, porque derramar o sangue do agressor equivaleria à perpetuação da violência vindicativa – exatamente como faria a família ou o grupo do agredido – jamais ao seu despiste<sup>31</sup>.

Outrossim, o sacrifício ritual, por mais despropositado que pareça às mentalidades contemporâneas, visava interromper ciclos de violência e vingança

---

<sup>29</sup> “*Innanzitutto l’ ambivalenza di veleno e antidoto. Socrate beve il veleno che gli dà la morte, ma, d’ altro canto, si sa che Anito e Meleto possono ucciderlo ma non possono fargli del male. Il pharmakon che appare ridotto ad un suo polo, il male, la morte, il veleno, recupera subito la sua ambivalenza, il bene, ad un doppio livello. Da una parte la morte del corpo è la condizione della salvezza della sua anima: il veleno per il corpo è nello stesso istante l’ antidoto, il rimedio per l’ anima. Dall’ altra la morte, il male si Socrate stanno nello stesso momento a indicare il bene della città; la giustizia della città è l’ ingiustizia perpetrata nei confronti di Socrate, rivelata attraverso la sua stessa pratica. Simmetricamente, la giustizia per Socrate coincide con l’ ingiustizia della città. Socrate non sfugge alle leggi della città e per questo ne fugge*” (RESTA, 2007, p. 31).

<sup>30</sup> “*Dois homens travam uma luta corporal: talvez o sangue corra. Esses homens já são impuros. Sua impureza é contagiosa e quem permanecer ao seu lado corre o risco de envolver-se na disputa. Só há um meio seguro de evitar essa impureza, ou seja, o contato com a violência, o contágio desta violência: afastar-se. Nenhuma ideia de dever ou de interdição moral está presente aqui. A contaminação é um perigo terrível, ao qual, na verdade, somente aqueles seres já impregnados de impureza, já contaminados, ousam se expor.*

*Se todo contato com um ser impuro torna-se impuro, o mesmo ocorre, a fortiori, com qualquer contato violento, hostil. Caso haja absoluta necessidade de se recorrer à violência, que ao menos a vítima seja pura, que ela não tenha mergulhado na disputa maléfica. É isto que dizem os chukchi*” (GIRARD, 1990, p. 42).

<sup>31</sup> “*Fazer do culpado uma vítima, significaria cumprir o próprio ato reclamado pela vingança, obedecendo estritamente às exigências do espírito violento. Imolando-se não o culpado mas um de seus próximos, rompe-se com uma reciprocidade perfeita, indesejável por corresponder demais ao espírito da vingança. Se a contra-violência escolhesse o próprio violento, estaria participando de sua violência não mais se distinguindo dela. Já se constituiria numa vingança prestes a perder qualquer controle, lançando-se assim naquilo mesmo que desejaria evitar*” (GIRARD, 1990, p. 40).

miméticas<sup>32</sup>. O desejo de vingança, de responder à violência com mais violência, habita o homem<sup>33</sup>; a função social do sacrifício era ludibriar esse desejo:

(...) a vítima não substitui tal ou tal indivíduo particularmente ameaçado e não é oferecida a tal ou tal indivíduo particularmente sanguinário. Ela simultaneamente substitui e é oferecida a todos os membros da sociedade, por todos os membros da sociedade. É a comunidade inteira que o sacrifício protege de sua própria violência, é a comunidade inteira que se encontra assim direcionada para vítimas exteriores. O sacrifício polariza sobre a vítima os germens de desavença espalhados por toda parte, dissipando-os ao propor-lhes uma saciação parcial (GIRARD, 1990, p. 19)

Para Elígio Resta, o sacrifício-*phármakon* só pode ser plenamente compreendido em sua “*dimensão teológica*”, na qual “*aquela violência que dissipava e se difundia através da mimese é a mesma que recompõe e reunifica, desde que representada como governada por um deus*” (RESTA, 2007, p. 13)<sup>34</sup>. Resta sustenta que a unanimidade social em relação à necessidade de imolação e os poderes sobrenaturais da vítima confirmam a função de deslocamento da violência assegurada pelo sacrifício, protegendo toda a comunidade de uma violência que todos recusam admitir que é humana (RESTA, 2007).

É precisamente pelo bem comum que alguém é sacrificado. Sobre esta estrutura se enxerta aquilo que Girard chama de teologia do sacrifício, que se instaura sobre uma específica economia da violência. Essa última tem a ver com uma específica dimensão do unanismo: a vítima, diz Girard, não é substituída por esse ou por aquele outro indivíduo, não é oferecida a ninguém em particular, mas é ao mesmo tempo substituída e oferecida a todos os membros da sociedade por todos os membros de sociedade (RESTA, 2007, p. 177).<sup>35</sup>

---

<sup>32</sup> “Um pouco de violência real persiste no rito; sem dúvida, é necessário que o sacrifício fascine um pouco para que sua eficácia seja conservada, mas ele orienta-se essencialmente para a ordem e a paz. Mesmo os ritos mais violentos visam realmente expulsar a violência. Engana-se radicalmente quem neles vê o que há de mais mórbido e patológico no homem (GIRARD, 1990, p. 133)”.

<sup>33</sup> “A violência humana é sempre considerada como exterior ao homem; assim, ela se funde e se confunde no sagrado, com as forças externas que pesam realmente sobre o homem: a morte, as doenças, os fenômenos naturais... Os homens não conseguem enfrentar a nudez insensata de sua própria violência sem correr o risco de se entregarem a esta violência; eles sempre a ignoram, ao menos parcialmente, e talvez a possibilidade de existência das sociedades humanas dependa desse desconhecimento (GIRARD, 1990, p. 108)”.

<sup>34</sup> “L’unità si può rappresentare soltanto in una dimensione teologica, e, peraltro, quella violenza che dissipava e si diffondeva attraverso la mimesi è la stessa ricompone e riunifica, ma solo a patto che sai rappresentata come governata da un dio” (RESTA, 2007, p. 13).

<sup>35</sup> “È appunto per il bene comune che qualcuno viene sacrificato. Su questa struttura si innesta quella che Girard chiama la teologia del sacrificio che si instaura su una specifica economia della violenza. Essa ha a che fare con una specifica dimensione dell’ unanismo: la vittima, dice Girard, non è sostituita a questo o a quell’ altro individuo, non è offerta a qualcuno in particolare, ma è al tempo stesso sostituita e offerta a tutti i membri della società da tutti i membri della società” (RESTA, 2007, p. 177).

Para arrematar, Girard explica que, sendo o agressor uma pessoa respeitada em seu grupo, a substituição sacrificial deveria se impor como condição de possibilidade dos efeitos de pacificação social do sacrifício. O sacrifício ritual não seria capaz de conter a violência senão por essa substituição sacrificial; pela oferta à imolação de alguém que - diriam os penalistas - não tem culpa, não foi o autor do crime. Isso porque o sacrifício de alguém que detivesse um relevante papel social – ainda que fosse ele o autor de um ato violento -, despertaria nos outros o desejo de vingança, razão pela qual essa pessoa era substituída por uma outra que ninguém desejasse vingar (GIRARD, 1990).

A fim de ilustrar a importância da substituição sacrificial para o sucesso preventivo do sacrifício ritual, Girard revela que os gregos mantinham *pharmakós*<sup>36</sup> em “estoque”; ou seja, selecionavam com antecipação, dentre os extratos sociais mais baixos, as vítimas dos sacrifícios vindouros:

(...) providente, a cidade de Atenas mantinha à sua custa um certo número de infelizes para os sacrifícios deste tipo. Em caso de necessidade, ou seja, quando uma calamidade acontecia ou ameaçava acontecer na cidade – epidemia, carestia, invasão estrangeira, desavenças internas – havia sempre um *pharmakós* à disposição da coletividade (GIRARD, 1990, p. 123)

Eis o paradoxo pacificador do sacrifício ritual: ele saciava o desejo de vingança e punha termo à escalada vindicativa, desde que um inocente fosse sacrificado. Nesses termos, todos os seres sacrificáveis

(...) distinguem-se dos não sacrificáveis por uma qualidade essencial, e isso sem exceção, em qualquer sociedade sacrificial. Entre a comunidade e as vítimas rituais um certo tipo de relação social encontra-se ausente: aquela que faz que seja possível recorrer à violência contra um indivíduo sem se expor a represálias de outros indivíduos, seus próximos, que considerariam seu dever vinga-los (GIRARD, 1990, p. 25).

O sangue derramado no sacrifício era, simultaneamente, remédio e veneno, bem e mal, cura e doença. O sacrifício era a boa violência que, aplicada na medida certa, impedia a má violência de se alastrar. Nesses termos, o rito sacrificial basicamente se confundia com o *phármakon* grego a que se refere Derrida, um ser de propriedades opostas “*que, dando-se como remédio, pode (se) corromper em*

---

<sup>36</sup> *Pharmakós* é a palavra que em grego designa a vítima sacrificial.



*veneno, ou que se dando como veneno pode se verificar remédio, pode aparecer depois de ministrado em sua verdade de remédio* (DERRIDA 2005, p.89)".

O *phármakon* é uma reserva simultânea do bem e do mal, e como tal, ele não tem “*profundida fundamental nem última localidade*”, ele promete-se “*ao infinito e se escapa sempre por portas secretas, brilhantes como espelho e abertas sobre um labirinto*” (DERRIDA, 2005, p. 91). Diante da ambivalência do *phármakon*, Derrida irá advertir que

(...) não se pode na farmácia distinguir o remédio do veneno, o bem do mal, o verdadeiro do falso, o dentro do fora, o vital do mortal, o primeiro do segundo etc. Pensando nessa reversibilidade original, o *phármakon* é o mesmo precisamente porque não tem identidade (DERRIDA, 2005, p.146).

Desde essa perspectiva, o sacrifício enquanto *phármakon* era um estoque de efeitos possíveis, a depender dos usos que se fizessem dele e das doses ministradas. Ele podia restaurar a vida em sua plenitude tanto quanto precipitar a morte; podia curar a comunidade e fazê-la adoecer; enfim, podia pacificar e fazer guerrear. Como “*o phármakon não pode ser simplesmente benéfico*” (DERRIDA, 2005, p.54), e inobstante a importante função social do sacrifício – pôr termo ao desejo de vingança que, não fossem pelos efeitos pacificadores do sacrifício, teria o condão de se alastrar de maneira incontida -, por vezes as coisas não saíam como o esperado, e a substituição sacrificial dava lugar à crise sacrificial.

### 2.6.3.2 A crise sacrificial

A substituição sacrificial repousava em uma diferença: a diferença entre a vítima do sacrifício e os indivíduos a serem preservados do ciclo de violência mimética. A vítima do sacrifício era diferente dos demais e esta diferença consistia na sua insignificância social; ela era tão irrelevante que a sua imolação jamais despertaria o desejo de vingança.

Era, portanto, a diferença entre os homens que viabilizava a ordem social; a ordem social estava assentada justamente nessa diferença. Se porventura ocorresse

a indiferenciação entre os homens, então todos se converteriam em vítimas uns dos outros. Se todos eram iguais, todos eram igualmente sacrificáveis<sup>37</sup>.

Girard enfatiza tanto a diferença entre os homens como o fator primitivo de estabilização da ordem social que chega a definir a crise sacrificial como uma crise das diferenças<sup>38</sup>. Como as diferenças estavam apagadas na crise sacrificial, todo princípio de autoridade também sucumbia. Nem o religioso conseguia mais impor suas regras. Iniciava-se, assim, uma reação em cadeia, uma situação de violência incontida que apenas se parecia com o sacrifício ritual. Na crise sacrificial (crise das diferenças) ocorriam diversos simulacros de sacrifícios rituais, uma “*inversão maléfica de uma violência em princípio benéfica*” (GIRARD, 1990, p. 58).

Instaurada a crise sacrificial, a violência astuta do sacrifício – destinada a conter a violência mimética e vindicativa – já não se distingue da violência mimética:

(...) não há mais nenhuma diferença entre o sangue derramado ritualmente e o sangue derramado criminosamente (...) O desgaste do sistema sacrificial aparece sempre como uma queda na violência recíproca; os próximos que sacrificavam juntos vítimas terceiras poupavam-se mutuamente; a partir deste momento eles tendem a sacrificar uns aos outros (GIRARD, 1990, p. 60).

Na crise sacrificial a diferença não se perdia apenas entre os homens; na crise sacrificial a própria violência restava indistinta. A violência mimética e a violência pacificadora do sacrifício transformavam-se em um único turbilhão de violência incontida que arrastava todos consigo<sup>39</sup>.

Portanto, para que a crise sacrificial não se instalasse na comunidade era necessário preservar, a qualquer custo, tanto a diferença entre os homens quanto a

---

<sup>37</sup> “A ordem, a paz e a fecundidade baseiam-se nas diferenças culturais. Não são as diferenças, mas sim o seu desaparecimento que provoca a rivalidade demente, a luta extrema entre os homens de uma mesma família ou de uma mesma sociedade” (GIRARD, 1990, p. 68).

<sup>38</sup> “A crise sacrificial deve ser definida como uma crise das diferenças, ou seja, da ordem cultural em seu conjunto. De fato, esta ordem cultural não é senão um sistema organizado de diferenças; são os desvios diferenciais que dão aos indivíduos sua ‘identidade’, permitindo que eles se situem uns em relação aos outros (GIRARD, 1990, p.67).<sup>38</sup>

<sup>39</sup> “A crise sacrificial, ou seja, a perda do sacrifício, é a perda da diferença entre a violência impura e a violência purificadora. Quando se perde esta diferença, não há mais purificação possível e a violência impura, contagiosa, ou seja, recíproca, alastra-se pela comunidade. A diferença sacrificial, a diferença entre o puro e o impuro, não pode ser apagada sem que com ela sejam apagadas todas as outras diferenças. Ocorre então um único processo de invasão pela reciprocidade violenta” (GIRARD, 1990, p. 67).

diferença entre a violência mimética e a violência ritual do sacrifício. Uma vez desaparecidas essas diferenças, era a paz que também desaparecia.

Deflagrada a crise sacrificial – que se fazia incontida diante da indiferenciação entre os homens, que por isso se transformavam, todos eles, em vítimas sacrificiais uns dos outros -, a eleição espontânea e unânime de um novo bode expiatório ressurgia como o único mecanismo capaz de restaurar a paz. Segundo Girard, na eleição de um bode expiatório residia sempre a questão de “*imputar a responsabilidade pelo desastre a um indivíduo particular*” (GIRARD, 1990, p. 103).

Em um tipo de raciocínio que Eugênio Raul Zaffaroni denominou de causalidade mágica – mágica, entre outros motivos, justamente por fazer de uma única pessoa ou grupo de pessoas a razão de ser de toda a violência recíproca que caracterizava a crise sacrificial (ZAFFARONI, 2014) -, a eliminação de um novo bode expiatório tinha o condão de fazer cessar o ciclo de violência intestina, como da primeira vez. A solução da crise sacrificial se dava sempre com um novo assassinato, coletivo e espontâneo, a exemplo do assassinato fundador que, na fase de hominização, retirou os homens da situação originária para situá-los na paz da cultura e da ordem social dela derivada.

Assim, o que caracterizava a eleição do bode expiatório não era nada mais que a sua arbitrariedade. Uma, dentre várias outras imputações de responsabilidade, conseguia se impor como verdadeira, transformando a violência de todos contra todos em uma violência coletiva e unânime, dirigida unicamente ao bode expiatório<sup>40</sup>.

Essa arbitrariedade na escolha do bode expiatório só era possível porque a crise de identidades – que desencadeava a violência recíproca -, igualava a todos. Todos eram, igualmente, potenciais responsáveis pelo mal<sup>41</sup>.

---

<sup>40</sup> “*Aquela acusação que será, a partir de agora, considerada ‘verdadeira’, não se diferencia em nada daquelas que de agora em diante serão consideradas ‘falsas’, a não ser pelo fato de que nenhuma voz se levanta para contradizer quem quer que seja. Uma versão particular dos acontecimentos consegue se impor (...) Ali onde duas, três, mil acusações simétricas e inversas se entrecruzam, uma única irá triunfar e tudo se cala em torno dela. O antagonismo de todos contra todo dá lugar à união de todos contra um único*” (GIRARD, 1990, p.103/104).

<sup>41</sup> “*Se a violência uniformiza realmente os homens, se cada um se torna o duplo ou o ‘gêmeo’ de seu antagonista, se todos os duplos são mesmos, então qualquer um deles pode se transformar, em qualquer momento, no duplo de todos os outros, ou seja, no objeto de uma fascinação e de um ódio universais. Uma única vítima pode substituir todas as vítimas potenciais, todos os irmãos inimigos que cada um tenta expulsar, ou seja, todos os homens sem exceção, no seio da comunidade. Para que a suspeita de todos contra todos torne-se a convicção de todos contra um único, nada ou quase nada é necessário. O índice mais derrisório, a presunção mais ínfima vai se transmitir a uma velocidade vertiginosa, transformando-se quase instantaneamente em prova irrefutável. A convicção aumenta como uma bola de neve, cada qual deduzindo a sua própria a partir da dos outros, sob o efeito*

Indiferenciação significa exatamente perda das diferenças graças à violência que une todos e que leva à crise da comunidade inteira. O sacrifício representado como a ordem de deus responde pontualmente à necessidade da comunidade de interromper com uma única violência ritual a violência que pende sob forma de uma ameaça indiferenciada sobre a estrutura comunitária inteira. A crise sacrificial é sempre sintoma de uma indiferenciação insuportável, que fornece a 'escolha' específica (uma nova 'diferenciação') da vítima do sacrifício (RESTA, 2007, p. 16/17).<sup>42</sup>

A eleição unânime do bode expiatório, a despeito de arbitrária, refazia a unidade perdida pela comunidade. O bode expiatório seria, a partir de então, o objeto único de toda a violência. A multiplicidade de contendores dava lugar à união contra o mal representado pelo bode expiatório<sup>43</sup>. Mal que, diga-se de passagem, sequer precisava ser real; a eleição do bode expiatório era, além de tudo, alucinada e alucinatória:

(...) qualquer comunidade às voltas com a violência, ou oprimida por uma desgraça qualquer, irá se lançar, de bom grado, em uma caça cega ao 'bode expiatório'. Os homens querem se convencer de que todos os seus males provêm de um único responsável, do qual será fácil livrar-se" (GIRARD, 1990, p. 105)

Essa eleição – arbitrária, alucinada e alucinante -, respondia à uma necessidade demasiadamente humana: a redução de complexidades. Era psiquicamente cômodo valer-se da causalidade mágica para imputar toda a responsabilidade pelo caos social à uma única pessoa, ainda que essa explicação mágica jamais fosse compreensiva do fenômeno deveras complexo que é a violência (GIRARD, 1990).

Ademais, a eleição do bode expiatório – considerado a causa da violência intestina -, correspondia também à efetiva possibilidade de interrupção da violência. A

---

*de uma mimese quase instantânea, A firme crença de todos não exige outra verificação além da unanimidade irresistível de seu próprio desatino" (GIRARD, 1990, p. 104/105).*

<sup>42</sup> *"Indifferenziazione significa appunto perdita delle differenze grazie alla violenza che acomuna tutti e che porta alla crisi dell' intera comunità. Il sacrificio rappresentato come l' ordine del dio risponde pontualmente al bisogno della comunità di interrompere com un' única violenza ritual la violenza che incombe nella forma di una minaccia indifferenziata sull' intera struttura comunitária. La crisi sacrificale è sempre sintoma di un' indifferenziazione insopportabile, cui provvede la 'scelta' specifica (uma nuova 'differenziazione') della vittima del sacrificio" (RESTA, 2007, p. 16/17)*

<sup>43</sup> *"Ali onde, alguns instantes antes, havia mil conflitos particulares, mil pares de irmãos inimigos isolados uns dos outros, novamente existe uma comunidade completamente una no ódio que lhe é inspirado por um só de seus membros. Todos os rancores disseminados em mil indivíduos diferentes e todos os ódios divergentes vão convergir, de agora em diante, para um indivíduo único, a vítima expiatória" (GIRARD, 1990, p. 105).*

lógica subjacente era a de que, uma vez eliminada a causa, eliminados estariam, também, os seus efeitos<sup>44</sup>.

O que se alcançava com a imolação do bode expiatório era, porém, o efeito anestésico que “*dissimula dos homens a verdade de sua violência*” (GIRARD, 1990, p. 108). Entorpecidos pela súbita cessação dos conflitos, os homens quedavam privados “*de um saber, sobre sua violência, com a qual eles nunca conseguiram conviver*” (GIRARD, 1990, p. 108). Incapazes de lidar psicologicamente com a própria violência, todos, comodamente, atribuíam-na a alguém que personificasse todo o mal. A ilusão era proporcionada pela pacificação obtida mediante o sacrifício do bode expiatório. Ou, como muito bem disse Girard, “*os homens não conseguem enfrentar a nudez insensata de sua própria violência*” (GIRARD 1990, p. 108), e por isso precisavam do engodo fornecido pelo assassinato do bode expiatório.

Nessa toada, o mecanismo do bode expiatório

(...) constitui um dos procedimentos maiores, talvez o procedimento único graças ao qual os homens conseguem expulsar a verdade de sua violência, o saber sobre a violência passada, que envenenaria o presente e o futuro se eles não conseguissem se livrar dela, rejeitando-a completamente para um ‘culpado’ único (GIRARD, 1990, p. 108/109).

Por trás da eficácia desse efeito dissimulador da verdade sobre a violência – que ela habita o homem -, estava a constatação de que a eliminação do bode expiatório de fato reduzia de forma drástica, ainda que momentânea, a violência mimética<sup>45</sup>. Todavia, essa eficácia dissimuladora da verdade sobre a violência não ocorria porque o bode expiatório de fato causava a violência com seus miasmas, e, uma vez eliminada a causa, eliminados também estariam os seus efeitos. Pelo contrário, a eficácia do linchamento do bode expiatório decorria da muito mais prosaica unanimidade que se estabelecia contra ele. Todos concordavam com a

---

<sup>44</sup> “*Se todos os homens conseguirem se convencer que um único entre eles é responsável por toda mimese violenta, se conseguirem ver nele a ‘mácula’ que a todos contamina, se forem realmente unânimes em sua crença, então essa crença se verifica, pois não haverá mais, em lugar algum da comunidade, qualquer modelo de violência a ser seguido ou rejeitado, ou seja, a ser inevitavelmente imitado e multiplicado. Destruindo a vítima expiatória, os homens acreditarão estar se livrando de seu mal e efetivamente vão se livrar dele, pois não existirá mais, entre eles, qualquer violência fascinante*” (GIRARD, 1990, p. 107).

<sup>45</sup> “*Os primeiros resultados – a paz subitamente restabelecida – confirmam a identificação do culpado único, legitimando para sempre a interpretação que considera a crise um mal misterioso, trazido de fora pela mácula infame, cuja propagação só pode ser interrompida pela expulsão desse portador de germens*” (GIRARD, 1990, p. 109)

causa do mal e com a necessidade de aniquilamento violento, mas purificador, dessa causa; era essa concordância repentina que subitamente restabelecia a paz outrora perdida. Como a violência contra o bode expiatório é unânime, *“ela restabelece a ordem e a paz. Por esta razão, as significações mentirosas que instaura adquirem uma força inquebrantável* (GIRARD, 1990, p. 110).

A eficácia do mecanismo dependia, portanto, de seu desconhecimento. O bode expiatório, por óbvio, era incapaz de por si mesmo pôr termo às convulsões e restabelecer a paz. Era a unanimidade contra o bode expiatório, e não o bode expiatório em si, que catalisava a reordenação social (GIRARD, 1990, 2008). A rigor, a paz já estava de volta antes mesmo do assassinato do bode expiatório, pois a unanimidade pacificadora precedia o linchamento. Mas os homens não sabiam disso...

A impotência do bode expiatório, ignorada pelos homens, era então equivocadamente interpretada como extremo poder. Um poder que, paradoxalmente, era responsável por todos os males, mas também pela paz reencontrada. Vivo, o bode expiatório lançava os homens na violência recíproca; morto, ele os retirava dessa violência. Capaz de impor tanto a guerra quanto a paz, esse novo bode expiatório era tão sagrado quanto o primeiro.

A crise sacrificial reinseria, portanto, os homens na violência recíproca da situação originária da qual eles uma vez escaparam. A exemplo da primeira vez, a crise de violência seria solucionada mediante um assassinato coletivo e espontâneo, que se repetiria a cada nova situação de crise, reforçando assim a crença na sacralidade do bode expiatório e no poder preventivo dos sacrifícios e dos tabus.

Sobre essa vítima, a comunidade libera-se de uma experiência excessivamente intolerável na desordem e excessivamente incompreensível no retorno à ordem para ser objeto de uma apreensão racional. Todas as lições que essa comunidade tira dessa experiência serão necessariamente consideradas como tendo sido ensinadas pela vítima. Como essa vítima parece capaz de causar, em primeiro lugar, as piores desordens e, em seguida, restabelecer a ordem ou instaurar uma nova ordem, é a essa vítima que irão se remeter dali em diante para decidir o que se deve fazer e não fazer, o rito e o interdito, a resolução e a crise (GIRARD, 2008, p. 62/63).

Incapazes de compreender o que o mecanismo do bode expiatório velava – isto é, que a ordem social decorria da unanimidade que se estabelecia contra o bode expiatório, e não de seus poderes -, por milênios os grupamentos humanos viveram ciclos de paz que eram interrompidos por crises sacrificiais. Por sua vez, essas crises

sacrificiais eram interrompidas pelo assassinato de mais um bode expiatório, que temporariamente acalmava as coisas. Sempre em busca da paz, os homens se lançavam cada vez com mais ímpeto nesse ciclo de violência - ora recíproca, ora ritual, ora espontânea e unânime, mas sempre aniquiladora<sup>46</sup>.

Segundo Girard, esse movimento em espiral que fazia suceder tempos de calma garantida por sacrifícios rituais e tempos de crises que se encerravam com um assassinato coletivo só veio a ser revelado pela Bíblia – em especial pelos Evangelhos.

## 2.7 A revelação dos Evangelhos

O interesse de Girard pela Bíblia – sobretudo pelo Novo Testamento, e, em especial, pelos Evangelhos -, inscreve-se no âmbito de suas preocupações antropológicas. De acordo com o autor o Novo Testamento é um apanhado de narrativas sobre vários assassinatos coletivos e unânimes na perspectiva das vítimas. Trata-se, portanto, de um giro de trezentos e sessenta graus em relação aos mitos, que sempre fantasiaram o mesmo tipo de assassinato, só que na perspectiva dos linchadores (GIRARD, 2008).

Dentre esses assassinatos, o mais relevante é, obviamente, o de Cristo. Diametralmente oposto às vítimas dos mitos, Cristo é, segundo os Evangelhos, assassinado apesar de sua inocência. Ao relatar a unanimidade com que a crucificação de Cristo foi desejada e posta em prática, apesar de sua inocência, os Evangelistas teriam exposto a arbitrariedade na eleição do bode expiatório, e, de conseguinte, o ainda desconhecido funcionamento do mecanismo sacrificial (GIRARD, 2008).

Os Evangelhos dão conta de que Cristo, por toda a sua vida, não fez mais do que difundir a Palavra de um Deus do amor; de um Deus que não acreditava no sacrifício – mormente no sacrifício humano -, e instava os homens a interromperem

---

<sup>46</sup> “Podemos conceber a hominização como uma série de patamares que permitem domesticar intensidades miméticas sempre crescentes, separados uns dos outros por crises catastróficas mas fecundas, pois elas desencadeiam novamente o mecanismo fundador e garantem em cada etapa interditos sempre mais rigorosos no interior e canalizações rituais sempre mais eficazes para fora (...) E é possível também conceber que em cada novo patamar, instituições mais elaboradas tenham favorecido um novo avanço mimético, que provocava uma nova crise, e assim por diante, em um movimento espiraloide que humanizava cada vez mais o antropeide” (GIRARD, 2008, p.120/121).

essa prática; de um Deus que proclamava o fim da vingança entre os homens; enfim, de um Deus que pregava acima de tudo a paz e a não-violência. Coerente com os ensinamentos desse Deus, sempre segundo os Evangelhos, Cristo recomendava a seus discípulos que, acaso fossem vítimas da violência, jamais revidassem; que oferecessem a outra face (GIRARD, 2008).

O Cristo descrito nos Evangelhos teria compreendido todo o código da violência, sua natureza mimética e a forma sacrificial com que os homens a enfrentaram. Por isso, a religião tal e qual proposta pelo novo Deus e divulgada por Jesus seria uma religião não-sacrificial e não violenta; portanto, no extremo oposto das religiões primitivas - única forma de religiosidade até então conhecida pelos homens (GIRARD, 2008).

Mas essa nova religiosidade emergente não se insurgia apenas contra a violência recíproca e a sua solução sacrificial. Os tabus que oprimiam os homens também foram questionados, e a única regra verdadeiramente imposta por Deus aos homens era a da não-violência. Essa era, de fato, a única regra do Reino de Deus; desde que os homens não se violentassem tudo o mais estaria permitido (GIRARD, 2008).

A crise sacrificial também foi representada no Novo Testamento, sendo designada como Apocalipse. O Apocalipse não seria o resultado da ira divina sobre os infiéis, mas uma alegoria da crise sacrificial que se abateria sobre os homens caso eles não se conduzissem pela regra da não-violência (GIRARD, 2008).

Isso porque a transcendência do mecanismo sacrificial - que garantia uma paz sempre conflitual entre os homens -, estava toda calcada no desconhecimento do próprio mecanismo, ou seja, na inocência e mundanidade sempre ignorada da vítima sacrificada. Todavia, os Evangelhos descortinaram aos homens a falácia do mecanismo sacrificial. De conseguinte, toda a sua transcendência se perdeu. Os homens, agora cientes da humanidade de toda violência, não podiam mais contar com uma vítima para lhes restituir a paz (GIRARD, 2008).

O Apocalipse seria, então, o relato fantástico do que aconteceria aos homens - agora privados da transcendência sagrada do bode expiatório ou da vítima do sacrifício -, caso não se conduzissem pela regra do Reino de Deus, isto é, pela regra do amor ao próximo e da absoluta não violência (GIRARD, 2008).



## 2.8 O relicário do sacrifício

É certo que Girard não via com bons olhos o processo penal. Segundo o autor, não há uma diferença essencial entre os sacrifícios rituais e os castigos penais. Girard exemplifica com a pena de morte na antiguidade grega, cuja unanimidade enfraquecida e degradada a tornou “*uma espécie de linchamento pouco a pouco sistematizado e legalizado* (GIRARD, 1990, p. 375). Para ser mais didático, pode-se afirmar, com esteio na leitura que Antoine Garapon faz de Girard, que cada processo penal individualmente considerado é uma representação do linchamento fundador que, por sua vez, é representado nos sacrifícios.

Tanto no culto como no sacrifício, a sociedade reúne-se para repetir ritualmente um crime. Todos os mitos relatam uma violência fundadora e explicam de que forma é que a mesma terminará. Aquilo que ocorreu da primeira vez e que, desde então, é continuamente lembrado e comemorado, é um acontecimento associável a um homicídio que fez com que a humanidade caísse do paraíso da inocência para a culpabilidade da história. A repetição periódica desse homicídio é necessária, na medida em que esse acontecimento é vivido como elemento fundador da ordem cultural. Através dele, o homem procura ‘reencontrar a relação inicial com uma totalidade perdida’. Graças a esse mecanismo sacrificial, o ritual penal permite que o grupo social, sob o pretexto de julgar o autor de um crime, repita o homicídio fundador (GARAPON, 1997, p.260)

Não há, portanto, solução de continuidade entre o sacrifício e o processo penal. O processo penal é um relicário no qual os sacrifícios humanos foram mantidos; uma espécie de éter por meio do qual os sacrifícios foram conservados e chegaram até nossos dias. O processo penal é, em suma, a resultante do lento processo de secularização e racionalização de uma violência coletiva que nos primórdios da humanidade fora divinizada. Obviamente, o processo penal preserva até hoje muitos traços desse lento processo histórico-antropológico de divinização e posteriormente racionalização e secularização da violência sacrificial.<sup>47</sup>

Nos textos em que é mais explícito sobre o processo penal, Girard é muito eloquente. Ele afirma que não há, entre a pura vingança e o castigo penal, uma

---

<sup>47</sup> “O processo conserva vestígios do sistema da mácula nas múltiplas barreiras que constituem outras tantas precauções contra o possível contágio da impureza do criminoso ou na toga que protege do manuseamento das coisas impuras. Porque é que se exige à justiça que celebre o rito purificador do processo na sequência de cada grande catástrofe ecológica ou científica, como se fosse necessário ressarcir a ordem perturbada?”. (GARAPON, 1997, p.191).

diferença de princípio<sup>48</sup>. Girard sustenta, inclusive, que o processo penal aparenta ser mais racional que os sacrifícios só porque não procura escamotear o princípio de vingança, assumindo-o plenamente<sup>49</sup>.

Em razão disso, Raphael Boldt afirma que

(...) a despeito das formulações teóricas atinentes à supressão da vingança pelo Estado, para Girard o judiciário foi incapaz de eliminá-la, limitando-se tão somente a uma represália única, exercida por uma autoridade soberana e especializada: as decisões da autoridade judiciária afirmam-se sempre como a última palavra da vingança. Assim, inexistente no sistema penal um princípio de justiça diferente do princípio de vingança. Há reciprocidade violenta, retribuição (BOLDT, 2018, p. 78).

Ou, na síntese de Nilo Batista, o que se verifica com clareza no processo penal é um “*abraço fraterno entre a vingança e a pena*” (BATISTA, 2012, p. 114).<sup>50</sup> De acordo com Nilo Batista, a pena é apenas uma “*irmã mais nova, chapa-branca*” (BATISTA, 2012, p. 116), da vingança. Daí se poder afirmar, com espeque em Antoine Garapon, que o processo penal não elimina a vingança; ele apenas a sujeita ao debate. O processo penal não faz mais do que colocar a vingança em discussão. Ele procrastina a vingança até que a argumentação jurídica se dê por encerrada.

Para distinguir de uma forma tão radical o processo moderno do sacrifício arcaico, não basta constatar o recurso aos mesmos com fins diferentes. A natureza de uma prática não se altera necessariamente por força da evolução das intenções dos seus autores. O ritual evidencia a permanência da função sacrificial, que deve ser assim entendida como uma ameaça consubstancial à própria forma do processo. O cerimonial do processo remeter-nos-ia para uma verdade selvagem que só seria suportável travestida por esse filtro

<sup>48</sup> “*Não há, no sistema penal, nenhum princípio de justiça realmente diferente do princípio de vingança. O mesmo princípio funciona nos dois casos: a reciprocidade violenta, a retribuição. Ou esse princípio é justo e a justiça já está presente na vingança, ou então não existe justiça em lugar nenhum*”. (GIRARD, 1990, p. 28).

<sup>49</sup> “*Na verdade, nosso sistema parece ser mais racional por se conformar mais estritamente ao princípio de vingança. A insistência no castigo do culpado não tem outro sentido. Ao invés de tentar, como todos os procedimentos propriamente religiosos, impedir a vingança, moderá-la, eludi-la ou desviá-la para um objeto secundário, o sistema judiciário racionaliza a vingança, conseguindo dominá-la e limitá-la ao seu bel-prazer. Ele a manipula sem perigo, transformando-a em uma técnica extremamente eficaz de cura e, secundariamente, de prevenção da violência*” (GIRARD, 1990, p. 37).

<sup>50</sup> Após transcrever um trecho de *As Leis*, de Platão - no qual se descreve como a pena capital destinada ao escravo que praticasse homicídio era executada pela família do morto, por delegação da polis -, Nilo Batista explica que “*nesta delegação penal vê-se com clareza o abraço fraterno entre a vingança e a pena. A cidade aplica a pena, a família se farta de vingança em sua execução. Olhando para as delegações penais é impossível discordar de Maurice Cusson: à parte inscrever-se a vingança em relações bilaterais regidas por uma lógica de reciprocidade, e a pena em relações autoritárias submetidas a uma lógica de dominação-submissão, não cabe opor radicalmente a vingança e a pena*” (BATISTA, 2012, p. 114/115).

simbólico e dissimulada sob a capa do discurso jurídico (GARAPON, 1997, p.257).

Apesar de identificar o processo penal com o princípio de vingança, Girard ainda assim mencionava – em *A Violência e o Sagrado* -, uma certa transcendência do sistema penal que o tornaria eficaz e socialmente aceitável:

(...) assim como, em princípio, as vítimas são oferecidas à divindade e por ela aceitas, o sistema judiciário também refere-se a uma teologia que garante a verdade de sua justiça. Mesmo que esta teologia desapareça, como desapareceu em nosso mundo, a transcendência do sistema mantém-se intacta. Passam-se séculos antes que os homens percebam que não existe diferença entre seu princípio de justiça e o princípio de vingança. Somente a transcendência do sistema efetivamente reconhecida por todos, independentemente das instituições que a concretizam, pode garantir sua eficácia preventiva ou curativa, distinguindo a violência santa, legítima, e impedindo que ela se torne alvo de recriminações ou de contestações, ou seja, que recaia no círculo vicioso da vingança (GIRARD, 1990, p. 37).

Todavia, na década seguinte à publicação de *A Violência e o Sagrado* Girard assimilou a mensagem de não-violência contida nos Evangelhos. Em *Coisas Ocultas Desde a Fundação do Mundo* tudo indica que ele assumiu, sem hesitação e ressalvas, a regra de não-violência transmitida pelo Cristo dos Evangelhos. Uma tal conversão faz do autor - ainda que ele não o diga nesses termos -, um abolicionista penal; um crítico agudo do sistema de justiça criminal para quem toda a violência, ainda que institucionalizada, deve ser abandonada.

Evidentemente, para sair da violência é preciso renunciar à ideia de retaliação; é preciso portanto renunciar às condutas que sempre pareceram naturais e legítimas. Parece-nos justo, por exemplo, responder aos bons procedimentos com bons procedimentos e aos maus com maus, mas isso é o que todas as comunidades do planeta sempre fizeram, com os resultados que conhecemos... Os homens imaginam que, para escapar da violência, basta-lhes renunciar a qualquer iniciativa violenta, mas como ninguém acredita ter sido o primeiro a tomar essa iniciativa, como toda violência tem um caráter mimético, e resulta ou acredita resultar de uma primeira violência que ela devolve a seu ponto de partida, essa renúncia é apenas uma aparência, e não consegue mudar nada. A violência percebe-se sempre como legítima represália. Portanto, é ao direito às represálias que seria preciso renunciar, e até mesmo àquilo que é considerado, em muitos casos, como legítima defesa. Como a violência é mimética, pois nunca ninguém se sente responsável por seu primeiro jorro, apenas uma renúncia incondicional pode levar ao resultado desejado” (GIRARD, 2008, p. 244).

A adoção absoluta de um princípio de não-violência emerge, no pensamento de Girard, como uma condição de possibilidade da existência humana. Ou a humanidade recusa incondicionalmente a violência, ou então ela perecerá.<sup>51</sup> De fato, a solução que o autor apresenta para o problema da violência parece ser pura e simplesmente não fazer nada, ou, quando muito, argumentar com o violentador:

(...) para deixar a revelação inteiramente boa, não ameaçadora sob nenhum aspecto, bastaria que os homens adotassem o comportamento recomendado por Cristo: a abstenção completa de represálias, a renúncia à escalada mimética. Se essa for levada adiante por pouco mais tempo, levará diretamente à extinção de toda a vida na terra” (GIRARD, 2011, p. 28).

Pode-se então afirmar com segurança que a violência que o processo penal põe em movimento não faz mais do que fomentar crises sacrificiais. Essa constatação é especialmente correta em países periféricos como o Brasil, nos quais o fosso entre a legalidade e as práticas efetivas das agências de persecução penal tornam cada vez mais indiferenciadas a violência privada e a violência exercida em nome do Estado (ZAFFARONI, 2001). Na América Latina (Brasil incluso) a coexistência de um sistema penal institucionalizado com um sistema penal subterrâneo (CASTRO, 2005) - nos quais práticas ilegais e desumanas (grupos de extermínio, tortura, violência policial, más condições carcerárias, inobservância das garantias constitucionais do processo, etc.) são corriqueiras e até mesmo aprovadas pela população -, desnatura por completo o princípio da legalidade (ZAFFARONI, 2001), que é então convertido em mera retórica.

A descrição do funcionamento do sistema penal subterrâneo é uma constante na literatura especializada latino-americana. Seguem, pela exemplaridade, as palavras de Lola Aniyar de Castro:

(...) embora proibidos pelo sistema aparente, há procedimentos diferenciados para as classes subalternas no terreno fático: violações de domicílio; violências policiais; violação do direito à própria imagem no tratamento informativo; prisões e detenções preventivas por prazo indeterminado; execução penal à margem dos direitos humanos; carência de condições dignas de vida, de acesso à informação, à comunicação, a atividades culturais ou esportivas, etc., e sofrimentos físicos e morais que ultrapassam os previstos pela lei (CASTRO, 2005, p. 132).

---

<sup>51</sup> “De fato, ou vamos nos orientar cada vez mais para a não-violência, ou então vamos desaparecer” (GIRARD, 2008, p. 307).

Ao referir-se ao sistema penal latino americano Eugênio Raul Zaffaroni é mais pródigo em adjetivações – e talvez por isso também mais realista – do que Lola Anyar de Castro:

(...) a seletividade, a reprodução da violência, a criação de condições para maiores condutas lesivas, a corrupção institucionalizada, a concentração de poder, a verticalização social e a destruição das relações horizontais ou comunitárias não são características conjunturais, mas estruturais do exercício de poder de todos os sistemas penais (ZAFFARONI, 2001, p. 15)

Escrevendo desde a realidade brasileira, Vera Regina Pereira de Andrade enfatiza que o sistema penal, tal e qual ele de fato funciona, realiza

(...) uma subprodução (déficit) de garantismo e uma sobreposição (excesso) de seletividade/arbítrio e legitimação, cuja violência institucional expressa e mantém um nexos funcional mais profundo com a reprodução das desigualdades e assimetrias sociais, isto é, com a violência estrutural (ANDRADE, 2012, p. 222).

Consoante diagnóstico de Teresa Pires do Rio Caldeira – calcado em décadas de estudos socio-antropológicos junto à população de São Paulo -, “*a violência e o abuso são constitutivos das instituições da ordem brasileiras*” (CALDEIRA, 2011, p. 137). As pesquisas da Caldeira revelaram “*que a prática de violência pela polícia e a deslegitimação do sistema judiciário e dos direitos individuais*” (CALDEIRA, 2011, p. 137) são os traços característicos do sistema penal objetivo.

De fato, ambiguidades, tratamentos diferenciados, regras e legislação excepcionais, privilégios, impunidade e legitimação de abusos são intrínsecos às instituições da ordem e não externos a elas (ou seja, manifestações de uma prática desvirtuada). O problema não é nem de princípios liberais *versus* uma prática personalista e violenta, nem de um marco constitucional *versus* uma prática ilegal, mas sim de instituições da ordem que são constituídas para funcionar com base em exceções e abusos. Como a história da polícia e as políticas recentes de segurança pública claramente indicam, os limites entre legal e ilegal são instáveis e mal definidos e mudam continuamente a fim de legalizar abusos anteriores e legitimar outros novos (CALDEIRA, 2011, p. 142).

Diante desse quadro, Teresa Pires do Rio Caldeira desenvolveu o conceito de “*corpo incircunscrito*” (CALDEIRA, 2011, p. 137). O corpo incircunscrito é a carne humana tratada como “*locus de de punição, justiça e exemplo*” (CALDEIRA, 2011, p. 370).

Ele é concebido pela maioria como o lugar apropriado para que a autoridade se afirme através da inflição da dor. Nos corpos dos dominados – crianças, mulheres, negros, pobres ou supostos criminosos – aqueles em posição de autoridade marcam seu poder procurando, por meio da inflição da dor, purificar as almas de suas vítimas, corrigir seu caráter, melhorar seu comportamento e produzir submissão (CALDEIRA, 2011, p. 370).

Caldeira conecta historicamente o corpo inscricunscrito à escravidão<sup>52</sup>, e então sustenta que a incircunscrição corporal no Brasil atual se deve a uma transição incompleta para a democracia. A autora argumenta que essa transição ainda incompleta deu lugar a uma democracia disjuntiva, em que os direitos políticos e alguns (poucos) direitos sociais foram assegurados, mas os direitos individuais que deveriam proteger o cidadão contra as investidas do Estado Penal continuam sendo sistematicamente ignorados. Tal como o corpo do escravo na Colônia e no Império, também no claudicante Estado Democrático de Direito brasileiro o corpo do suposto criminoso é matéria orgânica livre de proteção jurídica (CALDEIRA, 2011). É um corpo sacrificável.

No Brasil, todas as constituições promulgaram os princípios de cidadania universal, desde a primeira, em 1824, e muito antes da abolição da escravatura, em 1888. No entanto, as associações de disciplina, direitos individuais e enclausuramento do corpo que encontramos no modelo europeu nunca aconteceram. Os direitos individuais não são legitimados nem protegidos, e o corpo não é respeitado em sua individualidade e privacidade. Corpos e direitos civis são sempre conectados, tanto em países como o Brasil como naqueles em que os corpos são circunscritos e os direitos civis, respeitados. Na sociedade brasileira, o que domina é a noção incircunscrita do corpo e do indivíduo. Até hoje, e independentemente do regime político, é sobre os corpos incircunscritos dos dominados que as relações de poder se estruturam, que os significados circulam e que se tenta construir a ordem. Quando a marcação dos corpos predomina, o respeito aos direitos civis é improvável, apesar de pode haver uma democracia política eleitoral e um respeito relativamente amplo aos direitos sociais. Os direitos civis, no entanto, parecem depender da circunscrição do corpo e do indivíduo, e do reconhecimento de sua integridade (CALDEIRA, 2011, p. 374).

---

<sup>52</sup> Os vínculos entre sacrifício, escravidão e persecução penal constituem o objeto de uma pesquisa que o autor da tese pretende realizar, mas que, todavia, ainda se encontra na fase embrionária de levantamento de bibliografia. O interesse pelo tema surgiu de conversas casuais com a professora Flaviane de Magalhães Barros Bolzan de Moraes, que apresentou ao autor as obras de Jessé Souza - para quem a desigualdade social, o arbítrio, o autoritarismo, o clientelismo, etc., do Brasil atual só podem ser adequadamente desvelados recorrendo-se à escravidão. Infelizmente os limites – metodológicos, de tempo e de recursos -, da tese não permitem a análise detalhada que o tema mereceria.

Democracia disjuntiva e corpo incircunscrito (sacrificável) são, portanto, conceitos umbilicalmente ligados e dotados de imensa força explicativa da realidade brasileira. A democracia disjuntiva molda corpos qual cera mole nas mãos de quem controla a maquinaria penal. Por outro ângulo, é a incircunscrição dos corpos que irá determinar a separação (disjunção) dos direitos fundamentais em uma democracia disjuntiva, haja vista que a incircunscrição propicia a ineficiência das barreiras jurídicas de proteção eficiente dos corpos. O corpo humano fica reduzido a algo “*permeável, aberto à intervenção*” (CALDEIRA, 2011, p. 370).

No Brasil, onde o sistema judiciário é publicamente desacreditado, o corpo (e a pessoa) em geral não é protegido por um conjunto de direitos que o circunscreveriam, no sentido de estabelecer barreiras e limites à interferência ou abuso de outros (CALDEIRA, 2011, p. 370).

Em um contexto como o brasileiro, não há como discernir a violência “transcendente” do Estado e a má violência do particular, razão pela qual o processo penal torna-se

(...) o espaço privilegiado de produção da crise sacrificial, da indiferenciação violenta, da devoração de vítimas expiatórias que sinalizam apenas para a reatualização da vingança por outros meios, e o que é pior, muitas vezes por eventos sem nenhuma vítima concreta (BOLDT; CARVALHO, 2015, p. 145).

Em continuidade a esses argumentos, Raphael Boldt explica que

(...) um dos grandes problemas oriundos da opção pela lógica penal e da utilização da justiça penal como ‘nova grelha de inteligibilidade das relações sociais’ está na perda do sacrifício, da diferença entre a violência purificadora e a violência impura, ou seja, na ameaça de uma crise sacrificial que põe em risco não só o moderno sistema judicial, mas a própria sociedade. O acirramento da repressão e o agigantamento da justiça penal podem fomentar o processo de indiferenciação violenta que está na gênese da crise sacrificial, contribuindo para a propagação da violência que deveria ser contida pela justiça criminal. Com isso, deterioram-se os fundamentos do controle social formal que, na visão de Hassemer, visa a limitar as faculdades de ingerência penal (BOLDT, 2018, p. 83).

O autor então conclui, com acerto, que

(...) o ‘excesso de justiça’ e a lógica sacrificial que configura o sistema penal não resultam na erradicação da violência, mas acentuam novas formas de violência em uma democracia inquieta e desencantada. No final das contas, o crescimento da penalização leva ao desaparecimento dos lugares consignados aos sujeitos envolvidos nos conflitos e a violência acirra o sentimento de que todos são vítimas do sistema (BOLDT, 2008, p. 84).

O processo penal reproduz a lógica vindicativa dos sistemas de justiça privada ao mesmo tempo em que conserva a estrutura sacrificial dos ritos das religiões arcaicas. Ao fazê-lo, não consegue, todavia, conter a violência; sendo, talvez, um mecanismo preventivo mais ineficaz que os sacrifícios. Nas palavras de Raphael Boldt e Thiago Fabres de Carvalho,

(...) o processo penal, longe de suplantar a vingança, resta mergulhado na indiferenciação violenta, na crise sacrificial, uma vez que reproduz uma brutal violência institucionalizada, explícita nos sistemas penais subterrâneos ou de exceção que corroem os Estados Democráticos. Muito distante de suas finalidades declaradas, o processo penal moderno, com seus sistemas de represálias, amplifica a mimese violenta, realimentando os ódios privados, visualizados no linchamentos e nas gangues de justiceiros contemporâneos [...] A explosão das violências privadas sinaliza, a nosso sentir, não para uma crise do processo e das instituições penais, mas sim para a perpetuação de seus efeitos ocultos, em especial o de reproduzir o sacrifício das vítimas expiatórias, e com isso, inibir toda e qualquer forma de esquecimento. Isso porque o que o Estado moderno erradicou não foi a violência nem a vingança, mas o sistema vindicativo que, ao menos, tinha a vantagem de canalizá-las, encerrando-as numa estrita regulação de ordem jurídica. Os sistemas vindicativos, muito longe de representarem o sinal do caos e da barbárie, formulavam, a partir do direito de vingança, inúmeros rituais aptos a canalizá-las, limitando, de forma mais profunda, seus efeitos miméticos (BOLDT; CARVALHO, 2015, p.161)

Destarte, “*a justiça comporta-se como uma máquina simbólica sem dono*” e “*o processo transforma-se numa máquina infernal*” (GARAPON, 1997, p. 251). Inquestionável, portanto, a impossibilidade de o processo penal – relicário do sacrifício -, conter a violência, ou, para utilizar uma expressão cara à processualística hegemônica no Brasil, ser um eficaz instrumento de segurança pública/pacificação social. Ao revés, a violência simultaneamente sacrificial e vindicativa do processo penal talvez seja a mais eficaz usina de ressentimentos que se tem notícia. Mas produzir ressentimentos é sempre uma má ideia, porque o ressentimento é desejo de vingança, e, portanto, mimese. No ressentimento “*o círculo vicioso se perpetua; o ressentimento produz ressentimento. Perdem consistência os referentes, os atores os objetos, assim no vórtice da vingança o ressentimento está no lugar de si mesmo*” (RESTA, 2007, p. 59)<sup>53</sup>.

<sup>53</sup> “*Il circolo vizioso si perpetua; il risentimento produce risentimento. Perdono consistenza i referenti, gli attori, gli oggetti, così nel vórtice della vendeta il risentimento sta in luogo di se stesso*” (RESTA, 2007, p. 59).



A questão da violência administrada, mesmo com a metamorfose que a faz mudar de aparência, carrega o mesmo problema da violência natural, ou seja, o ressentimento, a vingança e o mimetismo, sobretudo porque, em sua essência, continua sendo violência (SILVÉRIO JÚNIOR, 2014, edição digital).

Daí o abolicionismo cristão de Girard, que, no entender da tese, deveria ser a tônica de toda ação político-criminal que se pretenda orientada pelos Evangelhos. Girard evidencia – apenas em *Coisas ocultas desde a fundação do mundo*, que fique claro, já que em *A violência e o sagrado* o autor ainda louva uma transcendência do sistema de justiça capaz de conter a reciprocidade da violência mimética -, que uma teologia processual penal em conformidade com os valores cristãos deve necessariamente visar – ainda que a longo prazo -, o fim do sistema jurídico-penal; ou, pelo menos, o fim das penas de prisão.

O abolicionismo cristão de Girard merece ser levado a sério. A hipótese de que o processo penal é o relicário do sacrifício – acrescida da constatação de que, além de conservar uma mácula sacrificial, o processo penal é, na essência, vingança -, revela-se demasiado problemática para a processualística comprometida com a estruturação de um Estado Democrático de Direito. Ela indica que a democracia é disjuntiva e que os corpos humanos são incircunscritos e, portanto, sacrificáveis.

Para que possa criar raízes na sociedade brasileira, a democracia terá de enfrentar e neutralizar os processos de violência, discriminação e segregação que o universo do crime articula. A violência e o crime não existem isoladamente na sociedade, mas sim num tenso diálogo com a consolidação democrática (CALDEIRA, 2011, p. 45).

Uma comunidade sacrificial, que não vê respeitados os direitos individuais pelo Estado Penal, não pode ser considerada uma comunidade democrática. Ao revés, uma comunidade democrática é essencialmente fraterna (RESTA, 2007), é uma comunidade que rejeita a violência com todas as suas energias.

Uma verdadeira democracia somente se consolida com a implementação da fraternidade, já que, como se verá, é sem sentido falar-se em liberdade e igualdade fora da dimensão que compreende a fraternidade. Não é possível admitir-se uma democracia imposta pelo 'senhor da guerra', nem tampouco fundada numa ideia hobbesiana de comunidade do sacrifício (SILVÉRIO JÚNIOR, 2014, edição digital).

De conseguinte, um direito democrático (fraterno) é um direito apto a se livrar das amarras do mecanismo sacrificial. É um direito “*capaz de liberar-se da violência e da culpa de um assassinato fundador*” (RESTA, 2019, p. 87).<sup>54</sup>

Exatamente por não admitir qualquer ato de violência que possa fundar uma comunidade, a fraternidade pressupõe uma tarefa infinita, qual seja, o desmantelamento de qualquer violência. Por tal razão a fraternidade é o lugar da inclusão e da minimalização da violência (SILVÉRIO JÚNIOR, 2014, edição digital).

Se “o verdadeiro problema das privações dos direitos e das liberdades é, obviamente, o problema dos regimes democráticos” (RESTA, 2009, p. 58), então o principal desafio imposto ao Estado Democrático de Direito é o de aliviar sempre – e cada vez mais –, a violência inerente à persecução penal, tornando o processo penal o menos sacrificial possível (RESTA, 2007). O Estado será tanto mais democrático quanto menos sacrificial for o seu processo penal. A tarefa do processualista penal em um Estado Democrático de Direito, é, portanto, tensionar a violência punitiva, questionar a sua legitimidade e apontar seus transbordos e excrescências, visando a todo instante a redução de seus índices de sacrificialidade. Essa é, em síntese, a hipótese que a presente tese oferece à crítica acadêmica.

O projeto de erradicação da violência sacrificial está inscrito na Constituição de 1988, que em seu preâmbulo<sup>55</sup> já especifica a que veio: estruturar uma “*sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos*” e comprometida, “*na ordem interna e internacional, com a solução pacífica das controvérsias*”. Há, já no preâmbulo da Constituição, a eleição do pacifismo, e, portanto, a recusa da violência como forma de resolução de controvérsias. Sobre o preâmbulo da Constituição Brasileira, João Porto Silvério Júnior é elucidativo:

(...) a lei da amizade vem retratada de forma a não estabelecer confins, já que longe do jogo amigo/inimigo. A ideia de inimigo é vetada pelo preâmbulo da Constituição de 1988, especialmente quando afirma que não se valerá da guerra para solucionar os conflitos tanto a nível interno quanto externo.

<sup>54</sup> “*Il problema che tutto ciò pone è la questione della nascita della democrazia (diritto fraterno) capace di liberarsi dalla violenza e dalla colpa di un assassinio fondatore*” (RESTA, 2019, p. 87).

<sup>55</sup> Preâmbulo da Constituição Federal: “*Nós, representantes do povo brasileiro, reunidos em Assembleia Nacional Constituinte para instituir um Estado Democrático, destinado a assegurar o exercício dos direitos sociais e individuais, a liberdade, a segurança, o bem-estar, o desenvolvimento a igualdade e a justiça como valores supremos de uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos, fundada na harmonia social e comprometida, na ordem interna e internacional, com a solução pacífica das controvérsias, promulgamos, sob a proteção de Deus, a seguinte Constituição da República Federativa do Brasil*”. (BRASIL, 1988, p. 31).

Logicamente, a dedução é a de que no âmbito interno, qualquer desrespeito às leis receberá o tratamento exclusivamente previsto pela lei sem conotações de inimizade (quem cometer crime receberá o tratamento de criminoso e não de inimigo), do mesmo modo que, a nível internacional, qualquer desrespeito mesmo que à soberania estatal receberá o tratamento que as leis internacionais (tratados e convenções) prevejam (quem infringir a soberania do Brasil receberá o tratamento das leis brasileiras e dos tratados internacionais e convenções, logicamente de forma pacífica, nunca pelo recurso à guerra). (SILVÉRIO JÚNIOR, 2014, edição digital).

Uma comunidade política fraternalmente democrática – como a idealizada no preâmbulo da Constituição brasileira -, é uma comunidade que consegue eliminar de seu interior a lógica sacrificial que impõe a morte (mortificação) a alguns para assegurar a vida e a paz dos demais (RESTA, 2007; SILVÉRIO JÚNIOR, 2014); é uma comunidade que *“necessita expurgar toda e qualquer ideia de violência e, portanto, de comunidade do sacrifício”* (SILVÉRIO JÚNIOR, 2014, edição digital).

Elígio Resta explica que o direito de uma sociedade fraterna não pode ser um direito imposto pela violência por um soberano. Ao revés, o direito fraterno é um direito jurado em comum por pessoas que se reconhecem como livres e iguais em direito. O direito fraterno é, destarte, um direito conjurado, mas jamais o resultado de algo que possa se assemelhar a uma conspiração urdida por quem detém a força (RESTA, 2018).

O direito fraterno é um direito jurado junto por irmãos, homens e mulheres, com um pacto no qual se decide compartilhar regras mínimas de convivência. Portanto ele é convencional, com o olhar dirigido para o futuro. O seu oposto é o ‘direito paterno’, que é o direito imposto pelo ‘pai senhor da guerra’ sobre o qual se deve apenas jurar (*ius iurandum*). A conjuração dos irmãos não é contra o pai, ou um soberano, ou um tirano, um inimigo, mas é por uma convivência compartilhada, livre da soberania e da inimizade. Ele é jurado junto, mas não é produto de uma conspiração (RESTA, 2018, p. 132).<sup>56</sup>

O direito fraterno também é não-violento. Ele resiste inclusive à violência estatal institucionalizada, buscando alternativas ao processo penal de tipo sacrificial:

(...) destituindo o jogo do amigo-inimigo, o direito fraterno è não violento. Não incorpora a ideia do inimigo sob outra forma, e por isso é diferente em relação à guerra. É, dizia-se, jurado junto, mas não produto daquela conspiração que leva simbolicamente à ‘decapitação do rei’ e que, é sabido, traz com ele

---

<sup>56</sup> “Il diritto fraterno è un diritto giurato insieme da fratelli, uomini e donne, con un patto in cui si ‘decide di condividere’ regole minime di convivenza. Dunque è convenzionale, con lo sguardo rivolto al futuro. Il suo oposto è il ‘diritto paterno’, che è il diritto imposto dal ‘padre signore della guerra’ su cui si ‘deve’ soltanto giurare (*ius iurandum*). La coniuratio dei fratelli non è contro il padre, o un sovrano, un tirano, un nemico, ma è per una convivenza condivisa, libera dalla sovranità e dall’ inimicizia. Esso è giurato insieme, ma non è prodotto di una congiura” (RESTA, 2018, p.132).

sentimentos de culpa que sobrevivem ao jogo sacrificial de uma democracia qualquer. Por isso (o direito fraterno) não pode defender os direitos humanos ao mesmo tempo em que os viola; a possibilidade de sua existência está toda em evitar o curto circuito da ambivalência mimética (típica do *phármakon*), que o transforma de remédio em doença, de antídoto em veneno. Deixa aberta a estrada para a mediação antes de chegar ao juiz que diga a última palavra. A minimalização da violência leva a uma ideia de jurisdição mínima, não máxima, e é uma tentativa de resposta àquela ‘tribunalização da história’ que o Ocidente está atravessando (RESTA, 2018, p. 133).<sup>57</sup>

Por derradeiro, o direito fraterno é, sobretudo, “*contra os poderes, de todos os tipos, de uma maioria, de um Estado, de um governo, que, é sabido, exercitam o domínio sobre a vida nua*” (RESTA, 2018, p. 133).<sup>58</sup>

A Constituição de 1988 delinea em seu preâmbulo o projeto constitucional de um direito e de uma comunidade política democráticos na medida em que fraternos. A Constituição estabelece, assim, uma exceção à hipótese benjaminiana de que todo direito é fundado pela violência, e que a partir de então demandará novos atos violentos que o conservem, até que uma nova violência funde um novo direito que por sua vez será conservado com mais violência, e assim sucessivamente.<sup>59</sup>

Ao formular sua teoria sobre a sucessão entre as violências que fundam, conservam e refundam o direito, Walter Benjamin tinha em mente o violento processo histórico de formação dos estados nacionais na Europa, violentamente sucedidos pelos estados iluministas. E, de fato, o Estado-Nação surge com a apropriação estatal (soberana) da prerrogativa de dizer quem é o inimigo contra o qual a violência será exercida<sup>60</sup>. O Estado-Nação só consegue manter a paz em seu interior assegurando

---

<sup>57</sup> “Destituendo il gioco d’ amico-nemico, il diritto fraterno è non violento. Non incorporal’ idea del nemico sotto altra forma, e per questo è differenza rispetto alla guerra. È, si diceva, giurato insieme, ma non prodotto di quella congiura che porta simbolicamente alla ‘decapitazione del re’ e che, è noto, si porta dietro sensi di colpa che sopravvivono al gioco ‘sacrificale’ di qualsiasi democrazia. Per questo non può difendere i diritti umani mentre li sta violando; la possibilità della sua esistenza sta tutta nell’ evitare i cortocircuito dell’ ambivalenza mimética (tipica del *pharmakon*), che lo transforma da rimedio in malattia, da antidoto in veleno. Lascia aperta la strada alla medi-azione prima di aarrivare al giudice che dica l’ ultima parola. La minimizzazione della violenza porta ad un’ idea di giurisdizione mínima, non massima, ed è un tentativo di risposta a quella ‘tribunalizzazione della storia’ che l’ Occidente sta attraversando” (RESTA, 2018, p. 133).

<sup>58</sup> “È dunque contro i poteri, di tutti i tipi, di una maggioranza, di uno Stato, di un governo, che, si sa, esercitano il domínio sulla nuda vita” (RESTA, 2018, p. 133).

<sup>59</sup> “A lei dessa oscilação assenta no fato de todo poder tendente a manter o Direito, no decorrer do tempo, acabar por enfraquecer indiretamente o Direito instituinte do poder nele representado, através da opressão dos poderes contrários e inimigos (ao longo deste trabalho chamamos a atenção para alguns sintomas disso). Essa situação mantém-se até que novos poderes, ou os anteriormente oprimidos, vençam o poder até aí instituinte do Direito, fundando com isso um novo Direito predestinado à decadência” (BENJAMIN, 2016, p. 81/82).

<sup>60</sup> “No novo direito das gentes europeu, a guerra entre Estados surgiu em oposição à guerra religiosa e à guerra civil, neutralizando e superando as oposições entre os partidos. A guerra torna-se agora uma ‘guerra em forma’, ‘une guerre em forme’, pois se torna uma guerra entre Estados europeus como

que a beligerância contra os inimigos exteriores seja permanente. No Estado-Nação a guerra internacional é o preço da paz interna<sup>61</sup> (SCHMITT, 2014).

O constitucionalismo iluminista que eclodiu na Europa a partir do século XVIII reproduziu o código da inimizade inerente aos estados nacionais. Além de encerrarem violentas guerras revolucionárias, as Constituições iluministas também eram o resultado de verdadeiras conspiratas dos revolucionários contra seus inimigos (nobreza, aristocracia, clero). Nesses casos o poder constituinte produziu “o nascimento de uma comunidade estatal, sob conspiração, contra um inimigo identificado” (SILVÉRIO JÚNIOR, 2014, Edição digital). Em decorrência da violência mimética europeia, ainda hoje vigem naquele continente Constituições inspiradas no código da inimizade.

É em razão da secular divisão das pessoas entre amigos e inimigos – que atingiu o paroxismo com o nazismo -, que a Lei Fundamental de Bonn conserva intactas disposições como as de seu artigo 18, *verbis*:

(...) quem, para combater a ordem fundamental livre e democrática, abusar da liberdade de expressar a opinião, particularmente da liberdade de imprensa (artigo 5 § 1º), da liberdade de ensino (artigo 5 § 3º), da liberdade de reunião (artigo 8), da liberdade de associação (artigo 9), do sigilo da correspondência, das comunicações postais e das telecomunicações (artigo 10), do direito de propriedade (artigo 14) ou do direito de asilo (artigo 16 § 2), perde estes direitos fundamentais. Cabe ao Tribunal Constitucional Federal pronunciar-se sobre a perda dos direitos e fixar a sua extensão (ALEMANHA, 1949, p. 26).

---

*tais, claramente delimitados no que concerne ao seu território, um confronto entre unidades espaciais representadas como personae publicae [pessoas públicas] que formam, no solo comum europeu, a ‘família’ europeia e que, desse modo, estão aptas a se ver mutuamente como justii hostes [inimigos justos]. Dessa maneira, a guerra pôde se tornar algo como o análogo de um duelo, um terçar armas entre as personae morales [pessoas morais] territorialmente definidas, que constituem entre si o jus publicum europaeum [direito público europeu], na medida em que dividem entre si o solo da Europa, enquanto o restante do solo da Terra – nessa ordem espacial global, mas ainda inteiramente centrada na Europa – é tratado como livre, isto é, como livremente ocupável pelos Estados europeus. O solo europeu converte-se, de modo particular, em teatro de guerra, o theatrum belli, o espaço circunscrito no qual poderes estatalmente autorizados e militarmente organizados medem forças sob os olhos de todos os soberanos europeus” (SCHMITT, 2014, p. 150/151).*

<sup>61</sup> “A essência do direito das gentes europeu era a circunscrição da guerra. A essência de tais guerras era uma ordenada mediação de forças em um espaço circunscrito e diante de testemunhas. Tais guerras são o contrário de desordem. Nelas encontra-se a mais elevada forma de ordem de que é capaz a força humana. São a única proteção contra o ciclo das represálias que se multiplicam, contra as ações nihilistas de ódio e vingança, cuja finalidade absurda é a aniquilação mútua. A eliminação ou prevenção da guerra de aniquilação só é possível quando se encontra uma forma de medir forças, o que, por sua vez, só é possível quando se reconhece o adversário como inimigo num plano de igualdade, como justus hostis. Com isso se cria a base de uma circunscrição” (SCHMITT, 2014, p. 199).

Na Alemanha o medo do inimigo nazista – embora justificado, dado o terror patrocinado pelo partido nacional-socialista -, é tão intenso que a Corte Constitucional do país possui atribuições para cassar direitos fundamentais de quem atente contra a “*ordem fundamental livre e democrática*”. Em que pese ser historicamente compreensível a existência, no direito Alemão, de dispositivos jurídicos impeditivos da reemergência do nazismo, o texto do artigo 18 da Lei Fundamental não deixa de ser sintoma de uma latência sacrificial: o nazismo totalitariamente caçou seus inimigos, e agora a comunidade política alemã “democraticamente” cassa os direitos fundamentais do inimigo que combate a “*ordem fundamental livre e democrática*”. E de caça em cassação a violência mimética vai fazendo suas vítimas em uma comunidade do sacrifício.

Ainda mais interessante é o ato número XIII das Disposições Transitórias e Finais da Constituição Italiana:

(...) os membros e os descendentes da Casa Savoia não são eleitores e não podem ocupar cargos públicos ou cargos eletivos.  
 Aos ex-reis da Casa Savoia, às suas esposas e aos seus descendentes rapazes é proibida a entrada e a permanência no território nacional.  
 Os bens, existentes no território nacional, dos ex-reis da Casa Savoia, das suas esposas e dos seus descendentes rapazes, são atribuídos ao Estado.  
 As transferências e as constituições de direitos reais sobre tais bens, ocorridas após o dia 2 de junho de 1946, são nulas. (ITÁLIA, 1947, p. 73).

Percebe-se claramente que a Assembleia Constituinte que criou a República Italiana assumiu ares de uma conspiração contra os membros da monarquia do regime antecedente - que, na condição de inimigos, tiveram seus direitos políticos cassados, foram expropriados de seus bens e proibidos de entrar ou permanecer no país. A declaração de inimizade italiana não se limitou aos nobres que efetivamente colaboraram com o fascismo, estendendo-se aos seus descendentes sem qualquer limitação quanto ao grau de parentesco.

Os Savoias – todos eles, sem exceção -, suportaram a condição de inimigos da República Italiana até o ano de 2002, quando a Lei Constitucional 252 foi promulgada para permitir que a família retornasse à Itália. A Lei Constitucional 252 também restituiu aos Savoias o gozo dos direitos políticos, mas a perda de seus bens em favor da República Italiana não foi compensada. Decerto a Lei Constitucional 252 representa um grande passo da Itália em direção a um direito fraterno, mas que em todo caso não cancela a mácula sacrificial congenitamente inscrita na Constituição do

país. A Constituição Italiana não foi conjurada (jurada junto) pelos italianos, mas conspirada contra a Casa Savoia.

A Constituição Brasileira de 1988 rompeu com a lógica sacrificial e com código da inimizade tão comuns no constitucionalismo europeu, cujas marcas da violência ainda se fazem atualmente presentes, por exemplo, nas vigentes Constituições da Alemanha e da Itália. Os militares brasileiros – candidatos naturais a inimigos -, participaram ativamente da redemocratização.

Gize-se, sobre o envolvimento dos responsáveis pelo regime moribundo na construção de uma Nova República, que os militares foram anistiados (Lei 6.683/1979); às forças armadas o poder constituinte reconheceu a importante função interna de garantia “*da lei e da ordem*”<sup>62</sup>; e, finalmente, quando se decidiu pela criação de uma Comissão Nacional da Verdade o artigo 4º, § 4º da Lei 12.528/2011<sup>63</sup> previu que os trabalhos da Comissão não teriam caráter jurisdicional ou persecutório (SILVÉRIO JÚNIOR, 2014, Edição digital). Tudo isso somado, exsurge um quadro político que de maneira alguma pode ser caracterizado como uma conspiração contra os militares. Sobretudo, não houve guerra no processo constituinte brasileiro, que tampouco se deixou governar pelo código da inimizade.

A questão mais importante em relação à sociedade (comunidade fraterna) brasileira consagrada na Constituição de 1988 é que nasceu de um pacto entre irmãos sem conotação de uma conspiração contra um inimigo interno ou externo. Não houve a eleição de um inimigo, inobstante as aspirações do momento fossem baseadas na dura experiência vivida durante a ditadura militar. Tratou-se de construir um modelo de comunidade que consagrasse as aspirações daquele momento, sobretudo deixando bem claro que se trata de uma sociedade fraterna que tem como valores supremos a liberdade e a igualdade, dentre outros. É uma comunidade que nasce sem culpa, que não carrega consigo o sentimento de ter sacrificado o pai, tanto é verdade que não houve derramamento de sangue nem uma revolução armada. Trata-se do nascimento pacífico de uma comunidade fraterna (SILVÉRIO JÚNIOR, 2014, edição digital).

À guisa de conclusão sobre a natureza pacífica e fraterna do processo constituinte brasileiro, pode-se afirmar, junto com João Porto Silvério Júnior, que ele

---

<sup>62</sup> Constituição da República: “Art. 144. As Forças Armadas, constituídas pela Marinha, pelo Exército e pela Aeronáutica, são instituições nacionais permanentes e regulares, organizadas com base na hierarquia e na disciplina, sob a autoridade suprema do Presidente da República, e destinam-se à defesa da Pátria, à garantia dos poderes constitucionais e, por iniciativa de qualquer destes, da lei e da ordem”. (BRASIL, 1988, p. 76).

<sup>63</sup> Lei 12.528/2011: “Art. 4º. (...) § 4º As atividades da Comissão Nacional da Verdade não terão caráter jurisdicional nem persecutório”. (BRASIL, 2011, s/n)

resultou de uma “*vontade de criar uma comunidade por irmãos que juraram em conjunto regras básicas de convivência (Direito Fraterno)*” (SÍLVÉRIO JÚNIOR, 2014, edição digital). Destarte, “*o projeto brasileiro de 1988 é o contratempo a interromper a linearidade do tempo cronológico a possibilitar a quebra do círculo vicioso da mimese da violência, porque pactuado sem derramamento de sangue nem violência*” (SÍLVÉRIO JÚNIOR, 2014, edição digital).

O projeto constituinte brasileiro é uma tentativa de interromper o ciclo mimético em que a carne humana carente de proteção jurídica (corpos incircunscritos) é cotidianamente sacrificada. Ele parece encerra, todavia, um grande paradoxo: consoante se verá no capítulo 5, a Constituição segue admitindo o processo penal como técnica de resolução de situações problemáticas – o que, no juízo da tese, significa retroalimentar o mecanismo sacrificial -, ao mesmo tempo em que seu preâmbulo aponta para a erradicação da violência institucional.

A equacionalização desse paradoxo pressupõe a consciência de que a Constituição é um projeto sempre pendente de realização. Nas palavras de Marcelo Andrade Cattoni de Oliveira,

(...) o momento constituinte não deve ser compreendido como algo estático, que marca sua existência no tempo e se desfaz, logo em seguida. Antes, tal momento deve ser entendido como processo que se prolonga no tempo, algo que iniciado pelo poder constituinte originário do povo enquanto instância plural, e somente por ele, tem continuidade nas práticas cotidianas em que cada cidadão e cada agrupamento social buscam constituir-se de acordo com os preceitos lançados no ato constituinte primário. Em sentido semelhante, a constituição somente pode ser vista como marco inicial de um projeto constituinte, projeto esse que igualmente se prolonga no tempo e, no decorrer deste, deverá ser vivido como um processo de aprendizagem social (CATTONI DE OLIVEIRA, 2012, p. 129).

O projeto constitucional mira o fim de toda violência<sup>64</sup>, mas, enquanto esse ideal não se realiza, a violência institucionalizada há de se diferenciar, na maior

---

<sup>64</sup> Uma leitura apressada de “*A violência e o sagrado*” pode causar a impressão errônea de que é socialmente impossível escapar da violência. No livro, Girard afirma que são conhecidas três maneiras de se lidar com a violência, todas elas também violentas: o sacrifício, a vingança e a punição (sistema penal). Mas Girard também menciona *en passant* um povo que não se enquadrava muito bem no esquema do autor: os Inuítes. Entre os Inuítes os ritos deixaram de ser sacrificiais (nem mesmo animais eram sacrificados) e a vingança e a punição eram desconhecidas. Os Inuítes resolviam suas desavenças por meio de cantigas. O melhor cantador, o autor das melhores rimas, sagrava-se campeão da disputa (GIRARD, 1990). Os Inuítes, recorrendo somente à palavra, conseguiram enganar a violência de uma forma tão eficaz quanto surpreendente à racionalidade ocidental: cantando. Talvez seja o caso de se aprender com os Inuítes como realizar o projeto constitucional de erradicação da violência.



intensidade possível, da violência privada. Até o dia em que se saiba como lidar de maneira não violenta com todas as situações problemáticas que se apresentem à comunidade política, será necessário reafirmar que o direito será tanto mais democrático quanto menos sacrificial for o processo penal. E quando esse dia chegar – mas só quando esse dia chegar -, o Brasil finalmente será um fraterno Estado Democrático de Direito.

### 3 A(S) TEOLOGIA(S) POLÍTICA(S) NAS INTERSEÇÕES COM AS CIÊNCIAS CRIMINAIS

Dados do censo demográfico mostraram que no ano 2000 cerca de 26,2 milhões de pessoas se declaravam evangélicas. Em 2010 esse número já havia saltado para 42,3 milhões de pessoas, também segundo dados do censo. Em 2016, pesquisa do Datafolha indicava que três em cada dez brasileiros acima de 16 anos eram evangélicos. Outra pesquisa, realizada pelo Pew Research Center em 2014, revelou que o Brasil é o país com o maior número proporcional de evangélicos na América Latina (DIP, 2008).

Como não poderia deixar de ser, esse crescimento vertiginoso do número de evangélicos no país se fez refletir no Congresso Nacional. Desse modo, a presença política dos evangélicos é hoje um fato consolidado. “*Os evangélicos se tornaram incontornáveis ao debate nacional e a política brasileira se tornou incontornável aos evangélicos*” (LAGO, 2018, posição 2361). É, destarte, incontroverso que no Brasil atual “*um dos grupos que protagonizam grande parte do debate ideológico e moral são os evangélicos*” (ZÁGARI, 2018, posição 113).

Ao comentar a crescente relevância política do setor evangélico, Davi Lago lembra que ao longo de sua história o Brasil passou por diversos choques culturais: entre indígenas e colonizadores, nativos e portugueses, monarquistas e republicanos. O autor afirma, então, que se vivencia hoje uma situação análoga: o choque entre evangélicos e seculares (LAGO, 2018).<sup>65</sup>

Esse choque entre evangélicos e seculares é fenômeno típico da democracia brasileira. Durante o regime militar a tensão entre os dois grupos praticamente não existia porque os evangélicos adotavam como máxima de conduta o slogan “*crente não se mete em política*”. Com a redemocratização, a máxima segundo a qual a política não era assunto para evangélicos foi substituída pelo slogan “*irmão vota em irmão*” (TREVISAN, 2013, p.33).

---

<sup>65</sup> “*Vivenciamos hoje um novo choque, prenunciado na última década, entre os evangélicos e as estruturas de poder da nação. A ‘voz evangélica’ é agora incontornável na arena pública nacional. Por um lado, os projetos políticos nacionais não podem mais ser pensados/realizados ignorando o grupo religioso ao qual pertence um terço dos brasileiros. Por outro lado, as comunidades evangélicas não podem mais agir como se o país não importasse ou se comportar como se fossem as minorias de tempos passados. É hora de assumir responsabilidades*” (LAGO, 2018, posição 387).

Orientados por essa nova máxima, os evangélicos conseguiram formar uma bancada com 32 parlamentares na Assembleia Nacional Constituinte – 18 deles pentecostais (TREVISAN 2013). O gérmen da ascensão política evangélica foi um amplo movimento da Assembleia de Deus, que visava eleger pelo menos um deputado federal em cada estado da federação nas eleições de 1986. Em entrevista concedida à jornalista Andrea Dip, o sociólogo Paul Freston, que há décadas estuda a ação política evangélica, explicou como se deu essa mobilização:

(...) a maior participação vem em 1986, no fim do regime militar, com a Assembleia Constituinte. A Assembleia de Deus foi o motor disso, inicialmente, e se organizou, desde a cúpula, para ter um candidato oficial, um deputado em cada estado. Eles se organizavam e tentavam apresentar esse candidato nas igrejas, falavam para as pessoas votarem nele. É o que deu origem à bancada evangélica, foi a primeira vez que se falou nisso. A grande novidade é que a maioria era pentecostal (DIP, 2018, posição 837)

Também em entrevista a Andrea Dip, a professora Bruna Suruagy explicou como, a partir da década de 1990, a Igreja Universal replicou e aperfeiçoou a estratégia da Assembleia de Deus:

(...) no início da década de 1990, a Igreja Universal começou a atuar com um plano político estruturado [...] A cúpula da Igreja, formada por um conselho de bispos da confiança de Edir Macedo, indica candidatos em um procedimento absolutamente verticalizado, sem a participação da comunidade. Os critérios para a escolha desses candidatos, de maneira geral, têm base em um certo recenseamento que se faz do número de eleitores em cada igreja ou em cada distrito. Cada templo, cada região tem apenas dois candidatos, que seriam o candidato federal e o estadual. Ela [a Iurd] desenvolveu uma racionalidade eleitoral a partir de uma distribuição geográfica e partidária dos candidatos. Isso mudou um pouco agora, porque existe um partido que é da Universal, o PRB, que fica cada vez mais forte no Congresso (DIP, 2018, posição 845).

Em 2003, quando já contava com 75 deputados federais e 02 (dois) senadores, a bancada evangélica passou a se autodenominar Frente Parlamentar Evangélica. Mas a rigor os evangélicos ainda não constituíam uma frente parlamentar, vez que a normativa interna do Congresso Nacional define como frente parlamentar o agrupamento temático de pelo menos 1/3 dos parlamentares (TREVISAN, 2013).

Em uma consulta rápida ao site da Câmara dos Deputados é possível constatar que a conversão formal da bancada evangélica em Frente Parlamentar Evangélica aconteceu apenas em 09/11/2015. Na ocasião, 198 (cento e noventa e oito) deputados federais e 04 senadores subscreveram o ato de fundação da frente

parlamentar.<sup>66</sup> Em maio de 2019 a Frente Parlamentar Evangélica contava com 120 (cento e vinte) parlamentares ativos. Dentre esses 120 (cento e vinte) parlamentares, 72 (setenta e dois) são pentecostais. Além dos 120 (cento e vinte) membros ativos da Frente Parlamentar Evangélica, outros 83 congressistas subscreveram o documento de instituição da frente para a legislatura 2019/2022. Pode-se dizer, então, que a Frente Parlamentar Evangélica congrega 203 parlamentares, considerando-se nesse cômputo também os simpatizantes “inativos”<sup>67</sup>.

Ainda que formalmente constituída apenas em 2015, desde 2003 que

(...) o grupo organiza-se com presidência, coordenação e equipe de assessoria e conta com uma sala, onde realiza reuniões semanais para discussões de temas do seu interesse. Os parlamentares são divididos por temáticas, pelas quais ficam responsáveis para análise de projetos específicos sempre que necessário, com a subsequente elaboração de parecer e orientação de voto para os demais membros da FPE. Nas reuniões semanais, os assessores informam sobre os projetos em tramitação, que deverão receber análise especializada, distribuem tarefas, incluindo a elaboração de pareceres. A assessoria, que é voluntária, monitora os projetos em tramitação no Congresso nas sextas-feiras a partir das 18h, através da busca digital por palavras-chave. Em seguida, encaminha as providências mais urgentes, que não podem esperar até a reunião de terça feira quando, então, os projetos a serem analisados são repassados aos demais integrantes da Frente. A partir dos pareceres produzidos pelos parlamentares designados, de acordo com suas áreas de formação/especialização, a assessoria elabora discursos específicos e os distribui aos deputados participantes das comissões que os discutem para justificar seus votos. Além disso, as reuniões são utilizadas para tomar decisões e fazer encaminhamentos sobre procedimentos diversos: solicitação de requerimentos de informação, audiências, votações a favor/contra projetos específicos, estratégias para interromper sessão no plenário e nas comissões (TREVISAN, 2013, p. 35/36).

Além da relevância numérica e da invejável capacidade de organização e coordenação dos trabalhos legislativos, a íntima conexão com a base de eleitores é outro fator que incrementa a força política da Frente Parlamentar Evangélica. De acordo com pesquisa realizada pelo PEW Research Center em 2006, as lideranças pentecostais obtêm um nível de confiança entre os fiéis 12% superior à confiança depositada nas demais lideranças religiosas (TREVISAN, 2013).

Assim, a legitimidade depositada pelos fiéis nas suas lideranças religiosas, no momento da eleição de parlamentares pentecostais, recebe um contorno

---

<sup>66</sup>Informação Disponível em <https://www.camara.leg.br/internet/deputado/frenteDetalle.asp?id=53658>, Acesso em 09/07/2019 às 15h:36min.

<sup>67</sup> Informação Disponível em <https://veja.abril.com.br/brasil/a-deus-o-que-e-de-cesar/>, Acesso em 04/07 2019 às 15h:41min.

mais significativo, já que os pentecostais tendem a aceitar mais a ligação entre religião e política do que a população em geral (TREVISAN, 2013, p. 38/39).

A confiança dos fiéis não se explica meramente por questões de fé. Em boa medida, os parlamentares evangélicos de fato merecem essa confiança, pois são pessoas preparadas para a representação de sua base eleitoral: *“a igreja não escolhe mais o seu melhor pastor, mas o melhor profissional dentre os crentes para representa-los, o mais qualificado, o mais inteligente, de modo a qualificar a bancada”* (TREVISAN, 2013, p. 40). Há, inclusive, um movimento de qualificação continuada da assessoria parlamentar dos deputados evangélicos. Após realizar dezenas de entrevistas com os membros da Frente Parlamentar Evangélica, bem como com as respectivas assessorias, a cientista social Janine Trevisan forneceu o seguinte relato:

(...) como pude perceber em contato com os gabinetes, a maior parte dos assessores não era apenas evangélica, mas possuía alguma formação técnica ou mesmo acadêmica relevante, especialmente na área do Direito, o que possibilita o domínio e a utilização desta linguagem. Esse novo perfil tem permitido, como já mencionado, que a Frente Parlamentar Evangélica adicione argumentos jurídicos, por exemplo, aos seus pareceres, de modo a reforçar a importância do estado laico e da não justificativa religiosa para suas opiniões (TREVISAN, 2013, p. 42).

A Frente Parlamentar Evangélica é apenas a face mais visível de um projeto político extremamente sofisticado, mas que não vem recebendo a devida atenção, seja da academia, seja da mídia. Veja-se, nesse sentido, o programa de ação política da Assembleia de Deus, lançado na Convenção Geral das Assembleias de Deus no Brasil em 2002 com o nome de “Cidadania AD Brasil”, estabelecendo três objetivos para as eleições daquele ano:

(...) permitir que as Assembleias de Deus tenham voz política para influenciar nas decisões tomadas nas casas legislativas e pelos que governam o país; eleger candidatos comprometidos com a fé cristã e que sejam instrumentos de ação das Assembleias de Deus junto aos poderes constituídos; e lutar para que os imutáveis princípios da Palavra de Deus sejam o referencial dos que governam e daqueles que fazem as leis (LAGO, 2018, posição 465).

Segundo Davi Lago, projetos semelhantes foram elaborados por outras agremiações evangélicas e seguiram sendo reeditados nas eleições seguintes (LAGO, 2018). Ainda sobre a sofisticação e intensidade da ação política evangélica, que eventualmente assume ares de pirotecnia midiática, Davi Lago informa:

(...) a pujança numérica alçou o seguimento religioso à potência midiática, com emissoras de televisão e rádio; à força motriz no uso dos espaços públicos, com o fluxo regular de milhares de pessoas em concentrações litúrgicas, festivais e eventos como a Marcha para Jesus; à presença ampla aos olhos dos concidadãos, com o erguimento de edificações das mais simples às mais imponentes por todo o tecido urbano (LAGO, 2018, posição 457).

A professora Suzy dos Santos, da UFRJ, aponta que um terço das concessões de televisão no Brasil pertencem a emissoras religiosas. Em entrevista à jornalista Andrea Dip, Suzy dos Santos traçou o seguinte paralelo: “*se houvesse a mesma quantidade de canais sindicais, por exemplo, certamente seria um problema para a democracia. Mas, como é canal religioso, não se fala no assunto*” (DIP, 2018, posição 815).

Como se a penetração midiática da Frente Parlamentar Evangélica já não fosse expressão suficiente da força política do setor, os Republicanos (antigo Partido Republicano Brasileiro - PRB) – chamado nos corredores da Câmara de Deputados de “*o partido da Igreja Universal*” -, conseguiram do Ministério da Educação, durante o governo do ex-presidente Michel Temer, autorização para criar uma faculdade<sup>68</sup>. Segundo informações disponibilizadas no sítio virtual do então Partido Republicano Brasileiro “*a Faculdade Republicana, que terá sede na capital federal, iniciará com curso de graduação em Ciência Política e pós-graduação em Gestão Pública, Direito Eleitoral e Política Contemporânea*”.<sup>69</sup>

Obviamente, não é fruto do acaso o fato de que a primeira faculdade do Brasil ligada a um partido político esteja vinculada justamente ao “*partido da Igreja Universal*”. Muito pelo contrário, trata-se de um projeto político ambicioso, sofisticado, eficiente e bem-sucedido. Projeto político que – é curial que se diga -, está prenhe de intensos significados para as ciências penais.

Como etapa indispensável à realização do projeto político evangélico, em 2012 foi fundada - em sessão solene realizada no Auditório Freitas Nobre da Câmara dos Deputados -, a Associação Nacional dos Juristas Evangélicos (Anajure). Na prática, a Associação Nacional dos Juristas Evangélicos funciona como um braço de auxílio

<sup>68</sup> Informação Disponível em <<<https://veja.abril.com.br/brasil/a-deus-o-que-e-de-cesar/>>>, Acesso em 04/07/2019 às 15h:41min.

<sup>69</sup> Informação Disponível em <<<https://www.prb10.org.br/noticias/prb-nacional/prb-sera-o-primeiro-partido-a-contar-com-uma-faculdade/>>>, Acesso em 04/07/2019 às 16h:17 min.

técnico à bancada evangélica<sup>70</sup>. Segundo reportagem da Pública Agência de Jornalismo Investigativo – publicada no bojo do Projeto Transnacionais da Fé, uma colaboração de 16 (dezesesseis) meios de jornalismo latino-americano, sob liderança investigativa da Columbia Journalism Investigation, da Escola de Jornalismo da Universidade de Columbia (EUA) -, a Associação Nacional dos Juristas Evangélicos

(...) tem atuado de forma incisiva nas Câmaras Legislativas, colaborando em projetos de lei, ajudando a impedir votações, participando de audiências no STF – principalmente em pautas como a descriminalização do aborto e a criminalização da homofobia e angariado aliados poderosos no governo Bolsonaro, como a agora ministra Damares Alves e o ministro da Justiça e Segurança Pública, Sérgio Moro. A Anajure, aliás, lançou nota em apoio ao ministro depois que reportagens do *The Intercept Brasil* divulgaram sua relação de proximidade com o procurador Deltan Dallagnol, chefe da força-tarefa da Lava Jato em Curitiba. Moro e Damares participaram juntos do 6º Congresso Internacional sobre Liberdades Civis Fundamentais da Anajure [...] <sup>71</sup>

---

<sup>70</sup> “Na Câmara dos Deputados, a Anajure é membro fundador especial da Frente Parlamentar Mista da Liberdade Religiosa, Refugiados e Ajuda Humanitária (FPMLRRAH), uma reformulação da Frente Parlamentar Mista para Refugiados e Ajuda Humanitária (FPMRAH), fundada em 2015 por requerimento do então deputado federal Leonardo Quintão. Na época, Quintão, que presidiu a FPMRAH, e o deputado Roberto de Lucena investiram R\$ 500 mil de suas emendas individuais no Orçamento da União para que a frente fosse criada. Hoje, a FPMLRRAH é presidida por Lucena e tem como diretor executivo Uziel Santana, presidente da Anajure. De acordo com seu texto de apresentação, a frente leva como um de seus objetivos ‘inserir o Brasil no contexto internacional da liberdade religiosa’.

Em 2015, os juristas da Anajure participaram da criação, novamente com o deputado Leonardo Quintão, do Projeto de Lei (PL 1.219/15, que instituiu o Estatuto Jurídico da Liberdade Religiosa no Brasil.

(...)

De olho na reforma da Previdência, a associação criou a Comissão de Direito Previdenciário das Igrejas e suas Entidades e dos Ministros de Confissão Religiosa, ‘considerando os direitos e interesses das Igrejas e suas Entidades e dos Ministros de Confissão Religiosa pertencentes ao segmento evangélico e que são apoiados pela ANAJURE’. O objetivo do grupo é a ‘elaboração de estudo e Parecer Técnico sobre a Reforma da Previdência e suas consequências para as Igrejas, suas entidades e seus ministros, considerando a necessidade de atualização das normas para que adequem às necessidades do fenômeno religioso’. Os documentos formulados pela comissão deverão ser entregues ao Congresso ‘a fim de subsidiar as discussões, por meio de parlamentares sensíveis aos temas propostos’, diz a associação em nota.

A Anajure tem atuado também no Senado Federal. Na primeira quarta-feira de junho, 5, os juristas evangélicos articularam com a senadora Daniella Ribeiro (PP-PB) e conseguiram suspender a votação do PL 672/2010, do senador Weverton (PDT-MA), que versava sobre a criminalização da homofobia. Em nota publicada em seu site, a associação disse estar trabalhando ‘junto aos parlamentares para demonstrar a importância de se resguardar a liberdade religiosa e de crença’. O presidente da associação, Uziel Santana, tem viajado a Brasília para articular com parlamentares e angariar apoiadores como ‘o Senador Marcos Rogério (DEM/RO) e a Senadora Simone Nassar Tebet (MDB/MS)’. (Texto Disponível em <<<https://apublica.org/2019/06/associacao-de-juristas-evangelicos-fundada-por-damares-alves-amplia-lobby-no-governo/#Link2>>>, Acesso em 09/07/2019 às 21h:36min).

<sup>71</sup> Texto Disponível em <<<https://apublica.org/2019/06/associacao-de-juristas-evangelicos-fundada-por-damares-alves-amplia-lobby-no-governo/#Link2>>>, Acesso em 09/07/2019 às 20h:56min.

Em 21/03/2019 a Associação Nacional dos Juristas Evangélicos publicou em seu *website* uma nota de apoio irrestrito ao pacote anticrime do Ministério da Justiça e Segurança Pública<sup>72</sup>. Após fazer uma breve análise do teor das alterações legislativas propostas pelo Ministério da Justiça, a nota da associação disse o seguinte:

(...) é certo que o Congresso Nacional é o local adequado e legítimo em termos constitucionais e democráticos para o debate de pontos dos projetos de lei que possam gerar discordâncias na medida em que as propostas feitas forem analisadas. Contudo, de modo geral, importa salientar o caráter histórico das normas contidas no texto apresentado pelo Ministério da Justiça, pois representam esforço sem precedentes no combate à corrupção e à impunidade.

Diante da exposição dos dispositivos acima, entendemos que o pacote anticrime possui estratégias relevantíssimas para o combate de dois problemas centrais enfrentados pela população brasileira: a corrupção e a criminalidade. Assim, posicionamo-nos favoravelmente às medidas que se buscam alcançar por meio dos projetos de lei apresentados, compreendendo que o combate da impunidade é providência a ser tomada com urgência. Nesse sentido, lamentamos o ato do Presidente da Câmara dos Deputados, Rodrigo Maia, de suspender a tramitação da proposta por 90 dias, quando estamos diante de matéria que demanda apreciação impreterível. Conclamamos, portanto, as igrejas brasileiras e a Frente Parlamentar Evangélica a reagir a tal postura, cobrando celeridade na análise do pacote anticrime.

Ante o exposto, a ANAJURE (i) reafirma o seu compromisso em prol do combate à corrupção; (ii) convoca as igrejas e a Frente Parlamentar Evangélica a se engajarem nos debates e procedimentos relativos à aprovação do pacote anticrime; (iii) posiciona-se favoravelmente às medidas propostas pelo Ministério da Justiça e Segurança Pública (MJSP), por entender que representam importantes passos no combate à corrupção e à criminalidade; (iv) comunica que endereçará a presente nota à Comissão especial criada para discutir o pacote, liderada pelo federal João Campos.<sup>73</sup>

É, portanto, insofismável que da simbiótica relação entre a bancada evangélica e a Associação Nacional dos Juristas Evangélicos (ANAJURE) resultou uma defesa

<sup>72</sup> O referido “pacote anticrime” era um projeto de lei, oriundo do Ministério da Justiça e Segurança Pública, que inicialmente foi pensado para transitar no Congresso Nacional como um texto único. Todavia, na Câmara dos Deputados o texto do anteprojeto foi subdividido em três: (I) PL 881/2019, que altera a Lei nº 4.737/1965 (Código Eleitoral), para criminalizar o uso de caixa dois em eleições; (II) PL 882/2019, que altera o Código Penal, o Código de Processo Penal e a Lei de Execuções Penais para estabelecer medidas que supostamente seriam eficazes no combate à corrupção, ao crime organizado e aos crimes cometidos com grave violência à pessoa; (III) PLC 38/2019, que altera o Código Penal e o Código de Processo Penal para modificar as regras de competência da Justiça Comum e da Justiça Eleitoral (CHOUKR, 2019). No decorrer do processo legislativo foram incorporados outros projetos que se encontravam em tramitação no Congresso Nacional – como um de autoria do à época Ministro da Justiça Alexandre de Moraes, bem como trechos do projeto de Código de Processo Penal de iniciativa do então Senador José Sarney, tombado na Câmara como PL 8.045/2019. Dessa colcha de retalhos resultou a Lei 13.964/2019.

<sup>73</sup> Texto Disponível em <<<https://www.anajure.org.br/nota-publica-pacote-anticrime-ministerio-justica-seguranca-publica/>>>, Acesso em 09/07/2019 às 22h:21 min.



enfática de uma legislação penal e processual penal que tende a ser cada vez mais sacrificial.<sup>74</sup> Com efeito, o pacote anticrime do Ministério da Justiça e Segurança Pública - que os juristas evangélicos apoiaram com tanto vigor - era um amontoado de violências sacrificiais que fariam corar o Cristo que emerge dos Evangelhos.<sup>75</sup>

Em que pese o apoio incondicional que o Projeto anticrime recebeu da Frente Parlamentar Evangélica, parte considerável de seus eflúvios autoritários foi contida pelo Congresso Nacional - o que, todavia, não impediu que uma outra parte fosse incorporada à legislação com a aprovação da Lei 13.964/2019. Embora não seja objetivo deste capítulo discorrer sobre o projeto anti-crime ou mesmo sobre a Lei 13.964/2019, uma breve análise do que “sobrou” do projeto na Lei 13.964/2019 pode exemplificar o ideário sacrificial da Frente Parlamentar Evangélica e da Associação Nacional dos Juristas Evangélicos.

Inicialmente preocupa a monetarização da persecução penal levada à cabo pela Lei 13.964/2019 ao introduzir no Código de Processo Penal o artigo 133-A, que autoriza “*a utilização de bem sequestrado, apreendido ou sujeito a qualquer medida assecuratória pelos órgãos de segurança pública*”. (BRASIL, 2019, s/n). O risco é o de as agências penais transformarem o processo penal em meio de obtenção dos recursos que necessitam ou desejam. Trata-se, outrossim, de ameaça real ao patrimônio do cidadão, uma vez que o § 1º do artigo 133-A preconiza que “*o órgão de segurança pública participante das ações de investigação ou repressão da infração penal que ensejou a constrição do bem terá prioridade na sua utilização*”. (BRASIL, 2019, s/n). Gize-se que se está falando de bens sequestrados ou apreendidos no curso de inquérito ou de processo penal pendente de decisão definitiva. Não se trata, portanto, da perda do bem em decorrência de sentença penal condenatória.

Dando continuidade ao ideário sacrificial da Frente Parlamentar Evangélica e da Associação Nacional de Juristas Evangélicos, a Lei 13.964/2019 fez tábula rasa da presunção de inocência enquanto norma de tratamento quando acrescentou ao artigo 310 do Código de Processo Penal um § 2º que criou verdadeira hipótese de prisão preventiva obrigatória “*se o juiz verificar que o agente é reincidente ou que integra*

---

<sup>74</sup> Sobre o processo penal sacrificial, *vide* os capítulos seguintes.

<sup>75</sup> “*Na corda bamba entre o autoritarismo neoliberal e as garantias constitucionais, o juiz-ministro Sérgio Moro parece marcar o equilíbrio tendencioso do atual governo em medidas como o Pacote Anticrime, que alimenta o punitivismo às custas de bases até então assentadas da legalidade, lesividade, individualização da pena, direito penal do fato e separação de poderes*” (FERNANDES, 2019, p.15).

*organização criminosa armada ou milícia, ou que porta arma de fogo de uso restrito*". (BRASIL, 2019, s/n).

Em relação aos crimes de competência do Tribunal do Júri, a alínea 'e' do *caput* do reformado artigo 492 do Código de Processo Penal prevê a execução provisória de pena decorrente de decisão em primeira instância, sem necessidade cautelar, "*no caso de condenação a uma pena igual ou superior a 15 (quinze) anos de reclusão*". (BRASIL, 2019, s/n).

A Lei 13.964/2019 acrescentou o artigo 1º-A à Lei 12.694/2012 para autorizar os Tribunais de Justiça e os Tribunais Regionais Federais a instalar varas criminais colegiadas para processar e julgar "*crimes de pertinência a organizações criminosas armadas ou que tenham armas à disposição*"; o crime do artigo 288-A do Código Penal; e as infrações penais conexas aos crimes anteriormente mencionadas (BRASIL, 2019, s/n). Há de se ficar claro desde a largada que a existência de juízos colegiados já em primeiro grau é, em tese, salutar. Todavia, a criação desses juízos colegiados só poderia ter sido feita por Emenda Constitucional. Em trabalho precedente sobre os juízos colegiados da Lei 12.694 o autor da tese já expôs as razões jurídicas desse entendimento:

(...) no Brasil, os órgãos estáveis e permanentes do judiciário que exercem funções jurisdicionais são apenas o Supremo Tribunal Federal, o Superior Tribunal de Justiça, os Tribunais Regionais Federais e Juízes Federais, os Tribunais e Juízes do Trabalho, os Tribunais e Juízes Eleitorais, os Tribunais e Juízes Militares e os Tribunais e Juízes dos Estados e do Distrito Federal e Territórios (CR, art. 92), além, é claro, dos Tribunais do Júri (CR, art. 5º, XXXVIII) e dos Juizados Especiais Criminais (CR, art. 98). Portanto, a atribuição de competência jurisdicional a qualquer outro órgão, por lei complementar ou ordinária, ou mesmo decreto, caracterizaria a criação de juízo de exceção, que é expressamente vedada pela Constituição da República (CR, art. 5º, XXXVII) (DALLE, 2016, p. 226).

E um pouco adiante acrescentou-se:

(...) dessa forma, nenhuma lei, ato normativo ou mesmo provimento monocrático, como no caso da Lei 12.694/2012, poderá determinar a criação ou convocação *ad hoc* de órgãos jurisdicionais diversos daqueles constitucionalmente previstos. Ao discorrer sobre a impossibilidade de criação de juízo ou Tribunal cuja existência não tenha sido expressamente admitida pela Constituição, BADARÓ explica que 'se a constituição veda os Tribunais de exceção (CF/1998, art. 5º, XXXVII), já assegura que somente poderão exercer a função jurisdicional os órgãos integrantes do Poder Judiciário. E, como a mesma Constituição, expressamente, prevê a composição orgânica do judiciário (art. 92 combinado com o art. 5º, XXXVII, e art. 98, *caput* e § 1º), evidentemente, são estas autoridades, e somente estas, que têm o poder de julgar, segundo a Constituição (2014, p. 148).'

Diante da inexistência de disposição constitucional expressa que faculte ao legislador a criação de um colegiado de primeiro grau com competência para o julgamento de crimes que envolvam organização criminosa, qualquer lei ordinária que assim disponha, tal como a Lei 12.694/2012, será inconstitucional, por manifesta afronta ao art. 5º, XXXVII da CR; e, como não poderia deixar de ser, qualquer juízo assim criado ou convocado não passará de um Tribunal de exceção (DALLE, 2016, p. 238/239).

Quanto à execução penal, a Lei 13.964/2019 ampliou as hipóteses de faltas graves; recrudesciu as regras do regime disciplinar diferenciado; e proibiu a progressão de regime, o livramento condicional ou quaisquer outros “*benefícios prisionais*” ao condenado por integrar organização criminosa, “*se houver elementos probatórios que indiquem a manutenção do vínculo associativo*” (nova redação do artigo 2º, § 8º, da Lei 12.850/2013). (BRASIL, 2019, s/n).

Na mesma toada, vários tipos penais tiveram as penas a eles correspondentes aumentadas ou foram incluídos no rol dos crimes hediondos (BRASIL, 2019, s/n).

Por fim, o projeto anticrime pretende fazer uso de tecnologia de ponta de forma semelhante a uma ficção distópica. Na distopia planejada pelo Ministério da Justiça e Segurança Pública e acolhida pela Lei 13.964/2019, as agências penais poderão colher – no curso das investigações ou por ocasião da identificação criminal -, as impressões digitais, de íris, face e voz dos investigados. Acaso as diligências não tenham sido realizadas no curso das investigações ou da identificação criminal, o recolhimento das impressões digitais, de íris, face e voz deverá ser providenciado pelo estabelecimento prisional, ainda que se trate de preso provisório. O objetivo disso tudo será alimentar o Banco Nacional Multibiométrico e de Impressões Digitais, criado junto ao Ministério da Justiça e Segurança Pública (BRASIL, 2019, s/n).

Em termos simples, o que se quer é transformar as agências encarregadas da persecução penal em órgãos de obtenção coercitiva e irrestrita das informações genéticas dos cidadãos, contornando assim a vedação constitucional à identificação criminal do civilmente identificado. Isso porque a redação dada aos dispositivos que regulamentam o recolhimento de dados multibiométricos é tão ampla que, na prática, todo cidadão que pisar em uma delegacia poderá ter seu corpo escaneado.

Registre-se, em acréscimo, que o interesse da bancada evangélica – desde 2012 escoltada pela Associação Nacional dos Juristas Evangélicos -, pela questão criminal antecede, e muito, o pacote anticrime. Para ser mais preciso, a contínua expansão de um sistema jurídico-penal de tipo sacrificial parece congênita à bancada evangélica, que é grande entusiasta do Estatuto do Nascituro (PL 478/2007, da

Câmara dos Deputados), que exaspera as penas do aborto e o transforma em crime hediondo; do PL 4646/2016, que estabelece a surreal pena de reclusão, de três a dez anos, para o crime de auxílio, induzimento ou instigação ao aborto (o PL 4646/2016 foi anexado ao PL 4703/1998, e encontra-se pendente de apreciação pelo plenário); do PL 4396/2016, que estipula aumento de pena no caso de aborto cometido em casos de microcefalia ou anomalia do feto; do PL 5069/2013, que acrescenta o artigo 127-A ao Código Penal, para criar o tipo penal de anúncio de meio abortivo, com penas de 04 a 08 anos de detenção ou de 05 a 10 anos de reclusão, se o autor for agente público; do PL 1545/2011, que cria o artigo 128-A do Código Penal, estipulando penas de 06 a 20 anos para o médico que pratica aborto fora das hipóteses legais; e do PL 5166/2006, que dispõe sobre o crime de antecipação terapêutica de parto de feto anencefálico ou inviável (DIP, 2018).

Já o PDC 565/2012, de autoria do Pastor Marco Feliciano, conta com a seguinte ementa: *“susta a aplicação da decisão do Supremo Tribunal Federal proferida na Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 54, que declara não ser crime a antecipação terapêutica do parto de anencefálicos”* (DIP, 2018, posição 2188).

A bancada evangélica também é partidária da criminalização da homossexualidade. Nesse desiderato, apresentou o PL 5774/2016, que torna contravenção penal o uso de banheiro público que não corresponda ao sexo biológico do agente; o PL 7382/2010, que prevê penas de um a três anos de reclusão para o crime de discriminação contra heterossexuais; e o PL 3235/2015, que criminaliza comportamentos que induzam à ideologia de gênero. Se aprovado o PL 3235/2015, a utilização dos termos “Gênero” e “orientação sexual” em materiais didáticos, atos normativos e planos e programas governamentais passará a ser crime cuja pena poderá chegar a dois anos de privação de liberdade. (DIP, 2018)

Em tramitação na Câmara dos Deputados, o PL 4879/2016 tem a seguinte ementa: *“qualifica o homicídio cometido contra líderes eclesiais cristãos, em decorrência do ministério evangélico, ou em razão dele, bem como inclui referido delito no rol dos crimes hediondos”* (DIP, 2018, posição 1770). Na mesma direção, o PL3938/2004 agrava as penas nos crimes cometidos contra o patrimônio de organizações religiosas ou contra o patrimônio de pessoas que participam de cultos religiosos (DIP, 2018).

Há também o PL 1804/2015, que aumenta a pena para o crime de ultraje a culto (artigo 208 do Código Penal), além de torná-lo crime hediondo, sob a justificativa de que a “crisofobia” seria um fenômeno que assolaria o Brasil (DIP, 2018).

A ciência não passa incólume pela sanha sacrificial-criminalizante da bancada evangélica, que quer, com o PL 5134/2005, tornar crime inafiançável a pesquisa com células-tronco obtidas de embrião humano (DIP, 2018)

A bem da verdade, a bancada evangélica por vezes assume um verniz minimalista. Assim, apresentou o PL 6314/2005, que descriminaliza a injúria e difamação praticadas por professor ou ministro religioso (DIP, 2018).

Como facilmente se nota, os evangélicos são atores políticos qualificados e fortemente interessados na questão criminal. Dadas a atual expressividade e intensidade de atuação dos seus representantes no Congresso Nacional, dificilmente um movimento de reforma da legislação penal ou processual penal – por mínima que seja -, pode desconsiderar o vigor da bancada evangélica. Tamanha força política por si só justifica a abordagem do processo penal desde a perspectiva da(s) teologia(s) política(s), sendo esse o propósito declarado da tese.

### **3.1 A teologia política de Carl Schmitt: o *continuum* entre religião e direito**

É célebre a proposição de Carl Schmitt segundo a qual “*todos os conceitos expressivos da moderna doutrina de Estado são conceitos teológicos secularizados*” (SCHMITT, 1996, p. 109). Exemplo mais contundente dessa continuidade entre o religioso e o jurídico é, para Schmitt, a correspondência entre o milagre e o estado de exceção: assim como o milagre é a suspensão das leis naturais pela vontade divina, o estado de exceção é a suspensão do ordenamento jurídico pelo soberano. Daí a não menos célebre definição de soberano como “*aquele que decide sobre o estado de exceção*” (SCHMITT, 1996, p. 87).

Outrossim, se o estado de exceção é o milagre laicizado, o soberano é um deus secular. No estado de exceção o soberano opera um milagre, consistente na suspensão do direito em nome da conservação do Estado. A teologia política de Schmitt assume, assim, ares de uma “*apologia teológica da soberania*” (SILVA, 2019, p. 45/46). Na medida em que se configura como o correspondente secular do milagre, o estado de exceção, mais do que legitimado, é desejado. O estado de exceção é o milagre que impede a dissolução da ordem social em um caos irrefreável. “*Ou seja,*

*equiparar o decreto do estado de exceção ao milagre não é apenas uma analogia, é dizer que o estado de exceção é o milagre do mundo secularizado*” (SILVA, 2019, p. 46).

Uma vez constatada a homologia entre os principais conceitos teológicos e políticos – *“a impenetrável mescla de política e religião, do político e do teológico”* (SCHMITT, 2009, p. 102)<sup>76</sup> - Schmitt cunhou a expressão teologia política para designá-la. A teologia política parte, portanto, da afirmação de uma *“identidade estrutural dos conceitos que a teologia e o direito utilizam em suas argumentações e em seus conhecimentos”* (SCHMITT, 2009, p. 69);<sup>77</sup> ou, então, da *“relação entre a teologia e o direito como duas ciências que em boa medida trabalham com conceitos estruturalmente compatíveis”* (SCHMITT, 2009, p. 115).<sup>78</sup> Portanto, desde a teologia política a afinidade estrutural entre os conceitos teológicos e os conceitos jurídicos e políticos se impõe tanto à teoria quanto à prática do direito.

De acordo com Schmitt, o Estado não é uma criação *ex nihilo*, razão pela qual não pode ser concebido como o resultado de algo semelhante a um curto-circuito de um pensamento que o tenha concebido da noite para o dia. Muito longe disso, o Estado é *“uma roupagem jurídica da benevolência de Deus”* (SCHMITT, 1996, p.111); ele encobre uma ficção religiosa com uma ficção jurídica. Enfim, o Estado é o fruto inacabado de uma teologia política que *“fundamenta no único Deus a transcendência do poder soberano”* (AGAMBEN, 2011, p.13).<sup>79</sup>

O poder político é, dessa forma, uma derivação do poder religioso, como demonstra o *“tempo dos princípios”* a que se refere Georges Balandier (BALANDIER, 1969, p.93). De fato, nos primeiros grupamentos humanos, de tipo clânico, a

<sup>76</sup> “(...) *La impenetrable ‘mezcla’ de política y religión, de lo político y lo teológico*” (SCHMITT, 2009, p. 102).

<sup>77</sup> “(...) *la identidad estructural de los conceptos que la teología y el derecho utilizan en sus argumentaciones y sus conocimientos*” (SCHMITT, 2009, p.69).

<sup>78</sup> “(...) *la relación entre la teología y el derecho como dos ciencias que en buena medida trabajan con conceptos compatibles estructuralmente*” (SCHMITT, 2009, p. 115).

<sup>79</sup> “(...) *quem se der ao trabalho de examinar a literatura da jurisprudência positiva do direito de Estado até seus últimos conceitos e argumentos, verá que o Estado interfere em todos os lugares como um ‘Deus ex machina’, decidindo uma controvérsia por meio da legislação positiva, cuja ação livre de reconhecimento jurídico poderia levar a uma solução esclarecedora, ou então como o benévolo e generoso que prova uma superioridade sobre suas próprias leis por meio de benevolências e anistias. É sempre a mesma identidade inexplicável – como legislador, executivo, policial, instância de clemência, previdenciário -, de modo que um observador que se dá ao trabalho de olhar de uma certa distância o quadro geral da jurisprudência atual, tem a impressão de ver uma enorme encenação do tipo ‘capa-e-espada’, em que o Estado age sob várias roupagens, mas continua sempre como aquela mesma pessoa invisível. A ‘onipotência’ do legislador moderno, um conceito encontrado em qualquer cartilha de direito do Estado, não foi extraída da teologia só verbalmente. Mesmo nas particularidades da argumentação emergem reminiscências teológicas (...)*” (SCHMITT, 1996, p.110/111).

sacralidade do poder político decorria do culto aos mortos que eram divinizados pelo clã. A liderança justificava-se porque o chefe do clã era o ponto de contato entre as deidades mortas e os vivos, tendo assim acesso ao conhecimento dos antepassados, essencial à condução da comunidade. Desta feita, já no início dos tempos engendrou-se uma profunda imbricação entre o sagrado e o político. Mas se na origem poder e religião se confundem, então “*o poder nunca é inteiramente esvaziado do conteúdo religioso*” (BALANDIER, 1969, p.94).

Balandier explica que o Estado sempre conserva algo de religioso. Estado e religião teriam, por definição, uma natureza semelhante, pois ambos se situam – ou parecem se situar –, além da vida real. Os fundamentos legitimadores de um e de outro são – ou querem ser -, sempre transcendententes: “*ambos contribuem para impor a conformidade a uma ordem global apresentada como condição de toda vida e de toda existência social*” (BALANDIER, 1969, p.100).

Em suma, é sempre um mesmo fim – a ordem -, o que buscam tanto a religião quanto o Estado, e isto os aproxima sobremaneira: “*a homologia do sagrado e do político só existe na medida em que esses dois conceitos são regidos por uma terceira noção, que os domina: a noção de ordem*” (BALANDIER, 1969, p.101).<sup>80</sup>

Esse culto à ordem que está na gênese da religião e do Estado decorre de um conhecimento que a antropologia demonstra ser comum a todas as sociedades, e que diz respeito à vulnerabilidade, à delicadeza da coesão social. Sabendo-se frágil, toda sociedade luta pela sua preservação; política e religião até agora são as armas mais eficazes que o engenho humano concebeu para se manter em pé nessa batalha. Isso porque os ritos da religião e da política rememoram a coesão social dos primórdios; por meio deles, “*a sociedade reencontra o antigo verdor representando a própria gênese*” (BALANDIER, 1969, p. 104), fazendo ressurgir a coesão social sempre em vias de se perder.

Todavia, a teologia política de viés schmittiano postula que a reconstituição ritual dos primórdios não basta para se garantir a ordem social – fim último tanto da religião quanto do Estado. É necessário instituir uma cisão no corpo social - uma divisão de tipo amigo/inimigo -, de modo tal que o problema da teologia política

---

<sup>80</sup> Um pouco mais adiante o autor afirma que “*o sagrado e o político contribuem conjuntamente para a manutenção da ordem estabelecida; suas dialéticas respectivas semelham a que constitui esta última – e, juntas, refletem a que é própria de todo sistema real ou pensado. É a possibilidade de constituir uma totalidade organizada, uma cultura e uma sociedade, que os homens reverenciam através dos guardiães do sagrado e dos depositários do poder*” (BALANDIER, 1969, p. 102).

também deve ser colocado a partir da questão do inimigo (SCHMITT, 2009b). Como explica Villacañas, Schmit

(...) pensava que o sentido da *rex mixta* teologia-política só podia se organizar se se identificasse um terreno intelectual específico, que ia mais além do dogma estritamente eclesial, mas que incorporava suficientes elementos espirituais para identificar ante o povo cristão o seu inimigo político, que devia ser apresentado como herético ou gentílico (VILLACAÑAS, 2009, p. 167).<sup>81</sup>

Tem-se, assim, que para Carl Schmitt a religião – e não apenas o Estado - também pode adquirir o *status* do político. Para tanto, é suficiente que a comunidade religiosa se defina e se constitua em uma relação de oposição com o inimigo:

(...) uma comunidade religiosa que, como tal, lidera guerras, seja contra os membros de outras comunidades religiosas, seja outro tipo de guerra, constitui uma unidade política para além da comunidade religiosa. Ela é, então, também uma grandeza política quando, apenas em sentido negativo, detém a possibilidade de influência sobre aquele processo decisivo, quando ela está em condições de evitar guerras através de uma proibição endereçada a seus membros, i.e., de negar normativamente a qualidade de inimigo de um adversário (SCHMITT, 2009b, p. 39/40)

. A comunidade política – seja ela religiosa ou estatal -, pressupõe o inimigo como condição de possibilidade de sua própria existência. Da perspectiva interna à comunidade política, ela só existe porque também existe um inimigo externo à comunidade que deve ser combatido. Ausente o inimigo, a comunidade política torna-se privada dos fundamentos para a sua existência, haja vista que o medo do inimigo é constitutivo dos laços de cooperação comunitária. Assim, quando não há inimigos é preciso criá-los. Do contrário, a comunidade política padeceria o risco de desintegração a partir de seu próprio interior:

(...) na medida em que um povo tem sua existência na esfera do político, ele tem que, mesmo se for apenas para o caso mais extremo – mas é ele que decide se há ou não -, determinar, ele próprio, a distinção entre amigo e inimigo. É aí que reside a essência de sua existência política. Quando não mais possui a capacidade ou vontade para fazer essa distinção, ele cessa sua existência política (SCHMITT, 2009b, p. 53).

---

<sup>81</sup> “Schmitt, por su parte, pensaba que el sentido de la *rex mixta* teología-política sólo podía organizarse se se identificaba un terreno intelectual específico, que iba más allá del dogma estrictamente eclesial, pero que incorporaba suficientes elementos espirituales como para identificar ante el pueblo cristiano a su enemigo político, a quien se debía presentar también como herético o gentil” (VILLACAÑAS, 2009, p. 167).



Na teologia política de Schmitt a inimidade é o cerne do conceito do político. Uma oposição entre os indivíduos só é intensa o suficiente para caracterizar-se como política quando é capaz de situar de um lado os amigos e do outro os inimigos. “*A diferenciação especificamente política, à qual podem ser relacionadas as ações e os motivos políticos, é a diferenciação entre amigo e inimigo*” (SCHMITT, 2009b, p. 27). Para o autor, a diferenciação entre amigo e inimigo serve para determinar o grau de “*uma união ou separação, de uma associação ou desassociação*” (SCHMITT, 2009B, p. 28) que torna inócua – justamente pela sua intensidade, que tudo engloba -, qualquer outra diferença no interior da comunidade política (comunidade de amigos). Entre os amigos as diferenças religiosas, morais, estéticas, sociais, filosóficas, etc., pouco importam, pois eles estão unidos contra um inimigo comum. Analogamente, entre inimigos as semelhanças religiosas, morais, estética, sociais, filosófica, etc. não são levadas em conta, uma vez que eles se odeiam.

De acordo com Carl Schmitt a história da modernidade é a história da progressiva neutralização dos centros de referência que permitiam à comunidade política identificar seus inimigos. No século XVI, a teologia era o centro de referência que indicava o lado correto nas guerras religiosas que deram origem aos estados nacionais. No século XVII, a metafísica (ciências) neutralizou a teologia, que

(...) se vê abandonada, já que é uma área de disputas e de que se procura uma outra área neutra. A área central de até agora é neutralizada por deixar de ser área central e, no terreno da nova área central, espera-se encontrar o mínimo de harmonia e premissas comuns, o qual possibilitará segurança, evidência, entendimento e paz (SCHMITT, 2009b, p. 96).

Mas a era da metafísica (ciências) não entregou a paz esperada, configurando ao revés o “*espaço dos conflitos científico-políticos no século XVII*” (MARRAMAO, 2018, p. 60). O século XVIII buscou, então, neutralizar a metafísica com a moral humanista, o que resultou em novas divisões de tipo amigo-inimigo que irão se coroar com as guerras revolucionárias. Finalmente, o século XIX será o palco da tentativa de neutralização da moral humanista pela economia, que levará a Europa à luta de classes (MARRAMAO, 2018).

Esse deslocamento sucessivo dos centros de referência, em que o centro emergente busca neutralizar os conflitos decorrentes do centro antecedente – da teologia à metafísica; da metafísica à moral humanista; e da moral humanista à

economia -, levou Carl Schmitt a formular uma espécie de lei do desenvolvimento histórico europeu, segundo a qual

(...) faz parte da dialética de tal desenvolvimento que sempre se crie justamente através do deslocamento da área central uma nova esfera de luta. No novo campo, primeiramente considerado neutro, desenvolve-se imediatamente com nova intensidade a oposição entre os homens e interesses, e tanto mais forte quanto mais firme se toma posse da nova área específica. A humanidade europeia sempre migra de uma área de luta para uma área neutra, a área neutra recém conquistada sempre se torna, imediatamente, uma área de luta outra vez, tornando-se necessária a procura por novas esferas neutras. Mesmo o cientificismo natural não foi capaz de instituir a paz. As guerras de religião transformaram-se nas guerras nacionais do século XIX, determinadas meio ainda culturalmente, meio já economicamente, se convertendo, por fim, simplesmente nas guerras econômicas (SCHMITT, 2009b, p. 97).

No contexto de surgimento e neutralizações sucessivas de novos centros de referência descrito por Schmitt, o Estado se vale desses centros para eleger os inimigos da comunidade política.

Sobretudo, inclusive o Estado retira da respectiva área central sua realidade e sua força, pois os temas de disputa determinantes dos agrupamentos em amigos e inimigos se determinam igualmente consoante a determinante área específica (SCHMITT, 2009b, p. 94).

Em grande medida, a existência de um centro de referência torna mais “simples” a vida do soberano. Se já existe um centro que identifica os inimigos, o soberano se vê desonerado da obrigação de decidir quem é o inimigo. Mas essa “vida fácil” do soberano chegou ao fim com a neutralização de toda referencialidade central pela técnica, a partir do final do século XIX. Diz o autor:

(...) já no século XIX, o progresso técnico se torna tão admirável e, por conseguinte, as situações sociais e econômicas se modificam de forma tão rápida que todos os problemas morais, políticos, sociais e econômicos são tomados pela realidade desse desenvolvimento técnico. Sob o imenso sugestionamento de invenções e realizações, sempre novos e surpreendentes, surge uma religião do progresso técnico, para o qual todos os outros problemas se solucionarão por si mesmos por meio do próprio progresso técnico. Tal crença era evidente e natural para as massas dos países industrializados. Estas saltaram todos os níveis intermediários característicos para o pensamento das elites dirigentes, e nelas a religião da crença em milagres e no além logo se transforma, sem membro intermediário, em uma religião do milagre técnico, das realizações humanas e do domínio da natureza. Uma religiosidade mágica transmuta-se em uma tecnicidade igualmente mágica. Assim, o século XX aparece, em seu início, como a idade não só da técnica, como também de uma crença religiosa na técnica (SCHMITT, 2009b, p. 92).

O problema, para Schmitt, é que a técnica não consegue entregar o que ela promete. Ela não é capaz de eliminar os conflitos entre os homens. Ao contrário, a suposta neutralidade da técnica, a sua ausência de referentes externos (transcendentes), pode tornar esses conflitos incontroláveis: “*a técnica não pode fazer nada além de aumentar a paz ou a guerra, ela está disposta a ambos de igual modo*” (SCHMITT, 2009b, p. 102).

A técnica sempre é apenas instrumento e arma e, precisamente, porque serve a todos, é que ela não é neutra. Da imanência do técnico não resulta uma única decisão humana e espiritual, e menos ainda a decisão à neutralidade. Toda espécie de cultura, todo povo e toda religião, toda guerra e toda paz pode se servir da técnica como arma. O fato de os instrumentos e armas se tornarem cada vez mais úteis, só faz aumentar a probabilidade de um uso real. Um progresso técnico não precisa ser nem um progresso metafísico nem moral, e nem mesmo econômico. Se, hoje, ainda muitas pessoas esperam do aperfeiçoamento técnico também um progresso humanitário-moral, elas associam, então, de uma maneira totalmente mágica, técnica e moral, sempre pressupondo, ademais, um tanto ingenuamente, tão somente que a grandiosa instrumentária da técnica hodierna só será utilizada em seu sentido próprio, i.e., sociologicamente, que eles mesmos serão senhores dessas temíveis armas e que poderão reivindicar o imenso poder a elas relacionado. Porém, a técnica mesma permanece, se me é permitido assim o dizer, culturalmente cega. Por conseguinte, do puro ‘nada além da técnica’ não se pode tirar uma única conclusão dentre as que são deduzidas, como de costume, das áreas centrais da vida espiritual: nem um conceito de progresso cultural, nem o tipo de um *clerc* ou líder espiritual, nem de um determinado sistema político (SCHMITT, 2009b, p. 98/99).

Algumas linhas adiante, Schmitt apresenta sua arrebatadora conclusão a respeito da técnica:

(...) a decisão sobre liberdade e servidão não reside na técnica enquanto técnica. Ela pode ser revolucionária e reacionária, servir à liberdade e à opressão, à centralização e à descentralização. De seus princípios e pontos de vista tão somente técnicos não resulta nem um questionamento político nem uma resposta política (SCHMITT, 2009b, p. 99).

A técnica é carente de critério político. Ela não detém a fórmula para dizer quem é amigo e quem é inimigo, e, justamente por isso, não é capaz de prover a coesão social que os centros de referência precedentes – teologia, metafísica, moral humanista e economia -, asseguravam. Guiada pela cegueira da técnica, a sociedade corre o risco de dar com a cara em um muro qualquer e se esfacelar.

Diante da ausência de parâmetros de decidibilidade da técnica, cabe ao soberano decidir. Decidir sobre o estado de exceção que suspende o ordenamento jurídico, e, sobretudo, decidir quem é o inimigo que será afetado pela exceção:

(...) o processo de contínua neutralização das diversas áreas da vida cultural chegou a seu fim, pois chegou à técnica. A técnica não mais é terreno neutro no sentido daquele processo de neutralização e toda política forte se servirá dela. Portanto, conceber o século presente em um sentido espiritual como o século da técnica é um fato que só pode ser tratado como provisório. O sentido definitivo só vai resultar quando se mostrar qual tipo de política é forte o suficiente para se apoderar da nova técnica e quais são os verdadeiros agrupamentos em amigos e inimigos que surgem sobre o novo terreno (SCHMITT, 2009b, p. 102).

Em uma sociedade que já não pode mais contar com Deus enquanto fator de gregarismo, a decisão sobre o estado de exceção é para Schmitt o milagre que permite ao Estado se conservar. No pensamento do autor, a teologia política susenta um Estado autoritário que precisa ser legitimado para a conservação da ordem, justamente porque as pessoas não acreditam mais em Deus, mas apenas na técnica - a despeito de a técnica ser incapaz de assegurar a integridade dos grupamentos humanos. A teologia política de Schmitt opera um deslocamento da fé na religião para a fé no Estado autoritário *“em um mundo anárquico e envenenado pela velocidade irracional da técnica”*. Trata-se, assim, de um substituto funcional de Deus *“quando ele não é mais possível, construindo e reconstruindo ordens sempre precárias mediante a ditadura do sabre”* (MATOS, 2018, p. 14/15).

A teologia política de Carl Schmitt – não obstante o seu autoritarismo que permite tudo a um taumaturgo soberano que pela sua livre decisão mantém hígidos os laços sociais -, é de extrema relevância teórica para o processo penal por dois motivos.

O primeiro motivo consiste na colocação em evidência das origens teológico-religiosas das atuais categorias do Estado. A teologia política de Carl Schmitt confirma a hipótese de Giacomo Marramao, para quem a secularização não significa a definitiva e irrevogável separação entre Estado e Religião, mas um dialético jogo de espelhos em que a imagem espelhada do religioso retroalimenta o estatal e vice-versa. Argumenta o autor que há, entre Estado e Religião, um profícuo intercâmbio simbólico:

(...) o conflito entre os poderes não coloca de manifesto uma diferenciação, mas sobretudo um jogo de espelhos no qual um tende a assumir as prerrogativas do outro: a igreja se ‘estataliza’ (assumindo as características

de centralização e de racionalização burocrática) e o Estado se 'eclesializa' (aumentando as características sacras e ritualizando os próprios procedimentos (MARRAMAQ, 1998, p. 26).

Como visto no capítulo anterior, o processo penal é o relicário do sacrifício, é uma instituição estatal cuja gênese remonta ao sacrifício religioso e dele conserva muitos traços. Destarte, compreender como a imagem espelhada do sacrifício ainda hoje nutre o processo penal é o primeiro passo no caminho da realização do projeto constitucional de uma comunidade política não-sacrificial, de uma comunidade política que supere o código de inimizade e por fim se liberte da violência, até mesmo da violência supostamente legitimada pela observância do procedimento que permite a sua realização.

O segundo motivo pelo qual a tese considera a teologia política de Schmitt como um marco teórico relevante para o processo penal reside na possibilidade de aplicá-la de ponta cabeça. Aplicada de forma invertida, a teologia política de Carl Schmitt pode deixar de ser uma “*apologia teológica da soberania*” (SILVA, 2019, p. 45/46) para, ao revés, transformar-se num indicador do que é inadmissível no processo penal. Se simplesmente transposta para o processo penal, a teologia política (apologia teológica da soberania) de Schmitt com certeza obstará qualquer normalidade, ou seja, a observância da legalidade constitucional. Isso porque se o processo penal for compreendido como espaço de atuação da soberania, a suspensão das leis processuais estará autorizada. Mas se a teologia de Schmitt puder funcionar como índice de sacrificialidade do processo penal, ela poderá permitir que gradualmente se exorcize do processo penal os traços que ele ainda conserva dos sacrifícios.

Quem melhor virou de ponta cabeça a teologia política de Schmitt foi Walter Benjamin. Ao destacar, na tese VIII sobre o conceito de história, que “*a tradição dos oprimidos nos ensina que o estado de exceção no qual vivemos é a regra*” (BENJAMIN, 2005, p. 83), Benjamin lançou os holofotes sobre um ponto crucial na obra de Carl Schmitt: para Schmitt, a dor decorrente do estado de exceção é irrelevante; Schmitt “*ignora quase completamente aqueles que sofrem com a decisão do estado de exceção*” (SILVA, 2019, p. 74). Já para Benjamin, o que importa é sobretudo o sofrimento que o estado de exceção causa. Benjamin escancara que para

os oprimidos o estado de exceção é ininterrupto. Para eles, não há normalidade, mas apenas vulneração da regra.

Daí que nos capítulos vindouros a tese procurará se valer da teologia política de Carl Schmitt apenas para aplicá-la ao contrário, ou seja, para identificar o que o processo penal conserva dos sacrifícios para então propor uma depuração. Destarte, não se almeja uma justificação teológica do processo penal sacrificial enquanto espaço de atuação da soberania, mas uma “limpeza” – sempre incompleta -, do muito que resta de sacrificial no processo penal mediante o correlacionamento de alguns de seus institutos e práticas concretas com a teologia política. Em suma, a teologia política de Carl Schmitt é um *phármakon*. Aplicada ao contrário, ela pode funcionar como remédio. Para subministrar esse *phármakon*, será de grande valia a inversão da teologia política proposta por Benjamin.

Porém, antes de iniciar a faxina antecipada no parágrafo anterior a tese pretende levar a sério a recomendação de Ramon Mapa da Silva, para quem a teologia política deve ser revisitada por outros autores, que a observem “*pelo prisma das vítimas*” (SILVA, 2018, p. 107) da milagrosa exceção soberana que nunca deixou de fazer sofrer.

### **3.2 As teologias políticas de Boaventura de Sousa Santos: a ação político-religiosa**

Boaventura de Sousa Santos identifica duas políticas normativas prevalentes na atualidade: os direitos humanos e as teologias políticas. Tendo em vista, então, possíveis zonas de contato entre as políticas de direitos humanos e as teologias políticas, o autor se propõe a

(...) realizar um exercício de tradução intercultural entre estas duas políticas normativas, procurando zonas de contato para tradução entre elas, donde possam emergir energias novas ou renovadas para a transformação social radical e progressista (SANTOS, 2014, posição 104).

Diversamente de Carl Schmitt, Santos não fala em teologia política, mas em teologias políticas, no plural. É, porém, crucial notar que as teologias políticas assumem para Santos um sentido diverso da teologia política de Schmitt. Ao falar em teologias políticas, Santos não está preocupado com as homologias entre o Direito e

a religião, mas com os movimentos políticos de inspiração religiosa que aspiram por maior presença da religião nos debates públicos (SANTOS, 2014).

Nas palavras do próprio Boaventura de Sousa Santos, teologias políticas são *“as concepções da religião que partem da separação entre a esfera pública e a privada para reclamar a presença (maior ou menor) da religião na esfera pública”* (SANTOS, 2014, posição 97). Em outra passagem o autor será ainda mais explícito: *“designo por teologia política os diferentes modos de conceber a intervenção da religião, como mensagem divina, na organização social e política da sociedade”* (SANTOS, 2014, posição 479).

Santos relata que a inspiração para pesquisar as teologias políticas e suas relações com os direitos humanos adveio da própria experiência como militante. Ao longo de décadas de militância, Santos identificou que entre muitos ativistas de direitos humanos – em especial aquelas com formação religiosa acentuada -, o pensamento crítico ocidental e a ação política secular gradativamente cedeu lugar à

(...) efervescência criativa e energia apaixonada e intensa com referências transcendentais ou espirituais que, longe de as afastarem das lutas materiais e bem terrenas por um outro mundo possível, mais profundamente as comprometem com estas (SANTOS, 2014, posição 119)

A fim de se compreender o alcance das considerações de Boaventura de Sousa Santos, é preciso partir de uma postura não dogmática em relação aos direitos humanos; ou, em termos mais simples, admitir que nem tudo vai bem, apesar da beleza dos discursos humanistas. Nessa toada, o autor contrasta a *“hegemonia dos direitos humanos como linguagem da dignidade humana”* (SANTOS, 2014, posição 143) com o factual déficit de implementação e observância desses direitos, observável a nível mundial. Ele conclui, então, que *“a grande maioria da população mundial não é sujeito de direitos humanos. É objeto de discursos de direitos humanos”* (SANTOS, 2014, posição 147).<sup>82</sup>

A partir desse fosso entre a realidade e o discurso, Boaventura de Sousa Santos se pergunta se os direitos humanos de fato contribuiriam na melhoria das condições de vida da massa de explorados, excluídos e discriminados; ou se, ao

---

<sup>82</sup> Na mesma esteira de Boaventura de Sousa Santos, Hugo Baracho de Magalhães e José Luiz Quadros de Magalhaes enfatizam que *“a identidade deste sujeito nacional constitucional, representada pela Constituição da República de 1988, não se aplica ainda a uma parcela da população que tem seus direitos fundamentais não reconhecidos e, logo, diariamente desrespeitados”* (MAGALHÃES; MAGALHÃES, 2016, posição 640).

contrário, os direitos humanos não seriam um mecanismo sutil de exploração, exclusão e discriminação: “*será a hegemonia de que goza hoje o discurso dos direitos humanos o resultado de uma vitória histórica ou, pelo contrário, de uma derrota histórica?*” (SANTOS, 2014, posição 147).

A pertinência do questionamento de Santos pode ser melhor ilustrada com um exemplo fornecido pelo próprio autor. Considere-se a Declaração dos Direitos Humanos das Nações Unidas. Tal documento foi, desde a sua promulgação, incessantemente louvado pelos manuais de direitos humanos que lhe seguiram. Todavia, na Declaração a ONU reconhece apenas duas categorias de sujeitos de direito: o indivíduo e o Estado. Portanto, a Declaração de Direitos da ONU reconhece os povos apenas na medida em que eles se organizam sob a forma estatal. Tendo isso em mente, para os povos indígenas do Brasil, que não se organizaram sob a forma estatal, a Declaração de Direitos da ONU seria uma vitória ou uma derrota?<sup>83</sup>

Na visão do autor, o importante mesmo não é responder a esse questionamento, mas, independentemente da resposta que a ele se dê, buscar sempre uma utilização contra-hegemônica<sup>84</sup> dos direitos humanos, tendo em vista, senão o fim, pelo menos a mitigação da exploração, da exclusão e da discriminação social.<sup>85</sup> O que o autor propõe é, portanto, uma atitude de suspeita em relação ao

---

<sup>83</sup> Sobre o reconhecimento dos direitos dos povos indígenas pela ONU, Boaventura de Sousa Santos acrescenta que “*mais de trinta anos teriam ainda de passar antes que o direito dos povos indígenas à autodeterminação fosse reconhecido nas Nações Unidas pela Declaração dos Direitos dos Povos Indígenas, adotada pela Assembleia Geral em 2007*”. (SANTOS, 2014, posição 260).

<sup>84</sup> Sobre hegemonia e contra-hegemonia Boaventura de Sousa Santos explica que “*a hegemonia é um feixe de esquemas intelectuais e políticos que são vistos pela maioria das pessoas (mesmo por muitos dos que são negativamente afetados por ela) como fornecendo o entendimento natural ou único possível da vida social, Por outro lado, a contra-hegemonia resulta de um trabalho organizado de mobilização intelectual e política contra a corrente, destinado a desacreditar os esquemas hegemônicos e fornecer entendimentos alternativos credíveis da vida social*”. (SANTOS, 2014, posição 410) Um pouco mais adiante o autor afirma considerar “*hegemônica, no nosso tempo, uma rede multifacetada de relações econômicas, sociais, políticas, culturais e epistemológicas desiguais baseadas nas interações entre três estruturas principais de poder e dominação – capitalismo, colonialismo e patriarcado – que definem a sua legitimidade (ou dissimulam a sua ilegitimidade) em termos do entendimento liberal do primado do direito, democracia e direitos humanos, vistos como a personificação dos ideais de uma boa sociedade. Paralelamente, considero ser contra-hegemônica a mobilização social e política que se traduz em lutas, movimentos ou iniciativas, tendo por objetivo eliminar ou reduzir relações desiguais de poder e transformá-las em relações de autoridade partilhada, recorrendo, para isso, a discursos e práticas que são inteligíveis transnacionalmente mediante tradução intercultural e articulação de ações coletivas*” (SANTOS, 2014, posição 434)

<sup>85</sup> “*Qualquer que seja a resposta dada a estas perguntas, a verdade é que, sendo os direitos humanos a linguagem hegemônica da dignidade humana, eles são incontornáveis, e os grupos sociais oprimidos não podem deixar de perguntar se os direitos humanos, mesmo sendo parte da mesma hegemonia que consolida e legitima a sua opressão, não poderão ser usados para a subverter? Ou seja, poderão os direitos humanos ser usados de modo contra-hegemônico? Em caso afirmativo, de que modo?*” (SANTOS, 2014, posição 147)



discurso dos direitos humanos, justamente por ser esse discurso a expressão ideológica dos grupos sociais que exercem hegemonicamente o poder. Suspeita que há de engendrar, portanto, uma utilização contra-hegemônica desse mesmo discurso, em prol dos que são meramente submetidos ao poder (e ao discurso) hegemônico (SANTOS, 2014).

A suspeita de Santos em relação aos direitos humanos é, basicamente, uma suspeita quanto às razões que levaram ao ocaso das utopias. Segundo o autor, o discurso hegemônico dos direitos humanos substitui as utopias enquanto linguagem de transformação social e melhoria das condições de vida (SANTOS, 2014) O indivíduo ocidental, titular de direitos humanos, é, também, um indivíduo carente de utopias. Em suma, o discurso dos direitos humanos é uma neutralização dos discursos utópicos.

Segundo Santos, o pensamento dominante na modernidade dividiu o mundo de maneira abissal: de um lado do abismo, as sociedades metropolitanas; do outro lado, as colônias. Do lado de lá dessa linha abissal, ou seja, nas metrópoles, desenvolveram-se ideias, teorias e práticas com aplicabilidade reduzida no mundo colonial. O discurso dos direitos humanos é um dos frutos dessa cisão abissal do globo terrestre, historicamente concebido para ter uma abrangência estritamente metropolitana. No entender do autor, essa linha de exclusão não foi, todavia, eliminada com o fim do colonialismo:

(...) tenho vindo a defender que esta linha abissal, que produz exclusões radicais, longe de ter sido eliminada com o fim do colonialismo histórico, continua sob outras formas (neocolonialismo, racismo, xenofobia, permanente estado de exceção na relação com alegados terroristas, trabalhadores imigrantes indocumentados, candidatos a asilo ou mesmo cidadãos comuns vítimas de políticas de austeridade ditadas pelo capital financeiro). O direito internacional e as doutrinas convencionais dos direitos humanos têm sido usados como garantes dessa continuidade (SANTOS, 2014, posição 171).

Os direitos humanos constituem, portanto, apenas o discurso sobre a dignidade humana que prevaleceu no mundo metropolitano e para o mundo metropolitano. Das disputas que resultaram na hegemonia dos direitos humanos, ficaram de fora outros discursos de dignidade humana, em voga nos territórios coloniais, mas nem sequer consideradas na Europa. Assim, a hegemonia fática dos direitos humanos só pode ser considerada como discurso universal da dignidade humana se demonstrar possuir

potencial de emancipação humana também para os povos que restaram excluídos do debate europeu.

O fato de as outras gramáticas e linguagens de emancipação social terem sido derrotadas pelos direitos humanos só poderá ser considerado inerentemente positivo se se mostrar que os direitos humanos têm um mérito, enquanto linguagem de emancipação humana, que não se deduz apenas do fato de terem saído vencedores. Até que tal seja mostrado, o triunfo dos direitos humanos pode ser considerado, para uns, um progresso, uma vitória histórica, e, para outros, um retrocesso, uma derrota histórica. (SANTOS, 2014, posição 195)

Prova maior de que o discurso dos direitos humanos pode ter um anverso opressor são as diversas vezes em que, ao longo da história, eles foram descontextualizados para justificar, *v.g.*, o terror durante a Revolução Francesa, a ocupação napoleônica do Egito, a ocupação do Iraque, as leis de exceção antiterror, etc. (SANTOS, 2014). Destarte, não há como desconsiderar que

(...) o mesmo discurso de direitos humanos significou coisas muito diferentes em diferentes contextos históricos e tanto legitimou práticas revolucionárias como práticas contrarrevolucionárias. Hoje, nem podemos saber com certeza se os direitos humanos do presente são uma herança das revoluções modernas ou das ruínas dessas revoluções. Se têm por detrás de si uma energia revolucionária de emancipação ou uma energia contrarrevolucionária. (SANTOS, 2014, posição 221)

Por fim, há sempre que se ter em mente que os direitos humanos constituem “*o patamar mais baixo de inclusão*” (SANTOS, 2014, posição 236) – seja ela social, econômica, política ou jurídica. Quer isso dizer que os direitos humanos nivelam a todos por baixo, assegurando – pelo menos no nível do discurso -, apenas o mínimo necessário a uma existência digna. Desde essa perspectiva, os direitos humanos não podem ser hegemonicamente concebidos como ponto de chegada, mas de partida. Portanto, em uma concepção contra-hegemônica, os direitos humanos não pode(ria)m neutralizar as utopias; antes disso, eles deve(ria)m fomentá-las.

Uma vez feita a crítica dos direitos humanos enquanto discurso proveniente do pensamento abissal, Boaventura de Sousa Santos passa a se ocupar das teologias políticas. O autor identifica as cada vez mais renitentes demandas de reinserção da religião na vida pública – e, de conseguinte, no Estado -, como um fenômeno global. No entender do autor, este é um dos aspectos de uma globalização contra-hegemônica, isto é, que recusa “*a imposição das normas culturais ocidentais e a*

*destruição das não ocidentais causada ou agravada pela globalização hegemônica*” (SANTOS, 2014, posição 402)<sup>86</sup>

A despeito dessa demanda crescente por admissão de aspectos da vida religiosa também na vida do Estado, o suposto confinamento da religião ao espaço privado “*é hoje um elemento central do imaginário político de raiz ocidental*” (SANTOS, 2014, posição 463). Em que pese as homologias entre Estado e religião terem sido apontadas por Carl Schmitt já na década de 1920, a ortodoxia política ainda não se deu conta delas.

Ao contrário do que permitiria supor uma crença cega nos conceitos de laicidade e secularização, as teologias políticas são uma realidade social e exigem sempre com maior frequência a intervenção da religião no espaço público (e, por extensão, nos assuntos estatais). Todavia, as teologias políticas divergem bastante quanto à extensão, ao âmbito e aos critérios com que deve ser levada a cabo uma tal intervenção. As teologias políticas são, portanto, extremamente heterogêneas, e cada uma delas oferece suas respectivas respostas quanto ao papel da religião na esfera pública e no Estado. Diante de tamanha cacofonia, Boaventura de Sousa Santos formulou a seguinte tipologia: teologias políticas pluralistas *versus* teologias políticas fundamentalistas e teologias políticas progressistas *versus* teologias políticas tradicionalistas.

### **3.2.1 Teologias políticas pluralistas versus teologias políticas fundamentalistas**

A primeira advertência que Boaventura de Sousa Santos faz em relação a essas tipologias é a de que existem versões de teologias pluralistas e fundamentalistas tanto no cristianismo quanto no islamismo<sup>87</sup>. Assim, o fundamentalismo não é uma exclusividade do Islã, consoante imaginário

---

<sup>86</sup> Em síntese, a globalização contra-hegemônica é, para Boaventura de Sousa Santos, o movimento de transnacionalização das lutas por reformas sociais e melhorias nas condições de vida: “*A globalização contra-hegemônica consiste em articulações transnacionais entre movimentos sociais e ONGs, sejam elas o Fórum Social Mundial, a Assembleia Geral dos Movimentos Sociais, a Cúpula dos Povos, a Via Campesina, a Marcha Mundial das Mulheres, o Movimento Indígena Mundial, em conjunto com redes transnacionais de advocacia sobre temas específicos de resistência à globalização hegemônica*”. (SANTOS, 2014, posição 410)

<sup>87</sup> Como o Brasil é um país eminentemente cristão – sendo consideravelmente reduzido o número de judeus e muçulmanos entre nós -, a presente tese se ocupará estritamente das considerações de Boaventura de Sousa Santos sobre as teologias políticas cristãs, que são as que efetivamente contribuíram e contribuem para moldar nossas formas de organização social e política.

predominante pelo menos desde os atentados de 11 de setembro de 2001. Aliás, o autor faz questão de ressaltar que o fundamentalismo surgiu no início do século XX entre protestantes da Califórnia, com o objetivo inicial de combater o ensino das teorias evolucionistas nas escolas norte-americanas (SANTOS, 2014).

No entender dos fundamentalistas, sejam eles cristãos ou islâmicos, a revelação divina contida nos livros sagrados “é concebida como o princípio estruturante de organização da sociedade em todas as suas dimensões”. Dessa forma, “a organização da vida social e política deve seguir a interpretação literal dos livros sagrados sempre que estes existam” (SANTOS, 2014, posição 521). Tem-se, assim, que para os fundamentalistas a revelação é expressão de uma razão divina e eterna, sendo isso motivo suficiente para a religião “ser onipresente e permear todas as dimensões da vida por igual” (SANTOS, 2014, posição 1405).

Grosso modo, para as teologias fundamentalistas cristãs a forma de organização legítima é a cidade de Deus agostiniana, da qual a Igreja é a extensão terrena. A Igreja seria, assim, “a forma exemplar de comunidade humana” (SANTOS, 2014, posição 552). De maneira consentânea com essas ideias, os fundamentalistas cristãos agem politicamente para reproduzir no Estado a organização da Igreja – que, por sua vez, seria a reprodução terrena da cidade de Deus. Eles buscam, nas palavras de Boaventura de Sousa Santos, “a cristianização das estruturas do Estado” (SANTOS, 2014, posição 1028). Nessa toada, os fundamentalistas cristãos postulam reformas legislativas para alterar as políticas públicas em relação ao aborto, à homossexualidade, ao ensino do evolucionismo nas escolas, ao direito de família, etc.

Em relação ao que considera ser o fundamentalismo cristão no contexto específico brasileiro, Boaventura de Sousa Santos teceu duras linhas:

(...) a expansão dos movimentos fundamentalistas cristãos por todo o mundo, quer por meio da missão proselitista, quer por meio dos recursos eletrônicos, tem um impacto político importante. Ao expandir-se, estes movimentos também se ‘indigenizam’. No Brasil, por exemplo, o neopentecostalismo ou terceira onda do pentecostalismo é um capítulo do evangelicalismo que congrega denominações oriundas do pentecostalismo clássico ou mesmo das igrejas cristãs tradicionais (batistas, metodistas, etc.). Uma boa parte destes movimentos possui ou utiliza canais de televisão, rádio, jornais, editoras e portais ou páginas web próprias. Hoje<sup>88</sup>, os neopentecostais formam a segunda maior bancada do Congresso Nacional do Brasil com 59 parlamentares, o que explica que nas três últimas eleições o debate eleitoral tenha estado centrado na questão do aborto, e não em temas como a economia, a habitação ou a educação, ou que Marco Feliciano,

---

<sup>88</sup> O texto foi publicado em 2014.

um pastor da Igreja Evangélica Assembleia de Deus, se tenha tornado presidente da Comissão Parlamentar para os Direitos Humanos e proposto uma lei controversa conhecida como 'cura gay', que, caso fosse aprovada, permitiria aos psicólogos tratar a 'homossexualidade' como uma doença. A extraordinária difusão do fundamentalismo cristão é um fenômeno de cultura de massas, não de cultura popular. Esta última, tão importante para as teologias da libertação, assenta na valorização do autêntico e autóctone, do que corresponde a uma identidade específica, contextualizada no tempo e no espaço. A densidade cultural e vivencial desta autenticidade exige um esforço de tradução intercultural da parte da mensagem e dos mensageiros e mensageiras cristãos para que a evangelização não surja como um ato de violência pura e dura. Ao contrário, as correntes fundamentalistas, sobretudo as neopentecostais, transformam a sua performance no único contexto relevante e para ela congregam o estranho e o familiar, o inteligível e o ininteligível, o ancestral e o hipermoderno, como se fossem componentes homogêneos do mesmo artefato religioso. Como diz Lehmann, referindo-se à Igreja Universal do Reino de Deus, no Brasil, uma próspera multinacional religiosa, 'adota imprecisões, gestos e símbolos retirados diretamente dos cultos de possessão [do candomblé e umbanda, religiões afro-brasileiras], mas sem nenhum sinal de uma teoria identitária ou autoctonia. Estas práticas são simplesmente tomadas de empréstimo porque os líderes ou os pregadores acreditam na sua efetividade (SANTOS, 2014, posição 1110).

Portanto, o fundamentalismo cristão no Brasil não é um simples movimento de recusa da política ou do Estado. Muito pelo contrário, ele adota técnicas sofisticadas de penetração na estrutura do Estado, com o fito de pautar a política e o direito do país:

(...) não estamos, pois, perante movimentos que rejeitam a participação nas estruturas econômicas e políticas, em nome de uma nostalgia teocrática pura e simples, mas sim perante estratégias de envolvimento nessas mesmas estruturas, utilizando os mecanismos que lhes são próprios, com o objetivo de influenciar a sua agenda (SANTOS, 2014, posição 1118).

As teologias políticas pluralistas, por seu turno, postulam que a revelação deve constituir um contributo à organização social e política. Todavia, elas admitem que essa contribuição pode e deve ser relativizada. Desde essa perspectiva, a revelação não orienta *a priori* todos os aspectos da vida, mas está à disposição da razão humana para eventualmente ser levada em consideração.

Segue a síntese do próprio Boaventura de Sousa Santos:

(...) segundo as teologias pluralistas, a revelação ocorre num dado contexto social e político, e o seu valor humano depende da sua abertura a novos contextos, tornando-se relevante pela forma como responde às necessidades sociais e existenciais de um determinado tempo. Em suma, uma religião na história. Segundo as teologias fundamentalistas, pelo contrário, a revelação, sendo eterna, é acontextual e, portanto, contém em si mesma todas as possíveis necessidades históricas, assim como todos os acidentes que

conduziram à sua emergência. Em suma, uma história dentro da religião (SANTOS, 2014, posição 544).

Boaventura de Sousa Santos explica que as teologias pluralistas cristãs aceitam a separação entre Estado e sociedade civil, mas negam que a religião seja um problema eminentemente privado. Dessa forma, tais teologias políticas interferem diretamente na vida pública – por meio das famílias, das instituições da sociedade civil, das organizações não governamentais, das comunidades eclesiais, da mídia, etc. -, até mesmo com o eventual “*objetivo de exercer alguma influência sobre o Estado*” (SANTOS, 2014, posição 552). Todavia, não perseguem o objetivo de reproduzir no Estado a organização da cidade de Deus.

### **3.2.2 Teologias políticas tradicionalistas versus teologias políticas progressistas**

As teologias políticas tradicionalistas intervêm na política visando a manutenção do *status quo* mediante a legitimação de um poder político que é diretamente derivado da autoridade religiosa. Elas

(...) fazem uso dos dados teológicos de modo a enfatizar as ideias políticas que reconduzem a autoridade política à autoridade religiosa com o propósito de proporcionar à política a estabilidade e imunidade que a religião possui. (SANTOS, 2014, posição 590).

As teologias cristãs tradicionalistas negam que a experiência religiosa dos opressores possa ser distinta das dos oprimidos, e, portanto, que possa haver uma religião dos opressores e outra dos oprimidos:

(...) no Cristianismo, uma teologia tradicionalista significa, por exemplo, que a distinção entre a religião dos oprimidos e a religião dos opressores, não possa ser aceite. O que de outra perspectiva é visto como a religião do opressor – uma religião espiritualista, burguesa, sem posição crítica em face das injustiças estruturais (Metz, 1980) – é considerado o padrão de experiência religiosa legítima, ao mesmo tempo que a religião dos oprimidos é estigmatizada ou ignorada (SANTOS, 2014, posição 597).

Já as teologias políticas cristãs progressistas estão alicerçadas na distinção entre a religião do opressor e a religião do oprimido<sup>89</sup>. Como exemplo, Boaventura de Sousa Santos cita a teologia da libertação, muito em voga na América Latina:

(...) a teologia da libertação concebe a fé como libertadora apenas na medida em que possa contribuir para a libertação estrutural e coletiva dos pobres. Estes constituem tanto o objeto desta teologia (a sua preocupação central) como o seu sujeito (visto que são protagonistas da história e da sua interpretação) e o lugar social a partir do qual a teologia deverá ser enunciada. A teologia da libertação constitui, em si, uma constelação de teologias, nas quais a categoria do 'pobre' se desdobra contextualmente, abrangendo as vítimas do capitalismo e os povos oprimidos pelas potências coloniais e pós-coloniais (afrodescendentes, indígenas) bem como o 'melting pot' resultante de encontros (Dussel, 2009), mas também de violações de culturas e de corpos (Gonzalez, 2004) (SANTOS, 2014, posição 622).

Essas teologias progressistas são contrárias à constituição de novas formas de dominação política religiosamente legitimadas. Pelo contrário, acreditam que a emancipação humana só acontecerá com a equânime colaboração de todas as religiões. Não há, portanto, que se confundir o termo "progressista", utilizado por Boaventura de Sousa Santos em sua tipologia das teologias políticas, com o "progresso" tão duramente criticado por Walter Benjamin. O que Benjamin considerava inaceitável no progresso era justamente o descaso pelos vencidos, a (des)consideração dos oprimidos enquanto meras florezinhas esmagadas no canteiro da história; enfim, a definição da pobreza como mero efeito colateral do devir histórico (MATE, 2011). A causa anti-progresso de Benjamin é, portanto, a mesmíssima causa das teologias progressistas a que se refere Boaventura de Sousa Santos, como muito bem adverte Michel Lowy, para quem Walter Benjamin foi um precursor da teologia da libertação latino-americana (LOWY, 2005).

Mais especificamente, as teologias cristãs progressistas insistem na reativação do movimento sociológico iniciado por Jesus, qual seja, a luta contra as injustiças e a opressão. Sob essa ordem de ideias a fé é considerada "*como uma instância crítica dos imperialismos políticos reiterados pelas formas imperialistas de Cristianismo*" (SANTOS, 2014, posição 655).

---

<sup>89</sup> "*Pelo contrário, as teologias cristãs progressistas fundam-se na distinção entre a religião dos oprimidos e a religião dos opressores e criticam severamente a religião institucional como sendo a religião dos opressores. Uma vez que, segundo eles, não é legítimo separar a análise da religião da análise das relações de produção, a religião dos opressores é, na modernidade ocidental, uma religião do capitalismo*" (SANTOS, 2014, posição 605)

Boaventura de Sousa Santos conclui, então, que as teologias pluralistas e progressistas são dotadas de elevado potencial contra-hegemônico. Na medida em que dialogam com outras crenças, reconhecem o Estado como organização sócio-política, não absolutizam os cânones religiosos e buscam incessantemente a melhoria das condições de vida dos pobres e oprimidos, tais teologias políticas podem se constituir em excelentes fontes “*de articulação entre os movimentos religiosos e seculares que lutam por uma sociedade mais justa e digna*” (SANTOS, 2014, posição 679).

### **3.2.3 As turbulências na zona de contato entre os direitos humanos e as teologias políticas**

As teologias políticas referidas acima formam zonas de contato com o discurso hegemônico dos direitos humanos, dando azo a interações que podem assumir formas múltiplas, tais como resistências, rejeições, assimilações, imitações, traduções, subversões, enfim, uma gama incontável de turbulências que aponta para eventuais limites da política de direitos humanos. Turbulências que, outrossim, seriam mesmo de se esperar, tendo em vista que o discurso dos direitos humanos foi antes de tudo uma imposição do Norte Global.<sup>90</sup>

Dentre essas turbulências, Boaventura de Sousa Santos inicia por indicar aquela decorrente do *habitus principiorum*, ou seja, a prática de se invocar princípios de direitos humanos ao mesmo tempo em que sistematicamente se deixa de observá-los.

A modernidade ocidental herdou esse *habitus* e transformou-o num princípio de ação política, consagrado pelo constitucionalismo moderno: os catálogos de direitos humanos reconhecidos pelas constituições modernas têm vindo a tornar-se crescentemente inclusivos, mas as práticas políticas prevaletentes continuam a cometer ou tolerar violações, muitas vezes massivas, dos direitos humanos (SANTOS, 2014, posição 1210).

---

<sup>90</sup> “*Estas concepções chocaram-se sempre com outras concepções rivais. Os povos que entraram na zona de contato com a modernidade ocidental fizeram-no em condições de inferioridade forçada, como foi tipicamente o caso do colonialismo. Muitos foram forçados a abandonar as concepções que os tinham guiado antes de chegar à zona de contato, outros adotaram de modo mais ou menos voluntário os novos princípios ou apropriaram-se deles, conferindo-lhes outros sentidos. A força das novas concepções raramente residiu em si mesmas, mas antes no poder daqueles que as queriam impor. Ao longo de uma história multissecular, alternaram-se períodos de imposição mais ou menos violenta (entre a guerra e a conversão, entre a pilhagem e o comércio, entre o assimilacionismo e o multiculturalismo)*” (SANTOS, 2014, posição 1239).



Santos explica que as tensões surgem a partir do momento em que as teologias políticas desnudam o caráter eventualmente retórico do discurso dos direitos humanos, sempre a padecer de déficits de implementação. Em acréscimo, as teologias políticas também apresentam alternativas a esse discurso:

(...) a resiliência da discrepância entre princípios e práticas e a hipocrisia dos direitos humanos convencionais a este respeito têm alimentado a presente turbulência na zona de contato entre princípios rivais. O falhanço histórico dos direitos humanos ‘universais’ na produção de modos de vida individual e coletiva consonantes com os seus princípios abriu espaço para a reemergência cultural e política de princípios alternativos. Os princípios dos direitos humanos são, deste modo, confrontados com outras gramáticas de dignidade humana, sejam elas subjacentes às teologias políticas, ou incorporadas nos modos de vida dos povos indígenas e nas suas cosmovisões ancestrais e não ocidentais (SANTOS, 2014, posição 1224).

Dessa feita, a emergência das teologias políticas no contexto brasileiro pode ser compreendida como um movimento de reação ao fracasso do discurso dos direitos humanos em implementar melhorias significativas nas condições de vida da população. As teologias políticas têm a capacidade de revelar que a novidade dos direitos humanos muitas vezes pode se resumir a belas palavras; que as práticas que eles engendram por vezes serão as mesmas de sempre – excludentes e autoritárias. Ou, nos termos empregados pelo próprio Boaventura de Souza Santos, que há *“muitas desigualdades e discriminações que não são consideradas violações de direitos humanos ou que são silenciadas pelos discursos e práticas dominantes dos direitos humanos”* (SANTOS, 2014, posição 1494)<sup>91</sup>.

Esse ponto é especialmente problemático no processo penal, em que o discurso dos direitos humanos encobre a desfiguração pelo processo e a mortificação pela pena de prisão<sup>92</sup>. As garantias constitucionais do processo e os limites às penas

<sup>91</sup> “A natureza convencional dos discursos dos direitos humanos reside não só numa certa promiscuidade cúmplice entre a proclamação abstrata dos direitos humanos e a resignação perante as violações sistemáticas dos direitos humanos, como sobretudo na trivialização do sofrimento humano contido nessas violações. Esta trivialização decorre em boa medida do discurso normalizado (em sentido foucaultiano) das organizações de defesa dos direitos humanos, com um forte componente estatístico que reduz ao anonimato dos números o horror da degradação humana e do sofrimento injusto. Neutraliza-se assim a presença desestabilizadora do sofrimento com base na qual seria possível fundar a razão militante e a vontade radical da luta contra um estado de coisas que produz de modo sistemático o sofrimento injusto. Pela sua insistência na narrativa concreta do sofrimento das vítimas e da sua luta contra os opressores, as teologias políticas progressistas podem contribuir para tornar o sofrimento injusto numa presença intolerável que desumaniza tanto as vítimas quanto os opressores, quanto ainda aqueles que, não se sentindo nem vítimas nem opressores, veem no sofrimento injusto um problema que não lhes diz respeito” (SANTOS, 2014, posição 1962).

<sup>92</sup> Sobre desfiguração e mortificação, vide capítulos seguintes.

desumanas e degradantes – de resto inobservados -, naturalizam tanto o processo penal quanto a pena. Verifica-se, assim, a consolidação da crença de que o processo penal de tipo sacrificial e a pena que o encerra sempre existiram e sempre existirão (daí a necessidade de limites), não havendo o que se fazer a esse respeito, senão dar continuidade a uma realidade imutável. Em suma, o discurso dos direitos humanos, aplicado ao processo penal, encobre o discurso abolicionista que a tese se propõe a resgatar da teologia política cristã-primitiva. Ou, ao reverso, o abolicionismo da teologia política dos primeiros cristãos revela como o sacrifício e a mortificação podem ser praticados à sombra dos direitos humanos.

Uma vez desvelado pelo princípio abolicionista de não violência do cristianismo primitivo, o processo penal sacrificial - ainda que desenvolvido em irrestrita observância dos princípios do modelo constitucional de processo -, deixará transparecer toda sua essência vicariante: ele apenas substitui (I) a morte pelo sacrifício por uma mortificação pela prisão, mediada pelos princípios constitucionais do processo e (II) a vingança surda e muda dos agentes privados pela vingança posta em discussão no processo. À violência religiosa do sacrifício ou à violência privada da vingança, o processo penal opõe apenas a frieza da violência institucionalizada sob a forma estatal.<sup>93</sup>

Um segundo tipo de turbulência na zona de contato dos direitos humanos com as teologias políticas é a que se dá entre o que Boaventura de Sousa Santos chamou de “*raízes e opções*” (SANTOS, 2014, posição 1263). No entender do autor, a construção social da identidade é o resultado do equilíbrio entre o pensamento de raízes – “*de tudo aquilo que é profundo, permanente, singular e único, tudo aquilo que dá segurança e consistência*” (SANTOS, 2014, posição 1271) -, e o pensamento de opções – “*de tudo aquilo que é variável, efêmero, substituível e indeterminado do ponto de vista das raízes*”. (SANTOS, 2014, posição 1271).

Trata-se, em síntese, do conflito entre os fracassos do passado e as possibilidades em aberto de futuro. O conflito se instaura porque não há equilíbrio entre passado e futuro. O passado geralmente é subrepresentado pelo sujeito em contato com o discurso dos direitos fundamentais, que não considera as derrotas pretéritas como força motriz das lutas vindouras. A memória se transforma, então, “*num exercício de melancolia que, em vez de recuperar o passado, neutraliza o seu*

---

<sup>93</sup> Sobre o ponto, vide capítulos seguintes.

*potencial de redenção ao evocar o passado em vez de lutar contra as expectativas fracassadas* (SANTOS, 2014, posição 1287). Ao evocar com deficiência o passado, o sujeito se condena a não ter futuro.

Isso ocorre porque o discurso dos direitos fundamentais é todo voltado para as opções, para o futuro. As opressões, perdas, massacres, mortandades, achaques e guerras do passado devem ser neutralizadas enquanto fontes de indignação e catalizadores da emancipação social, uma vez que o futuro será promissor.

Quaisquer que tenham sido as suas experiências anteriores, as culturas que entraram na zona de contato com a modernidade ocidental foram obrigadas a definir-se em termos de equação entre raízes e opções. Ao definir os termos do conflito, a modernidade ocidental procedeu a uma redistribuição brutal do passado, do presente e do futuro dos povos e das culturas na zona de contato. Reservou para si o futuro e permitiu que coexistissem com ele vários passados, desde que todos convergissem num mesmo futuro, o seu. Ou seja, distribuiu aos povos e às culturas dominados passados neutralizados, sem capacidade de produzir futuros alternativos ao da modernidade ocidental (SANTOS, 2014, posição 1309)<sup>94</sup>

Ao sujeito cuja titularidade (formal) de direitos humanos não alivia a opacidade do passado e as opções incerta de futuro, as teologias políticas podem oferecer uma válvula de escape, uma oportunidade de se reencontrar com suas raízes; uma oportunidade de *“busca de uma identidade originária e de um passado glorioso suficientemente forte e vivo para fundar um futuro alternativo”* (SANTOS, 2014, posição 1330).

Como alternativa à obscuridade de um passado cada vez menos rememorado pelo discurso prospectivo dos direitos humanos, a tese realizou um benjaminiano salto de tigre em direção à revelação anti-sacrificial e não-violenta dos Evangelhos. Pretendeu demonstrar, assim, que as propostas criminalizantes e expansionistas da bancada evangélica e da Associação Nacional dos Juristas Evangélicos (que na prática funciona como um braço técnico da Frente Parlamentar Evangélica) estão na contramão de uma política criminal – e de um processo penal -, que possam postular compatibilidade com os valores cristãos.

---

<sup>94</sup> Um pouco mais adiante Boaventura de Sousa Santos afirma que *“como resultado da injustiça histórica, foi atribuído ou imposto a muitos povos, culturas e sociabilidades um passado sem futuro por parte de outros povos, culturas e sociabilidades que reivindicaram para si um futuro sem o constrangimento do passado. Os primeiros foram obrigados a esquecer o passado e o futuro para poder viver o presente; os segundos transformaram o presente na instantânea ratificação do passado e no momento fugaz da ignição do pathos da transformação social futura”* (SANTOS, 2014, Posição 1510).

A terceira turbulência apontada por Boaventura de Sousa Santos decorre da transformação das fronteiras que separam o espaço público do espaço privado. O secularismo se assenta sobre a premissa de que o espaço público é o campo de ação da política, e o espaço privado é o campo de ação da religião. Porém, na contemporaneidade esses espaços encontram-se em mutação. Os movimentos sociais –principalmente os feministas e de gays e lésbicas - perceberam claramente que o espaço privado era terreno fértil para opressões e violência, fazendo com que a política avançasse para a esfera privada. Todavia, esse movimento de expansão do raio de ação política não foi suficiente para compensar o encolhimento do espaço público em decorrência das políticas neoliberais. Como não poderia deixar de ser, as teologias políticas ocuparam estes interstícios, mormente aqueles provenientes dos recuos estatais. A segurança e o bem-estar sociais que o Estado deixa de prover passam então a ser fornecidos pelas religiões.<sup>95</sup>

Essa terceira e última turbulência é de especial valor para a tese, haja vista que tanto a vítima quanto o acusado são desalojados do espaço (pretensamente) público do processo penal de viés sacrificial. Com o objetivo de tornar plenamente visível a exclusão da vítima e do acusado a tese se propõe a escovar o processo penal sacrificial a contrapelo, ou seja, compreendê-lo desde a perspectiva dos excluídos (acusados e vítimas). Feito isso, sustentar-se-á que – diante de óbices filosófico-antropológicos, pragmáticos, politico-econômicos e jurídico-constitucionais à realização do ideal abolicionista do cristianismo primitivo -, o processo penal de tipo sacrificial deve ser, na maior medida possível, substituído por um modelo restaurativo de manejo de situações problemáticas.

Note-se, porém, que não se está aqui a propor que as conquistas propiciadas pelos direitos humanos são irrelevantes ou não merecem consideração. Não é este o propósito da tese e nem o de Boaventura de Sousa Santos, que, a despeito de elencar todas essas fragilidades do discurso dos direitos humanos – expostas desde a perspectiva das teologias políticas -, não conclui que eles devem ser descartados.

---

<sup>95</sup> “À medida que a esfera pública encolhe – e, em resultado disto, mais e mais dimensões da vida coletiva são despolitizadas -, a esfera privada, transformada no fundamento da autonomia política do indivíduo, expande-se simbólica e materialmente. A religião emerge como uma das características (e um dos motores) principais desta expansão. A fragilização das redes de segurança criadas pelo Estado Providência torna o indivíduo vulnerável ao medo, à insegurança e à perda da esperança. A religião sempre prosperou nessa vulnerabilidade, como bem mostraram Feuerbach e Marx (Feuerbach [1841], 1957; Marx [1843], 1964). Pode também dizer-se que o recuo da transcendência secularizada do Estado convida à necessidade de uma transcendência alternativa que de fato esteve sempre presente” (SANTOS, 2014, Posição 1464).

Apenas que é necessário conhecer suas debilidades para “*construir a partir deles, mas também para além deles, ideias e práticas fortes de resistência*”. O autor concebe, portanto, os direitos humanos como “*um instrumento de luta, resistência e alternativa, ainda que limitado*” (SANTOS, 2014, Posição 1479).

Até aqui, a presente tese está plenamente de acordo com Boaventura de Sousa Santos. Mas, deste ponto em diante, as discordâncias começam a se avolumar, pelas razões a serem expostas no tópico seguinte.

### **3.3 O pacifismo-fundamentalista cristão**

Uma vez identificados os desafios que as teologias políticas colocam para o discurso dos direitos humanos, Boaventura de Sousa Santos propõe um diálogo (tradução intercultural, hermenêutica diatópica, ecologia de saberes) entre as duas políticas normativas, visando “*a reinvenção dos direitos humanos e a sua transformação num instrumento de emancipação social em diferentes contextos culturais*” (SANTOS, 2014, Posição. 1519). Mas de acordo com Boaventura de Sousa Santos não é possível um diálogo entre os direitos humanos (tradução intercultural, hermenêutica diatópica, ecologia dos saberes) e as teologias políticas tradicionalistas e fundamentalistas, uma vez que “*da perspectiva destas, os direitos humanos, por ser uma construção humana, carecem de legitimidade para participar num diálogo com uma construção divina*” (SANTOS, 2014, Posição 1534).

Trata-se, porém, de uma posição belicosa, que exclui falantes do diálogo por não vislumbrar nesses excluídos qualquer possibilidade de entendimento recíproco, recepção de pontos de vista distintos ou capacidade de se deixar convencer pelo melhor argumento ou pela força dos fatos. Reduzida a questão ao plano individual, equivale a dizer que um indivíduo, por ser fervoroso, não pode jamais questionar – ou admitir que seja questionada -, a sua fé. O que, por óbvio, é desmentido pelo mundo da vida.

N’outro giro, Boaventura de Sousa Santos afirma encontrar um enorme potencial para o diálogo com as teologias políticas progressistas e plurais. Mas isso equivale a dizer que o diálogo que se propõe é um diálogo entre confrades. Um diálogo entre profissionais, militantes, acadêmicos, clérigos e fieis situados exclusivamente à esquerda do espectro ideológico. É, portanto, uma recusa em ouvir e dirigir a palavra ao religioso conservador. Trata-se, assim, de uma ecologia de saberes pouco

ecumênica. De uma ecologia de saberes que desde a largada já considera alguns interlocutores como privados de capacidade de entendimento e argumentação, enfim, como irracionais. Por essa via serão erigidos mais muros do que pontes, o que não satisfaz aos propósitos desta tese.

Ora, pregar para convertidos é desperdício de saliva. Mas converter um infiel é trazer um súdito a mais para o Reino de Deus. Com isso em mente, a presente tese objetiva explicitamente abrir um canal diálogo justamente com aqueles com quem Boaventura de Sousa Santos não se dispõe a conversar; com os fundamentalistas e tradicionalistas cristãos, com os membros da Associação Nacional dos Juristas Evangélicos, com a bancada evangélica e com os milhões de fieis que a elegeu.

Afinal de contas, foram as teologias políticas – mesmo aquelas que Boaventura de Sousa Santos qualificou como fundamentalistas e tradicionalistas -, que contribuíram para que o próprio autor identificasse limites ao discurso dos direitos humanos<sup>96</sup>. Elas não podem, portanto, de plano ser consideradas como irracionais. Embora a tese não compactue com as propostas legislativas que os evangélicos politicamente organizados defendem, decerto o diagnóstico dos limites e incompletudes que fragilizam o discurso dos direitos humanos é um contributo que não pode ser menosprezado. E isso, por si só, já sinaliza a necessidade de inclusão de um amplo espectro de teologias políticas no debate público, seja ele acadêmico ou parlamentar.

De conseguinte, o cidadão religioso – não importa se membro das comunidades religiosas pentecostais e neopentecostais, que Boaventura de Sousa Santos vincula ao fundamentalismo e ao tradicionalismo cristão -, não pode ser privado do exercício de suas liberdades públicas. O religioso pentecostal e neopentecostal tem tanto direito de votar, ser votado e participar ativamente do processo legislativo quanto o cristão romano, o budista, o ateu, o agnóstico, o umbandista, etc. Considerar, desde a largada, que é infrutífera qualquer tentativa de diálogo com essas expressões da religiosidade é preconceituosamente negar-lhes a faculdade de inserção democrática no debate público. A tolerância é uma via de mão dupla: deve ser exercitada tanto pelo cidadão religioso quanto pelo não religioso.

---

<sup>96</sup> “A emergência das teologias políticas teve pelo menos o mérito histórico de lançar uma nova luz sobre as limitações, peculiaridades e fragilidades das políticas dos direitos humanos convencionais” (SANTOS, 2014, posição 1542).

De resto, razões de ordem puramente pragmáticas indicam a necessidade de um debate amplo, que inclua também os extremos do espectro teológico-político. Como se viu alhures, os evangélicos constituem hoje uma força política pujante; se não a maior, com certeza uma das maiores em atuação no país. Mesmo os pentecostais e neopentecostais – que Boaventura de Sousa Santos parece identificar mais fortemente como fundamentalistas -, ainda que considerados em aparte dos demais evangélicos, constituem uma base parlamentar com mais de 70 (setenta) deputados. É gente suficiente para, no mínimo, causar muito barulho e obstruir ou retardar qualquer votação no Congresso Nacional. Esse grupo já não pode, portanto, ser tratado como um simples epifenômeno de uma religiosidade retrógrada e pouco esclarecida.

Para o bem e para o mal, a recusa a tal diálogo não passaria de uma opção voluntária por ocupar um lugar meramente marginal na política nacional; e, no âmbito específico do processo penal, deixar o caminho livre para a expansão da legislação penal e processual penal, que é uma das principais bandeiras da bancada evangélica.

Ademais, o principal marco teórico da tese é a antropologia fundamental, de René Girard. Mas uma teologia política - compreendida como ação política religiosamente orientada (sentido dado por Boaventura de Sousa Santos) -, derivável da obra de René Girard é, paradoxalmente, fundamentalista – pretende organizar a vida social de maneira radicalmente inspirada na revelação não-sacrificial e não-violenta dos Evangelhos -, e progressista – pretende alterar o *status quo*, erradicando da vida pública e privada toda e qualquer forma de violência. Portanto, a leitura que Girard faz dos Evangelhos coloca em curto-circuito as tipologias de Boaventura de Sousa Santos: se uma teologia política for, simultaneamente, fundamentalista e progressista, ela merecerá crédito? É uma questão que Boaventura de Sousa Santos não consegue responder; ou, pelo menos, não respondeu...

A antropologia fundamental de Girard demonstra que um fundamentalismo calcado nas verdades reveladas pelo Deus do Antigo Testamento de fato nada acrescenta a uma sociedade secularizada. As prescrições de um Deus vingativo, perverso e violento - que mata queimado e afogado, que desterra e escraviza, que autoriza lapidações e sacrifícios de variadas ordens, que manda pragas aos homens, que dizima povos inteiros, que mutila, enfim, que se comporta como o Deus veterotestamentário -, com efeito não serve a uma sociedade que se pretende não-sacrificial. Todavia, um fundamentalismo calcado no Deus do amor do Novo

Testamento é, pelo menos em tese, compatível com o projeto fraterno inscrito no preâmbulo da Constituição de 1988. Sobreleva, assim, que o problema não está exatamente no fundamentalismo, mas nos fundamentos. Um fundamentalismo calcado nos fundamentos do Antigo Testamento é, *a priori*, incompatível com o Estado Democrático de Direito brasileiro. Mas o mesmo não pode ser dito, também *a priori*, de um fundamentalismo que busque seus fundamentos no Novo Testamento.

É justamente por compreender que o fundamentalismo neotestamentário tem muito a contribuir com o incompleto ideal iluminista de emancipação humana que a presente tese se propõe a resgatar das revelações dos Evangelhos - tal e qual descritas por René Girard -, a mensagem anti-sacrificial que Cristo sempre transmitiu aos seus discípulos; mensagem anti-sacrificial que, em termos secularizados, pode ser traduzida como princípio de não-violência - e, no âmbito específico das ciências criminais, abolicionismo penal.

Nesse diapasão, a presente tese parte da pressuposição de que a revelação anti-sacrificial e não violenta presente nos Evangelhos é absolutamente racional e pode ser transcrita – na forma do abolicionismo penal, ver-se-á logo mais -, para uma linguagem secular. Em síntese, a crítica do processo penal aqui desenvolvida declaradamente assume ares de uma verdadeira teologia processual penal; como tal, paradoxalmente abre uma fonte secular de diálogo com o fundamentalismo neotestamentário.



#### 4 TEOLOGIA PROCESSUAL PENAL SACRIFICIAL-SECURITÁRIA

Como visto no capítulo 2, as formas primitivas e religiosas de organização social conheciam duas maneiras de lidar com a violência: uma preventiva e comunitária, corporificada no sacrifício; outra reativa e privada, consistente na vingança de sangue. Já os sistemas jurídicos contemporâneos concentram essas duas formas de atuação em uma única instituição: a Justiça Penal. Dessa forma, é corrente tanto o entendimento de que o processo penal é um instrumento à serviço da segurança pública/pacificação social quanto a ideia de que o processo penal substituiu a vingança privada por uma retribuição pública (pena) ao mal praticado contra a vítima.

Destarte, o processo penal contemporâneo trabalha com as mesmas categorias e objetivos da religiosidade primitiva. Assim, nada mais acertado do que qualificar o processo penal da atualidade como sacrificial. Tem-se, desse modo, que o conceito schmittiano de teologia política enquanto homologias entre a religião e o direito pode muito bem ser reaproveitado em termos de uma teologia processual penal: desde uma perspectiva institucional a prevenção da vingança de sangue pelo sacrifício é homóloga à instrumentalização do processo penal para fins de segurança pública; na perspectiva do sujeito individualmente considerado, a morte pelo sacrifício é homóloga à desfiguração pelo processo e à mortificação pela pena.

Sendo assim, o processo penal não se livrará de seu viés sacrificial enquanto perdurar a ideia de que ele é um instrumento a serviço da segurança pública. O processo penal não se verá despido de seu manto sacrificial antes do último jurista deixar de concebê-lo como um *phármakon* que – a exemplo do sacrifício –, se aplicado na dose certa teria o condão de reduzir os índices de criminalidade<sup>97</sup>.

Se por um lado a leitura que René Girard fez dos Evangelhos escancarou a ineficácia preventiva (pacificadora) do sacrifício, que estava ancorada exclusivamente no desconhecimento do mecanismo do bode expiatório e na ignorância quanto à impotência da vítima sacrificial, por outro lado a ineficácia preventiva do processo penal ainda parece longe de ser reconhecida no Brasil - o que aponta para uma longa sobrevida da teologia processual penal de inspiração schmittiana e práticas sacrificiais.

---

<sup>97</sup> Nas páginas seguintes o processo penal será tratado como *phármakon*, mas desvinculado de finalidades preventivas e securitárias. Para mais considerações sobre o assunto, *vide* capítulo 6.

Por todos, veja-se Hélio Tornaghi – introdutor da teoria da relação jurídica na processualística penal brasileira (TORNAGHI, 194?) -, para quem a razão política que justifica existência do processo penal é “*conciliar a necessidade de Segurança com as exigências da Justiça*” (TORNAGHI, 1967, p.10). De acordo com o autor, o processo penal, mais do que qualquer outro ramo do direito, busca “*estabelecer a Ordem geral para conseguir a Segurança de cada um*” (TORNAGHI, 1967, p. 11). No entender de Tornaghi, havendo conflito entre a justiça e a segurança, deve prevalecer a segurança: “*encontra-se em todas as ordenações jurídicas o holocausto da Justiça para a conservação da ordem. Até porque, sem ordem e segurança, a justiça não prospera e termina por sucumbir*” (TORNAGHI, 1967, p. 12). Tornaghi segue afirmando que “*é preciso manter a Ordem a qualquer custo*”; ressalva apenas que “*convém que isso ocorra com o máximo respeito pela Justiça*” (TORNAGHI, 1967, p.15).

A consolidação dogmática do processo penal enquanto instrumento a disposição das políticas de segurança pública viria se dar em 1987, com a publicação de *A instrumentalidade do processo* por Candido Rangel Dinamarco. No entender de Dinamarco o direito processual – em termos de uma teoria geral do processo que englobaria tanto o processo civil quanto o processo penal, ambos concebidos como meros meios de realização da atividade jurisdicional -, seria um instrumento jurídico destinado à persecução de vários escopos metajurídicos (ou seja, não jurídicos), dentre eles a pacificação social e a educação dos indivíduos (DINAMARCO, 2013).

Essa concepção instrumentalista do processo penal configura, hoje, o discurso hegemônico no Brasil<sup>98</sup>. Porém, como bem lembrou Flaviane de Magalhães Barros Bolzan de Moraes, a instrumentalização do processo penal – mormente para fins de segurança pública/prevenção penal (pacificação social) -, faz esboroar as garantias constitutivas do modelo constitucional de processo.

Na atual quadra de crise é também possível verificar que se abriu mão de um processo penal devido, em nome de um processo penal simbólico, que está sendo usado como resposta ao combate à corrupção. A utilização do processo penal e das medidas cautelares pessoais e patrimoniais como um mal maior, a favor da localização e identificação de produto e proveito do crime, ou ainda, para obtenção de delações premiadas e acordo de leniência,

---

<sup>98</sup> “[...] a noção de instrumentalidade, com a particularidade assumida na processualística brasileira, se constitui como a narrativa dominante no campo do processo penal no Brasil (com efeito, a perspectiva instrumentalista não é apenas um reflexo das propostas metodológicas da Escola Processual de São Paulo, mas são difundidas e compartilhadas por um grande número de intelectuais [...])” (GLOECKNER, 2018, p. 487)

demonstra como o objetivo do processo penal não é a garantia de um devido processo e dos direitos fundamentais. Ele passa a ser instrumento político de uma tentativa de resposta simbólica na luta contra a corrupção (BARROS, 2018, p. 28/29).

Ainda que Flaviane de Magalhães Barros Bolzan de Moraes se refira exclusivamente aos efeitos nefastos da instrumentalização do processo penal para fins de combate à corrupção – estratégia política que alcançou seu paroxismo com a “operação lava-jato” -, as considerações da autora podem muito bem abarcar todo o sistema processual penal. A bem da verdade, o argumento da autora é exatamente nesse sentido. Ela afirma que antes da “operação lava-jato” havia duas categorias de processo penal: um destinado à “ralé” negra e pobre, desde sempre instrumentalizado pela política nacional de encarceramento em massa; e outro destinado aos membros dos andares superiores do estrato social, até então conduzido em conformidade com o modelo constitucional de processo<sup>99</sup>. Todavia, a “lava-jato” chegou fazendo terra arrasada, ou seja, instrumentalizando o processo penal também contra os ricos, sempre a pretexto de combater a corrupção. A “lava-jato” igualou a todos com sua barbárie instrumentalista; desde então, já não há cidadão brasileiro que possa se considerar de fato salvaguardado pelas garantias constitucionais do processo (BARROS, 2018).<sup>100</sup>

Ricardo Jacobsen Gloeckner explica que o risco inerente às concepções instrumentais de processo é tornar o processo penal poroso às interferências políticas, subordinando-o aos fins de ocasião do Estado:

---

<sup>99</sup> A exemplo de Flaviane de Magalhães Barros Bolzan de Moraes, Matheus Felipe de Castro também acredita que o “legado” da “Operação Lava Jato” foi estender para os estratos sociais mais elevados as práticas de exceção que já eram regra para a “ralé”: *“É evidente que o fenômeno dos Juízes Partisans assumiu contornos mais graves no caso específico da ‘Operação Lava Jato’ por causa da grande repercussão midiática que o caso envolve. Mas há que se questionar se esse não é um padrão já antigo em relação a processos criminais envolvendo pessoas comuns, principalmente aqueles que compõem os estratos sociais rotulados como criminosos em nossa história penal e criminológica”* (CASTRO, 2017, p. 313). Sobre o conceito de juiz-partisan, formulado por Matheus Felipe de Castro, vide tópico 4.2.

<sup>100</sup> *“Assim, no contexto do processo penal da ralé brasileira, tais garantias eram negligenciadas e muitas vezes afastadas, mas nos demais casos essas garantias eram reconhecidas, o que permitia que os tribunais construíssem uma jurisprudência vinculada ao respeito às garantias processuais penais. Com o atual cenário do processo penal midiático denominada “operação lava-jato”, em forte medida se vê o uso recorrente das medidas cautelares pessoais, como parte relevante do processo penal. Assim, o Brasil passou a tomar conhecimento diário de prisões midiaticamente exploradas, em que políticos, empresários e outros acusados de classe que estão fora da chamada ‘ralé brasileira’ passam dias e meses presos antes mesmo da formulação da denúncia.*  
(...)

*Ao se transformar o processo penal democrático em processo simbólico, ele passa a ser instrumento simbólico que dialoga com o emergencialismo penal equiparando a luta contra o terror à luta com a corrupção”* (BARROS, 2018, p. 08).

(...) está-se aqui diante de uma politização completa do processo – e mais especificamente -, do processo penal. A função jurisdicional se encontra subordinada aos fins do Estado e o processo é o instrumento para a realização destes fins, fazendo penetrar, na lógica do processo, uma constelação infinita de orientações políticas, capazes de transformar o processo penal em instrumento de política criminal, em última instância (GLOECKNER, 2018, p. 512).

O anverso inconfessável da colonização instrumental do processo penal pelas políticas de segurança pública/prevenção da criminalidade é o desmonte da função garantidora de direitos fundamentais alinhavada no texto constitucional, ocasionando “o esmagamento do indivíduo e de suas garantias” e “elevando-se a autoridade do Estado a princípio reitor do processo” (GLOECKNER, 2018, p. 513). A hipertrofia da autoridade em detrimento das garantias é viabilizada pela instrumentalidade porque ela torna o processo penal refém de pressões oriundas de outras instâncias, mormente a política (GLOECKNER, 2018).

O instrumentalismo vincula os fins da jurisdição e do processo aos fins do Estado. Ele transforma o processo em uma técnica jurídica de persecução dos fins do Estado. Assim, “reaparecem os condicionamentos externos da ordem processual aos próprios objetivos do Estado” (GLOECKNER, 2018, p. 554). A jurisdição pode assim ser concebida como expressão política do poder do Estado<sup>101</sup>, o que permite a Ricardo Jacobsen Gloeckner hipotetizar uma relação de complementaridade entre o instrumentalismo de Cândido Rangel Dinamarco e a doutrina de segurança nacional. Tanto o instrumentalismo quanto a doutrina de segurança nacional situam a capacidade de tomar decisões imperativas como a questão central do poder político. A decisão judicial, uma vez que imperativa, seria, portanto, um ato político.

Agregada à noção de jurisdição e poder, surge outro elemento importante no desenvolvimento da perspectiva instrumentalista. Cuida-se da categoria decisão. Para o autor [Dinamarco], ‘o poder político é, realmente, a capacidade de decidir imperativamente e de impor decisões’. O autor reconhece a imperatividade da decisão no contexto não apenas processual, mas também político, espelhando-se de forma incontroversa nas perspectivas decisionistas que marcam o fundo doutrinário da Escola Superior de Guerra. Todos os objetivos do Estado, nos mais diversos ramos de suas atividades, necessitam para implementar os seus programas, da decisão. Sem ela, careceria de fundo teleológico qualquer investimento (GLOECKNER, 2018, p. 555/556).

---

<sup>101</sup> “Em primeiro lugar, esta forma de jurisdição que é tão somente manifestação da unidade do poder, conceberá um processo avesso ao formalismo, concedendo ao juiz poderes criativos e o concebendo como um agente político” (GLOECKNER, 2018, p. 557;558).

O instrumentalismo faz penetrar no processo penal não apenas a ideia de que ele deve ser manipulado pelas políticas de segurança pública/prevenção da criminalidade; o instrumentalismo arromba as portas para que o processo penal seja invadido pela doutrina de segurança nacional<sup>102</sup>, que o reduz à condição de mero epifenômeno da política<sup>103</sup>, completamente privado de qualquer eficácia garantidora de direitos fundamentais<sup>104</sup>.

Sob o imperativo de uma subordinação axiológica do processo aos fins da política, a jurisdição se transforma em um local privilegiado para se colocar em cena as políticas de Estado. Levando-se em consideração unicamente o campo processual penal, em uma perspectiva funcional e teleológica do processo, que o subordine aos fins da política, é inimaginável que ele possa exercer qualquer função contramajoritária. O processo penal, assim, no nível de suas funções declaradas, se transforma em instrumento de dominação (GLOECKNER, 2018, p. 573).

No caso da jurisdição penal, o juiz instrumentalista acaba se percebendo como um agente político encarregado da segurança pública. Aplicado pelo juiz instrumentalista, o processo penal transmuda-se facilmente, despindo-se das vestes constitucionais de garantia constitutiva de direitos fundamentais (BARROS, 2009)

---

<sup>102</sup> *“De forma muito simples, a subordinação do processo a finalidades metajurídicas e mais especificamente políticas por si só já ofereceria motivos suficientes para ser rechaçada em um modelo democrático de processo. Porém, a situação é mais grave, pois faz penetrar no discurso sobre o sistema processual, a ideologia da segurança nacional, otimizando-a no seio da mudança de regime político brasileiro. Para ser mais preciso, o que se pode verificar é um processo de escamoteamento da ideologia da segurança nacional, fazendo-a penetrar no regime democrático como uma proposta coincidente com o ‘modo de ser’ do processo nas democracias contemporâneas”* (GLOECKNER, 2018, p. 569).

<sup>103</sup> *“No pensamento da Escola Superior de Guerra, o bem comum não passa de uma direção a ser tomada, ao empregar o poder nacional por intermédio da política nacional, na busca pelos objetivos do Estado. Desta maneira, a jurisdição e o processo não passam de epifenômenos do poder nacional, ou melhor, da política nacional. A inserção da jurisdição no seio da política não parece incomodar Dinamarco. Aliás, a jurisdição passa a ser elemento componente da política, nas palavras do próprio autor. A jurisdição, assim, corresponde a um mecanismo de implementação de políticas estatais, que se deve impor sobre as pessoas”* (GLOECKNER, 2018, p. 576/577).

<sup>104</sup> *“A supremacia do Estado (ou a imperatividade das decisões judiciais) torna a jurisdição um centro de irradiação de poder que não conhece limites na linguagem dos direitos. Aliás, não conhecendo limites, bem se poderia concluir que para esta concepção, os direitos (mesmo os fundamentais), não passariam de concessões do Estado [...] Em um quadro no qual o poder é exercido exclusivamente pelo Estado através da jurisdição, pouco ou nenhum espaço existe para que os direitos se constituam em ambiente não dominado pelos objetivos estatais. Pensar o contrário seria teratológico neste quadro. Novamente, encontramos o suplemento justificador para a manutenção do processo penal como uma espécie de mecanismo de coerção indireta, como expressão concreta do voluntarismo estatal”* (GLOECKNER, 2018, p. 574).

para converter-se em meio pretensamente apto a reduzir os índices de criminalidade<sup>105</sup>.

Ao processo penal corresponderia, na análise feita pelo autor [Dinamarco] sobre a noção de jurisdição, uma inegável função defensivista, nada oferecendo de realmente inovador que não pudesse ser encontrado no pensamento autoritário italiano da década de 30. Além do mais, claramente a instrumentalidade do processo penal, neste sentido, deveria ampliar a punitividade do sistema brasileiro e diminuir as formas processuais, algo que reside na estrutura ancilar do processo penal brasileiro de 1940. Por isso, de nada adianta traçar os contornos de um Estado Democrático de Direito, que deveria manifestar os seus objetivos através do processo quando, na seara processual, o processo deve atender a 'graus de aceitação social', a fim de incrementar a sua legitimidade. Portanto, tem-se a formulação de um processo majoritário e intuitivo (quando se deve pensá-lo contramajoritário e contraintuitivo). O recurso a determinados direitos e garantias processuais penais, neste contexto, não passa da invocação de um discurso neoconstitucionalista (leia-se temporizador), quando a base defensivista se encontra já programada nas cadeias genéticas do autoritarismo processual penal, manifestadas através de diversas categorias e institutos do processo penal. Desformalizar e punir: eis o slogan que poderia ser tributado à jurisdição como manifestação de poder quando aplicada ao processo penal (GLOECKNER, 2018, p.559/569).

Como evidência suplementar das homologias entre o instrumentalismo e a doutrina de segurança nacional, Ricardo Jacobsen Gloeckner menciona que, a exemplo da instrumentalidade que Dinamarco vislumbrou no processo, o "*Manual Básico*" da Escola Superior de Guerra afirma que o poder nacional é instrumental aos fins do Estado.<sup>106</sup> Em suma, o instrumentalismo caracteriza-se "*pelo traslado da*

<sup>105</sup> "O juiz, transformado em agente político cujo objetivo é garantir a consecução dos objetivos estatais, adquire poderes exponenciais. A reorganização discursiva que gira em torno da centralização dos poderes nas mãos dos juízes dá pistas inequívocas de que a projeção dos fantasmas autoritários que nutriram o discurso sobre o publicismo do processo não foi exorcizada pelo imaginário jurídico. A confiança na ampliação dos poderes judiciais – sob o panorama da mudança da natureza do Estado – é um velho conhecido. Todavia, o discurso se sofisticou e tenta se imunizar das críticas ao recorrer à Constituição da República como entidade capaz de lhe conferir legitimação (simbólica e discursiva". (GLOECKNER, 2018, p. 575/576).

<sup>106</sup> "O conceito de poder, para a Escola Superior de Guerra, põe ênfase em sua instrumentalidade. É muito visível que ambas as propostas compartilham de um mesmo quadro metodológico e conceitual: enquanto a perspectiva instrumentalista afirma que o processo não é um fim em si mesmo e está subordinado a finalidades exteriores (metajurídicas), a fundamentação do poder nacional, pela Escola Superior de Guerra também se dá em sentido instrumental, afirmando que o poder não consiste em um fim em si mesmo e deve, portanto, servir como um meio para se alcançar objetivos estatais. Desta maneira, de acordo com a Escola Superior de Guerra, 'entende-se que o Poder Nacional é o instrumento de que dispõe a nação para conquistar e manter seus objetivos'. Não causa estranheza, pois, ser a instrumentalidade do processo uma acomodação dos valores e ideologias que também encontram eco na Escola Superior de Guerra, subordinando indefectivelmente o processo a fins políticos. No campo do processo penal, significa uma subordinação do processo penal à defesa social, ou ainda, nas palavras de Dinamarco, 'a instrumentalidade é a porta mestra para o ingresso de valores no sistema processual'. Que valores seriam estes? Aqueles defendidos pela Escola Superior de Guerra, ou melhor: aqueles cristalizados pela ideologia da segurança nacional" (GLOECKNER, 2018, p. 580/581).

*ideologia da segurança nacional para o campo do processo*” (GLOECKNER, 2018, p. 582).

Portanto, a operatividade do processo penal de viés instrumentalista obedece a uma lógica militar que, no limite, pode ser reconduzida à neutralização de inimigos<sup>107</sup>. O processo penal do inimigo (JAKOBS, 2012) não é uma exceção circunscrita a microsistemas como os da lei de crimes hediondos ou da lei de organizações criminosas. Muito longe disso, é em conformidade com os parâmetros do processo penal do inimigo que as agências encarregadas da persecução penal atuam no Brasil<sup>108</sup>. O instrumentalismo processual não faz distinção entre cidadãos e inimigos; para o instrumentalismo, todos são inimigos em potencial, e é como inimigos que devem ser tratados. O instrumentalismo é a retaguarda dogmática dos militares que, na linha de frente da segurança pública<sup>109</sup>, combatem o inimigo em um país no qual o extermínio tem até forma jurídica: os autos de resistência (ZACCONE, 2015).

Sendo o processo penal um ramo do direito e conectado até as suas entranhas com o militarismo que governa as relações estabelecidas pelo campo da segurança pública, a perspectiva instrumentalista de processo logrou êxito em legitimar o processo, por mais de duas décadas, desde funções extraprocessuais. O discurso instrumentalista foi o responsável pela

---

<sup>107</sup> “Por mais assustadora que seja a proposta, precisamos ressaltar que, na realidade latino-americana e, particularmente, na realidade brasileira, sempre houve a atuação de um direito penal do inimigo, embora de maneira inconfessada e dissimulada. O genocídio que se pratica no Brasil cotidianamente contra jovens, negros, moradores de favelas, há muito elegeu os inimigos a exterminar numa luta travada inclusive nos subterrâneos do sistema penal inoficioso” (CASTRO, 2017, p. 312).

<sup>108</sup> “A doutrina da segurança nacional e a sua ideologia, ao operar com a guerra revolucionária, tratou de equalizar o inimigo interno e o externo. Suprimida a ameaça do comunismo, as instâncias políticas e judiciárias voltaram as suas atenções para o criminoso comum, tomado, então, como o novo inimigo [...] A ideologia da segurança nacional, portanto, de maneira invidiosa se instalou na percepção e enfrentamento do crime pelas agências estatais. A percepção da segurança pública nos moldes dos conflitos armados tem autorizado a reprodução ideológica da doutrina de segurança nacional na ‘transição democrática’. A articulação em torno da noção de segurança nacional, portanto, atualiza o discurso da Escola Superior de Guerra. Estando o inimigo ao mesmo tempo dentro e fora do país, já não mais existe diferença entre forças armadas e polícia (de acordo com a Constituição de 1988, realmente, a diferença não existe, pois o que se tem é a estrutura militar fazendo papel de polícia). De uma maneira geral, a atuação do sistema penal será equivalente à da guerra preventiva, não conhecendo quaisquer espécies de limites” (GLOECKNER, 2018, p. 601/602).

<sup>109</sup> “Retomando o caso da Constituição de 1988, talvez o principal aspecto que deva ser mencionado, pois interfere diretamente no campo da segurança pública e que repercute imediatamente nas discussões criminológicas consiste na ausência de separação entre as forças de segurança internas e externas. Na Constituição de 1988, fora mantido o controle parcial do exército sobre a polícia militar. Desta maneira, o Brasil se notabiliza por estabelecer, à diferença dos demais países democráticos, uma continuidade entre exército e polícia militar. Na maior parte dos países ocidentais a polícia se subordina ao Ministério do Interior. Todavia, no caso brasileiro, ela fica à mercê do Exército, sendo as polícias militares, forças de reserva. Zaverucha alerta para o art. 142 da Constituição, que define que 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’. Então, como consequência desta formatação, é justamente as forças armadas que garantem, em última instância, o funcionamento do Executivo, do Judiciário e do Legislativo” (GLOECKNER, 2018, p. 595).

conexão entre o velho liberalismo autoritário tecnicista e as funções político-criminais a ser desempenhadas pelo processo (penal), produzindo a necessária convergência do aparato linguístico do velho autoritarismo em uma função democrática e constitucional (GLOECKNER, 2018, p. 603/604).

Ricardo Jacobsen Gloeckner conclui, então – no que conta com total adesão da tese –, que

(...) a análise da relação entre a Escola Superior de Guerra e a ideologia da segurança nacional foi importante para identificar que a perspectiva instrumentalista é manifestamente antidemocrática, autoritária e militarizada. Abandoná-la é uma condição essencial para uma experiência democrática que não constitua uma emulação dos velhos traços da doutrina da segurança nacional, ressignificados e vendidos para uma parcela significativa de estudiosos do processo como uma perspectiva 'democrática'. Tal perspectiva é tão democrática quanto a própria ideia de jurisdição como poder, e de todos os seus correlatos derivativos [...] a ideologia da segurança nacional, construída com a participação decisiva da Escola Superior de Guerra, atravessa, de forma muitas vezes velada, de outras mais explícita, todo o discurso em torno da instrumentalidade do processo (GLOECKNER, 2018, p. 604).

A fim de se revelar a permanência desse *habitus* (BOURDIEU, 2007, 2017) instrumentalista – que concebe o processo penal como meio a disposição das políticas de segurança pública e pacificação social -, no dia a dia dos membros das agências de persecução penal, basta mencionar o questionário que em 2011 Rubens Casara aplicou a todos os juízes com competência criminal e atuação no fórum central da comarca do Rio de Janeiro. A partir das respostas dadas a esse questionário, o autor concluiu que quase todos os magistrados se viam como agentes responsáveis pela segurança pública (CASARA, 2015).

A primeira pergunta constante no questionário de Casara era: “*nas decisões criminais, leva-se em conta a segurança pública?*”. Do total de 27 juízes atuantes no fórum central do Rio de Janeiro, dois não aceitaram responder ao questionário. Dos 25 juízes que participaram da pesquisa, 21 magistrados responderam que sim; que se deve levar em conta a segurança pública quando da tomada de decisão (CASARA, 2015, p. 208).

À segunda pergunta – “*as decisões criminais produzem efeitos na redução da criminalidade?*” -, 16 dos 25 juízes responderam que sim, manifestando a efetiva crença nos efeitos preventivos da persecução penal; apenas seis juízes responderam que “não”, e outros três afirmaram não ter condições de responder à pergunta. Em que pese a orientação expressa para que respondessem apenas sim ou não, sem que



se justificasse a resposta, um dos juízes que apresentou resposta negativa escreveu no questionário que *“infelizmente, não, em função de uma legislação penal e processual penal benevolente [...] a exigência do trânsito em julgado e a infinidade de recursos existentes, postergando sempre a execução da pena carcerária, além do descrédito que trazem para a Justiça, não produzem os efeitos desejados na redução da criminalidade”*. Outro juiz afirmou que as decisões não produzem efeitos *“por causa do sistema e não da decisão”* e um terceiro disse apenas que *“no Rio de Janeiro, não”*. (CASARA, 2015, p. 209). Tem-se, assim, que no reduzido universo de seis magistrados que não acreditavam nos efeitos preventivos da decisão penal, três deles parecem conceber o processo penal como um instrumento à disposição das políticas de segurança pública, todavia ineficaz em razão de suas disfuncionalidades.

O terceiro questionamento objetivava saber dos juízes se *“o bem jurídico segurança pública é levado em consideração no momento da fixação da pena”*. 12 juízes – quase a metade -, admitiram levar em consideração a segurança pública quando da dosimetria da pena. Dos 13 juízes que responderam negativamente, 01 (um) manifestou dúvidas, deixando consignado, por escrito, que *“mais pra não”* e outro escreveu que *“de forma mediata sim, imediata não”*, transparecendo ter plena ciência de que a segurança pública não consta dentre as circunstâncias judiciais previstas no artigo 59 do Código Penal (CASARA, 2015, p. 209).

Tendo em vista os resultados da pesquisa, Rubens Casara se refere ao *“mito do processo penal como instrumento de pacificação social ou de segurança pública”* (CASARA, 2015, p. 194) e afirma que

(...) a partir desse mito, os atores jurídicos preocupam-se precipuamente com critérios de eficiência, tão ao gosto de visões economicistas, passando a acreditar que as formas (meios) processuais só se justificam e devem ser respeitadas, se necessárias à eficiência punitiva (CASARA, 2015, p. 195)<sup>110</sup>.

Segundo Casara, escorado na crença nesse mito *“o juiz figura como órgão de segurança pública, ao lado das instituições policiais e do Ministério Público”*, de maneira tal que *“há, então, tendência à administração do juízo criminal, que passa a atuar de maneira parcial, no combate aos criminosos”* (CASARA, 2015, p 195).

---

<sup>110</sup> Um pouco mais adiante o autor afirma que *“como é compreensível, esse mito faz com que as garantias processuais, em sua concretude, sejam vistas como entrave à eficiência repressiva; em substituição às garantias de liberdade, entram as garantias de eficiência”* (CASARA, 2015, p. 195).

Nos tópicos subsequentes a tese explorará o argumento de Rubens Casara até suas últimas consequências, para delas extrair – com arrimo na metáfora teatral, de Erving Goffman – o conceito de “equipe de segurança pública”; equipe à qual o juiz criminal se vê plenamente integrado. Antes disso, porém, é necessário destacar a ineficácia preventiva do processo penal; ou, em termos sacrificiais, é necessário deixar claro que o processo penal - à exemplo do sacrifício cuja funcionalidade tenha sido revelada -, é ineficaz enquanto *phármakon* pacificador social ou garantidor da segurança pública.

Nesse diapasão é que Rubens Casara explica – com espeque em investigações conduzidas nos Estados Unidos e na Europa por Peter Alexis Albrecht, dada a carência de pesquisas deste jaez no Brasil -, que “*a crença na utilidade do processo penal na pacificação social não encontra suporte em pesquisas empíricas acerca do efeito da persecução penal no punido e na coletividade*” (CASARA, 2015, p. 197); ou, ainda, que “*não há qualquer comprovação de que o direito penal ou o processo penal sejam capazes de atender ao ideal de pacificação social*” (CASARA, 2015, p. 198).

As afirmações de Rubens Casara são fortemente corroboradas pelos saberes criminológicos mais recentes, que, segundo Salo de Carvalho, revelam a absoluta inaptidão do sistema de persecução penal para prevenir a criminalidade (CARVALHO, 2013).<sup>111</sup>

Para ser mais preciso, a criminologia demonstra que a aposta no encarceramento para fazer frente à criminalidade pode até mesmo ser contraproducente, dados os possíveis efeitos criminógenos da prisão (HASSEMER; CONDE, 2012). A mortificação pela prisão, no ambiente desumanizador/reificante do cárcere, longe de ressocializar o interno, acaba predispondo-o ainda mais ao crime. Dessa forma, as prisões servem apenas para “*adestrar o cativo a reproduzir do lado de fora o espetáculo de violência macabra que ele sofreu internamente*” (GENELHÚ; SCHEERER, 2017, p. 131).

Por mais que se acredite cega ou inocentemente nas boas intenções da prisão, é impossível escapar de um paradoxo que é natural à sua atividade: quanto mais se prende, mais estamos tendo que prender. O que revela que

---

<sup>111</sup> “*Todavia, imprescindível frisar vez mais, a retórica de legitimação do direito penal encobre as disfunções reveladas pela criminologia, quais sejam, a absoluta incapacidade de o arsenal punitivo prevenir condutas futuras, seja no plano da prevenção especial ou da prevenção geral, seja em suas dimensões positivas ou negativas*” (CARVALHO, 2013, p. 191).

a prisão não é a solução para a questão da criminalidade. Ao contrário: ela é a sua principal causa. Em vez de ela prevenir os crimes, ela os produz e reproduz. Exatamente a prisão fabrica criminalidade (GENELHÚ; SCHEERER, 2017, p. 133).

É cínica a pretensão de fazer acreditar que alguém possa sair com menores inclinações para praticar delitos de um sistema prisional em que vige na prática o paradigma da *less eligibility*, segundo o qual “o nível de vida dentro da prisão deve ser mais baixo do que o nível mínimo fora da prisão” (RUSCHE; KIRCHHEIMER, 2004, p. 207)<sup>112</sup>.

Na prática a *less eligibility* tem sido levada tão ao extremo que é inevitável que ela produza um desvio secundário. Ninguém sairá da prisão e agradecerá o tratamento violento e cruel que recebeu. O único desejo que habita a mente do prisioneiro maltratado é o de desforrar os excessos da prisão, cometendo crimes (desvio secundário) (GENELHÚ; SCHEERER, 2017, p.175).

A *less eligibility* implementa um círculo vicioso e sádico (mimético), porque “a piora das condições sociais exige a piora das condições prisionais que, por sua vez, exige a piora daquelas” (GENELHÚ, SCHEERER, 2017, p. 179).

No Brasil os efeitos criminógenos desse paradigma perverso são ainda mais acentuados, haja vista o domínio de fato das penitenciárias brasileiras por facções criminosas como o comando vermelho, primeiro comando da capital, terceiro comando puro, amigos dos amigos, bala na cara, etc. Assim, desde o momento de ingresso no sistema penitenciário o recluso se vê constrangido a integrar a facção que domina seu pavilhão ou mesmo toda a penitenciária, sob o risco de se ver submetido a sevícias e humilhação cotidianas. E, uma vez liberto, o vínculo com a facção não será interrompido, persistindo a obrigação de responder aos ‘salves’, vender rifas, contribuir mensalmente com o caixa da facção, submeter-se ao sistema de justiça paralelo dos ‘irmãos’, enfim, manter-se como membro ativo da organização criminosa (MANSO, DIAS, 2018; FELTRAN, 2018).

---

<sup>112</sup> Sobre o paradigma da *less eligibility*, Ricardo Genelhú e Sebastian Scheerer explicam que “perto da metade do século xx teorizou-se o retrato cotidiano que os pobres da Inglaterra do século XIX experimentavam. Argumentou-se que o padrão de vida das classes mais pobres da sociedade era uma barreira eficaz contra qualquer reforma penitenciária que pretendesse, melhorando a situação da prisão, permitir aos presos usufruir uma condição de sobrevivência superior a daquelas. A vida na prisão nunca poderia ser melhor que a pior condição experimentada pelas pessoas livres” (GENELHÚ; SCHEERER, 2017, p. 178).

Desse amálgama de less *eligibility* com o ingresso coativo em uma facção criminosa o Estado brasileiro obteve apenas o crescimento exponencial da população carcerária, transformando o sistema penitenciário em uma incontrolável bola de neve que - segundo dados recentes do Ministério da Justiça e Segurança Pública -, em 1990 trancafiava mais ou menos 90.000 (noventa mil) pessoas, mas que no ano de 2017 já vira esse número explodir para mais de 726.000 (setecentos e vinte e seis mil) presos, em um surreal crescimento de aproximadamente 707 % (BRASIL, 2019).

Dados esses números, e acaso fosse inequívoca a correlação direta entre encarceramento e redução da criminalidade, provavelmente o Brasil ostentaria índices de criminalidade semelhantes aos da Escandinávia. Todavia, o mito do processo penal como instrumento de segurança pública promete a paz social ao mesmo tempo em que só consegue produzir sofrimentos e humilhações. Conforme se verá no tópico seguinte, o mito da instrumentalidade – homólogo à função preventiva do sacrifício religioso primitivo -, mesmo naqueles casos concretos em que o processo penal não é acompanhado ou sucedido por uma prisão, presta-se precipuamente a aniquilar ou reduzir o juízo positivo que o acusado tem de si, mediante a atuação concertada de uma equipe de segurança pública, que, quase sempre, lhe concebe como um inconveniente expectador da atividade processual.

#### **4.1 As agressões à face do acusado**

O propósito deste tópico é desvelar como o processo penal de tipo sacrificial/securitário – homólogo ao sacrifício religioso, precisamente porque concebido como instrumento da segurança pública -, é vivenciado pelo acusado. Para tanto, adotar-se-á uma metodologia de trabalho declaradamente inspirada nas teses de Walter Benjamin sobre o conceito de história.

Na célebre tese número VII sobre o conceito de história, Benjamin critica a identificação afetiva do historiador do Historicismo – aquele que se ocupa de fazer os fatos históricos passarem pelos seus dedos como um terço de contas, não conseguindo, por isso, identificar, no presente, o instante de perigo que poderia reavivar as centelhas de esperança do passado -, com todos os vencedores, ou seja, com os vencedores do passado e do presente. A história oficial assemelhar-se-ia, assim, a um eterno cortejo triunfal dos vencedores, no qual os despojos dos vencidos são exibidos em praça pública. Caberia ao historiador benjaminiano, então, “escovar

a *história a contrapelo*”, isto é, rememorar a história desde a perspectiva dos vencidos<sup>113</sup>.

Analogamente, a tese pretende escovar o processo penal a contrapelo, o que neste primeiro momento corresponde a analisá-lo desde a perspectiva do acusado<sup>114</sup>, porque se por um lado o discurso dos direitos humanos concebe as garantias processuais como um grande bem cultural, por outro lado a carne humana que apodrece nas prisões documenta a barbárie cotidiana do sistema de persecução penal.

A pesquisa afasta-se, portanto, das pretensões de se construir um conhecimento absolutamente neutro ou imparcial. Não fosse a manifesta identificação afetiva com o investigado ou acusado, a simples descrença em conhecimentos absolutos ou totalizantes já recomendaria reservas a quem se sabe pertencente ao mundo da vida. Mas, repita-se, a identificação afetiva é aqui declarada: ela está com o acusado (e, no capítulo seguinte, também com a vítima do crime). Isso porque, entre as ilusões de uma ciência dogmática do direito e um bálsamo na ferida aberta no lombo de um pobre-diabo privado de sua liberdade, a escolha implícita no projeto constitucional de construção de uma sociedade fraterna parece evidente.

Não se trata, porém, de demagogia vinda de uma militância na advocacia que predisporia o patrono a tudo para “livrar a cara” de seus clientes, consoante

---

<sup>113</sup> Tese número VII de “*Sobre o conceito de história*”: “Ao historiador que quiser reviver uma época, Fustel de Coulanges recomenda banir de sua cabeça tudo o que saiba do curso ulterior da história. Não se poderia caracterizar melhor o procedimento com o qual o materialismo histórico rompeu. É um procedimento de identificação afetiva. Sua origem é a indolência do coração, a acedia, que hesita em apoderar-se da imagem histórica autêntica que lampeja fugaz. Para os teólogos da idade média ela contava como o fundamento originário da tristeza. Flaubert, que bem a conheceu, escreve: ‘Peu de gens devineront combien il a fallu être triste pour ressusciter Carthage’. A natureza dessa tristeza torna-se mais nítida quando se levanta a questão de saber com quem, afinal, propriamente o historiador do Historicismo se identifica afetivamente. A resposta é, inegavelmente: com o vencedor. Ora, os dominantes de turno são os herdeiros de todos os que, algum dia, venceram. A identificação afetiva com o vencedor ocorre, portanto, sempre, em proveito dos vencedores de turno. Isso diz o suficiente para o materialismo histórico. Todo aquele que, até hoje, obteve a vitória, marcha junto no cortejo de triunfo que conduz os dominantes de hoje [a marcharem] por cima dos que, hoje, jazem por terra. A presa, como sempre de costume, é conduzida no cortejo triunfante. Chamam-na bens culturais. Eles terão de contar, no materialismo histórico, com um observador distanciado, pois o que ele, com o seu olhar, abarca como bens culturais atesta, sem exceção, uma proveniência que ele não pode considerar sem horror. Sua existência não se deve somente ao esforço dos grandes gênios, seus criadores, mas, também, à corveia sem nome de seus contemporâneos. Nunca há um documento da cultura que não seja, ao mesmo tempo, um documento da barbárie. E, assim como ele não está livre da barbárie, também não o está o processo de sua transmissão, transmissão na qual ele passou de um vencedor a outro. Por isso, o materialista histórico, na medida do possível, se afasta dessa transmissão. Ele considera como sua tarefa escovar a história a contrapelo” (BENJAMIN, 2005, p. 70).

<sup>114</sup> No capítulo seguinte se dará prosseguimento ao intento de escovar o processo penal a contrapelo. À perspectiva do acusado se acrescentará a perspectiva da vítima, que há séculos teve seu próprio conflito confiscado pelo Estado, que a rebaixou a uma condição muito próxima à da testemunha.

equivocado entendimento de senso comum. Trata-se, outrossim, da única perspectiva capaz de aclarar que no processo penal a exceção é permanente<sup>115</sup> e a desfiguração/mortificação do acusado é a regra.

Na tese VIII de *Sobre o conceito de história* Benjamin postula a necessidade de um conceito de história que dê conta da realidade dos oprimidos. Um tal conceito demonstraria que para os oprimidos o estado de exceção – a supressão sistemática de direitos -, é a regra. A presente tese parte de um postulado semelhante: é necessário um conceito de processo penal que dê conta da realidade das pessoas coisificadas, assujeitadas e reificadas pelo processo penal. Esse conceito demonstrará que para essas pessoas a inobservância das garantias processuais – em nome de um mito sacrificial segundo o qual o processo penal seria um instrumento de segurança pública/pacificação social -, é a regra.

Assim, a tese parte do princípio de que a perspectiva do investigado/acusado é a que melhor evidencia que no processo penal a emergência é perene; ou seja, que o processo penal é um âmbito de manifestação de “*difusa ilegalidade, de clandestinidade e de autoimunização do poder*” (MOCCIA, 2011, p. 02); ou que o que fere o corpo e a mente do investigado/acusado é uma “*concepção do processo como meio de defesa social na qual os direitos individuais são esmagados*” (MOCCIA, 2011, p. 255); ou que para quem é subjugado pelo processo penal, “*Estado de Direito e Estado de Exceção não se encontram numa relação de exclusão, mas de complementação dialética*” (CASTRO, 2017, p. 297); ou, ainda, que o acusado, mais do que aprender, sente que o processo penal “*se caracteriza por estabelecer uma legalidade que lhe permite recorrer à ilegalidade quando necessário*” (CASTRO, 2017, p. 306).

Não é, portanto, por acaso que Vera Malaguiti Batista descreve a persecução penal no Brasil como a “*explosão da barbárie, do aumento do extermínio, da desmoralização das garantias, da apologia da delação*” (BATISTA, 2012, p. 156/157).

---

<sup>115</sup> Tese número VIII de “*Sobre o conceito de história*”: “*A tradição dos oprimidos nos ensina que o ‘estado de exceção’ no qual vivemos é a regra. Precisamos chegar a um conceito de história que dê conta disso. Então surgirá diante de nós nossa tarefa, a de instaurar o real estado de exceção; e graças a isso, nossa posição na luta contra o fascismo tornar-se-á melhor. A chance deste consiste, não por último, em que seus adversários o afrontem em nome do progresso como se este fosse uma norma histórica. – O espanto em constatar que os acontecimentos que vivemos ‘ainda’ sejam possíveis no século XX não é nenhum espanto filosófico. Ele não está no início de um conhecimento, a menos que seja o de mostrar que a representação da história donde provém aquele espanto é insustentável*” (BENJAMIN, 2005, p. 83)

Veja-se, por emblemática, a decisão da Corregedoria Regional de Justiça Federal da 4ª Região, que nos autos nº 000302132.2016.4.04.800/RS decidiu, no contexto da “operação lava Jato”, que a excepcionalidade do caso penal está a autorizar que juízes pura e simplesmente violem garantias fundamentais do acusado:

(...) de início, impõe-se advertir que essas regras jurídicas só podem ser corretamente interpretadas à luz dos fatos a que se ligam e de todo modo verificado que incidiram dentro do âmbito de normalidade por elas abrangido. É que a norma jurídica incide no plano da normalidade, não se aplicando a situações excepcionais [...] Ora, é sabido que os processos e investigações criminais decorrentes da chamada “Operação Lava-Jato”, sob a direção do magistrado representado, constituem caso inédito (único, excepcional) no direito brasileiro. Em tais condições, neles haverá situações inéditas, que escaparão ao regramento genérico, destinado aos casos comuns. Assim, tendo o levantamento do sigilo das comunicações telefônicas de investigados na referida operação servido para preservá-la das sucessivas e notórias tentativas de obstrução, por parte daqueles, garantindo-se assim a futura aplicação da lei penal, é correto entender que o sigilo das comunicações telefônicas (Constituição, art. 5º, XII) pode, em casos excepcionais, ser suplantado pelo interesse geral na administração da justiça e na aplicação da lei penal. A ameaça permanente à continuidade das investigações da “Operação Lava-Jato, inclusive mediante sugestões de alterações na legislação, constitui, sem dúvida, uma situação inédita, a merecer um tratamento excepcional.

(BRASIL, TRF – 4ª Região. Autos nº 000302132.2016.4.04.8000, Des. Relator Rômulo Pizzolatti. Porto Alegre, 2016)

Ora, se soberano é quem decide pela excepcionalidade da situação que justifica a suspensão do ordenamento jurídico (SCHMITT, 1996), então o que a decisão da Corregedoria Regional de Justiça Federal da 4ª Região fez foi pulverizar a exceção – e a prerrogativa de decidir *contra-legem* que a acompanha -, no seio da magistratura (CASTRO, 2017, p. 309). A prevalecer esse entendimento, a jurisdição é a atividade estatal que monopoliza o juízo sobre o Estado de Exceção, e na consciência de todo e qualquer magistrado habita um soberano de toga. Sem meios-termos, esse juiz-soberano é um assassino da lei; e para o acusado ele não será muito distinto do sequestrador que arrebatou sua liberdade.

Voltando a Benjamin, é certo que na tese XII de *Sobre o conceito de história* ele faz uma dura crítica ao sujeito do conhecimento transcendental, supostamente capaz de acessar de maneira imparcial e desinteressada a realidade ao seu redor.<sup>116</sup>

---

<sup>116</sup> Tese número XII de “*Sobre o conceito de história*”: “O sujeito do conhecimento histórico é a própria classe oprimida. Em Marx ela se apresenta como a última classe escravizada, a classe vingadora que, em nome de gerações de derrotados, leva a termo a obra de libertação. Essa consciência que, por pouco tempo, se fez valer ainda uma vez no ‘Spartacus’, desde sempre escandalizou a social democracia. No decurso de três décadas, a social-democracia quase conseguiu apagar o nome de um Blanqui, cujo som de bronze abalara o século anterior. Ela teve prazer em atribuir à classe

Para Benjamin, o conhecimento pleno da opressão é faculdade exclusiva de quem a vivencia na pele. Apenas quem sente no couro o chicote da opressão é capaz de perceber a sua perenidade.

A respeito de que o oprimido sabe mais que o acadêmico? O que ele sabe mais é o que Benjamin confessou na tese VIII, a saber, que para o oprimido o estado de exceção não é algo provisório, como sentencia o jurista entendido ou como pensa o filósofo político ou prega o intelectual em qualquer tertúlia, mas é permanente. Ele conhece a dor sem mistificações e por isso defende que há em cada acontecimento uma *historia passionis* oculta que faz parte da realidade. Ele sabe disso e sabe também que isso não significa nada para o saber oficial. O saber do oprimido que luta impede-o de olhar para frente, desinteressando-se do passado esquecido ou do lado oculto. Ele sabe que se fizer isso haverá mais do mesmo e a história não mudará por mais que mudem os que ocupem as margens: ontem os indígenas, hoje os negros ou os hispânicos; ontem os judeus, hoje os árabes etc (MATE, 2011, p. 266).

Na lapidar síntese de Reyes Mate, para Benjamin “*os pobres, os que sofrem, são sujeitos da história porque, de acordo com a lógica desta tese, são os que podem conhecer melhor a gravidade da situação e estão, portanto, mais dispostos a buscar uma solução*” (MATE, 2011, p. 264).

Sob essa ordem de ideias, escrever o processo penal a contrapelo – isto é, desde a perspectiva do acusado -, é uma tentativa de iluminar “*a invisibilidade da desigualdade processual no Brasil*” (BARROS, 2019, p. 09). Invisibilidade processual que, como muito bem argumenta Flaviane de Magalhães Barros Bolzan de Moraes, veio dar lugar, no Brasil, a um “*subprocesso penal*”.

Pois, se uma aplicação do direito, em especial, do direito penal e processual penal de forma incoerente e sem aceitabilidade racional já incomodava no dia a dia da atuação daqueles que defendem a “*ralé*”, ver tais abusos na aplicação do direito em rede nacional e debatidos pela opinião pública traz ainda mais desassossego, pois significa que estamos à beira, ou melhor, chegamos a um “*subprocesso penal*”! Ou seja, para parafrasear a subcidadania de Jessé de Souza, não se tem mais um processo, mas um subprocesso. Sem garantias, sem imparcialidade, completamente dissonante das teses de defesa e até mesmo da hipótese acusatória. Um subprocesso em que esteticamente o diferente, o que pertence a “*ralé*” já está condenado quando aparece na sala de audiência de uniforme do presídio, ou quando na audiência de custódia são apresentados ao juiz (BARROS, 2019).

---

*trabalhadora o papel de redentora das gerações futuras. Com isso ela lhe cortou o tendão da melhor força. Nessa escola a classe trabalhadora desaprendeu tanto o ódio quanto a vontade de sacrifício. Pois ambos se nutrem da visão dos ancestrais escravizados, e não do ideal dos descendentes libertados*” (BENJAMIN, 2005, p. 108).



É emblemático que Benjamin cite na tese número XII o revolucionário Auguste Blanqui – preso político da monarquia, da República e do Império franceses -, que morreu no cárcere. E, a exemplo de Blanqui, Walter Benjamin também passou pela experiência de ser encarcerado, na França ocupada pelos nazistas, em razão de sua origem judia (MATE, 2011). Mas, ao contrário de Blanqui e Benjamin, o subscritor da tese não conhece a desfiguração pelo processo penal ou a mortificação pela pena senão pelos relatos de seus clientes.

A tese é, portanto, um esforço muito limitado de escrever o processo penal a contrapelo. Um esforço em sentido inautêntico, pois empreendido por quem nunca sentiu na carne as atrocidades que relata. E é justamente em razão desse “déficit de sofrimento” do autor que a tese se vê obrigada a lançar mão da metáfora teatral, de Erving Goffman, pois a metáfora teatral permite a quem nunca se viu no papel de investigado/acusado imaginar-se nesse lugar; a metáfora teatral possibilita uma mudança de enquadramento, de uma teoria processual focada nas condições de legitimidade democrática do processo (no mais das vezes desfocadas das práticas efetivas dos atores processuais) para uma práxis processual que efetivamente explique como o processo penal é de fato vivido por aqueles que são a ele submetidos; uma práxis que se preocupe não com a forma de exercício legitim(ad)o do poder no processo penal, mas com o peso do exercício desse poder sobre o Eu do imputado; uma práxis que indique não como o juiz decide ou deve decidir, mas como, ao logo (e depois) do *iter* que leva à tomada de decisão, pessoas de carne e osso e sangue são desfiguradas e mortificadas.

Não por acaso, as semelhanças entre o teatro e o processo penal foram notadas por Antoine Garapon, para quem “*a proximidade entre o teatro e o processo deve-se ao facto de ambos representarem a mesma coisa: a confrontação de um homem com uma situação*” (GARAPON, 1997, p.192). A metáfora teatral permite desnudar a crueldade da situação que o imputado enfrenta no processo penal concretamente operacionalizado porque ela está calcada em uma “sociologia do absurdo”; uma sociologia que descreve a naturalidade de atos “*que seriam considerados, prima facie, como desviantes, imorais ou depreciativos, como a vigarice, o ‘salvar as aparências’, o ‘livrar a cara’, as manipulações*”; uma sociologia que torna nítido como nosso comportamento cotidiano “*apresenta a mesma sintaxe de ações que consideraríamos sob suspeita moral*”; uma sociologia que traz à tona

como “*muito do que nos parece natural é construído e manipulado*” (NUNES, 2005, p. 172).

Uma tal “sociologia do absurdo”, aplicada ao processo penal, é imprescindível, pois revela como o “processo penal de fato” é distinto do “processo penal do discurso jurídico”. Ou, como prefere Garapon, a metáfora teatral desnuda como

(...) por vezes, essa atmosfera revela-se contrária às intenções virtuosas do encenador e proporciona um espetáculo que se assemelha mais a uma comédia sem nexos do que a uma cerimônia edificante. O acusado é então esmagado pelo cerimonial concebido para o manter ao abrigo da justiça popular e a festa transforma-se numa ordem para matar simbólica, visto que a paixão popular é demasiado forte e o temperamento dos juizes demasiado débil (GARAPON, 1997, p. 20).

Ainda que não se valha da expressão “metáfora teatral”, e nem sequer se refira expressamente a Goffman, Garapon inequivocamente considera o teatro como um horizonte de compreensão do processo penal relevantíssimo, como bem denota a seguinte passagem:

(...) a personagem do ritual judiciário é uma personagem teatral, que existe apenas para representar. É apenas exterioridade. Talhada numa só peça à volta da toga que ostenta, fala apenas a uma só voz, sem dar espaço a qualquer ambivalência, sendo esta, contudo, inerente a qualquer ser humano. O ritual estabelece relações exteriores, quase impessoais, relações entre máscaras. Nesse sentido, a personagem judiciária é uma figuração do sujeito de direito (...) Nas relações jurídicas, é confiada a cada parte um papel, ficando esta a salvo de ter de se entregar totalmente à operação. Aliás, isso é comprovado pela etimologia: os juristas romanos viram na máscara de teatro, a *persona*, o modelo da pessoa jurídica que deve manter-se escondida sob uma forma que a representa (GARAPON, 1997, p.92).

Em suma, a metáfora teatral escancara como o processo penal afeta a face – o juízo positivo que tem de si - do acusado. Por meio da metáfora teatral fenômenos pouco debatidos na academia, como a surdez ou mesmo a “estupidez”<sup>117</sup> do acusado durante a audiência podem ser compreendidos.

---

<sup>117</sup> “A mesma estranheza é sentida em relação à linguagem: não há necessidade de insistir no fato de a maior parte dos termos jurídicos ser incompreensíveis para os iletrados, que perfazem o grosso das pessoas que comparecem perante os tribunais. De igual modo, não sabem como dirigir-se ao presidente, por eles chamado vezes sem conta de ‘Mestre’ ou ‘Vossa Excelência’, consoante o seu grau de impregnação das séries americanas que vêm na televisão... O acusado é como que esmagado pelo cerimonial, vendo-se subitamente privado dos seus meios, emudece no momento em que tem de exprimir-se através de um microfone e responder a questões que, na maior parte do tempo, não percebe. Toda esta situação explica o fenómeno de surdez (courtroom deafness) ou de estupidez durante a audiência (courtroom stupidity). Foi demonstrado, por exemplo, que num determinado

A metáfora teatral desnuda a necessidade de o acusado ter sempre “sangue de barata” – independentemente da veracidade ou falsidade das acusações formuladas.<sup>118</sup> Do contrário, expõe-se ele ao risco de ser condenado não pelo crime que alegadamente praticou, mas pela sua encenação em audiência.<sup>119</sup>

Facilmente se percebe, com a ajuda do arsenal teórico fornecido pela metáfora teatral, como o acusado é convocado para desempenhar um papel cujas regras desconhece - como ele não sabe onde se sentar, como se portar, a quem se dirigir e nem em quais termos se dirigir a alguém -, mas mesmo assim deve manter a encenação; enfim, como o acusado “*é um homem só posto a nu e ignorante, mas ainda assim uma personagem central*”, como “*todo o ritual é organizado para lhe ditar um papel que nunca apreendeu*” (GARAPON, 1997, p. 104).

Com a metáfora teatral se descobre como o investigado ou acusado não é presumidamente inocente, mas, antes disso, um ser sujo e culpado.

Sujo é o que não está no seu lugar. Assim, os sapatos não são sujos por natureza, mas aparecem como sujos se colocados em cima da mesa de jantar. O alimento não é sujo por natureza, mas uma casca de banana abandonada sobre a mesa de trabalho do escritório será imediatamente interpretada como sujeira. Da mesma forma, a sala de audiência é lugar de advogados, promotores e juízes. Não é, todavia, o lugar do acusado, que não sabe como se portar ali e por isso é percebido como alguém sujo. “*A situação do acusado que se encontra ladeado pelos iniciados,*

---

*número de indivíduos que responderam afirmativamente à questão da culpabilidade, 27 por cento reconheceram, posteriormente, não ter compreendido a pergunta que lhes tinha sido colocada [...] O vocabulário empregue registra as diferenças sociais. O presidente utiliza uma linguagem que nem sempre é a do arguido e com a qual este se sente pouco à vontade, o que aumenta o seu sentimento de inferioridade”* (GARAPON, 1997, p.110/111)

<sup>118</sup> “*O ritual exige um certo farisaísmo por parte do acusado. É preciso responder educadamente às questões do presidente, exprimir-se com moderação e manifestar permanentemente uma submissão total à ordem ritual. Durante todo o processo, o seu sangue frio, a sua engenhosidade, a sua perseverança e sua resistência serão duramente postos à prova*” (GARAPON, 1997, p.104).

<sup>119</sup> “*É, em parte, pelo seu comportamento no decorrer da audiência que o acusado será julgado, ainda para mais quando se arriscar a ser declarado culpado pelo delito que mostrou ser capaz de cometer, devido à atitude, agressividade e violência demonstradas ao longo da audiência. É por isso que o advogado de defesa o aconselha, muitas vezes, a não bloquear o funcionamento da máquina judiciária contestando os factos, o que resultará numa sobrecarga de trabalho para a jurisdição, numa saída mais tardia da audiência, num almoço abreviado, etc. Sede um ‘bom’ acusado e tereis uma ‘boa’ pena. Seria por essa razão que os profissionais chamam o gabinete dos juízes de ‘balcão’? Desta necessidade de não pôr o menor grão de areia na engrenagem da máquina deriva uma ‘confissão de má vontade’, um comportamento convencional para uma verdade convencional. Estas confissões de circunstância permitem que muitos arguidos reafirmem em privado a sua inocência*” (GARAPON, 1997, p. 106).

*sem poder vestir o seu próprio fato, faz dele um desencaminhado, um dissidente, um culpado”* (GARAPON, 1997, p. 112/113)<sup>120</sup>.

Tem-se, assim, que a presunção de inocência do acusado é uma fórmula retórica, completamente esvaziada de conteúdo e significado práticos. No processo penal que a metáfora teatral põe em cena, nada é pensado para que o acusado seja tratado como inocente. O processo penal é, ao contrário do que a retórica da presunção de inocência deixa transparecer, um rito de passagem do estado de inocência para o estado de culpa. O processo penal apenas formaliza uma culpa que já é pressuposta:

(...) o processo penal tem também um valor de rito de passagem, cuja função é formalizar a desvalorização do estatuto social do acusado. Enquanto que, aos olhos do senso comum, é o crime que dá origem ao ritual, poder-se-ia afirmar que, pelo contrário, é o ritual judiciário que constrói a figura do acusado. Ao mesmo tempo que é presumido inocente até ao anúncio da sentença, o acusado é, logo à partida, apontado como culpado pelo ritual, o que debilita a sua defesa. Como se a instituição, em sentido contrário às suas intenções declaradas, segregasse indivíduos da forma como os encara, ou seja, presumindo-os culpados (GARAPON, 1997, p.113).

Desde a mirada que a metáfora teatral possibilita, não resta dúvida de que o processo penal é o exemplo perfeito e acabado das cerimônias de degradação descritas por Harold Garfinkel. De acordo com Garfinkel, uma cerimônia de degradação é um trabalho comunicativo que se destina ao rebaixamento da identidade pública de alguém; que altera, de uma maneira negativa, essa identidade, causando vergonha à pessoa degradada - é, em suma, uma destruição ritual da pessoa (GARFINKEL, 1956). Ao final de uma cerimônia de degradação a pessoa deve ser *“ritualmente separada do lugar da ordem legítima, i.e., ela deve ser definida como pertencente a um lugar oposto a essa ordem. Ela deve se colocada do lado de*

---

<sup>120</sup> *“De facto, a existência desta situação alienante para o acusado, para além da submissão à ordem ritual que comporta e à culpabilidade que suscita, dá dele a imagem de um ser inepto, rude, tímido, mal-humorado, pouco acessível, primário, de poucas conversas, enfim, o perfeito retrato de um marginal, de um acusado, tal como o grupo social espera vê-lo. A sensação do desconhecido e, conseqüentemente, a inquietação que o ritual provoca no acusado, que crescem à apreensão pela sanção, induzem um comportamento típico de marginal. O indivíduo que comparece na audiência, depois de vinte quatro ou quarenta e oito horas de guarda à vista, não pode dar de si a imagem que gostaria (se for um homem, não pode nem escolher o fato nem barbear-se) e surge aos olhos de todos, mesmo antes de ser condenado, como um incompetente social, já desviado em relação a esse microcosmos que é o mundo da audiência”* (GARAPON, 1997, p. 112).

*fora, deve ser transformada em um estranho*” (GARFINKEL, 1956, p. 423).<sup>121</sup> Garfinkel explica que nas sociedades organizadas sob a forma estatal, os tribunais são titulares de algo como *“um justo monopólio sobre essas cerimônias, onde elas se transformaram em uma rotina ocupacional”* (GARFINKEL, 1956, p. 424).<sup>122</sup> Em razão disso, o autor define os indivíduos que trabalham no sistema de justiça como *“degradadores profissionais”* (GARFINKEL, 1956, p. 424).<sup>123</sup>

Ademais, há de se ressaltar a nítida relação de complementaridade entre a metáfora teatral e a metáfora dos jogos, delineada pelo próprio Goffman quando ele formulou a distinção entre o *jogo* e o *espetáculo*; entre os atos internos de um acontecimento social e o próprio acontecimento social compreendido como um todo; ou, ainda, nas palavras do próprio autor, *“entre uma peça dramática ou competição ou casamento ou julgamento e a ocasião ou questão social em que estes procedimentos são encaixados”* (GOFFMAN, 2012, p. 323/324).

Destarte, a metáfora dos jogos dá destaque às regras do jogo e às estratégias dos jogadores enquanto o jogo está sendo jogado, ao passo que a metáfora teatral se ocupa também do que acontece antes do jogo, nos interstícios do jogo e após o jogo, em especial a vivência do jogo, a experiência do jogo processual como desfiguração e mortificação por quem é nele envolvido.

Essa preocupação primeira com o jogo – que inevitavelmente redundava em uma certa displicência para com os efeitos deletérios do jogo, que, acredita-se, a metáfora teatral vem sanar -, parece ter sido notada pelo próprio Alexandre Morais da Rosa, que, a despeito de ser pioneiro na aplicação da metáfora dos jogos ao processo penal admite que

(...) no jogo processual, de regra, o julgador e os jogadores tomam decisões maximizadoras de seus interesses a partir da análise de custos e benefícios individuais (payoffs) e não levam em consideração as consequências das consequências, a saber, as externalidades e prejuízos individuais (dos demais jogadores) e à coletividade (ROSA, 2015, p. 34).

---

<sup>121</sup> *“Finally, the denounced person must be ritually separated from a place in the legitimate order, i.e., he must be defined as standing at a place opposed to it. He must be placed ‘outside’, he must be made ‘strange’”* (GARFINKEL, 1956, p. 423).

<sup>122</sup> *“The court and its officers have something like a fair monopoly over such ceremonies, and there they have become an occupational routine”* (GARFINKEL, 1956, p. 424).

<sup>123</sup> *“(...) our professional degraders in the law courts (...)”* (GARFINKEL, 1956, p. 424).

São justamente essas consequências, essas externalidades, esses prejuízos – a saber, todo o sofrimento decorrente da persecução penal, que fica oculto no jogo, mas que se revela desde a perspectiva mais ampla do teatro -, que são lançados da proteção dos bastidores às luzes da ribalta por uma compreensão do processo penal a partir da metáfora teatral.

#### **4.1.1 Metáfora teatral e processo penal**

Erving Goffman descreve a interação social a partir do que ele designou como metáfora teatral. Segundo essa metáfora, o contato social face a face acontece como se cada um dos interagentes desempenhasse, para aquele contato específico, um papel também específico. É esse desempenho de papéis múltiplos, conforme se multipliquem também as interações sociais, que constitui a identidade do indivíduo (GOFFMAN 2014).

Dessa forma, a identidade pessoal é construída a partir dos diversos papéis sociais que alguém desempenha, tais como o papel de mulher, de mãe, de diretora de pessoal em uma empresa qualquer e tenista amadora, por exemplo. Essa pessoa, se porventura questionada sobre quem ela é, provavelmente levará em conta todos esses papéis antes de responder - de maneira tal que cada um desses papéis será correlatamente cotejado com os demais papéis para fins de auto compreensão -, e uma resposta muito provável à indagação seria algo próximo de “*sou Maria, mãe do Joãozinho. Trabalho com RH e aos fins de semana gosto de jogar tênis*”.

Assim, o desempenho social de um amplo espectro de papéis, que se modificam com a modificação das interações nas quais alguém se engaja, é que caracteriza o sujeito “normal”.<sup>124</sup>

Goffman estudava a forma pela qual o homem se apresenta em uma situação ordinária de trabalho, como o faz frente a si mesmo e frente aos outros, e como tenta manipular a impressão que os outros podem formar a seu respeito. O comportamento humano é como de um ator: todos nós procuramos fazer com que a nossa forma de ser e de agir pareça verdadeira e para isso atuamos. Nas relações interpessoais, ‘o que nunca acontece é que não acontece nada’: tudo tem relevância e consequências na conformação da identidade (ANITUA, 2008, p. 582).

---

<sup>124</sup> “A personalidade múltipla e dissociada é uma personalidade normal” (JOSEPH, 2000, p. 21).

Nesse desempenho multifacetado de papéis sociais, a *fachada* é definida como tudo aquilo que o sujeito utiliza para dar veracidade à sua atuação, é o “*equipamento expressivo de tipo padronizado intencional ou inconscientemente empregado pelo indivíduo durante sua representação*” (GOFFMAN, 2014, p. 34).

Mas o ator social visa não apenas a veracidade de sua atuação. Ele busca, sobretudo, o reconhecimento dessa atuação, ou seja, a *realização dramática* de sua representação. A realização dramática é, portanto, o esforço que o ator faz para intensificar a visibilidade social do papel que desempenha. Nesse desiderato, a realização dramática assoma-se como uma encenação mediante

(...) sinais que acentuam e configuram de modo impressionante fatos confirmatórios que, sem isso, poderiam permanecer despercebidos ou obscuros. Pois se a atividade do indivíduo tem de tornar-se significativa para os outros, ele precisa mobilizá-la de modo tal que expresse, durante a interação, o que ele precisa transmitir (GOFFMAN, 2014, p. 42/43).

Na realização dramática a atividade profissional é “*transformada em espetáculo*” (GOFFMAN, 2014, p. 47), com a conseqüente desvalorização das atividades mezinhas e cotidianas da profissão e a sobrevalorização das práticas visíveis, das quais derivam a reputação profissional do ator.

Começa-se a perceber aqui a força explicativa da metáfora teatral, fortemente deslegitimante do processo penal sacrificial na medida em que expõe a objetividade crua de interações face a face que, visando o reconhecimento social dos membros da equipe de segurança pública<sup>125</sup>, tem por efeito a desfiguração do imputado.

Desnuda-se, assim, as razões pelas quais os princípios e regras do processo penal são facilmente abandonados pelos membros das equipes de segurança pública para darem lugar à uma realização dramática hiper-midiatizada, com claros prejuízos à face<sup>126</sup> do imputado – isto é, ao juízo positivo que ele faz de si mesmo -, pois, “*longe de ajudar, a mídia tem participação ativa no processo de estigmatização social*” (CASARA, 2004, p. 58). Valendo-se desse impulso socialmente determinado para a

<sup>125</sup> Sobre a equipe de segurança pública, vide tópico seguinte.

<sup>126</sup> Na versão brasileira de *Ritual de interação: ensaios sobre o comportamento face a face*, a expressão em inglês “*face*”, que para Goffman designa “*o valor social positivo que uma pessoa efetivamente reivindica para si mesma*” (GOFFMAN, 2011) foi traduzida como “*fachada*”. Todavia, na tradução para o português de *A representação do eu na vida cotidiana* a “*fachada*” indica tudo aquilo que o ator usa para conferir veracidade à sua representação (GOFFMAN, 2011). No presente trabalho “*face*” será entendido como valor positivo auto-atribuído e “*fachada*” como recurso cênico visando a veracidade da encenação.

realização dramática, “*os mass media funcionam, então, como verdadeiras agências do sistema penal*” (CASARA, 2004, p. 60).

Assim é que - a despeito do conteúdo deontológico do status constitucional de inocência, que deveria assegurar ao imputado tratamento digno e vedar sua exposição midiática como criminoso, mormente à míngua de uma condenação penal transitada em julgado (MORAES, 2010) -, tem-se como natural os “esculachos” (apresentação do preso à imprensa) promovidos pelas equipes de segurança pública, como se se tratasse de ato processual com previsão legal; a versão cibernética do “esculacho”, com apresentações preparadas no *power point*; a divulgação do conteúdo de interceptações telefônicas protegidas pelo sigilo; a atuação inquisitiva e parcial do magistrado; e, no limite, a utilização da carreira na equipe de segurança pública como trampolim para a carreira política.

Em paralelo à realização dramática hiper-midiatizada, a *idealização* a que estão sujeitos os membros da equipe de segurança pública também cobra o seu preço em termos de desfiguração do imputado, isto é, de redução do juízo positivo que ele faz de si mesmo. Mediante a idealização o ator incorpora à sua representação “*os valores oficialmente reconhecidos pela sociedade*” (GOFFMAN, 2014, p. 48). Na representação idealizada há, portanto, a acentuação dos ideais socialmente predominantes e o ocultamento daqueles ideais socialmente valorados como negativos, de maneira tal que a representação dos agentes de segurança pública aparecerá como tendencialmente orientada pelos primeiros.

O grande problema é que a sociedade brasileira é autoritária. Há entre nós e em cada um de nós um autoritarismo psicológico-social e um autoritarismo ideológico (FRAGOSO, 2016) que, idealizados pelos membros da equipe de segurança pública, conduzem a práticas processuais que degradam o acusado.

O autoritarismo psicológico-social é decorrente da insegurança pública e do sentimento generalizado de medo que ela provoca. Como bem explica Cristiano Falk Fragoso

(...) esse perene estado de medo tem altíssimo potencial para disparar ou exacerbar uma dinâmica psicológica autoritária. O medo é funcional para colocar as relações interpessoais em bases autoritárias (...) O medo leva precisamente àquilo que caracteriza a mentalidade autoritária: a criação de grupos-dentro vs. Grupos-fora, que conduz à exclusão social (FRAGOSO, 2016, p. 273).



Como resposta até mesmo inconsciente a esse medo generalizado, a equipe de segurança pública passa a se orientar não pelos princípios do modelo constitucional de processo (BARROS, 2009), mas segundo uma lógica de enfrentamento dos perigos (do crime, da criminalidade e do criminoso) que alimentam o sentimento social de insegurança.

Mas há também o autoritarismo ideológico, que no Brasil pós-escravocrata assume a forma do preconceito contra os negros. Veja-se, por paradigmático, o exemplo de Nina Rodrigues – o ‘pai’ da criminologia brasileira -, que advogava a criação de códigos penais diferentes, de acordo com a raça dos indivíduos (FRAGOSO, 2016) Mas não só Nina Rodrigues:

(...) Oliveira Vianna, em seu livro *Populações Meridionais do Brasil* (1920), mostra-se um defensor da necessidade de arianizar o Brasil, e em seu *Raça e Assimilação* (1932) procura fixar critérios científicos demonstrativos da pureza da raça ariana. Por sua vez, Azevedo Amaral, em seu *O Estado Autoritário e a Realidade Nacional* (1938), considerava os mestiços o seu alvo principal, eis que seriam inadequados ao exercício das funções públicas (FRAGOSO, 2016, p. 275).

Esse discurso racista é utilizado de forma velada para a construção de uma subcidadania (SOUZA, 2018) que se faz nítida no processo penal, cujos clientes preferenciais são negros pobres. Dados do Sistema Integrado de Informações Penitenciárias (Infopen) - divulgados em 2016 e relativos ao ano de 2014 -, dão conta de que quase dois terços dos encarcerados no Brasil (61,6%) são oriundos da população negra.<sup>127</sup> Assim, ao lado do medo se emparelha uma ideologia racista – da qual, infelizmente, todos somos cativos -, que provoca um desencaixe entre o discurso jurídico penal (que assegura garantias processuais iguais a todos) e o sistema jurídico penal (que sistematicamente suprime essas garantias dos negros).

De resto, a idealização – isto é, o agir em consonância com os valores majoritários -, solapa o ideal contramajoritário que é ínsito à atividade jurisdicional.

Nas corporações profissionais (e, portanto, nas equipes de segurança pública) a idealização – o agir consoante os valores mais caros ao meio social circundante, que, no caso brasileiro são valores autoritários -, é internalizada mediante a *retórica do treinamento*; isto é, pela exigência de absorção mística da “*impressão de que o profissional licenciado é alguém que foi reconstituído pela experiência da*

<sup>127</sup> Dados Disponíveis em <<<http://www.justica.gov.br/radio/mj-divulga-novo-relatorio-sobre-populacao-carceraria-brasileira>>>, Acesso em 28/08/2018 às 15h25min.

*aprendizagem, e acha-se agora colocado à parte dos outros homens*” (GOFFMAN, 2014, p.58/59).

Com a retórica do treinamento o membro da equipe de segurança pública incorpora, como orientação para a sua representação, a ideia de que ele é um ser humano distinto dos demais, com aptidões não compartilhadas pelos comuns mortais. Na persecução penal isso se evidencia pela perpetuação de uma mitologia processual penal que leva à idealização de supostos princípios processuais que carecem de previsão legal. Dentre esses mitos processuais inculcados à exaustão nos cursos de formação de magistrados e promotores, destacam-se a neutralidade e o livre convencimento do julgador, a verdade real, a imparcialidade do Ministério Público, e a ideia de que o processo penal possa ser um instrumento da segurança pública (CASARA, 2015).

Tanto o mito da neutralidade quanto o mito do livre convencimento partem do pressuposto equivocado de que é possível uma tomada de decisão jurídica dissociado das relações de força que atuam no campo jurídico, do *habitus* e dos interesses de quem decide (BOURDIEU, 2007). Todavia, não existe decisão neutra ou imparcial. As regras para a promoção na carreira jurídica, o sistema de pré-disposições inculcadas pelo trabalho acadêmico que conduziu o sujeito à carreira jurídica (BOURDIEU; PASSERON, 2014) e até mesmo o quanto falta para a hora do almoço (KAHNEMAN, 2012) repercutem na decisão, ainda que quem decide não tenha consciência disso.

O mito da verdade real, por seu turno, mascara o fato de que o crime é um evento histórico, e, portanto, impossível de ser reconstruído em todos seus detalhes. A ‘verdade’ do crime se perde no exato instante em que ele é praticado, e o que é passível de reconstrução processual é uma ‘verdade’ muito aproximada, a partir de rastros mais ou menos frágeis do passado. Uma verdade que é apenas análoga ao acontecimento real, e, por isso, analógica (KHALED JR., 2013).

Sobre o mito da imparcialidade do Ministério Público, é clássica a advertência de Francesco Carnelutti quanto ao absurdo lógico que é pretender a quadratura do círculo, ou seja, que uma parte possa ser imparcial (CARNELUTTI, 1953). Enfatizando a necessidade (constitucional) de se compreender o ensinamento de Carnelutti, Jacinto Nelson de Miranda Coutinho explica que “*vigente o devido processo legal (art. 5º, LIV, CR), não há espaço senão para um processo de partes*” (COUTINHO, 2006, p.11). Mas, sendo parte, o Ministério Público não pode deixar de ser parcial.

Por fim, o mito do processo penal como instrumento de segurança pública tem como contrapartida a flexibilização dos princípios do modelo constitucional de processual, incompatíveis com uma perspectiva efficientista que só é capaz de compreender a eficácia do sistema penal como ‘luta’ ilimitada contra o crime e o criminoso (MOCCIA, 2011). De resto, não parece que a instrumentalização do processo penal para fins de segurança pública tenha sido recepcionada pela Constituição de 1988, como se pretende esclarecer no tópico seguinte.

Ademais, o mito do promotor imparcial, quando conjugado com o mito do processo penal como instrumento de segurança pública – tendente, assim, a fazer com que o juiz se comporte como agente da segurança pública -, dá origem a uma prática processual incapaz de conhecer outra regra senão a do arbítrio. É que ao promotor passa-se a permitir quase tudo, haja vista tratar-se de sujeito processual pretensamente imparcial, e, portanto, sem interesse no resultado final do processo. Mas ao juiz também se permite quase tudo, agora porque é agente de segurança pública, e, por isso mesmo, uma espécie de *partisan* (CASTRO, 2017) na luta contra o crime, a quem tudo estaria autorizado.

Operacionalizando esses mitos, promotores e juízes desempenham, ao sabor das circunstâncias, os papéis processuais uns dos outros e vice-versa, sem que a defesa técnica e o imputado saibam jamais o que deles esperar.

Em suma, os mitos inculcados pela retórica do treinamento fazem com que os membros das equipas de segurança pública – ao arrepio do papel constitucional que lhes é devido no teatro processual penal -, acreditem ser capazes de, a um só tempo, alcançar imparcialmente a verdade real e ainda garantir a segurança pública. Não percebem (ou percebem e não se importam), porém, que o resultado objetivo dessas crenças, uma vez postas em prática, é um amorfismo processual que nada garante e faz com que boa parte das estratégias defensivas fiquem reduzidas “*a pouco mais do que as previsivelmente fúteis agitações das moscas presas num mata-moscas*” (BERGER, 2012, p. 20).

Por fim, o conceito goffmaniano de *mistificação* é curial à compreensão da razão pela qual muitos magistrados ainda insistem em não receber advogados -

mormente os advogados criminalistas -, a despeito de o Estatuto da Advocacia (Lei nº 8.906/1994) claramente vedar essa prática.<sup>128</sup>

Se a mistificação é a restrição do contato, a manutenção de uma distância social por meio da qual “*o temor respeitoso pode ser gerado e mantido na plateia*” (GOFFMAN, 2014, p.80), talvez a técnica mais eficiente de mistificação no teatro processual penal seja a restrição de acesso - de estabelecimento de uma interação face a face<sup>129</sup> -, entre advogados e magistrados. Ao não admitir – ou restringir – a presença do advogado em seu gabinete, o juiz transmite uma mensagem: ele diz, simbolicamente, que advogado e juiz não pertencem à mesma categoria de sujeitos processuais; um é membro da equipe de segurança pública, e por isso pode circular livremente pelos bastidores<sup>130</sup>, enquanto o outro pertence à plateia, razão pela qual deve ser afastado sem peias dos bastidores.

Mas até aqui muito já se disse sobre a equipe de segurança pública, sem que, todavia, se explicitasse sobre o que se está falando. É o que se passa a fazer no tópico seguinte.

#### **4.1.2 A equipe de segurança pública**

Muitas vezes a representação não é encenada individualmente, mas em equipe, ou seja, por um “*conjunto de indivíduos cuja íntima cooperação é necessária, para ser mantida uma determinada definição projetada da situação*” (GOFFMAN, 2014, p. 118). No teatro processual penal, juízes, promotores, delegados e agentes de polícia se percebem como membros de uma equipe de segurança pública, pois creem no mito

<sup>128</sup> Lei 8.906/1994: “Art. 7º São direitos dos advogados: (...) VIII – *dirigir-se diretamente aos magistrados nas salas e gabinetes de trabalho, independentemente de horário marcado ou outra condição, observando-se a ordem de chegada*”. (BRASIL, 1994, p. 1041)

<sup>129</sup> A interação face a face é o tipo de comunicação (não necessariamente verbal) que se estabelece na co-presença de dois ou mais indivíduos; é “*a influência recíproca dos indivíduos sobre as ações uns dos outros, quando em presença física imediata (...) toda interação que ocorre em qualquer ocasião, quando, num conjunto de indivíduos, uns se encontram na presença imediata de outros*” (GOFFMAN, 2014, p. 28).

<sup>130</sup> A existência de um cenário – de um local onde se dá a representação oficial -, pressupõe sempre a existência dos bastidores, de um lugar “nos fundos do cenário”, onde os atores não precisam mais atuar. Os bastidores caracterizam-se justamente pela restrição de acesso por parte da plateia, haja vista que – ante a desnecessidade de encenação nos bastidores -, os segredos do espetáculo (isto é, as informações que não se quer que a plateia tenha) circulam livremente por ali (GOFFMAN, 2014). Na cognição processual penal, o cenário é, por excelência, a sala de audiências. O gabinete do Juiz e todos os demais locais que o Advogado e o Réu não podem frequentar livremente – a secretaria do Juízo, o cofre do Juízo, o gabinete do Promotor ou os laboratórios onde são realizadas as perícias -, constituem, todos eles, os bastidores do Teatro Processual Penal, ilimitadamente acessíveis apenas aos membros da equipe de segurança pública.

de que o processo penal é instrumentalizável para fins de segurança pública. De conseguinte, da equipe de segurança pública estão excluídos o imputado e a defesa técnica.

Havendo, na equipe de segurança pública (como em qualquer outra equipe), vínculos de dependência recíproca e familiaridade entre os atores, naturalmente surge entre eles o sentimento de lealdade para com a equipe, que os predispõem a apoiar a linha de ação da equipe. Assim, *“uma vez tomada a posição da equipe, todos os membros estão obrigados a segui-la”*, porque *“o desacordo público entre os membros da equipe não somente os incapacita para uma ação conjunta, mas também perturba a realidade patrocinada por eles”* (GOFFMAN, 2014, p.99).

Na equipe de segurança pública quem geralmente detém o poder de fato para estabelecer a linha de ação conjunta é o delegado de polícia (quando não o agente de polícia civil ou o policial militar), que, pela maior proximidade com o fato definido como crime, pretensamente estaria em condição de delimitar com mais precisão os contornos do caso penal. Como explicam Ricardo Genelhú e Sebastian Scheerer, no dia a dia da persecução penal a polícia *“acusa, julga e condena”*, enquanto *“o judiciário apenas homologa a versão daquela”* (GENELHÚ, SCHERER, 2017, p. 19):

(...) as classes que fornecem os inimigos inconvenientes mal conhecem e não têm acesso ao judiciário para se defender. E quando têm é a polícia que decide o seu destino. O juiz, nas poucas vezes em que é convocado, atua para meramente homologar a versão do policial responsável pela diligência. E essa homologação quase nunca passa de um aval da condenação que o policial já rascunhou ou forjou (provas plantadas). Na prática, a autonomia do policial é superior à do magistrado, à do promotor de justiça e à do delegado (GENELHÚ, SCHEERER, p. 219)

Sobre essa desmedida concentração de poderes nas mãos dos policiais, Fauzi Hassan Choukr explica que

(...) a conhecida seletividade substancial do sistema penal passa pela atividade policial investigativa e o relacionamento deste órgão com o Ministério Público, a ponto de poder ser legitimamente concluído que a legalidade penal e a obrigatoriedade da ação penal são absolutamente retóricas, se observado que todo o sistema é selecionado (e é potencialmente selecionável) pela atividade de polícia (CHOUKR, 2002, p. 152).

No microssistema da legislação de drogas a prerrogativa de o policial elaborar o enredo da peça está até mesmo positivada no § 2º do artigo 28 da Lei 11.343/2006, que considera as circunstâncias da ação policial – obviamente, as circunstâncias da

ação policial tal e qual narrada por seus atores -, um dos fatores de determinação da finalidade do porte ou da posse de drogas (se para consumo pessoal ou mercancia).<sup>131</sup>

Destarte, no Brasil a polícia goza de uma autossuficiência que beira a inexistência de limites, a ponto de serem as agências policiais a instância que de fato coordena as atividades do Judiciário. Ao arrepio do que diz a Constituição, “*nosso sistema prisional se mantém sobre uma contradição esquisitamente aceita: um poder autônomo gerenciando uma estrutura sem autonomia, sem capacidade de funcionamento*” (GENELHÚ, SCHEERER, 2017, p. 228).

No sistema penal subterrâneo (CASTRO, 2005), que transcorre à margem dos códigos legais, a magistratura brasileira ainda não conquistou a independência funcional; longe disso, ela está acomodada no papel de marionete do guarda da esquina:

(...) em vez de o judiciário promover o contraponto a toda essa autonomia, filtrando-a ou represando-a, ele tem preferido ser conivente. Parece ser mais confortável acasalar-se com esta polícia soberana, ajudando-a a conceber aberrações difíceis de esconder (GENELHÚ, SCHEERER, 2017, p. 237).

Definidas as circunstâncias do caso penal pelo delegado ou agente de polícia, verifica-se então “*um esforço cooperativo de todos os participantes para manter uma uniformidade funcional de opinião*” (GOFFMAN, 2014, p. 105), de maneira tal que qualquer desvio à linha de atuação previamente definida é considerado como deslealdade à equipe. Ainda que vez ou outra possam discordar dessa linha de atuação, os membros da equipe de segurança pública resistirão a expor publicamente sua opinião, porque isso “*faria o público inteirar-se de uma opinião que deve ser reservada aos membros da equipe*” (GOFFMAN, 2014, p. 103).

Portanto, uma vez internalizado o sentimento de lealdade à equipe de segurança pública - que deve sustentar até o fim a definição da situação (do caso penal) -, não surpreende que o advogado seja considerado um estorvo à interação no teatro processual penal, pois trata-se justamente do sujeito processual que tem a função de apontar eventuais equívocos da equipe de segurança pública.

---

<sup>131</sup> Lei 11.343/2006: “Art. 28 (...) § 2º *Para determinar se a droga destinava-se a consumo pessoal, o juiz atenderá à natureza e à quantidade da substância apreendida, ao local e às condições em que se desenvolveu a ação, às circunstâncias sociais e pessoais, bem como à conduta e aos antecedentes do agente*”. (BRASIL, 2006, p. 1853).

Nessa representação em que o advogado é concebido como um intruso – como um membro da plateia -, os autos são o principal elemento cênico da interação processual. Como, porém, esse recorte do cenário é montado principalmente pela equipe de segurança pública – com exclusividade quase absoluta durante o inquérito -, o controle assim produzido *”permite à equipe introduzir dispositivos estratégicos para determinar a informação que o público é capaz de adquirir”* (GOFFMAN, 2014, p. 107), mitigando-se assim o inconveniente representado pela defesa.

O controle da informação disponibilizada ao público (à defesa) é facilitado pelo sigilo que é inerente a algumas atividades da equipe de segurança pública, já que *“para uma representação ser eficaz, provavelmente a extensão e o caráter da cooperação que tornam isso possível deverão ser dissimulados e mantidos em segredo. Uma equipe, portanto, tem algo do caráter de uma sociedade secreta”* (GOFMAN, 2014, p. 118).

Mas o mérito da metáfora teatral não consiste exatamente em revelar que a equipe de segurança pública detém segredos que não são expostos à plateia – o que de resto seria de fácil percepção para qualquer advogado que se aventurasse a militar na seara penal -, mas, principalmente, em explicitar como isso é uma condição de possibilidade da própria encenação; como, a fim de se permitir a continuidade da representação, finge-se ignorância quanto aos segredos. Tanto no teatro quanto no processo penal os membros da equipe já conhecem todo o enredo (enquanto atores), mas continuam com o espetáculo (enquanto personagens). Dessa forma, tudo se passa como se esse conhecimento de fato lhes escapasse:

(...) é bastante claro que todos os atores conhecem todos os segredos e desfechos e, no entanto, o personagem que cada qual representa atuará como se não conhecesse alguns dos assuntos relevantes e, além disso, nisto será tratado seriamente pelos outros personagens e pela plateia (...) Aqui, mais uma vez, a ação de um determinado personagem num determinado momento da história requer impreterivelmente que ele desconheça os desfechos que autor já conhece, do contrário as ações subsequentes do personagem não terão nenhum sentido (GOFFMAN, 2012, p. 613).

Diz-se isso porque o resultado final do espetáculo processual é definido bem antes do jogo processual, já no inquérito policial, *“na escuridão das celas das delegacias, na exposição não autorizada na mídia, na sonegação de direitos e garantias* (DUCLERC, 2005 p. 195). É nos albores do espetáculo processual (o acontecimento como um todo, incluindo-se aí, especialmente, o inquérito), e não no

jogo processual (o procedimento jurisdicional supostamente conforme o modelo constitucional de processo) que o destino do imputado é definido. A autoridade policial exsurge, aqui, como a onipotente autora de uma narrativa a ser construída unilateralmente (sem contraditório e ampla defesa) para posterior encenação, em juízo, pelos demais membros da equipe de segurança pública - meros personagens de um drama escrito pelo delegado de polícia.

A fim de assegurar a incolumidade de seus segredos, toda equipe desenvolve técnicas de *comunicação colusória* (feita em conluio), ou seja, maneiras de se comunicar internamente sem que os não membros percebam a comunicação, ou, pelo menos, o sentido do que foi comunicado (GOFFMAN, 2012). Não há porque acreditar que as coisas se dariam de maneira diversa no interior da equipe de segurança pública, a não ser que existissem fortíssimas razões para isso. Razões que, todavia, estão ausentes na estrutura inquisitorial do processo penal brasileiro.

A comunicação colusória é prática constante no interior das equipes de segurança pública quando da persecução penal por crimes de natureza econômica, mormente se praticados por organização criminosa. Nesses casos, a exigência constante no artigo 41 do Código de Processo Penal, segundo a qual a denúncia deve conter a exposição do fato criminoso com todas as suas circunstâncias, é flexibilizada pelos tribunais a ponto de não se exigir a individualização da conduta de cada um dos denunciados. Estabelece-se, assim, um diálogo institucional entre o membro do Ministério Público e o juiz, no qual o primeiro diz ao segundo que um espetáculo com vistas à condenação deve ser encenado sem, todavia, explicitar as condutas concretas que são atribuídas aos imputados. Mediante uma tal comunicação colusória a denúncia, que deveria ser uma peça dirigida precipuamente ao denunciado – para que ele se defenda dos atos que ali lhe são atribuídos -, converte-se em verdadeiro instrumento de ocultação da imputação, cognoscível apenas pelos membros da equipe de segurança pública.

Com o advento da Lei 12.850/2013, que tipificou o crime de organização criminosa e disciplinou uma série de técnicas ocultas de investigação – dentre elas a colaboração premiada -, a comunicação colusória entre promotor e juiz converteu-se em prática generalizada. Isso porque no mais das vezes o colaborador incrimina diversas pessoas, não sendo incomum que esse número chegue à casa das centenas. Todavia, o que se tem verificado na prática é a negativa de acesso, por parte do juiz, a todos os termos da colaboração. Em cada processo, disponibiliza-se à defesa



técnica apenas o termo da colaboração referente a quem figura como imputado naqueles autos específicos. Assim o juiz forma o seu conhecimento sobre os fatos com arrimo nas informações que ele obtém a partir da colaboração como um todo – isto é, a integralidade dos termos da colaboração -, mas apenas um, ou, quando muito, alguns, desses termos são colocados à disposição do imputado e de sua defesa técnica. O grosso da comunicação acontece, portanto, exclusivamente entre os membros da equipe da segurança pública.

A comunicação colusória pode eventualmente evoluir para a prática de ilícitos criminais por quem, em tese, detém a função constitucional de processar e julgar crimes. Isso é possível porque a exposição dos equívocos na linha de atuação da equipe de segurança pública quase sempre é vista como deslealdade pelos outros membros, criando-se a confiança de que as inconduas permanecerão encobertas. Mas se a prática de crimes talvez seja exceção entre os membros da equipe de segurança, o mesmo não pode ser dito em relação aos ilícitos processuais. Não é incomum – sendo, antes, a regra -, que o Judiciário dê o seu aval para que o Ministério Público deixe de instruir os autos com alguns elementos de prova (como diálogos interceptados ou documentos apreendidos que a acusação considera irrelevantes) ou para que a autoridade policial negue à defesa o acesso aos autos do inquérito (especialmente em investigações sobre atos praticados por organizações criminosas, em razão do inconstitucional permissivo legal constante na Lei 12.850/2013<sup>132</sup>). Tudo feito com naturalidade e sem remorsos, sem que os membros da equipe de segurança pública sequer vislumbrem incorreções em suas condutas. Afinal,

(...) uma vez que todos nós participamos de equipes, devemos carregar no nosso íntimo algo da doce culpa dos conspiradores. E desde que cada equipe está empenhada em manter a estabilidade de algumas definições da situação, escondendo ou depreciando certos fatos a fim de consegui-lo, pode-se esperar que o ator continue vivendo sua carreira de conspirador com certa dissimulação (GOFFMAN, 2014, p. 119).

Ainda que raras vezes detenha o poder de fato para definir o caso penal – pois o código de lealdade no interior da equipe o constrange a seguir a linha de ação

---

<sup>132</sup> Lei 12.850/2013: “Art. 23. O sigilo da investigação poderá ser decretado pela autoridade judicial competente, para garantia da celeridade e da eficácia das diligências investigatórias, assegurando-se ao defensor, no interesse do representado, amplo acesso aos elementos de prova que digam respeito ao exercício do direito de defesa, devidamente precedido de autorização judicial, ressalvados os referentes a diligências em andamento”. (BRASIL, 2013, p. 2050).

determinada pela autoridade policial -, é o juiz quem realiza a *dominância diretiva*, ou seja, a “*obrigação específica de distribuir os papéis na representação e a fachada pessoal empregada em cada papel*”. Ao exercer a dominância diretiva, o juiz “*corrige as aparências inadequadas e atribui maiores e menores prerrogativas*” (GOFFMAN, 2014, p. 112/113) aos outros membros da equipe, determinando então as condutas que lhes são admitidas.

Pode acontecer, porém, de no exercício da dominância diretiva o juiz inclinar-se mais para as expectativas da plateia (para a observância dos direitos fundamentais do imputado) do que para a linha de atuação escolhida pela equipe de segurança pública. Neste caso,

(...) se a plateia aprecia que a representação tenha um diretor, provavelmente o considerarão mais responsável que os outros atores pelo sucesso da representação. Ele provavelmente responderá a esta responsabilidade fazendo exigências dramáticas a respeito da representação, que os atores não fariam a si mesmo. Isto pode aumentar a separação que podem já sentir em relação a ele. Um diretor, por conseguinte, começando como membro da equipe, pode encontrar-se aos poucos empurrado para uma posição marginal, entre a plateia e os atores, metade dentro e metade fora de ambos os campos, uma espécie de intermediário, sem a proteção que os intermediários geralmente têm (GOFFMAN, 2014, p. 113).

Dá-se, assim, a marginalização do juiz que orienta suas práticas e decisões à observância dos direitos fundamentais, não sendo incomuns as perseguições políticas transvestidas de processos judiciais e/ou disciplinares, assim como “condenações” informais ao ostracismo.

#### **4.1.3 As regiões: o cenário, os bastidores e a região de fora**

As encenações sempre acontecem em um substrato material que Goffman denomina de *cenário*. O cenário é a região, o espaço físico, onde a representação acontece.

Além do cenário, há uma região onde os fatos suprimidos da representação aparecem livremente. Uma região onde “*o ator pode descontraí-lo, abandonar a sua fachada, abster-se de representar e sair do personagem*”. São os *bastidores*, local em que toda a equipe pode parar de atuar porque, estando ele situado ‘nos fundos’ e fisicamente separado do cenário, “*o ator pode confiantemente esperar que nenhum membro do público [o] penetre*’ (GOFFMAN, 2014, p. 127/128).

No teatro processual penal a sala de audiências corresponde ao cenário e o gabinete do magistrado é o principal sítio dos bastidores. Daí que, a partir da metáfora teatral, não causa estranheza a recusa sistemática de alguns magistrados em atender a defesa técnica (muito provavelmente, uma forma inconsciente de mistificação). Não sendo o advogado um membro da equipe de segurança pública, o gabinete (bastidores), deve ser-lhe vedado, sob risco de insucesso da encenação.

A importância técnica dos bastidores para o sucesso da representação é inquestionável. A partir dos bastidores, *“um ator colocado na fachada pode receber ajuda da retaguarda enquanto a representação está em curso”* (GOFFMAN, 2014, p. 128). Passível de questionamento, porém, é a participação do pessoal dos bastidores (assessores, assistentes e estagiários) na realização de atos privativos de magistrados, como a redação de sentenças e decisões interlocutórias. Aqui, há a usurpação de um papel por quem não está institucionalmente autorizado a representá-lo.

Neste caso, a encenação será insofismavelmente cínica, pois todos conhecem seus papéis, mas deliberadamente não os desempenham. Tanto o assessor quanto o estagiário sabem que não estão autorizados a redigir sentença; da mesma forma, o juiz sabe que não pode assumir publicamente como seu um ato decisório que ele não realizou. E, no entanto, a encenação segue nesses termos por todos os cantos, a ponto de não raras vezes a defesa técnica preferir ser atendida pelo assistente e não pelo magistrado, pois sabe de antemão que a equipe de bastidores invadiu o palco, com a complacência ou estímulo de quem deveria exercer a dominância diretiva.

Além do cenário e dos bastidores, há também o ‘lado de fora’, frequentado por todos que não são atores e nem plateia da encenação. O problema do ‘lado de fora’ não se confunde com o da multiplicidade de plateia. Os atores sabem muito bem distinguir uma plateia da outra, e conformam a atuação a depender do público. Não sabem, porém, como atuar quando os indivíduos do ‘lado de fora’ assomam na plateia.

O sucesso da representação, havendo multiplicidade de plateia, é garantido com a divisão do público: a cada um o seu respectivo espetáculo. Goffman explica que

(...) é conveniente separar as diferentes plateias que alguém tenha para o mesmo papel, pois esta é a única maneira pela qual cada assistência julgará que, conquanto possam existir outras plateias para o mesmo papel, nenhuma está tendo uma apresentação tão atraente (GOFFMAN, 2014, p. 153).

Pode-se afirmar, com esteio em Flaviane de Magalhães Barros Bolzan de Moraes, que no Brasil existiam duas plateias muito bem delimitadas. De um lado, a plateia patrimonializada, cujos recursos financeiros à disposição da defesa técnica permitiam que seus casos penais chegassem até os tribunais superiores, que gradativamente estavam construindo “*uma jurisprudência vinculada ao respeito às garantias processuais penais*” (BARROS, 2018, p. 08); do outro lado, a “plateia-ralé”, composta por “*subcidadãos invisibilizados pela desigualdade da sociedade brasileira*” (BARROS, 2018, p. 18). Como explica a autora,

(...) essa ralé sempre foi a maior cliente do processo penal brasileiro, que aprisionados cautelarmente, ficavam esquecidos no cárcere. Sem condições econômicas para serem lembrados, pois não têm advogados e não têm assistência da família, sem dinheiro para pagar fiança, já estavam ‘condenados’ por sua cor, pelo seu nível socioeconômico, ou por sua falta de opção de vida (BARROS, 2018, p. 18/19).

Todavia, o paradigma de processo penal que vem se firmando na rabeira da “operação lava jato” chegou fazendo terra arrasada, e nivelou a todos por baixo. Já não há mais duas plateias. Hoje, a pretexto de se combater a corrupção, as garantias processuais penais de negros e brancos, pobres e ricos, desempregados e empresários ou analfabetos e escolarizados são igualmente inobservadas (BARROS, 2018).

Paralelamente à fusão, no rés-do-chão, daquilo que outrora eram duas plateias distintas, a reboque do “lavajatismo” também se verificou a ocupação do espaço cênico pelos ‘de fora’, e não tardou para que as dificuldades performativas começassem a surgir, haja vista que

(...) o controle da região da fachada é uma medida de divisão do público. A incapacidade de manter esse controle deixa o ator numa posição em que não sabe qual o personagem que deverá projetar de um momento para o outro, tornando difícil para ele efetuar um sucesso dramático em qualquer um desses momentos (GOFFMAN, 2014, p. 154).

Em razão da “operação lava jato” e seus rescaldos, o espaço cênico do teatro processual penal foi perversamente colonizado pelo ‘de fora’ mídia de massa. Desde então, a mídia ocupa com intensidade sempre crescente o lugar de plateia da equipe de segurança pública; lugar esse que tradicionalmente era composto pelo imputado e pela defesa técnica. Nesses casos de invasão da plateia pela mídia de massa, a probabilidade maior é que a encenação não satisfaça à equipe de segurança pública,

que passa a ter que encenar um único espetáculo para dois públicos distintos; não satisfaça o imputado e a defesa técnica (plateia prevista), que sempre espera uma atuação voltada à eficácia dos direitos e garantias fundamentais; e não satisfaça a mídia de massa (plateia inesperada), afoita por um espetáculo sacrificial com aptidão para vender a encenação do caso penal como notícia (CASARA, 2018).

Essa invasão está sendo operacionalizada mediante o rebaixamento do status processual do imputado, haja vista que a encenação parece orientada à satisfação de demandas midiáticas, e não à observância das garantias processuais penais. O ‘de fora’ mídia de massa está sendo incluído no processo penal às custas daqueles que originariamente deveriam compor o espaço cênico, com inegáveis prejuízos à sinceridade da representação. Prevalece então o cinismo, porque a equipe de segurança pública representa um papel que sabidamente não lhe é lícito representar, apenas para agradar a uma plateia que constitucionalmente não deveria ser a sua.

N’ outro giro, a (suposta) presunção de veracidade (fé pública) dos depoimentos de policiais torna maleáveis os limites que separam os ‘de dentro’ e os ‘de fora’. No clímax da encenação - que é a instrução e subsequente prolação de sentença -, o policial simplesmente é lançado para fora da equipe de segurança pública. Como em um romance de realismo fantástico em que um corpo humano pode desfazer-se em borboletas para ganhar os céus, um personagem até então inegavelmente comprometido com a segurança pública magicamente se transforma em alguém não apenas descomprometido com o desfecho da peça, mas cujas declarações na prática “valem mais” que as das demais testemunhas, em um claro retorno ao sistema tarifário de provas.

Tudo isso somado faz com que o teatro processual penal não conheça a noção de fronteiras. O que era bastidor pode de uma hora para outra se transformar em cenário e vice-versa. De igual modo, razões securitário-sacrificiais (de segurança pública) – ou até mesmo midiáticas -, podem facilmente converter um ator em “de fora” ou um “de fora” em plateia.

#### **4.1.4 Ações de realinhamento**

Nas ações de realinhamento um membro da equipe indica não concordar com a linha de ação ou com a definição da situação previamente acordadas pela equipe à qual ele faz parte. Eventualmente, esse membro dissidente poderá até mesmo

identificar-se subjetivamente com a plateia ou com uma equipe contraposta, tornando problemática a representação almejada. Não é de se estranhar, então, que as ações de realinhamento sejam vivenciadas pelos demais membros da equipe como uma traição, pois *“qualquer concessão extra à plateia por parte de um membro da equipe é uma ameaça a posição que os outros membros tomaram e à segurança que conseguiram com o conhecimento e o controle da posição que terão de tomar (GOFFMAN, 2014, p. 218)”*.

As atividades da defesa técnica mostram-se, assim, tendentes ao fracasso desde a largada, pois o que se busca com elas é justamente uma ação de realinhamento por parte de um dos membros da equipe de segurança pública – via de regra o juiz. Mas, sendo um tal realinhamento – v.g. uma nova definição da situação, na qual se admita que o imputado agiu salvaguardado por uma causa excludente de ilicitude -, interpretado como traição, é pouco provável que ele aconteça. Daí o insucesso quase certo dos requerimentos defensivos.

De resto, as ações de realinhamento só seriam possíveis se o processo penal possibilitasse a reconstrução do fato tido como criminoso, se a função cognitiva geralmente atribuída ao processo – a propalada busca da verdade real -, não fosse um mito. Ocorre que, como explicitado por Goffman no que poderia muito bem ser designado como uma “epistemologia do cotidiano”, a realidade e a verdade não têm nada a ver com uma suposta correspondência entre o mundo e as representações mentais que porventura se faça desse mundo. Muito pelo contrário, realidade e verdade são da ordem do sentimento, das emoções. Cada um de nós experimenta como real, como verdadeiro, aquilo que nos envolve, que nos absorve, enfim, que nos arrebata:

(...) o envolvimento é um processo psicobiológico no qual o sujeito se torna pelo menos parcialmente inconsciente da direção de seus sentimentos e de sua atenção cognitiva. É isto que significa o termo absorção. Segue-se que, se se quiser manter um determinado foco de atenção, ele não pode ser mantido intencionalmente (pelo menos não totalmente), já que semelhante intenção introduziria um diferente foco de atenção, o de manter um foco em particular. Nossa conduta, quando analisada, deve mostrar que sustenta o foco oficial de atenção, mas não porque estejamos tentando fazê-lo. Aqui, portanto, é o envolvimento apropriado que gera a conduta apropriada. E muitas vezes não é suficiente uma identificação globalmente correta de uma atividade na qual participamos. Por exemplo, enquanto europeu, um indivíduo pode saber perfeitamente que a música que está sendo tocada é música indiana – ele pode até saber que os instrumentos tocados são o *saroad* e a *tabla* -, e, apesar disso, estar, e dar mostras de estar, desconfortavelmente alheio ao mundo que essa música ouvida deveria ter criado para ele. Ele não

consegue acompanhar, não consegue entrar na música; e daí o desagradável constrangimento de assistir a uma experiência sem vivenciá-la (GOFFMAN, 2012, p. 425).

No mesmo diapasão, as determinantes emocionais da cognição também são enfatizadas por Rui Cunha Martins:

(...) dizer que a crença rasga a convicção de um lado ao outro é dizer que a convicção é sempre um palco de manifestação dos circuitos crentes. É a dinâmica destes que faz da convicção um problema de grau. O grau de convencimento, precisamente. O grau de adesão ao objeto de convicção. Toda a convicção é uma fuga para frente desejosa de atingir a adesão, senão a confiança. É a crença que trabalha esse desejo. Recorde-se que a convicção possui, a par de uma dimensão cognitiva, uma dimensão afetiva. É menos trabalhada, é verdade; mas é de sua responsabilidade que uma vontade de adesão pareça instalar-se sempre no horizonte da convicção (MARTINS, 2015, p. 468).

Segundo Rui Cunha Martins a crença – e toda a carga emotiva que ela traz junto consigo -, tem efeito constitutivo sobre a realidade: a crença institui o real.<sup>133</sup> É justamente por estar ancorada em sentimentos profundamente arraigados na psique que a crença, e de conseguinte a cognição, mostram-se refratárias tanto a fatos quanto a argumentos, por mais sólidos e racionais que eles pareçam:

(...) a crença, portanto, pode definir-se como um ‘saber tácito’. Correspondendo a um processo cognitivo basilar que a mente incorpora desde os inícios da vida, ela apresenta-se como um ‘pressuposto primordial de sentir o mundo’; por esse motivo ela é renitente a esforços analíticos e à sua própria descodificação teórica, no sentido em que começa por situar-se como que antes desses patamares de reflexividade. Compõe um saber que se apoia em ‘imagens do mundo’ e que arranca de uma capacidade de ‘caráter primitivo’ em generalizar e em antecipar (MARTINS, 2015, p. 470).

Dito isto, pergunta-se: seria de se esperar que o juiz – envolvido como está pela narrativa construída pela equipe de segurança; enredado, desde os primórdios de sua atividade judicante ou mesmo antes dela, pelos mitos constitutivos da retórica de seu treinamento -, deixe-se realinhar em função da atividade defensiva?

---

<sup>133</sup> “Tenha-se em conta que, se a convicção apresenta, em paralelo com a dimensão cognitiva, uma dimensão pulsional e afetiva, esta última é o reduto preferencial do elemento de crença que, conforme assinalamos, a convicção sempre possui, e é, em paralelo, o reduto a partir do qual a convicção se desdobra em adesão (...) a crença institui o real no que ela crê. Dá por adquirido o seu objeto, a verdade do objeto de crença, assumindo sem mais a respectiva realidade” (MARTINS, 2015, p. 469).

De toda sorte, as ações de realinhamento são sobremaneira dificultadas por várias técnicas que poderiam muito bem ser designadas como medidas anti-realinhamento.

Sob uma primeira perspectiva, há as medidas (técnicas) defensivas, “*usadas pelos atores para salvar seu próprio espetáculo*” (GOFFMAN, 2014, p. 229). São elas: a lealdade dramatúrgica, a disciplina dramatúrgica e a circunspeção dramatúrgica.

A *lealdade dramatúrgica* manifesta-se principalmente pela *solidariedade dentro da equipe*, que faz com que os seus membros adquiram uma tendência a ignorar ou ocultar as incorreções e malfeitos dos colegas<sup>134</sup>. Esse sentimento de solidariedade é indispensável à regularidade da encenação porque

(...) se uma equipe quiser manter a linha de ação que tomou, os companheiros de equipe devem agir como se tivessem aceito certas obrigações morais. Não devem trair os segredos da equipe nos intervalos das apresentações – quer por interesse pessoal, por princípios ou falta de discrição (GOFFMAN, 2014, p. 229).

No teatro processual penal a mitigação dos princípios constitutivos do modelo constitucional de processo é o anverso do sentimento de solidariedade entre os membros da equipe de segurança pública. É ele que impulsiona uma série de práticas jurisdicionais contrárias a esses princípios - mas que protegem a encenação -, tais como o estabelecimento de uma insustentável distinção entre nulidades absolutas e relativas; a onírica busca por uma verdade real que se perdeu no momento mesmo em que o crime foi praticado; o agir processual orientado pela crença em um juiz que é ao mesmo tempo imparcial e agente de segurança pública, bem como em um promotor que acusa a despeito de ser imparcial; a admissão de uma competência que não “se agarra” ao crime quando de sua prática, e que é tão dúctil quanto a conjuntura; a afirmação de que os vícios do inquérito policial não contaminam o processo, em flagrante desconsideração pelas diferenças entre ilicitudes probatórias e nulidades processuais; enfim, toda uma gama de recursos retóricos que têm a real função de dar guarita a práticas incompatíveis com a principiologia constitucional afeita ao processo penal.

---

<sup>134</sup> “*Na medida em que os companheiros de equipe e seus colegas formam uma comunidade social completa, que ofereça a cada ator um lugar e uma fonte de apoio moral, independentemente de ser bem sucedido ou não em manter sua fachada diante da plateia, nessa mesma medida pareceria que os atores podem se defender da dúvida e da culpa e praticar qualquer tipo de impostura*” (GOFFMAN, 2014, p. 232).



No limite, o membro da equipe de segurança pública pode fazer quase tudo, porque quando faz sem poder, a solidariedade dentro da equipe faz com que os malfeitos sejam retoricamente justificados por uma mitologia processual cuja função concreta não parece ser outra senão permitir que se faça o que a Constituição veda.

Quanto à *disciplina dramatúrgica*, Goffman explica que um ator disciplinado é aquele capaz de conter suas emoções para dar seguimento à linha de ação traçada pela equipe, de lidar com os contratempos que eventualmente surjam durante a encenação, enfim, de “*encobrir institivamente um comportamento inadequado por parte de seus companheiros de equipe enquanto ao mesmo tempo mantém a impressão de estar simplesmente executando seu papel*” (GOFFMAN, 2014, p. 233).

Daí que, sob a ótica da equipe de segurança pública, o bom magistrado será aquele que, *v.g.* convalida nulidades, valora provas ilícitas ou produzidas mediante quebra da cadeia de custódia da prova<sup>135</sup>, que recebe denúncias automaticamente ou que instintivamente corrobora o trabalho da equipe, como se esse fosse o seu verdadeiro dever de ofício.

Em poucas palavras, no teatro processual penal a disciplina dramatúrgica é a naturalização de um *habitus*<sup>136</sup> segundo o qual a principal função processual do juiz é salvaguardar o trabalho da equipe de segurança pública; salvaguarda que, no mais das vezes, oculta-se por trás de um melífluo discurso de ponderação de direitos que vem gradativamente esfacelando o próprio Estado de Direito Democrático (HABERMAS, 2001), a ponto de já haver quem identifique, na contemporaneidade, um Estado pós-democrático (CASARA, 2017).

Por fim, a *circunspeção dramatúrgica* exige previsão e planejamento por parte da equipe, que deve determinar antecipadamente a melhor maneira de encenar o espetáculo:

(...) no interesse da equipe deve-se exigir dos atores que sejam prudentes e circunspectos ao representar o espetáculo, preparando-se antecipadamente para prováveis contingências e explorando as oportunidades restantes (GOFFMAN, 2014, p. 235).

---

<sup>135</sup> Sobre cadeia de custódia da prova, *vide* PRADO, 2014 e PRADO, 2015.

<sup>136</sup> Segundo Pierre Bourdieu, cada *habitus* individual é constituído pela soma das determinantes sócio-culturais que condicionam a forma de se compreender o mundo e de agir no mundo. É tudo o que o sujeito aprende, desde a infância (com a família, na escola, no trabalho, com os amigos, etc), para se orientar no mundo (BOURDIEU, 2007).

Sempre que aconselha o promotor ou o delegado sobre o caminho que a reconstrução do caso penal pode ou deve tomar – para sugerir um meio de prova, corrigir uma imputação, esclarecer uma dúvida jurídica, etc. -, o juiz age com circunspeção.

Iluminados pela ciência de que as técnicas de anti-realinhamento são constatemente praticadas no processo penal, alguns textos publicados pelos maiores expoentes das equipes de segurança pública brasileiras soam como inconscientes confissões de culpa, a exemplo de quando afirmam que no processo penal o objeto de valoração pelo juiz são as hipóteses suscitadas nos autos e não as provas produzidas em contraditório (DALLAGNOL, 2015); que o silêncio constitui prova em desfavor do réu e que a mentira é prova negativa de sua personalidade (COSTA, 2015); que a inclusão parcial de diálogos interceptados não constitui ilicitude probatório (FISCHER, 2015); que a necessidade de comprovação da correta custódia da prova pode ser relativizada, *v.g.*, pela boa fé (DALLAGNOL; CÂMARA, 2015); que as máximas da experiência devem ser utilizadas na identificação do elemento subjetivo (dolo ou culpa) do agente (ANDRADE, 2015); ou quando admitem que o Judiciário deve tomar parte em “*cruzadas judiciárias contra a corrupção*” (MORO, 2004, p. 56)”, valendo-se para tanto de deliberadas ações de deslegitimação da política e vazamentos seletivos de informações à imprensa, assim como de manipulação estratégica das prisões cautelares e manutenção dos prisioneiros em erro quanto ao que já foi efetivamente apurado (MORO, 2004).

Diante de medidas defensivas desse escol, a defesa técnica e o imputado podem fazer muito pouco com vistas à um realinhamento. Uma vez estabelecida a linha de ação da equipe de segurança pública, a ordem do dia quase sempre é: “*cortem as cabeças*”.

Formando parêntese com as medidas defensivas, há também as medidas *protetoras*, que se distinguem das primeiras por serem praticadas não mais pelos atores, mas pelos próprios membros da plateia, que em seu íntimo também desejam salvar o espetáculo. Segundo Goffman, há uma “*tendência discreta do público e dos estranhos de agirem de forma protetora, a fim de ajudar os atores a defenderem seu próprio espetáculo*” (GOFFMAN, 2014, p. 246), uma sofisticada etiqueta

(...) pela qual os indivíduos se guiam em sua condição de membros da plateia. Isto implica prestar adequado teor de atenção e interesse, boa vontade para refrear o próprio desempenho, de modo a não introduzir demasiado número

de contradições, interrupções ou pedidos de atenção; inibição de todos os atos ou declarações que poderiam criar um *faux pas*<sup>137</sup>; acima de tudo o desejo de evitar uma cena (GOFFMAN, 2014, p. 248)

No entanto, o teatro processual penal é excessivamente carregado de tensões e hostilidades justamente porque essas práticas protetoras - sutil complacência da plateia com os equívocos dos atores -, mais do que reprováveis, são normativamente proibidas. O advogado que não aponta as contradições e equívocos da equipe de segurança pública exerce mal sua profissão, pratica infração administrativa (prevista no Estatuto da Ordem), e, nos casos limítrofes em que há dolo, em tese pratica a conduta típica do art. 355 do Código Penal (patrocínio infiel)<sup>138</sup>.

Se por um lado lealdade, disciplina e circunspeção dramatúrgicas são constitutivas da prática cotidiana da equipe de segurança pública, por outro lado a defesa técnica tem o dever legal de procurar um realinhamento, uma nova definição da linha de conduta da equipe de segurança pública; ou, em termos mais simples, demonstrar a incorreção da encenação.

Não se admite, por exemplo, que um advogado, antes da realização da audiência para oitiva de uma testemunha por meio de carta precatória, possa esclarecer o promotor sobre os detalhes do caso penal, a fim de que este último, mesmo desconhecendo os autos, formule as perguntas que melhor demonstrem a culpa do acusado. Se o fizesse, estaria prejudicando o interesse do acusado, cujo patrocínio, em juízo, lhe foi confiado; ou seja, estaria praticando o crime do art. 355 do Código Penal.

Conclui-se, assim, que o advogado criminalista ou é um *outsider* do teatro processual penal - destinado a ser sempre plateia (e, mais delicado ainda, um tipo muito especial de plateia, que está legalmente proibida de proteger a encenação) -, ou não estará desempenhando a contento seu múnus público. Em um contexto como esse, o realinhamento do juiz na direção das teses defensivas é – na esmagadora maioria das vezes -, mais do que improvável; é uma quimera.

---

<sup>137</sup> Gafe, deslize.

<sup>138</sup> Código Penal: “Artigo 355. Trair, na qualidade de advogado ou procurador, o dever profissional, prejudicando interesse, cujo patrocínio, em juízo, lhe é confiado: Pena – detenção, de seis meses a três anos, e multa”. (BRASIL, 1940, p. 577).

#### 4.1.5 A desfiguração do imputado

A face é o respeito próprio, ou, nas palavras de Goffman o “*valor social positivo que uma pessoa efetivamente reivindica para si mesma*” (GOFFMAN, 2011, p. 15); ou, ainda, “*uma imagem do eu delineada em termos de atributos sociais aprovados*” (GOFFMAN, 2011, p. 16). A regra básica de toda interação social é a preservação da face, ou seja, a manutenção, perante terceiros, do juízo positivo que o ator faz de si. Na co-presença, o mínimo que o indivíduo espera é “não passar vergonha” diante dos demais interagentes.

A preservação da face é, nesses termos, uma condição da interação, uma condição que, uma vez inobservada, inviabiliza a própria interação. Não é, portanto, de se estranhar a existência de um esforço na preservação não apenas da própria face, mas também da face dos interlocutores. Goffman chamou essa tendência a se preservar a face de terceiros de *consideração*. A consideração faz com que a pessoa tenha “*uma orientação defensiva para salvar sua própria fachada e uma orientação protetora para salvar a fachada dos outros*” (GOFFMAN, 2011, p. 24). Segundo o autor,

(...) o efeito combinado da regra do respeito próprio e da regra da consideração é que a pessoa tende a se conduzir durante um encontro de forma a manter tanto a sua própria fachada quanto as fachadas dos outros participantes. Isso significa que normalmente permitimos que a linha assumida por cada participante prevaleça, e que cada participante desempenhe o papel que ele pareça ter escolhido para si próprio. Estabelecemos um estado em que todos temporariamente aceitam a linha de todos os outros. Esse tipo de aceitação mútua parece ser uma característica estrutural básica da interação, especialmente da interação em conversas face a face (GOFFMAN, 2011, p.21).

Porém, no teatro processual penal os sinais da interação social apresentam-se invertidos, e o que se busca é a desfiguração do imputado - ou seja, a violação do seu respeito próprio, a desconstituição de sua face -, mediante a comprovação de ser ele o autor de um fato definido em lei como crime. O processo penal é uma encenação na qual o imputado é intimado a ser desfigurado, a ter o juízo positivo que ele faz de si mesmo desconstituído. O processo penal é, portanto, a negação da interação social.

A desfiguração do imputado decorre da sua desnaturalização, isto é, da sua conversão de *figura natural* em *figura cênica*. De acordo com Goffman, figuras naturais são corpos vivos, de carne e osso e sentimentos, “*cada qual com uma identidade*

*peçoal em curso*” (GOFFMAN, 2012, p. 632). O que caracteriza uma figura natural é, portanto, a manutenção “*de uma identidade pessoal única, isto é, uma identidade biográfica, tipicamente visível*” (GOFFMAN, 2012, p. 632).

Por oposição, as figuras cênicas são privadas de identidade pessoal, de qualquer dado biográfico que as particularize ou individualize. Mas, ainda que privadas de identidade, as figuras cênicas mantêm “*algo semelhante a uma forma natural e os conectivos*<sup>139</sup> *empregados aproximam-se dos usados com as figuras naturais*” (GOFFMAN, 2012, p. 633). Fantasmas, assombrações, zumbis e toda sorte de personagens privados de identidade, mas ancorados em estereótipos (caubói, vilão, mafioso, forasteiro, etc.) são figuras cênicas.

No teatro processual penal o imputado é sempre uma figura paradoxal. Se desde o ponto de vista da defesa técnica ele ocupa a posição de co-membro da plateia, praticamente privado das competências necessárias para alterar o rumo da encenação, desde o ponto de vista da equipe de segurança pública ele deve emergir como uma figura cênica, como um personagem desprovido de identidade ou biografia, não mais que um traficante, um esturador, um pedófilo, um corrupto ou um assassino. Não é de se estranhar, portanto, que os membros da equipe de segurança pública sistematicamente se neguem a chamar o imputado pelo nome - insistindo em termos como increpado, acusado, denunciado, investigado ou recorrente -, como se, ao atribuir uma identidade pessoal ao imputado, a desfiguração já não mais pudesse ser bem-sucedida. E, de fato, atribuir um nome equivale a atribuir uma identidade. Mas, atribuída a identidade, já não haveria que se falar em figura cênica.

Na interação social face a face, chamar alguém pelo nome é o primeiro passo para se reconhecer a humanidade do interlocutor. É sintomático, portanto, que ressaltada a exigência legal de qualificação, os réus seguem sempre privados de seus nomes. São *Voldemorts* de um teatro (do) absurdo.

Teoricamente, essa desnaturalização (desumanização) tendente a desfigurar o imputado é pretensamente legitimada pela doutrina do direito (processual) penal do inimigo, que nega a condição de pessoa aos membros de organizações criminosas ou terroristas (JAKOBS, 2012). Ocorre que, juridicamente, o status jurídico de pessoa é justamente o que assegura ao indivíduo a fruição de direitos e garantias

---

<sup>139</sup> “Conectivo” é o termo utilizado por Goffman para se referir às palavras, expressões ou sinais gráficos que, em um texto, identificam o personagem que está falando. Portanto, sempre que há identificação da fala de um personagem haverá também a utilização, pelo autor, de conectivos.

fundamentais. Assim, ao estatuírem a categoria do inimigo - ou não pessoa – os adeptos do direito penal do inimigo obliquamente estão admitindo que determinadas classes de seres humanos não são titulares desses direitos e garantias.

Mas se Jakobs reserva a condição de inimigo apenas a uma categoria muito específica de criminosos – que pelo ingresso em organizações criminosas ou terroristas pretensamente negariam as normas no Estado (JAKOBS, 2012), Flaviane de Magalhães Bastos ressalta, com pesar, que o inimigo terrorista ou mafioso foi substituído no Brasil contemporâneo pelo corrupto:

(...) nesse sentido, fica claro que o atual lema do combate à corrupção se utiliza em sua estrutura de argumentos e aproximações com o combate ao terror. E ambos (luta anticorrupção e antiterror) geraram a aproximação do processo penal ao movimento político do emergencialismo penal, em especial, nos últimos 20 anos (BARROS, 2018, p 20).

Toda essa perversidade encenada no processo penal – consistente na orientação da ação para a desfiguração da face do imputado, negando-lhe a condição de pessoa e convertendo-o em inimigo (mafioso, terrorista, traficante, corrupto, etc.) - , também se evidencia quando são consideradas as formas que a deferência assume na interação social.

A deferência constitui, basicamente, o conjunto de palavras e gestos pelos quais um ator comunica o seu apreço pelo interlocutor. Normalmente ela é manifestada positivamente por meio de gentilezas, tais como “*saudações, convites, elogios e pequenos serviços*” (GOFFMAN, 2011, p. 76).

No teatro processual penal a deferência da equipe de segurança pública para com o imputado é mínima, e basta o exemplo do tribunal do júri para ilustrar essa constatação. Em plenário, uma vez finda a instrução, é dada inicialmente a palavra ao representante do Ministério Público, que invariavelmente inicia sua fala cumprimentando e manifestando apreço pelo juiz-presidente, pelos membros do conselho de sentença, advogados, e, não raro, pelos serventuários da justiça e pelo público presente (os de fora). Neste ritual, o imputado nunca ou quase nunca é objeto das estimas do promotor, evidenciando não ser ele pessoa digna de reconhecimento social ou estima.

Mas a deferência também pode se manifestar mediante rituais de evitação, que têm uma natureza negativa, ou seja, consistem em um não agir, em “*formas de deferência que levam o ator a manter distância do receptor*” (GOFFMAN, 2011, p. 67)

ou em “atos que o ator deve se abster de realizar se não quiser violar o direito do receptor de mantê-lo a distância” (GOFFMAN, 2011, p. 76).

Age com deferência por evitação todo ator que resguarda a privacidade e/ou intimidade de seu interlocutor, por exemplo, evitando perguntas sensíveis ou intromissões indevidas em sua residência ou local de trabalho. Todavia, no teatro processual penal essas imersões na vida íntima do imputado constituem o âmago da encenação, ainda que veladas por termos técnicos como interrogatório, interceptação telefônica, quebra de sigilo bancário, infiltração de agente, etc.

Desde a perspectiva da metáfora teatral, todas essas técnicas evidenciam tão somente a inexistência de deferência para com o imputado, e, no limite, a orientação da ação para a desfiguração de sua face. A desfiguração do imputado, é, portanto, a antessala de um *iter* de humilhações que começa com a reconstituição processual do fato tido criminoso, durante o inquérito policial e a fase cognitiva, para se encerrar apenas com a mortificação propiciada pela execução penal<sup>140</sup>.

## 4.2 O *phármakon*-remédio anti-segurança pública

A partir da apropriação às avessas do conceito de teologia política de Carl Schmitt como teologia processual penal foi possível estabelecer que I) a prevenção dos ciclos de vingança privada (violência mimética) pelos sacrifícios das religiões primitivas é homóloga à função de instrumento da segurança pública/paz social que hegemonicamente é atribuída ao processo penal; II) a morte pelo sacrifício é homóloga à mortificação pela prisão<sup>141</sup>.

O presente capítulo ocupou-se exclusivamente do viés sacrificial latente no processo penal – sem, todavia, se alongar sobre a mortificação pela pena, o que será feito no capítulo seguinte -, haja vista que prevalece entre os acadêmicos e práticos o mito da instrumentalidade do processo penal para fins de segurança pública/pacificação social. Até aqui já se discorreu sobre como a concepção do processo penal enquanto instrumento de segurança pública viabiliza toda sorte de práticas autoritárias e de exceção, que vão desde o amesquinamento das garantias do modelo constitucional de processo à banalização dos autos de resistência (forma

---

<sup>140</sup> Sobre a mortificação do eu viabilizada pela pena privativa de liberdade, *vide* capítulo seguinte.

<sup>141</sup> A mortificação pela prisão será objeto do capítulo seguinte.

jurídica do extermínio), passando pela emergência de equipes de segurança pública que trabalham continuamente para desfigurar o imputado.

Mas, para além dos argumentos até agora avançados, importa perceber, sobretudo, a inconstitucionalidade do mito do processo penal como instrumento de segurança pública/pacificação social. A Constituição Federal tratou da segurança pública em seu artigo 144, e nele arrolou exaustivamente os órgãos de Estado responsáveis pela preservação da ordem pública e da incolumidade das pessoas e do patrimônio. São eles: a polícia federal, a polícia rodoviária federal, a polícia ferroviária federal, as polícias civis, as polícias militares e os corpos de bombeiros militares<sup>142</sup>.

Tem-se claramente que, à exceção dos corpos de bombeiros militares, apenas as polícias da União e dos Estados são órgãos constitucionalmente competentes para prover segurança pública aos cidadãos. A emergência de equipes de segurança pública – compostas por promotores e juízes -, no drama processual penal se dá, portanto, completamente à margem do texto constitucional.

Gize-se, a esse respeito, que o artigo 129 da Constituição Federal não arrola entre as funções institucionais do Ministério Público a promoção da segurança pública.<sup>143</sup> Pelo contrário, o inciso VII do artigo 129 da Constituição prevê que uma das funções institucionais do ministério público é conter eventuais arroubos dos órgãos encarregados da segurança pública, mediante o controle externo da atividade policial. Portanto, o compromisso constitucional do Ministério Público deve(ria) ser com a limitação dos poderes persecutórios, e não com a sua expansão.

---

<sup>142</sup> Constituição Federal: “Art. 144. A segurança pública, dever do Estado, direito e responsabilidade de todos, é exercida para a preservação da ordem pública e da incolumidade das pessoas e do patrimônio, através dos seguintes órgãos: I – polícia federal; II – polícia rodoviária federal; III – polícia ferroviária federal; IV – polícias civis; V – polícias militares e corpos de bombeiros militares”. (BRASIL, 1988, p. 76)

<sup>143</sup> Constituição Federal: “Art. 129. São funções institucionais do Ministério Público: I – promover, privativamente, a ação penal pública, na forma da lei; II – zelar pelo efetivo respeito dos Poderes Públicos e dos serviços de relevância pública aos direitos assegurados nesta Constituição, promovendo as medidas necessárias à sua garantia; III – promover o inquérito civil e a ação civil pública, para a proteção do patrimônio público e social, do meio ambiente e de outros interesses difusos e coletivos; IV – promover a ação de inconstitucionalidade ou representação para fins de intervenção da União e dos Estados, nos casos previstos nesta Constituição; V – defender judicialmente os direitos e interesses das populações indígenas; VI – expedir notificações nos procedimentos administrativos de sua competência, requisitando informações e documentos para instruí-los, na forma da lei complementar respectiva; VII – exercer o controle externo da atividade policial, na forma da lei complementar mencionada no artigo anterior; VIII – requisitar diligências investigatórias e a instauração de inquérito policial, indicados os fundamentos jurídicos de suas manifestações processuais; IX – exercer outras funções que lhe forem conferidas, desde que compatíveis com sua finalidade, sendo-lhe vedada a representação judicial e a consultoria jurídica de entidades públicas”. (BRASIL, 1988, p. 72/73).



Não por acaso, a disciplina constitucional do Ministério Público consta do Título IV (Da Organização dos Poderes), Capítulo IV (Das Funções Essenciais à Justiça) da Constituição Federal, ao passo que a segurança pública está normatizada no Título V (Da Defesa do Estado e das Instituições Democráticas), Capítulo III (Da Segurança Pública) da Constituição. Portanto, a disposição topográfica dos temas Ministério Público e segurança pública no corpo da Constituição também denota que a segurança pública (prevenção do crime) não constitui o âmbito de atribuições constitucionais do Ministério Público.

Ora, se a Constituição não previu dentre as funções institucionais do Ministério Público zelar pela segurança pública, então não cabe ao *Parquet* transformar o processo penal em arma de *lawfare*<sup>144</sup> contra a criminalidade - em nítida usurpação do feixe de atribuições das agências policiais -, mormente porque, como ressalta Álvaro Ricardo de Souza Cruz, promotores e procuradores não são melhores e nem piores do que os agentes policiais; eles apenas exercem funções distintas.<sup>145</sup> É, portanto, com pesar e preocupação ímpares que a tese adere à crítica de Ricardo Jacobsen Gloeckner ao Ministério Público, que, no preciso entendimento do autor, transformou-se em um órgão que atua nas sombras, protegido de qualquer fiscalização externa, mormente diante da inexistência do *ombudsman* no Brasil. Para utilizar uma expressão cara a Pierre Bourdieu, o Ministério Público, hoje, no Brasil, ilustra à perfeição o mistério do ministério (BOURDIEU, 2007). Ou, nos dizeres de Gloeckner,

(...) a autonomia e a independência do Ministério Público do Executivo, não apenas permitiu que florescessem (im)posturas teóricas e práticas que se confundiam com os espectros defensivistas da ordem antidemocrática, como elevou o Brasil ao status de país com enorme quantidade de presos (quarto lugar em população mundial absoluta e trigésimo segundo em taxa de presos por cem mil habitantes). Neste cenário, o Ministério Público se tornou um órgão ingovernável, inclusive pela inexistência, no Brasil, de um órgão que possa servir como equilibrador dos poderes (tomemos a ausência, no Brasil, do *ombudsman*). Ademais, ao assumir para si determinadas funções éticas, tornou-se incapaz de orientar-se criticamente em relação às políticas criminais introduzidas no Brasil (falamos aqui, obviamente, do Ministério Público como instituição e os discursos oficiais que pronuncia, o que engloba, evidentemente, a recente mobilização política contra a corrupção, através do

<sup>144</sup> *Lawfare* é expressão inglesa que, segundo Matheus Felipe de Castro designa “a utilização do direito e do processo penal como armas de guerra para exterminar um inimigo” (CASTRO, 2017, p. 305).

<sup>145</sup> “Há de se perceber que os membros do Ministério Público não possuem um status moral privilegiado sobre os membros do Legislativo, do Executivo e do Judiciário, até porque todos são geridos por seres humanos falíveis por essência, podendo atuar com dolo ou com culpa, podendo cometer flagrantes arbitrariedades ou atuar com desvio ou abuso de poder, estando, por conseguinte, vulneráveis as intempéries da vida, tais como os demais” (CRUZ, 2015, p. 167).

‘decálogo das Dez Medidas Contra a Corrupção’ – ainda mais autoritárias do que os dispositivos processuais elencados no atual código de processo penal – e não a partir das diversas posturas ideológicas de seus membros, sempre difusas) (GLOECKNER, 2018, p. 83/84)

N’outro giro, se o promotor não pode se portar como se fosse um agente de segurança pública, a *fortiori* o juiz também não poderá fazê-lo. Consoante esclarecimentos de Jacinto Nelson de Miranda Coutinho, o juiz exerce, no processo penal, a função de garante dos direitos fundamentais (Coutinho, 2010); mas, para ser garante, não pode ter interesse no resultado final da causa, o que obviamente inviabiliza a persecução de objetivos políticos de segurança pública/pacificação social. Nas palavras de Luigi Ferrajoli,

(...) o juiz não deve ter qualquer interesse, nem geral nem particular, em uma ou outra solução da controvérsia que é chamado a resolver [...] Ao mesmo tempo ele não deve ser um sujeito ‘representativo’, não devendo nenhum interesse ou desejo – nem mesmo da maioria ou da totalidade dos cidadãos – condicionar seu julgamento que está unicamente em tutela dos direitos subjetivos lesados [...] contrariamente aos poderes executivos e legislativo que são poderes de maioria, o juiz julga em nome do povo, mas não da maioria, em tutela das liberdades também das minorias (FERRAJOLI, 2010, p. 534).

A mítica segundo a qual o processo penal pode ser privado de suas funções de garantia e então convertido em instrumento de segurança pública/pacificação social gesta juízes-*partisans*, isto é, juízes que se creem investidos na “*sacra missão de eliminar o mal da sociedade, expresso em criminalidade e violência*” (CASTRO, 2017, p. 301). Mas, como bem lembra Matheus Felipe de Castro em referência ao pensamento de Jacinto Nelson de Miranda Coutinho, o juiz-*partisan* é “*um Torquemada em potencial, pronto a atuar no combate ao que ele entender como o mal social*” (CASTRO, 2017, p. 301).

Neste ponto é curial ressaltar que Mateus Felipe de Castro tomou de empréstimo de Carl Schmitt a figura do *partisan* – do combatente irregular ou guerrilheiro que, agindo em nome de uma ideologia ou meta política, atua em desconformidade com as regras das guerras levadas a cabo por exércitos regulares (SCHMITT, 2009b) – para formular o conceito de juiz-*partisan*, por entender que, no paradigma de processo penal implementado pela “*operação lava jato*”, “*os conceitos de judicialização da política e de juiz ativista já não dão mais conta do fenômeno estudado*” (CASTRO, 2017, p. 310). Consoante entendimento do autor o conceito de

juiz-*partisan* reflete com mais fidedignidade e sofisticação o contexto atual do processo penal brasileiro, quando comparado com o conceito de juiz ativista, haja vista que “*possui a qualidade de inserir o elemento político na atuação de juízes que se tornam cada vez mais verdadeiros militantes de causas políticas, ideológicas, religiosas ou simplesmente movidos por convicções pessoais*” (CASTRO, 2017, p. 315).

A tese vai além de Matheus Felipe de Castro, para afirmar que a emergência de juízes-*partisans* é uma consequência inexorável da difusão do mito de que o processo penal é um instrumento de segurança pública/pacificação social. No entender da tese, todo juiz instrumentalista é um *partisan*, e a sua arma é o processo penal. A grande perversidade do agir processual do juiz-*partisan* (instrumentalista) – imbuído da missão de acautelar e pacificar a sociedade - consiste no acionamento de um discurso de respeito às garantias fundamentais exclusivamente para encobrir, com essa retórica, práticas de exceção que fazem com que o Direito Penal funcione “*no nível ideológico ou discursivo no modal do Direito Penal garantista e, no nível do real, no modal do Direito Penal do inimigo ou de exceção*” (CASTRO, 2017, p. 313).

Ademais, no que tange a (inexistente) correlação entre as atribuições da jurisdição penal e as demandas políticas por segurança pública, a Constituição Brasileira seguiu os passos do constitucionalismo português. E, de acordo com a atual redação do artigo 272 da Constituição Portuguesa, a segurança interna é atribuição da polícia, *verbis*:

1. A polícia tem por funções defender a legalidade democrática e garantir a segurança interna e os direitos dos cidadãos.
2. As medidas de polícia são as previstas na lei, não devendo ser utilizadas para além do estritamente necessário.
3. A prevenção dos crimes, incluindo a dos crimes contra a segurança do Estado, só pode fazer-se com observância das regras gerais sobre polícia e com respeito pelos direitos, liberdades e garantias dos cidadãos.
4. A lei fixa o regime das forças de segurança, sendo a organização de cada uma delas única para todo o território nacional. (PORTUGAL, 1976, s/n).

Sob essa ordem de ideias é que Jorge Bacelar Gouveia, em comentários ao artigo 272 da Constituição Portuguesa, explica que “*ao nível da CRP, a indicação é nítida ao aludir-se à segurança interna em preceito que tem como epígrafe precisamente ‘Polícia’*” (GOUVEIA, 2018, p. 551).

Uma vez que em Portugal a segurança pública não se confunde com a persecução penal em juízo – razão pela qual os sujeitos processuais também não se confundem com os agentes encarregados da segurança pública -, surgiu naquele país uma disciplina correlata, mas autônoma, em relação ao Direito Processual Penal, que uns designam como Direito da Segurança (GOUVEIA, 2018) e outros como Direito Policial (VALENTE, 2009). Registre-se, a esse respeito, que Manuel Monteiro Guedes Valente, catedrático da Universidade Autônoma de Lisboa, tem publicado um manual de Processo Penal (VALENTE, 2010) e um outro manual de Direito Policial (VALENTE, 2009), a indicar que a persecução penal em juízo e a prevenção estatal da criminalidade são atividades estatais constitucionalmente distintas, a cargo de agentes estatais também distintos.

No âmbito acadêmico, a consolidação do Direito da Segurança como disciplina autônoma em Portugal se deu, no início do século XXI, com a abertura dos cursos de mestrado e doutorado em Direito e Segurança pela Universidade Nova de Lisboa, com o lançamento da Revista de Direito e Segurança e com a criação do Instituto de Direito e Segurança e do Centro de Investigação sobre Direito e Segurança (GOUVEIA, 2018).

De acordo com Luís Greco a situação na Alemanha é análoga à de Portugal. Segundo o autor, o Direito Processual Penal e o Direito de Polícia são disciplinas “irmãs”, mas ainda assim distintas. Nessa toada Luís Greco explica que na Alemanha “o direito processual penal tem orientação repressiva. Ele entra em cena para esclarecer algo já realizado”; ao passo que “o direito de polícia, por sua vez, cuida de perigos. A tarefa da polícia que atua segundo essas regras é preventiva, de proteção ou defesa contra perigos” (GRECO, 2018, p. 51). Luís Grego, então, sintetiza que “enquanto o processo penal, repressivo, se dirige contra um suspeito, o direito de proteção de perigos atuará, em regra, contra um perturbador (Störer), isto é, contra aquele a cujo comportamento ou a cuja esfera o perigo pode ser reconduzido” (GRECO, 2018, p. 32).

Também se referindo ao contexto tedesco, Jürgen Wolter explica que

(...) aquilo que é puro direito de polícia deve ser expungido do Código de Processo Penal. Agentes encobertos, ao menos em caso de perigo concreto de repetição, contrariamente ao que dispõe o § 110a StPO, devem proceder não nos termos do processo penal, mas nos termos do direito de polícia, uma vez que aqui se trata da finalidade preferencial de evitar crimes. Palavras vazias tais como o ‘perigo à segurança pública’, mencionadas no dispositivo

sobre os agentes encobertos, a busca-rede de arrastão ou a busca padronizada computadorizada, são corpos estranhos na StPO (§§ 110d; 163d V; 98b IV; 101 I StPO). A evitação de delitos e a garantia da ordem pública não são tarefas do direito processual penal (WORTER, 2018, p. 197).

Na rabeira das legislações europeias, o Direito brasileiro padece com a inexistência de um Direito de Segurança/Polícia que possa aliviar o Processo Penal da função sacrificial de prevenir delitos. Outrossim, diante da ausência de um *corpus* jurídico que discipline sistematicamente as atividades estatais voltadas à segurança pública, torna-se praticamente impossível prevenir a emergência - entre magistrados e representantes do Ministério Público - daquele *habitus* que os predispõe a se autocompreenderem como membros de equipes de segurança pública, em nítido prejuízo às garantias do modelo constitucional de processo.

Tem-se, assim, que para que a função de garantia de direitos fundamentais que a literatura jurídica contemporânea atribui ao processo penal constitucionalizado (BARACHO, 1984; BARROS, 2009) abandone o plano retórico dos discursos acadêmicos e jurisprudenciais para aderir à prática concreta das agências de persecução penal, é indispensável que legisladores e acadêmicos somem esforços para sistematizar um Direito de Segurança/Polícia que desonere o processo penal das recorrentes demandas securitárias que o sobrecarregam. A formulação legislativa e acadêmica desse (novo) ramo do Direito Público, de maneira tal que a função de prevenção de delitos reste defenestrada do Direito Processual Penal, é condição indispensável à implementação concreta de um processo penal não-sacrificial.

No dia em que existir no Brasil um *corpus* jurídico voltado à segurança e às atividades de polícia – ou seja, à prevenção de delitos -, mas autônomo e distinto do processo penal, será então possível teorizar o processo penal como *phármakon*. Não como o *phármakon*-sacrifício descrito por Girard, que pacifica a sociedade às custas de vidas inocentes, mas um *phármakon* que seja ontológica e funcionalmente distinto do sacrifício. Um *phármakon* que não reifique indivíduos por razões securitárias, mas que, pelo contrário, proteja inocentes da mortificação pela pena. O que se há de buscar é, portanto, um processo penal que seja um *phármakon* anti-sacrificial, isto é, um processo penal que, a pretexto de combater a criminalidade, não operacionalize a mais cínica de todas as violências: a violência sacrificial.

Conceber o processo penal como instrumento de segurança pública equivale à reificação, à coisificação do imputado, que é então desumanizado – reduzido a mera figura cênica, para utilizar uma linguagem goffmaniana -, ao sabor de objetivos metajurídicos, por vezes inconfessáveis, dos membros das equipes de segurança pública. O mito do processo penal como instrumento de segurança pública/pacificação social é embuste retórico para encobrir a violência mimética praticada pelo Estado. A instrumentalização do processo para tais fins iguala a violência estatal à violência privada, ocasionando a perda da diferença entre a violência legítima e a ilegítima, lançando a comunidade política de volta à crise sacrificial, pois o que deveria ser remédio logo se converte em veneno.

No processo penal instrumentalizado pelas políticas de segurança pública, “a violência que diz curar é a mesma que faz adoecer e a violência que se diz remédio é o próprio mal” (RESTA, 2019, p. 96)<sup>146</sup>. Por isso é de se grifar com traço forte a advertência de Eligio Resta:

(...) um sistema judiciário deve validamente diferenciar-se da violência, e só assim interromperá a cadeia mimética; um sistema que seja o duplo da violência reproduzirá ao infinito o seu círculo vicioso, e exatamente por isso renunciará à sua diferença (RESTA, 2007, p. 85)<sup>147</sup>.

Na sequência Eligio Resta conclui que

(...) aquilo que na linguagem da teoria política moderna costumamos indicar com a fórmula ‘crise da legalidade’ – ‘os primórdios sempre possíveis’ a que se refere Nietzsche – esconde sempre a forma de uma crise das diferenças, de uma crise mimética. A perda de proporção entre cura e doença se torna intransponível, e um ato de violência nunca será apenas uma ‘recordação ritual’ da abolição de toda violência (Canetti, 1978, p. 264), mas uma ocasião para a sua replicação (RESTA, 2007, p.85)<sup>148</sup>.

A violência sacrificial do instrumentalismo securitário é cínica porque faz tábula rasa dos direitos fundamentais a pretexto de salvaguardá-los e reproduz a mimese

<sup>146</sup> “La violenza che dice di curare è la violenza stessa che ammala e la violenza che dice di essere il rimedio è il male stesso” (RESTA, 2019, p. 96).

<sup>147</sup> “Un sistema giudiziario deve validamente differenziar-si dalla violenza e solo così interromperà la catena mimética; un sistema que sai il dopio dela violenza riprodurrà all’ infinito il suo circolo vizioso, ma proprio per questo rinuncierà alla sua differenza” (RESTA, 2007, p. 85).

<sup>148</sup> “Quello che nel linguaggio dela teoria politica moderna siamo soliti indicare con la formula ‘crisi dela legalità’ – ‘i primordi sempre possibili’ di cui parla Nietzsche – nasconde sempre la forma di una crisi delle differenze, di una crisi mimética. La perdita di proporzione tra cura e malattia diventa incolmabile e um atto di violenza non sarà mai soltanto ‘ricordo rituale’ del abolizione di ogni violenza (Canetti, 1978, p. 264), mas occasione per uma sua replicazione” (RESTA, 2007, p. 85).

violenta a pretexto de eliminá-la. Como bem lembra Boaventura de Sousa Santos, a violência sacrificial é o ápice do extremismo:

(...) a forma mais perturbadora de extremismo é o que designo por violência sacrificial. A violência sacrificial significa a imolação do que é mais precioso sob o pretexto ou com o propósito de o salvar [...] destrói-se a vida para 'salvar' a vida; violam-se os direitos humanos para 'defender' os direitos humanos; eliminam-se as condições para a democracia de modo a 'salvaguardá-la' (SANTOS, 2014, Posição 1390).

Portanto, para que o processo penal seja um *phármakon*-remédio é necessário apostar não no que o assemelha ao sacrifício – a suposta eficácia preventiva de delitos -, mas no que o torna essencialmente distinto do sacrifício. E o que torna o processo penal radicalmente diferente do sacrifício é a culpabilidade do imputado. Ou, na lapidar lição de Eligio Resta, o processo penal difere do sacrifício porque no primeiro

(...) a culpabilidade é definida por uma lei e a violência é o êxito de uma contabilidade administrada por juiz que, ao condenar alguém, um indivíduo, evita que a violência se propague. Contra a vingança de um clã ou da sociedade, a violência punitiva é regulada e administrada por alguém em nome de todos, até mesmo do culpado (RESTA, 2018, p. 101).<sup>149</sup>

Como visto no capítulo 2, no sacrifício a vítima era sempre um inocente. Mas no processo penal o condenado há de ser sempre culpado. Assim, o processo penal só será *pharmakón*-remédio se evitar a mortificação (pela pena) de inocentes. As garantias processuais penais são, portanto, técnicas jurídicas anti-sacrificiais, anti-segurança pública e anti-mortificações. São técnicas jurídicas que, a despeito de sua incapacidade de impedir que inocentes sejam desfigurados pelo processo (*phármakon* como veneno), podem ser eficazes em impedir que esses mesmos inocentes, já desfigurados em maior ou menor medida no curso do processo, sejam também mortificados pela pena (*phármakon* como remédio). Para tanto, é preciso compreender, junto com Ennio Amodio, que a imperatividade das decisões tomadas no curso da persecução penal só pode decorrer da irrestrita observância da forma processual (AMODIO, 2016) em compatibilidade com as garantias do modelo constitucional de processo.

<sup>149</sup> "Soltanto qui la colpevolezza è definita da una legge e la violenza è l'esito di una contabilità amministrativa da un giudice che, nell'condannare qualcuno, un individuo, evita che la violenza si propaghi. Contro la vendetta di un clan o della società la violenza punitiva è regolata e amministrata da qualcuno in nome di tutti, anche del colpevole" (RESTA, 2018, p. 101).

Para que o processo possa ser um *phármakon*-remédio é preciso que as formas processuais não estejam à disposição de *partisans* que intervêm no feito. Ao reverso, os sujeitos processuais devem absoluta subserviência a essas formas.

O rito judiciário não é um itinerário aproximativo que indica o objetivo da sentença e deixa aos atores do processo a escolha dos modos considerados mais adequados para alcançá-lo. É exatamente a rede das prescrições que regulam as condutas do juiz e das partes o que freia qualquer desvio em face do modelo legal, assegurando a visibilidade do cenário, que deve oferecer a prova da ausência de qualquer arbítrio (AMODIO, 2016, p. 84)<sup>150</sup>

Apenas a observância absoluta das garantias processuais pode assegurar que quem será mortificado pela pena é a pessoa culpada pelos atos que lhe são imputados. Apenas o respeito incondicional pelas garantias processuais penais pode – senão conter –, mitigar o mecanismo de eleição aleatória de bodes expiatórios. Portanto, o processo penal só será distinto do sacrifício se assegurar que o sujeito mortificado pela pena não é um bode expiatório. E só as garantias processuais podem fornecer essa segurança.

Nos modos de funcionamento que delineiam a aparência do processo se mede a garantia da presunção de inocência do imputado. E se é verdade que a imagem de um juízo equilibrado e sereno não assegura o resultado satisfatório da decisão de mérito, não há dúvida, ao revés, que quando a conduta do juiz aparenta suprimir qualquer forma, são violados sobretudo os valores do justo processo, do que resulta a representação antecipada de um epílogo a ser repudiado quanto à aplicação da lei penal, porque fruto de um rito transgressor (AMODIO, 2016, p. 07).<sup>151</sup>

Como bem adverte Eligio Resta, apenas a consonância da persecução penal com as garantias processuais pode tornar o processo penal distinto do sacrifício. Para o autor a transcendência perdida do sacrifício só será reencontrada em procedimentos jurídicos que não reproduzam a violência mimética, e, conseqüentemente, que se afastem do viés sacrificial:

---

<sup>150</sup> “Il rito giudiziario non è un itinerario approssimativo che indica la meta della sentenza e lascia agli attori del processo la scelta dei modi ritenuti più adatti a raggiungerla. È proprio la rete delle prescrizioni che regolano le condotte del giudice e delle parti a frenare ogni deviazione dal modello legale per assicurare la visibilità dello scenario che deve offrire la prova dell’ assenza di ogni arbitrio” (AMODIO, 2016, p. 84).

<sup>151</sup> “Nei modi di funzionamento che delineano l’apparenza del processo si misura la garanzia della presunzione di innocenza dell’imputato. E se è vero che l’immagine di un giudizio equilibrato e sereno non assicura l’esito favorevole della decisione sul mérito, non c’è dubbio, al contrario, che quando la condotta del giudice mostra di travolgere ogni forma, ad essere violati sono anzitutto i valori del giusto processo cui si accompagna la rappresentazione anticipata di un epilogo da ripudiare quanto all’ applicazione della legge penale perché frutto di un rito prevaricatore (AMODIO, 2016, p. 07).



Exatamente essa procedimentalidade, quando não é pura resposta melancólica, que apenas desloca o problema adiando sua solução, ocupa um espaço bem preciso: aquele da negação da violência. Mas da maneira menos sacrificial possível, aceitando todo o seu conteúdo convencional e artificial e apostando na sua difícil diferença (RESTA, 2007, p. 214).<sup>152</sup>

Ora, se o rigor das formas processuais – estruturadas da “*maneira menos sacrificial possível*”, e a despeito de sua convencionalidade e artificialidade (ou talvez em razão delas) -, é o que pode diferenciar o processo penal da barbárie da violência mimética e da crise sacrificial, então o processo penal não pode ser convertido em instrumento de segurança pública/pacificação social, já que é justamente a artificialidade das garantias do modelo constitucional do processo o elemento a um só tempo transcendente e diferenciador do processo penal. O processo penal só será distinto do sacrifício se – e na medida em que -, suas formalidades constitucionalmente determinadas forem observadas de maneira intransigente. Afinal de contas, o processo penal em um Estado de Direito é (ou deveria ser), uma

(...) estrutura de garantias não apenas afirmadas, mas sim uma prática constante de garantismo tendente à minimalização da violência, e, ainda, qualquer coisa a mais em relação à weberiana ‘validade’ dos limites do exercício do poder. [O Estado de Direito] impõe uma prática ativa, um complexo de ações positivas que realizam garantias dos indivíduos. Aqui também está presente aquela dimensão da diferença, indicativa das formas (RESTA, 2007, p. 86).<sup>153</sup>

Portanto, o processo penal não é um *pharmakón* a disposição das políticas de segurança pública. O processo penal só é *phármakón* contra a ignorância humana, que ainda não sabe o que fazer com assassinos, estupradores, assaltantes, etc., senão enjaulá-los em locais onde alimentarão seu ressentimento contra sociedade que os trancafiou, onde aprimorarão seus conhecimentos criminais e onde estabelecerão novas conexões no submundo crime.

<sup>152</sup> “Ora, proprio questa proceduralità, quando non è pura risposta ‘melancolica’ che sposta soltanto il problema rimandandone la decisione, há um spazio bem preciso: quello del rifiuto della violenza. Ma nella maniera meno sacrificale possibile, accetandone tutto il contenuto convenzionale e artificiale e ‘scommettendo’ sulla sua difficile differenza” (RESTA, 2007, p. 214).

<sup>153</sup> “Lo stato di diritto è, in questa chiave, struttura di garanzie mai soltanto affermate, bensì pratica costante di garantismo tendente alla minimalizzazione della violenza, ma è anche qualcosa in più rispetto alla weberiana ‘validità’ dei limiti dell’ esercizio del potere. Impone una pratica attiva, un complesso di azioni positive che realizzino garanzie degli individui. Anche qui è questa dimensione della differenza, a descrivere forme” (RESTA, 2007, p. 86).

## 5 TEOLOGIA PROCESSUAL PENAL ABOLICIONISTA

Louk Hulsman (2018) cunhou a expressão dialeto penal para se referir à linguagem utilizada pelos agentes encarregados da persecução penal (HULSMAN, 2018)<sup>154</sup>. Como explica Maria Lúcia Karam, o dialeto penal é “*uma linguagem impregnada por uma forte carga emocional, uma linguagem assustadora, demonizadora, que funciona como um instrumento particularmente importante para o exercício do poder punitivo*” (KARAM, 2018, p. 19).

Ao mesmo tempo em que legitima a punição o dialeto penal escamoteia a dor por meio de eufemismos como “interno”, “cliente”, “vulnerável”, “casa de custódia”, “regime disciplinar diferenciado”, etc. Nessa quadra, Nils Christie lamenta que o controle do crime tenha se ocultado linguisticamente, fantasiando-se como uma operação asséptica, pretensamente liberta da dor e do sofrimento (CHRISTIE, 2018)<sup>155</sup>:

(...) o fenômeno da dor e do sofrimento chegou próximo de evaporar-se, mesmo nos manuais de direito penal (...) existe uma notável timidez de análise quando se trata de descrever a raiz dos fenômenos: as penalidades. Como as punições machucam? Como elas fazem o ofensor se sentir? Como são o sofrimento e a tristeza? Estes são elementos que, frequentemente, estão absolutamente ausentes naqueles textos. Esses elementos não estão ausentes por mero descuido (CHRISTIE, 2018, p. 29/30).

Além de encobrir a dor sentida, o dialeto penal desonera os agentes do sistema penal de qualquer responsabilidade pela dor imposta. Conceitos como “culpabilidade” e “gravidade” remetem ao preso, com exclusividade, uma espécie de decisão – supostamente consciente -, pela sua própria dor.

Uma conexão automática foi criada entre crime e castigo pelo fato que, uma vez que o crime tenha sido classificado, a medida de sofrimento a ser infligida também é, em grande parte, decidida. Absolve-se o indivíduo executor de qualquer tipo de responsabilidade pessoal pela imposição de sofrimento. É o criminoso que primeiramente atuou, ele iniciou toda a cadeia de eventos. A dor que se segue é criada por ele, e não por aqueles que manipulam as ferramentas para a criação de tal dor (CHRISTIE, 2018, p. 68/69).

<sup>154</sup> “As palavras crime, criminoso, criminalidade, política criminal, etc... pertencem ao dialeto penal, refletindo os a priori do sistema punitivo estatal. O acontecimento qualificado como ‘crime’, desde o início separado de seu contexto, retirado da rede de interações individuais e coletivas, pressupõe um autor culpável; o homem presumidamente ‘criminoso’, considerado como pertencente ao mundo dos ‘maus’, já está antecipadamente proscrito” HULSMAN, 2018, p. 114).

<sup>155</sup> “O controle do crime se tornou uma operação limpa, higiênica. A dor e o sofrimento desapareceram dos manuais e das etiquetas aplicadas. Contudo, não desapareceram da experiência daqueles punidos. Os alvos das medidas penais continuam como costumavam ser: assustados, envergonhados, infelizes” (CHRISTIE, 2018, p. 30).

Para que essas coisas pudessem ser claramente retratadas, Christie sugeria que o Direito Penal fosse renomeado, passando a se chamar Direito da Dor. Segundo o autor,

(...) tal terminologia poderia efetivamente apresentar uma mensagem precisa: o castigo, como manejado pelo sistema penal, significa infligir dor conscientemente. Aqueles que são punidos devem sofrer. Se eles, em geral, gostassem, deveríamos mudar o método. As instituições penais assumem que os destinatários das sanções devem ser retribuídos com algo que os torne infelizes, algo que faça doer (CHRISTIE, 2018, p. 30).

De acordo com Christie, um Direito da Dor designaria com mais fidelidade a tarefa do sistema penal, que é, basicamente, distribuir dor.<sup>156</sup> Trazer a dor deliberadamente infligida pelo sistema penal para o centro do debate acadêmico e político é, portanto, a coluna dorsal do trabalho de Christie. A dor deve deixar de ser considerada um mero epifenômeno para se converter no eixo central de análise do poder punitivo (ÁVILA; RIGON; ALVES, 2018).

Compreender a persecução penal a partir da dor que ela causa – tal e qual proposto por Nils Christie -, é tarefa que se amolda como uma luva à proposta metodológica da tese, que é a de escrever o processo penal a contrapelo, ou seja, desde a perspectiva daqueles que sofrem (n)o processo. Sendo o processo penal a única forma juridicamente aceitável de impor uma pena privativa de liberdade a alguém (LOPES JR., 2016), a dor do cárcere deve necessariamente ser objeto de minuciosa atenção neste trabalho.

No capítulo 4 evidenciou-se – com amparo na metáfora teatral, de Erving, Goffman -, que o processo sacrificial desfigura o acusado, reduzindo sobremaneira as avaliações positivas que ele faz de si. Mas Goffman mostra que a desfiguração é

---

<sup>156</sup> “A distribuição de dor é o conceito para o qual, no nosso tempo, designa-se uma calma, eficiente e higiênica operação. Visto desde a perspectiva daqueles que realizam a distribuição do serviço, não estão em primeiro lugar o drama, a tragédia, e os intensos sofrimentos. A inflição de dor está em dissonância com alguns dos ideais majoritários, mas pode ser realizada de forma inocente, sonâmbula e isolada dos valores em conflito. As dores das punições são deixadas aos destinatários. Através da escolha das palavras, procedimentos e divisão de trabalho, além da repetição, a coisa toda acabou por se tornar a entrega de uma mercadoria” (CHRISTIE, 2018, p. 34). Um pouco mais adiante, Christie retoma a questão da distribuição da mercadoria-dor para explicar que no sistema penal “é dada tanta atenção ao regulamento que pouca atenção é deixada para discutir as qualidades da mercadoria regulada e se essa mercadoria é realmente tudo o que é necessário. Isto torna-se uma nova maneira de criar raio à dor. Sofrimentos desaparecem em uma névoa de mecanismos de regulação. Em algum lugar, muito atrás, é uma atividade de reputação duvidosa. Mas nós não chegamos muito perto disso, porque estamos tão intensamente preocupados com a construção de mecanismo de regulação” (CHRISTIE, 2018, p. 69).

apenas a antessala de um mecanismo de degradação ainda mais atroz: a mortificação pela pena privativa de liberdade.

A prisão é uma instituição total, isto é, uma instituição que controla todos os aspectos da vida do preso, sendo por ele vivenciada como um ritual de degradação, de desestruturação, de dessocialização e de mortificação do Eu. Prisões são verdadeiras “*estufas para mudar pessoas*”, um macabro experimento social “*sobre o que se pode fazer ao eu*” (GOFFMAN, 2015, p.22). Tais mudanças são, em essência, “*uma série de rebaixamentos, degradações, humilhações e profanações do eu*” (GOFFMAN, 2015, p.24).

Findo o período de internação, a prisão adere ao corpo do preso como estigma, ou seja, um “*atributo profundamente depreciativo*” (GOFFMAN, 2017, p.13). A prisão, assim como todo estigma, é compreendida como um atributo que degrada a própria humanidade do preso, pois acredita-se que o detentor do estigma “*não seja completamente humano*” (GOFFMAN, 2017, p.15). O mais deletério disso tudo é que até mesmo o próprio preso/estigmatizado passa a se considerar como alguém menos digno, alguém cuja humanidade foi reduzida:

(...) o indivíduo estigmatizado tende a ter as mesmas crenças sobre a identidade que nós temos; isso é um fato central. Seus sentimentos mais profundos sobre o que ele é podem confundir a sua sensação de ser uma ‘pessoa normal’, um ser humano como qualquer outro, uma criatura, portanto, que merece um destino agradável e uma oportunidade legítima (...) os padrões que ele incorporou da sociedade maior tornam-no intimamente suscetível ao que os outros vêm como seu defeito, levando-o inevitavelmente, mesmo que em alguns poucos momentos, a concordar que, na verdade, ele ficou abaixo do que realmente deveria ser. (GOFFMAN, 2017, p. 16/17)

Segundo Goffman, a primeira técnica prisional de degradação do eu é o despojamento dos papéis sociais do interno. Como visto alhures, a identidade, para Goffman, é construída a partir dos diversos papéis sociais que o indivíduo desempenha. Todavia, no exato momento em que entra em uma prisão, o indivíduo se vê automaticamente privado de todos esses papéis que constituem o seu eu, e passa a exercer, com exclusividade, o papel de interno. Esse despojamento dos papéis sociais é obtido, basicamente, com a proibição de acesso ao mundo externo: “*inicialmente se proíbem as visitas vindas de fora e as saídas do estabelecimento, o que assegura uma ruptura inicial profunda com os papéis anteriores e uma avaliação da perda de papel*”. (GOFFMAN, 2015, p.24).

Nas prisões brasileiras também é comum a submissão do preso à “observação”, período de tempo que pode se estender por até 30 (trinta) dias, dependendo das regras do estabelecimento, e no qual a proibição de acesso não se restringe ao mundo exterior, abrangendo a própria instituição. O preso em observação é mantido em uma ala isolada, sendo-lhe vedado o contato com outros internos, salvo aqueles que também estão em observação. Portanto, na observação o preso é privado até mesmo de seu papel de detento. Ele é reduzido à condição de sujeito absolutamente destituído de sua identidade, haja vista que o único papel que será constitutivo de seu Eu - o papel de detendo -, ainda não lhe foi atribuído. Na observação, nem detento o preso é; na observação o preso é um nada.

Uma segunda técnica prisional de mortificação do Eu é a perda da propriedade, porque “o conjunto de bens individuais tem uma relação muito grande com o eu” (GOFFMAN, 2015, p.28). Em especial, as roupas que o indivíduo usa são indissociáveis da percepção que ele tem de si. Há casos, como o de religiosos que se distinguem dos demais pela vestimenta, em que até mesmo o sentimento pessoal de dignidade é colocado em jogo pela perda da propriedade de suas roupas. Mas na prisão nada parece pertencer de fato e de direito ao prisioneiro. Se lhe é facultado usufruir de algumas miudezas – tais como itens de higiene pessoal, um lençol ou o próprio uniforme -, tal usufruto é percebido pelo interno sempre como uma liberalidade, não importa se vinda dos carcereiros ou do “delegado” da cela.

Muito próxima da perda da propriedade é a perda do nome (GOFFMAN, 2015). Destarte, a referência ao preso pelo seu número de ingresso no sistema prisional, ou mesmo por apelidos, também é uma técnica de mortificação do Eu muito utilizada. É, todavia, curioso notar que a perda do nome é técnica de mortificação do eu que não se restringe às prisões, sendo muito comum até mesmo entre os advogados, que insistem em se referir aos seus clientes mediante termos como paciente, apelante, investigado, imputado, acusado, etc.

A humilhação pura e simples talvez seja a mais rotineira, mas nem por isso menos eficaz, estratégia de degradação do eu. Goffman destaca duas formas de humilhação: a manutenção do corpo em posição humilhante e a exigência de fornecer respostas também humilhantes (GOFFMAN, 2015). Tão logo ingressa na penitenciária o preso é orientado a virar-se para a parede e olhar para o chão assim que avistar um “civil”; sempre que a palavra lhe é dirigida por um agente carcerário, o preso deve necessariamente responder com protocolares “sim, senhor” ou “não

*senhor*". Outra prática humilhante comum nos estabelecimentos prisionais brasileiros, também problematizada por Goffman, é a exposição do corpo do detento a situações degradantes, em especial aquelas relacionadas à higiene pessoal e à satisfação das necessidades fisiológicas (GOFFMAN, 2015).

A imposição de castigos mais rígidos a cada falta, que Goffman designou como "circuito", também mortifica o eu do interno, que é obrigado a aprender que gestos e hábitos comuns que lhe eram rotineiros repentinamente foram-lhe vedados (GOFFMAN, 2015). Escrever algumas linhas em uma folha de papel ou mesmo tocar em alguém, a depender da situação, podem determinar até mesmo a ala ou cela que será ocupada pelo detento. No sistema prisional brasileiro, o regime disciplinar diferenciado é o "circuito" em seu paroxismo, por se tratar de verdadeira modalidade de cumprimento de pena mais gravosa que o regime fechado. Dentre as regras do regime disciplinar diferenciado, constam o isolamento celular absoluto, o banho de sol de apenas duas horas e uma rígida restrição de visitas. Tem-se, portanto, uma modalidade de confinamento que mortifica o Eu pela radical privação de convívio social.

Por fim, Goffman apresenta uma última técnica de mortificação do eu, que é o estabelecimento de uma "*economia pessoal da ação*", segundo a qual, na prisão,

(...) os menores segmentos da atividade de uma pessoa podem estar sujeitos a regulamentos e julgamentos da equipe diretora; a vida do internado é constantemente penetrada pela interação de sanção vinda de cima, sobretudo durante o período inicial da estada, antes de o internado aceitar os regulamentos sem pensar no assunto. Cada especificação tira do indivíduo uma oportunidade para equilibrar suas necessidades e seus objetivos de maneira pessoalmente eficiente, e coloca suas ações a mercê das sanções. Violenta-se a autonomia do ato. (GOFFMAN, 2015, p.42)

Na prisão perde-se a autonomia sobre o próprio corpo. Atos e gestos – por ínfimos que sejam -, deixam a esfera de determinação individual para se submeterem a um disciplinamento estrito, ou, quiçá, ao mero arbítrio dos carcereiros. Trata-se, assim, da instituição mais próxima da escravidão a espalhar seus efeitos mortificantes na atualidade.

Não por acaso, Klelia Canabrava Aleixo e Flávia Ávila Penido observam que "*mais do que um espaço voltado à contenção e neutralização do criminoso a prisão é um espaço de extermínio da pessoa presa*" (ALEIXO; PENIDO, p. 28). Nessa toada as autoras equiparam as prisões brasileiras aos espaços de exceção a que se refere Giorgio Agamben. Concluem, assim, que as penitenciárias "*são espaços permanentes*

*de violações e suspensões de direitos, chancelados nos fins e nas formas pelas instituições públicas, perenizando a exceção tal como ocorre no campo*” (ALEIXO; PENIDO, p. 36).

No Brasil esse estado de coisas é agravado pela utilização das prisões cautelares como *prima ratio* da persecução penal<sup>157</sup> - transformando as prisões preventivas e temporárias em instrumentos técnico-jurídicos de mortificação por antecipação, que fazem as vezes das propaladas funções da pena<sup>158</sup> - viabilizada pelo manejo retórico da semanticamente indeterminada expressão “*garantia da ordem pública*”<sup>159</sup>, contida no artigo 312 do Código de Processo Penal. Como sintetiza Thiago M. Minagé,

(...) não obstante seu caráter excepcional e restritivo, na prática, a medida de prisão preventiva é usada com frequência, de maneira ampla e não excepcional, e, em geral, pela maioria dos julgadores, com base em políticas que não estão em conformidade com os direitos humanos (MINAGÉ, 2019, p. 217).

As constatações de Thiago M. Minagé são corroboradas por dados do Ministério da Justiça e Segurança Pública, que apontam que das 723.354 (setecentos e vinte e seis mil trezentos e cinquenta e quatro) pessoas encarceradas no Brasil, 33, 29% eram de presos sem condenação. Trata-se de um contingente alarmante de 240.804 (duzentos e quarenta mil oitocentos e quatro) pessoas submetidas à prisão preventiva ou temporária em um sistema que conta com “apenas” 423.242 (quatrocentos e vinte e três mil duzentos e quarenta e duas) vagas (BRASIL, 2019).

<sup>157</sup> “É nítida a existência de uma tendência em que, todos os envolvidos no processo penal, desde os órgãos públicos, passando pela vítima e até mesmo a sociedade vejam na prisão preventiva a principal resposta a ser dada, pelo estado, no que se refere a um resultado mais rápido e perceptível no combate à criminalidade. E de fato, por se tratar da principal forma de coerção e exercício do poder estatal, cumpre à defesa, evita-la. Portanto, compreende-se a naturalização do uso da prisão preventiva, como principal instrumento de coerção estatal” (MINAGÉ, 2019, p. 215/216).

<sup>158</sup> “[...] a influência inquisitória enraizada na América Latina, prioriza a centralidade da prisão preventiva como ‘praxe’ do processo penal, uma vez que, a burocratização de tramitação e da escrita, sobrepõe a importância dessa modalidade de prisão, em detrimento da pena, que pode, ou não, ser imposta. A prisão preventiva se torna uma verdadeira pena antecipada daquilo que pode não vir [condenação]” (MINAGÉ, 2019, p. 221/222).

<sup>159</sup> “Trata-se do requisito mais amplo, genérico, indeterminado e impreciso de nosso ordenamento jurídico para a decretação de prisão preventiva, gerando inevitável insegurança decorrente da análise da conveniência ou não da adoção da medida constritiva cautelar. Como bem observado, diante da imprecisão semântica da expressão – quase sempre identificada como paz social e tranquilidade pública – a jurisprudência tem emprestado à garantia da ordem pública os mais diversos significados: ‘comoção social’; ‘periculosidade do réu’, ou mesmo para ‘preservar sua integridade’ [do suposto autor da infração] em caso de possível linchamento; ‘repercussão midiática’, ou seja, tudo que não serve como base ou requisito para decretação da prisão preventiva é utilizado como sinônimo de ‘ordem pública’, a fim de validar e justificar o decreto prisional provisório” (MINAGÉ, 2019, p. 233/234).

É certo, portanto, o diagnóstico de Flaviane de Magalhães Barros, segundo o qual “o processo penal brasileiro vivencia uma cautelaridade ‘permanente’ e uma executoriedade ‘provisória, em meio a ausência de possibilidade de discutir o caso penal sem a privação de liberdade do acusado” (BARROS, texto enviado por e-mail pela autora). De acordo com a autora, a processualística penal brasileira padece com a falta de uma teoria da cautelaridade desvinculada da sistematização do processo cautelar feita por Calamandrei, ainda na década de 1930, e pensada para o processo civil. Por óbvio, uma tal sistematização faz tábula rasa dos princípios do modelo constitucional de processo – mormente a presunção de inocência -, viabilizando a permanência prática da prisão preventiva como principal resposta estatal ao delito.

Em suma, no Brasil vige uma lógica perversa, na qual as prisões cautelares mortificam antes mesmo de as equipes de segurança pública terem a oportunidade de desfigurar pelo processo. Aqui, o recurso abusivo às prisões preventivas impede que o processo penal desempenhe a função de *phármakon* anti-sacrifício (anti-mortificação) apontada no capítulo anterior. O processo penal brasileiro mortifica mediante a utilização de prisões cautelares, para então desfigurar no curso da instrução; antes de desfigurar, já se mortificou. Não se trata, portanto, de um *phármakon*; trata-se do mais puro veneno.

É diante desse quadro sombrio que a tese se arrisca a afirmar que o fundamentalismo cristão pode contribuir com a deflação da dor infligida pelo sistema penal. Se - como afirma Boaventura de Sousa Santos -, o fundamentalismo se caracteriza pelo resgate da verdade revelada, e se – como afirma René Girard -, a revelação dos Evangelhos é eminentemente anti-sacrificial e não-violenta, então uma teologia processual penal de inspiração fundamentalista cristã só pode consistir em uma soma de esforços com vistas à abolição do sistema penal. A ação política cristã, se de fato pautada pelos Evangelhos, deve ter como meta principal a extinção do processo penal de viés sacrificial e das mortificações (penas privativas de liberdade) que lhe sucedem.

Como dito em outro ponto, em *A violência e o sagrado* René Girard ainda vislumbrava na violência do processo penal uma transcendência semelhante à do sacrifício humano das religiões primitivas. Portanto, nesse primeiro momento da obra girardiana o processo penal ainda é apresentado como meio apto a manter a violência mimética dentro de limites aceitáveis. Todavia, em *Coisas ocultas desde a fundação do mundo* Girard rompeu com essa visão, e, detendo-se na mensagem dos



Evangelhos, negou legitimidade a toda forma de violência – incluindo-se aí, no entender da tese, também a violência institucional processualmente exercida.

Dezenas – senão centenas -, de passagens de *Coisas ocultas desde a fundação do mundo* são ilustrativas da conversão evangélica de Girard para o abolicionismo. Logo no início do livro já se lê:

(...) a reabilitação dos bodes expiatórios, na Bíblia e nos Evangelhos, é a aventura mais extraordinária e fecunda de toda a humanidade, a mais indispensável à criação de uma sociedade verdadeira humana. É isso que denomino a *revelação destruidora do mecanismo de bode expiatório*, e ela ainda não completou seu percurso; ainda se encontra a caminho em nossa direção (GIRARD, 2008, p. 14).<sup>160</sup>

Em um dos excertos em que é mais explícito Girard relembra que a eficácia do mecanismo vitimário reside no seu desconhecimento. Todavia, como o mecanismo já é plenamente conhecido, não há alternativa para a humanidade que não passe pela recusa radical a toda forma de violência<sup>161</sup>:

(...) a humanidade inteira já se encontra confrontada a um dilema inelutável: é preciso que os homens se reconciliem para sempre sem intermediários sacrificiais ou que eles se resignem à extinção da humanidade num futuro próximo (GIRARD, 2008, p. 176).

O autor conclui, então, que:

(...) essa compreensão mais aguda que temos dos sistemas culturais e dos mecanismos que nos engendram não é gratuita; ela possui uma contrapartida. Agora não se trata mais de inclinar-se educada mas distraidamente em direção a um vago 'ideal de não-violência'. Não se trata de multiplicar os votos piedosos e as fórmulas hipócritas. De agora em diante tratar-se-á cada vez mais de uma necessidade implacável. A renúncia à violência, definitiva e sem segundas intenções, irá se impor a nós como

<sup>160</sup> Um pouco mais adiante Girard afirma: “*Enquanto no religioso arcaico os deuses estão presentes cada vez que o mecanismo de bode expiatório salva uma comunidade de sua própria violência, fornecendo-lhe vítimas sobressalentes, na Bíblia, e em seguida no Novo Testamento, Deus está presente quando esse mesmo mecanismo é impedido de funcionar. A mentira do processo é então revelada.*

*Em vez de se desenrolar na sombra, em segredo, como nas religiões arcaicas, a perseguição quase unânime de Jesus é objeto do relato mais longo e detalhado do Novo Testamento, o mais moderno por sua feitura, aquele cujas quatro versões menos variam de um Evangelho aos outros.*

*Em torno da Paixão, abundam as fórmulas reveladoras. Apenas um exemplo: no Evangelho de João, Jesus aplica a si próprio uma frase muito pertinente do Salmo 35: ‘Eles me odiaram sem razão’. Odiar sem razão é escolher uma vítima às cegas, sem compreender o que se está fazendo. É exatamente assim que os bodes expiatórios são escolhidos”* (GIRARD, 2008, p. 14).

<sup>161</sup> “(...) como os recursos sacrificiais estão definitivamente esgotados, como a violência está prestes a ser revelada, não subsiste nenhuma possibilidade de compromisso [com a violência], não existe escapatória” (GIRARD, 2008, p. 246).

condição *sine qua non* da sobrevivência para a própria humanidade e para cada um de nós (GIRARD, 2008, p. 176/177).

De acordo com Girard, a única regra do Reino de Deus que pode ser extraída de maneira incontroversa dos Evangelhos é a absoluta renúncia à violência, venha ela de onde vier:

(...) ao reler o Sermão da Montanha, vemos que a significação e o alcance do Reino de Deus são perfeitamente claros. Trata-se de reconciliar os irmãos inimigos, de pôr um fim à crise mimética pela renúncia de todos à violência. Fora da expulsão coletiva, reconciliadora porque unânime, apenas a renúncia incondicional e caso seja necessário unilateral à violência, pode acabar com a relação de duplos. O Reino de Deus é a eliminação completa e definitiva de qualquer vingança e de todas as represálias nas relações entre os homens (GIRARD, 2008, p. 243).

Na sequência, Girard arremata com palavras que indubitavelmente inscrevem as lições que ele aprendeu com os Evangelhos no contexto do abolicionismo penal:

(...) evidentemente, para sair da violência é preciso renunciar à ideia de retaliação; é preciso portanto renunciar às condutas que sempre pareceram naturais e legítimas. Parece-nos justo, por exemplo, responder aos bons procedimentos com bons procedimentos e aos maus com maus, mas isso é o que todas as comunidades do planeta sempre fizeram, com os resultados que conhecemos... Os homens imaginam que, para escapar da violência, basta-lhes renunciar a qualquer *iniciativa* violenta, mas como ninguém acredita ter sido o primeiro a tomar essa iniciativa, como toda violência tem um caráter mimético, e resulta ou acredita resultar de uma primeira violência que ela devolve a seu ponto de partida, essa renúncia é apenas uma aparência, e não consegue mudar nada. A violência percebe-se sempre como legítima represália. Portanto, é ao direito às represálias que seria preciso renunciar, e até mesmo àquilo que é considerado, em muitos casos, como legítima defesa. Como a violência é mimética, pois nunca ninguém se sente responsável por seu primeiro jorro, apenas uma renúncia incondicional pode levar ao resultado desejado (GIRARD, 2008, p. 244).

Em que pese a conversão de Girard para o cristianismo permitir a inclusão do autor no rol dos teóricos abolicionistas, fato é que Girard não era jurista e nem criminólogo e, a julgar pela bibliografia referida em suas obras, não teve contato com textos declaradamente abolicionistas. Dessa forma, Girard refuta toda forma de violência, mas não teoriza e nem sequer indica formas não-violentas de solução de conflitos. Portanto, a obra de Girard é insuficiente ao delineamento de uma teologia processual penal inspirada no conceito de teologia política formulado por Boaventura de Sousa Santos e adaptada ao contexto cristão brasileiro – isto é, compreendida

como a ação político-criminal fundada na mensagem não sacrificial e não-violenta (e, portanto, abolicionista) dos Evangelhos.

Como Girard sequer esboçou como seriam as práticas não-sacrificiais e não-violentas que substituiriam o sistema penal, exsurge a necessidade premente de análise do abolicionismo penal propriamente dito, capitaneado pelo criminalista e criminólogo holandês Louk Hulsman.

## 5.1 O abolicionismo penal

Como o próprio nome deixa transparecer, o abolicionismo penal visa erradicar o sistema penal, substituindo-o por outros meios de controle social. Para o abolicionismo o sistema penal causa mais problemas do que benefícios à sociedade, e por isso ele deve ser eliminado. Nesse desiderato, o abolicionismo é tanto um movimento social que visa a extinção das prisões quanto uma perspectiva teórica que questiona os pressupostos dogmáticos do Direito Penal e Processual Penal, mormente as teorias justificadoras da pena (ACHUTTI, 2016).

Vera Regina Pereira de Andrade salienta que o abolicionismo não se contenta com a pura e simples extinção do sistema penal, sendo necessário abolir também – e talvez principalmente – a cultura da punição que sustenta o sistema penal:

(...) os diferentes abolicionistas, por valorizarem a dimensão comunicacional e simbólica do sistema penal, concordam que abolição não significa pura e simplesmente abolir as instituições formais de controle, mas abolir a cultura punitiva e superar a organização 'cultural' e ideológica do sistema penal, a começar pela necessidade de superação da própria linguagem e pelo conteúdo das categorias estereotipadas e estigmatizantes (crime, autor, vítima, criminoso, criminalidade, gravidade, periculosidade, política criminal, etc.) que tecem cotidianamente o fio dessa organização (pois têm plena consciência de que nada adianta criar novas instituições ou travestir novas categorias cognitivas com conteúdos punitivos) (ANDRADE, 2012, p. 262/263)

Contra as críticas que qualificam o abolicionismo penal como uma utopia, Maria Lucia Karam afirma que o fim das prisões é, na verdade, uma necessidade imperiosa, decorrente da opção constitucional pela condução da vida política<sup>162</sup> sob o paradigma do Estado de Direito Democrático:

---

<sup>162</sup> “Uma agenda política voltada para o aprofundamento da democracia e para a construção de um mundo onde os direitos fundamentais de todos os indivíduos sejam efetivamente respeitados há de incluir a abolição das prisões – e a abolição do sistema penal como um todo, o fim do poder punitivo – como um de seus principais itens” (KARAM, 2012, p. 94).

(...) a abolição das prisões – e, mais ainda, a abolição do próprio sistema penal, o fim do poder punitivo – não são efetivamente uma utopia. A abolição das prisões – e, mais ainda, a abolição do próprio sistema penal, o fim do poder punitivo – são uma consequência lógica da trajetória que foi e deve permanentemente ser seguida pela humanidade em sua evolução, uma consequência lógica do caminho a percorrer nos esforços da humanidade por concretizar e aprofundar o modelo do Estado de direito democrático, por concretizar e aprofundar os direitos fundamentais (KARAM, 2012, p. 95).

Consoante o entendimento de Maria Lucia Karam, assim como hoje se olha para o passado e não se consegue compreender como a escravidão foi possível, no futuro se olhará para o (atual) presente e não se compreenderá como foi possível a manutenção do sistema penal.

Da mesma forma que a escravidão soa como um escandaloso paradoxo que, por incrível que hoje possa parecer, em tempos passados chegou a sobreviver no interior dos Estados democráticos, é preciso que nos escandalizemos, que tornemos inimaginável a paradoxal concessão ao Estado do poder de encarcerar, do poder de punir, do poder de eliminar a liberdade (KARAM, 2012, p. 94).

A rigor, não há exatamente um abolicionismo penal, mas abolicionismos penais, no plural, dada a multiplicidade de pressupostos teóricos, opções metodológicas e estratégias de ação dos autores abolicionistas (Thomas Mathiesen, Louk Hulsman, Sebastian Scheerer, Ricardo Genelhu, Raphael Boldt, Edson Passetti, Maria Lúcia Karam, etc.). Esse vasto espectro de sujeitos engajados na abolição das prisões foi descrito por Vera Regina Pereira de Andrade como composto por três variantes, sendo a primeira delas de viés estruturalista, representada pelo filósofo e historiador francês Michel Foucault; a segunda de inspiração materialista/marxista, do sociólogo norueguês Thomas Mathiesen; e, por fim, a variante fenomenológica, na qual se incluem Louk Hulsman e Nils Christie (ANDRADE, 2012). Referindo-se exclusivamente ao contexto nacional Vera Regina Pereira de Andrade explica que

(...) no Brasil, o horizonte político-criminal anteriormente enunciado está configurado, podendo-se identificar posições abolicionistas, inclusive combinadas com posições anarquistas, posições abolicionistas-minimalistas (minimalismo com fim para o abolicionismo) e posições minimalistas, sejam teóricas ou reformistas (minimalismo como fim em si mesmo), todas elas cruzadas em maior ou menor intensidade com posturas garantistas (ANDRADE, 2012, p. 259).

Deixando de lado eventuais divergências entre os diversos abolicionismos, todos eles convergem para um mesmo centro quando questionam a eficácia do sistema penal enquanto mecanismo de controle social; os déficits de legalidade, a seletividade arbitrária e a burocratização das agências de persecução penal; os efeitos estigmatizantes do cárcere; a crueldade das prisões; a ineficácia preventiva das penas privativas de liberdade; a desconsideração pelas vítimas, típica do aparato judicial; a artificialidade da conceituação legal de delito; e a impropriedade de um tratamento idêntico a acontecimentos sociais extremamente distintos entre si, que só têm em comum o fato de serem legalmente definidos como crime.

Os diferentes abolicionistas mencionam, resumidamente, que o sistema penal opera na ilegalidade; atua a partir da seleção de seus clientes, atribuindo-lhes rótulos estigmatizantes dificilmente descartáveis após o primeiro contato com o sistema; afasta os envolvidos no conflito e os substitui por técnicos jurídicos, para que busquem uma solução legal para a situação problemática; produz mais problemas do que soluções; dissemina uma cultura – punitiva – que propaga a ideia de que com um castigo (pena de prisão) é possível fazer justiça em eventos considerados como crime (ACHUTTI, 2016, posição 1423)

Sem sombra de dúvidas o principal expoente do abolicionismo penal é o professor holandês Louk Hulsman, recentemente falecido. Hulsman propunha um enfrentamento linguístico ao dialeto penal, isto é, à linguagem técnica utilizada pelas agências envolvidas com a persecução penal. Em especial, Hulsman sustenta o abandono do conceito de crime<sup>163</sup> e a sua substituição pelo conceito de situação-problema<sup>164</sup>. Para o autor,

(...) em primeiro lugar, é preciso mudar a linguagem. Não conseguiremos superar a lógica do sistema penal, se não rejeitarmos o vocabulário que a sustenta. As palavras crime, criminoso, criminalidade, política criminal, etc... pertencem ao dialeto penal, refletindo os *a priori* do sistema punitivo estatal. O acontecimento qualificado como 'crime', desde o início separado de seu

<sup>163</sup> Daniel Silva Achutti explica que, segundo Hulsman, “*ao rotular uma conduta como ‘crime’ ou ‘delito’, uma limitação de percepção toma conta da situação e impede de forma absoluta que outras possibilidades de compreensão da situação sejam concebidas. As interpretações do sistema penal – abstratas e redutoras – deveriam ser substituídas por interpretações livres, oriundas dos próprios indivíduos, e não a partir da preconcebida estrutura punitiva estatal, de forma a possibilitar novos e diferentes tipos de reação perante a situação*” (ACHUTTI, 2016, posição, 2016).

<sup>164</sup> “*Para mim não existem nem crimes e nem delitos, mas apenas situações problemáticas. E sem a participação das pessoas diretamente envolvidas nessas situações, é impossível resolvê-las de forma humana*” (HULSMAN; DE CELIS, 2018, p. 119). Um pouco adiante, Hulsman afirma que “*a busca de uma reorganização das estruturas jurídicas e sociais que não deixe lugar nem mesmo para o conceito de infração – notadamente através de uma revalorização do papel de cada pessoa em todos os tipos de relações sociais – passa a ser, sob esta ótica, um objetivo político prioritário*” (HULSMAN; DE CELIS, 2018, p. 158).

contexto, retirado da rede de interações individuais e coletivas, pressupõe um autor culpável; o homem presumidamente 'criminoso', considerado como pertencente ao mundo dos 'maus', já está antecipadamente proscrito (HULSMAN; DE CELIS, 2018, p. 114)<sup>165</sup>

O dialeto penal é objeto das críticas de Hulsman porque ele veicula uma linguagem cifrada, acessível apenas aos iniciados<sup>166</sup> - o que acaba por afastar os diretamente interessados na resolução da situação-problema<sup>167</sup>, que, não raro, sequer compreendem o que é dito pelos especialistas.

Destarte, o ponto de partida para a equalização da situação problema deve ser a percepção pessoal dos afetados, preferencialmente em um encontro face a face<sup>168</sup>, em detrimento dos atos rigidamente concatenados do processo penal, e a despeito de abstrações jurídicas como 'crime' ou 'culpabilidade'<sup>169</sup>. Esses encontros cara-a-cara devem ser promovidos, preferencialmente, por conselhos comunitários, ou seja,

(...) comissões *ad hoc*, compostas de membros escolhidos de acordo com as pessoas que solicitam a intervenção do *Community Board*. Se o conflito se dá entre portorriquenhos ou entre mexicanos, há pelo menos um portorriquenho ou um mexicano na comissão; se o conflito opõe um homem a uma mulher, terá que haver ali um homem e uma mulher; se o conflito se desenvolveu entre um comerciante e jovens, terão que estar ali comerciantes e jovens (HULSMAN; DE CELIS, 2018, p. 154)

<sup>165</sup> Logo adiante Hulsman explica que “*seria preciso se habituar a uma linguagem nova, capaz de exprimir uma visão não estigmatizante sobre as pessoas e situações vividas (...) Livre da compartimentalização institucional, uma linguagem aberta facilitaria o surgimento de novas formas de enfrentar tais situações*” (HULSMAN; DE CELIS, 2018, p. 114/115).

<sup>166</sup> “*No sistema penal, não se escutam realmente as pessoas envolvidas. Não se registra o que elas dizem com suas próprias palavras*” (HULSMAN; DE CELIS, 2018, p. 97/98).

<sup>167</sup> “*A desumanidade do sistema penal está, em parte, na situação em que reciprocamente se colocam o imputado e os agentes que tratam com ele. No contexto deste sistema, onde aquele que é acusado não pode verdadeiramente falar, onde não tem a oportunidade de se exprimir, o policial ou o juiz, mesmo que queiram escutá-lo não podem fazê-lo. É o tipo mesmo de relações instituídas por este sistema que cria situações desumanas*” (HULSMAN; DE CELIS, 2018, p. 51).

<sup>168</sup> “*Frequentemente, a vítima desejaria ter um encontro cara-a-cara com seu agressor, que poderia significar uma libertação. Mesmo vítimas de violência, muitas vezes, gostariam de ter oportunidade de falar com seus agressores, compreender seus motivos, saber porque foram atacadas. Mas, o agressor está na prisão e o encontro cara-a-cara é impossível. De tanto se colocar a questão de ‘por que isto me aconteceu?’, a vítima acaba por também se sentir culpada; e, como jamais obtém uma resposta, se isola, entrando, pouco a pouco, num processo de regressão*” (HULSMAN, DE CELIS, 2018, p. 101).

<sup>169</sup> Em comentários à obra de Hulsman, Daniel Silva Achutti afirma que para o autor holandês “*uma das maneiras para concretizar a desconstrução da categoria delito é viabilizar a adoção de outros mecanismos de controle social através da adoção de um novo vocabulário para abordar a questão criminal e as engrenagens oficiais: a linguagem delimita o sistema e mascara a realidade, de forma a (a) excluir qualquer tentativa de utilização de mecanismo diversos aos oficialmente existentes, e de (b) definir os conflitos não a partir do ponto de vista dos envolvidos, mas a partir da prévia estruturação legal desses conflitos, tido oficialmente como delitos*” (ACHUTTI, 2016, posição 1543).

Como forma de evitar a colonização dessas formas alternativas de resolução de conflitos pelos especialistas - todos eles fazendo uso do cifrado dialeto penal - Hulsman sugere que os conselhos comunitários sejam formados por pessoas leigas:

(...) a ideia básica é a de que os membros da comissão sejam pessoas próximas dos implicados nos conflitos. Outra ideia igualmente caracteriza este modelo de resolução de conflitos: os conciliadores não são preparados para resolver conflitos, mas sim treinados para não propor soluções. Eles são formados para ajudar as pessoas a reconhecerem por si mesma a natureza do conflito, a escutarem umas às outras, a procurarem compreender a situação vivida pelo outro e, afinal, a decidirem o que fazer com o conflito: retomá-lo e em que contexto, ou encerrá-lo ali (HULSMAN; DE CELIS, 2018, p. 155).

Devolver o conflito aos implicados – que o elaborariam com o auxílio de um conselho comunitário -, é, em síntese, o cerne do abolicionismo de Louk Hulsman<sup>170</sup>.

A grande questão trazida à tona por Hulsman é a de que a rigidez dos tipos penais - e dos preceitos secundários que lhes seguem – talvez seja adequada ao modo burocratizado de funcionamento das agências penais, mas de maneira alguma se amolda à diversidade da vida e das necessidades humanas.

Tais definições, uma vez que realizadas anteriormente à ocorrência do conflito, não permitem a construção coletiva da situação-problema desde outros olhares. Em um contexto de organização formal em que a própria definição preliminar do caso (geralmente, realizada pela polícia e pelo Ministério Público) não está à disposição das partes, as consequências do julgamento, naturalmente, também não serão colocadas em discussão (ACHUTTI, 2016, posição 1543).<sup>171</sup>

---

<sup>170</sup> *“Em qualquer caso, seria preciso devolver às pessoas envolvidas o domínio sobre seus conflitos. A análise que elas fazem do ato indesejável e de seus verdadeiros interesses deveria ser o ponto de partida necessário para a solução a ser procurada. O encontro cara-a-cara deveria ser sempre possível, pois as explicações mútuas, as trocas das experiências vividas e, eventualmente, a presença ativa de pessoas psicologicamente próximas, podem conduzir, num encontro dessa natureza, a soluções realistas para o futuro.*

*Ninguém pode dizer de antemão qual é a linha mais adequada para resolver uma situação conflituosa. Assim, a lei deveria se abster de impor uma linha de reação uniforme, como também de definir as situações a que tais ou quais linhas seriam automaticamente aplicáveis. A determinação da linha deveria estar sempre ligada ao caso concreto.*

*A linha aplicável necessariamente varia de acordo com as características da situação-problema e das pessoas em questão, sendo forçoso reconhecer que cada situação é única”* (HULSMAN; DE CELIS, 2018, p. 121).

<sup>171</sup> Um pouco mais adiante Daniel Achutti lembra que *“para Hulsman (1986, p. 77), a estruturação legal de conflitos como delitos pouco ou nada poderia coincidir com a visão do problema que teriam as partes diretamente envolvidas”* (ACHUTTI, 2016, posição 1549).

Quanto à referida burocratização, Hulsman acrescenta que o sistema penal se assemelha a uma locomotiva desembestada, mas sem condutor<sup>172</sup>; ou a uma linha de montagem, “*onde o acusado vai avançando: cada um dos encarregados aperta seu parafuso e, ao final da linha de montagem, sai o produto final do sistema*” (HULSMAN; DE CELIS, 2018, p. 77). No fim do processo, ninguém assume responsabilidades pelo produto final do sistema<sup>173</sup>.

Sendo assim, a justiça penal é incapaz de resolver o conflito<sup>174</sup> – mormente porque as necessidades das vítimas dificilmente restam satisfeitas. A justiça penal limita-se, portanto, a dar uma resposta estatal ao conflito.<sup>175</sup> Resposta que, todavia, não guarda relação com o que a vítima acredita que aconteceu e muito menos com o que ela pensa que deveria acontecer<sup>176</sup>. D’outra banda, o condenado provavelmente não terá que lidar com as pessoas atingidas por seus atos e será trancafiado para que, paradoxalmente, aprenda a viver em sociedade<sup>177</sup>.

Ademais, para Hulsman não há, entre os diversos tipos penais, nada que permita agrupá-los em um corpo sistemático de condutas que guardem afinidade entre si, senão o fato artificial de todos eles serem legalmente definidos como crime, e, de

<sup>172</sup> “Ninguém dirige a máquina penal” (HULSMAN; DE CELIS, 2018, p. 76).

<sup>173</sup> “(...) cada uma das pessoas que intervém no funcionamento da máquina penal desempenha seu papel sem ter que se preocupar com o que se passou antes dela ou com o que se passará depois” (HULSMAN; DE CELIS, 2018, p. 75).

<sup>174</sup> Partindo de pressupostos teóricos completamente distintos dos de Hulsman, José Luiz Quadros de Magalhaes chega exatamente ao mesmo diagnóstico: “[...] a decisão judicial que escolhe um argumento interrompe o conflito sem solucioná-lo. Isso é perigoso, uma vez que o conflito ‘terminado’ pela sentença sem uma solução permanece latente e certamente voltará. Quando o Judiciário antes de buscar justiça busca decisão rápida, pode fazer com que os conflitos não solucionados, mas simplesmente terminados, voltem de forma mais violenta no futuro” (MAGALHÃES, 2013, posição 6766).

<sup>175</sup> “O que há são respostas jurídicas para cada caso, mas jamais soluções” (ACHUTTI, 2016, posição 1726)

<sup>176</sup> “A vítima não pode mais fazer parar a ‘ação pública, uma vez que esta ‘se pôs em movimento’; não lhe é permitido oferecer ou aceitar um procedimento de conciliação que poderia lhe assegurar uma reparação aceitável, ou, - o que, muitas vezes, é mais importante – lhe dar a oportunidade de compreender e assimilar o que realmente se passou; ela não participa de nenhuma forma da busca da medida que será tomada a respeito do ‘autor’; ela ignora totalmente o que acontece com este durante o tempo de sua detenção; ela não sabe em que condições a família dele estará sobrevivendo; ela não faz nenhuma ideia das consequências reais que a experiência negativa da prisão trará para a vida deste homem; ela ignora as rejeições que ele terá que enfrentar ao sair da prisão” (HULSMAN; DE CELIS, 2018, p. 100)

<sup>177</sup> “O clima de opressão onipresente desvaloriza a autoestima, faz desaprender a comunicação autêntica com o outro, impede a construção de atitudes e comportamentos socialmente aceitáveis para quando chegar o dia da liberação. Na prisão, os homens são despersonalizados e dessocializados” (HULSMAN; DE CELIS, 2018, p. 79). Algumas páginas à frente, Louk Hulsman pondera que “para o encarcerado, o sofrimento da prisão é o preço a ser pago por um ato que uma justiça fria colocou numa balança desumana. E, quando sair da prisão, terá pago um preço tão alto que, mais do que se sentir quites, muitas vezes acabará por abrigar novos sentimentos de ódio e agressividade” (HULSMAN; DE CELIS, 2018, p. 89)



consequente, permitirem a rotulação de seus autores como criminosos. Não há, portanto, um conceito ontológico de crime. O crime é uma construção social, e, como tal, pode ser desconstruído<sup>178</sup>. Nos dizeres do próprio Hulsman, “*é a lei que diz onde está o crime; é a lei que cria o criminoso*” (HULSMAN; DE CELIS, 2018, p. 81).

Como bem salienta Achutti, essa desnaturalização do sistema penal propicia “*aos envolvidos perceber que o modo como a justiça criminal enfrenta os conflitos é apenas uma dentre diversas outras, preferencialmente não punitivas, que poderiam ser adotadas*” (ACHUTTI, 2016, posição 1538).

Considerem-se as seguintes situações: I) um estudante de graduação, no último semestre da faculdade, tem seu computador subtraído na noite em que saiu para comemorar o fim da escrita de sua monografia de conclusão de curso. A subtração foi praticada mediante arrombamento da porta de sua casa e a única cópia da monografia encontrava-se no computador furtado; II) faltando dois anos para os jogos olímpicos, uma ciclista de elite é atropelada por um motorista embriagado, e uma de suas pernas é gravemente fraturada. A ciclista não possui plano de saúde e nem condições financeiras para arcar com o tratamento fisioterápico que lhe permitiria recuperar plenamente a mobilidade; III) um jovem negro, morador da periferia, trabalha com entregador de comida via aplicativo de celular, e em determinada situação tem sua moto destruída a marretadas por um cliente inconformado por ter recebido, com 02 horas de atraso, uma pizza fria e de sabor distinto do que fora solicitado; IV) uma sociedade de economia mista, especializada na extração e refino de petróleo, sofre um prejuízo bilionário em razão de sofisticado esquema de desvio de recursos levado a cabo por seus administradores, em conluio com os maiores fornecedores e com os principais políticos do país.

---

<sup>178</sup> “*Não há nada na natureza do fato, na sua natureza intrínseca, que permita reconhecer se se trata ou não de um crime – ou de um delito. O que há em comum entre uma conduta agressiva no interior da família, um ato violento cometido no contexto anônimo das ruas, o arrombamento de uma residência, a fabricação de moeda falsa, o favorecimento pessoal, a receptação, uma tentativa de golpe de Estado, etc.? Você não descobrirá qualquer denominador comum na definição de tais situações, nas motivações dos que nelas estão envolvidos, nas possibilidades de ações visualizáveis no que diz respeito à sua prevenção ou à tentativa de acabar com elas. A única coisa que tais situações têm em comum é uma ligação completamente artificial, ou seja, a competência formal do sistema de justiça criminal para examiná-las. O fato delas serem definidas como ‘crimes’ resulta de uma decisão humana modificável; o conceito de crime não é operacional. Um belo dia, o poder político para de caçar as bruxas e aí não existem mais bruxas*” (HULSMAN; DE CELIS; 2018, p. 80).

Note-se que as situações descritas acima são extremamente diversas, e os afetados por cada uma delas não logicamente de desejar desfechos distintos para seus problemas.

Na situação I), não há dúvidas de o que o universitário mais deseja é recuperar seu computador, e, principalmente, a monografia armazenada na máquina. Secundariamente, ele também deve desejar a restauração da porta arrombada. Se pudesse se encontrar cara a cara com o autor do furto, provavelmente essas seriam as reparações solicitadas pelo universitário. Na hipótese de o prazo para o depósito da monografia ter se escoado sem que o encontro tenha se realizado, talvez o universitário se dê por satisfeito se o autor se comprometer a arcar com os custos da máquina, da reparação da porta e com as despesas decorrentes do pagamento das mensalidades referentes ao semestre perdido na faculdade.

Na situação II), a ciclista há de querer o custeio de suas despesas médicas e fisioterápicas, para, quem sabe, conseguir disputar os jogos olímpicos que se realizarão dali a dois anos. Se for uma pessoa altruísta, também pode se preocupar com outras vítimas possíveis daquele mesmo motorista ébrio, e desejar também que ele se livre do vício ou que se comprometa a não mais dirigir sob o efeito de álcool.

Na situação III), é de se esperar que uma moto nova, para que volte a trabalhar, seja tudo o que o motoboy deseja em relação ao autor do dano. Alternativamente, pode ser que ele considere um outro emprego, no qual não tenha que se expor aos riscos do trânsito. A exemplo da ciclista, se o motoboy for movido pelo altruísmo, também pode considerar apropriado que o cliente que destruiu sua moto frequente sessões periódicas de terapia cognitivo-comportamental, a fim de aprender a lidar com a própria raiva.

Na situação IV), decerto os acionistas pleiteiam o ressarcimento do dinheiro desviado. Muito provavelmente, também não irão se sentir satisfeitos em continuar negociando com aqueles mesmos fornecedores que contribuíram com o rombo no orçamento da sociedade de economia mista, a não ser que os fornecedores se comprometam a implementar um rígido programa de conformidade em suas próprias empresas. Nessa situação específica, não se pode desconsiderar a existência de terceiros interessados. Assim, o Estado há de fazer jus ao tributo correspondente à quantia que não foi contabilizada como lucro em razão da corrupção. De maneira análoga, os funcionários da sociedade talvez pleiteiem uma indenização correspondente à participação nos lucros que deixaram de receber. Por fim, pode ser

que todas aquelas pessoas que foram negativamente afetadas pelos atos de corrupção – acionistas, Estado e funcionários -, considerem que o patrimônio de uma sociedade de economia mista pertence a toda a população do país, e que por isso os autores ainda devem fazer algo em prol da comunidade política como um todo. Digamos, então, que eles deliberem que cada um dos fornecedores deverá instituir uma bolsa de estudos vitalícia, que a cada ano financie integralmente a formação, no exterior, de algum jovem acadêmico comprometido justamente com a idoneidade dos programas de conformidade ou com a melhoria das práticas das corporações que negociam com o setor público.

Como facilmente se percebe, as quatro situações-problemáticas são demasiadamente diversas entre si. Como não poderia deixar de ser, as soluções ideais para cada uma delas também não guardam muita correlação umas com as outras. Todavia, todas elas têm em comum o fato de serem legalmente definidas como crimes. E, para cada uma delas o sistema penal recomenda uma única e homogênea solução: a prisão.

Para o sistema penal, é praticamente irrelevante o fato de que a clausura não devolverá ao universitário sua tese, e nem pagará suas mensalidades excedentes; não permitirá que a ciclista dispute as olimpíadas; não providenciará uma moto para o motoboy; e não impedirá que outros administradores, outros políticos e outros fornecedores continuem a sangrar os cofres daquela sociedade de economia mista – ou de qualquer outra<sup>179</sup>.

Em resumo, é contra esse estado de coisas que se volta o abolicionismo penal de Louk Hulsman. “*Novas formas de perceber, interpretar e lidar com os conflitos: essa a proposta de Hulsman*” (ACHUTTI, 2016, posição 1565). No entender do autor, essas novas formas de lidar com os conflitos já são amplamente praticadas pela sociedade, só que de maneira informal. A grande prova disso são os números espantosos da cifra negra da criminalidade (parcela dos crimes que sequer são levados ao conhecimento das autoridades) De acordo com Hulsman, a cifra negra não mede apenas a quantidade de conflitos que não são formalmente tratados pelo

---

<sup>179</sup> “A justiça penal estatal opera fora da realidade, condenado seres concretos a enormes sofrimentos por razões impessoais e fictícias” (HULSMAN; DE CELIS, 2018, p. 104).

Estado, mas mede também – e principalmente –, a quantidade de conflitos que são resolvidos diretamente pelos envolvidos.<sup>180</sup>

A esmagadora maioria de fatos passíveis de criminalização ('grave' e 'menos grave') pertence, pois, à cifra obscura. Todos esses fatos são, assim, tratados fora da justiça criminal. Digo, intencionalmente, 'tratados', porque não devemos cometer o erro de pensar que o que não está nos autos não esteja no mundo (existente). O fato de não estarmos a par de que alguém esteja se ocupando de algo não implica que isto não esteja acontecendo. Na vida, cada coisa é gerida por quem está nela diretamente envolvida (HULSMAN, 2012, p. 49/50).

Ancorado em todas essas constatações, Louk Hulsman defendia a integral extinção do sistema penal<sup>181</sup>, incluindo-se aí tanto a justiça criminal quanto o sistema prisional (ACHUTTI, 2016) Para o autor, “*trata-se de derrubar todo o sistema*” (HULSMAN; DE CELIS, 2018, p. 112), sem exceções.<sup>182</sup>

<sup>180</sup> “Se um grande número de vítimas não denuncia os fatos puníveis à polícia, esta também não transmite todos os fatos que lhe são comunicados ao Parquet, o qual, por sua vez, longe de mover processos em relação a todos os fatos que lhe são submetidos, arquiva a maior parte. Isto quer dizer que o sistema penal, longe de funcionar na totalidade dos casos em que teria competência para agir, funciona em ritmo extremamente reduzido. Tal constatação suscita duas observações. Com uma ponta de humor, pode-se desde logo dizer que as pesquisas sobre a ‘cifra negra’ se voltam contra o sistema: pode haver algo mais absurdo que uma máquina que se deve programar com vistas a um mau rendimento, para evitar que ela deixe de funcionar?

De uma forma mais profunda, pode-se dizer que é a ideia mesma, é a própria noção ontológica de crime que fica abalada. Se uma enorme quantidade de fatos teoricamente passíveis de serem enquadrados na lei penal não são vistos ou não são avaliados como tal pelas supostas vítimas ou pelos agentes do sistema pessoalmente alertados por denúncias concretas, isto significa que os fatos chamados pela lei de crimes (ou delitos) não são vividos como se tivessem uma natureza aparte, como se fossem separáveis de outros acontecimentos. Pesquisas sobre vitimização mostram isso claramente” (HULSMAN; DE CELIS, 2018, p. 82). Uma vez feitas essas constatações sobre a cifra negra, Louk Hulsman questiona: “como achar normal um sistema que só intervém na vida social de maneira tão marginal, estaticamente tão desprezível? Todos os princípios ou valores sobre os quais tal sistema se apoia (a igualdade dos cidadãos, a segurança, o direito à justiça, etc.) são radicalmente deturpados, na medida em que só se aplicam àquele ínfimo de situações que são os casos registrados. O enfoque tradicional se mostra, de alguma forma, às avessas. A cifra negra deixa de ser uma anomalia para se constituir na prova tangível do absurdo de um sistema naturalmente estranho à vida das pessoas. Os dados das ciências sociais conduzem a uma contestação fundamental do sistema existente” (HULSMAN; DE CELIS, 2018, p. 83)

<sup>181</sup> “É preciso abolir o sistema penal. Isto significa romper os laços que unem, de maneira incontrolável e irresponsável, em detrimento das pessoas diretamente envolvidas, sob uma ideologia de outra era e se apoiando em um falso consenso, os órgãos de uma máquina cega cujo objeto mesmo é a produção de um sofrimento estéril.

Um sistema dessa natureza é um mal social. Os problemas que ele pretende resolver – e que, de forma alguma, resolve, pois nunca faz o que pretende – deverão ser enfrentados de outra maneira.

[...] Longe de levar a uma situação alarmante, a abolição do sistema penal, da forma em que a vejo, será um sinal de renascimento do tecido social. Trata-se, afinal, de deixar viver, fora das instituições, modalidades de relações que o sistema, hoje, asfixia e dar às instituições existentes uma chance de apoiar os processos sociais naturais, ao invés de contrariá-los e sufoca-los. Na minha mente, abolir o sistema penal significará dar vida às comunidades, às instituições a aos homens” (HULSMAN; DE CELIS, 2018, p. 109).

<sup>182</sup> “Para mim, o princípio da abolição necessária do sistema penal, da máquina penal tal como a defino, não deve sofrer qualquer exceção” (HULSMAN; DE CELIS, 2018, p. 143).

Hulsman pensa em um mundo livre do conceito jurídico de crime<sup>183</sup>, e, portanto, liberto também das prisões. Nesse desiderato, Hulsman propunha que os fatos criminalizados – uma vez ressemantizados como situações-problemas -, deveriam ser solucionados diretamente pelas pessoas envolvidas, que reassumiriam o protagonismo no enfrentamento de seus conflitos, milenarmente usurpados pelo Estado.

Esse itinerário abolicionista de Hulsman é sintetizado por Daniel Silva Achutti em três postulados fundamentais:

(a) a abolição do sistema penal atual, com a sua substituição por mecanismos descentralizados de administração de conflitos; (b) nesses mecanismos, a participação ativa da vítima e do ofensor na condução e na resolução dos seus casos é primordial, com especial atenção para a satisfação do interesse de ambos, por meio de uma disputa participatória em que as particularidades de cada caso possam ser debatidas por inteiro; e (c) para evitar a colonização dos novos mecanismos pelas práticas, rotinas e hábitos do sistema penal, a adoção de uma nova linguagem é crucial, e o primeiro conceito a ser substituído deve ser o de ‘crime’, que deve passar a ser encarado como ‘situações problemáticas’, ‘conflitos’, ‘comportamentos indesejados’ etc. (ACHUTTI, 2016, posição 4063)

Nessa quadra, o abolicionismo penal hulsmaniano é radical – só estará concluído quando a última prisão estiver desativada e a privação da liberdade não for mais uma forma de castigo a disposição do Estado. Trata-se, outrossim, de postulações completamente consentâneas com uma teologia processual penal – compreendida como ação político-criminal dos grupos religiosos -, inspirada na revelação não-sacrificial e não-violenta dos Evangelhos.

Partindo do pressuposto de que a pretensão de organizar a vida pública em conformidade com os Evangelhos é uma postura fundamentalista – e por mais que Boaventura de Sousa Santos julgue prudente não considerar como legítimos os interlocutores fundamentalistas -, tem-se que o fundamentalismo cristão é abolicionista, e pode(ria) se valer fartamente dos ensinamentos de Louk Hulsman. Trata-se de corrente teológico-política que merece o mais profundo respeito e

---

<sup>183</sup> “Ora, a prática demonstra que não basta procurar uma solução mais social do que jurídica para o conflito; o que é preciso sim é questionar a noção mesma de crime, e com ela a noção de autor. Se não deslocarmos essa pedra angular do sistema atual, se não ousarmos quebrar este tabu, estaremos condenados, quaisquer que sejam nossas boas intenções, a não sair do lugar” (HULSMAN; DE CELIS, 2018, p. 113).

admiração, a despeito de o epíteto fundamentalista lhe cair como uma luva. Afinal de contas, poderia haver indício maior de emancipação social do que uma sociedade liberta do crime e do castigo, tal e qual idealizada pelo Cristo dos Evangelhos?

Infelizmente, no atual estágio de desenvolvimento socio-cultural e jurídico-político do Brasil, existem óbices à implementação do ideal abolicionista que dificilmente serão contornados. Todavia, em que pese a dificuldade pragmática de extinção do sistema penal (pelo menos no curto e médio prazos), a demonstração de que o abolicionismo penal encontra fundamentos também nos Evangelhos - a ponto de ser possível estabelecer relevantíssimos pontos de conexão entre os pensamentos de René Girard e Louk Hulsman; autores que, de resto, trilharam caminhos acadêmicos demasiado distintos -, reveste-se de importantíssima relevância prática, qual seja: deslegitimar o discurso penal expansionista da Frente Parlamentar Evangélica e da Associação Nacional dos Juristas Evangélicos.

Se assim o desejarem, tais agremiações até podem seguir apoiando e fazendo *lobbies* pela aprovação de teratologias como o pacote anti-crime do Ministério da Justiça e Segurança Pública - que, a despeito de desidratado, foi parcialmente incorporado à Lei 13.964/2019. Não podem, todavia, afirmar que o fazem com arrimo nas revelações dos Evangelhos. Muito pelo contrário, se o objetivo fosse a implementação de uma política criminal em conformidade com uma teologia política inspirada nos Evangelhos, a Frente Parlamentar Evangélica poderia muito bem se chamar Frente Parlamentar Abolicionista; da mesma forma, a denominação Associação Nacional dos Juristas Abolicionistas cairia igualmente bem à Associação Nacional dos Juristas Evangélicas.

Em suma, uma teologia processual penal – compreendida como ação político-criminal inspirada na verdade revelada - que se pretende cristã/evangélica, não pode se render ao canto de sereia do punitivismo e nem às pretensões expansionistas dos governantes de turno. Longe disso, o *leitmotiv* de uma teologia processual penal evangélica deveria ser contornar os empecilhos à extinção do sistema penal. Mas, se na atual quadra histórica o abolicionismo penal é improvável, então uma teologia processual penal cristã/evangélica tem – por dever de coerência -, a obrigação de buscar mitigar a dor imposta pelo sistema de persecução penal.

### **5.1.1 Óbices a uma teologia processual penal cristã/evangélica/abolicionista**

No atual contexto socio-cultural e jurídico-político brasileiro são basicamente quatro os obstáculos que dificultam a ultrapassagem de um modelo calcado no cárcere em direção a uma comunidade política enfim liberta de suas prisões: o primeiro é de ordem filosófico-antropológica, o segundo é pragmático, o terceiro é econômico-político e o quarto é jurídico-constitucional.

O primeiro óbice ao abolicionismo – de ordem filosófico-antropológica -, consiste na existência de um sentido ético na vingança, que decorre da “*estrutura fundamentalmente relacional das nossas existências*” (GROS, 2001, p. 133) e importa em reconhecer que a vingança não é um puro mal praticado por algum bárbaro; que a vingança não é um ato de ódio, mas de cólera; que o que se busca com a vingança não é a humilhação do adversário, mas a reconstituição de um eu despedaçado por uma violência pretérita.

Sob essa ordem de ideias, Frédéric Gros argumenta que os indivíduos dos grupamentos humanos que praticavam a vingança de sangue – fossem eles tribos autóctones ou os povos da Roma e Grécia arcaicas -, não agiam sob a violenta emoção do momento, não se vingavam de maneira irrefletida e muito menos sob o domínio da ira. Muito longe disso, a vingança era uma instituição “*imediatamente sagrada*” (GROS, 2001, p. 119). Para ser mais preciso, ela era uma decorrência natural do culto aos mortos, uma vez que a vítima assassinada não seria capaz de descansar em paz se a sua dívida de sangue não fosse cobrada. Ao contrário do que se costuma imaginar, a vingança não era, então “*um movimento desordenado de furor*” (GROS, 2001, p. 119/120). A vingança assegurava a unidade da família da vítima, que poderia ser desfeita se a vítima não recebesse o tributo de sangue que lhe era devido. “*Vinga-se para honrar um morto, para cumprir uma obrigação familiar, conformar-se a um rito. A vingança impõe-se mais como dever sagrado, obrigação ritual do que como instinto mortífero*” (GROS, 2001, p. 121).

Portanto a vingança não era um ato de pessoas incivilizadas que desconheciam o conceito de lei, mas o exato oposto disso: a vingança era a estrita observância de uma lei que impunha uma obrigação perante o antepassado assassinado.

Mesmo hodiernamente - quando já não prevalecem as formas religiosas que impõem o culto aos parentes mortos -, a vingança não pode ser considerada como um simples ato de ódio, mas de cólera. O ódio é “*puro apetite de destruição*”, é “*pura negação*”, ao passo que a cólera “*visa recomposições positivas do si*” (GROS, 2001, p. 128). Quem odeia, odeia sem causa. O *hater* não se vinga; o *hater* apenas destrói,

aniquila. Noutra giro, o motor da vingança é a cólera, definida por Aristóteles como “*uma inclinação penosa para uma manifesta vingança de um desdém manifesto e injustificável de que nós mesmos ou nossos amigos fomos vítimas*” (ARISTÓTELES, 2019, posição 2007). A cólera impulsiona, portanto, a realização em público de um desagravo a uma manifestação pretérita de desprezo. “*A cólera é então pensada como o que reafirma, face a um acto de maldade, a dignidade social do ofendido*” (GROS, 2001, p. 125). Mas se a vingança é um ato de cólera, e não de ódio, então ela é “*necessária e apta a restaurar a imagem pública agredida*” (CARVALHO, 2011, p. 149).

Destarte, não se pode deixar de considerar que o crime reifica a vítima, rebaixa-a à condição de mera coisa. A vítima sempre se sente, em alguma medida, humilhada e reduzida em sua dignidade. A violência do crime (seja ela real ou simbólica) desconfigura a noção que a vítima tem de si. Nesse contexto a vingança exsurge como um mecanismo psíquico de reconfiguração de um Eu que outrora fora mutilado pelo crime: “*vingar-se é manifestar publicamente o seu poder e, por essa manifestação, recuperar uma estima de si inquietada*” (GROS, 2001, p. 127). A vingança restaura uma parcela da dignidade que a vítima perdeu com o crime, e é justamente nessa restauração que se encontra o sentido ético da vingança.

Sob essa ordem de ideias, Frédéric Gros define a vingança como uma *antipoiêsis*, ou seja, como uma reconstituição de si em face do Outro agressor. A vingança impede que a vítima transforme em auto-desprezo o desprezo que o agressor lhe dirigiu.

A vingança compreende-se como *antipoiêsis*, isto é, afirmação de poder de si e atribuição de valor em relação àquele que a põe em causa. Com efeito, o que um crime, uma injúria, uma ofensa, um delito despedaçam é para já a confiança na sua integridade, uma integridade dinâmica e vital. Ter-se tornado objeto de violências, sejam físicas ou verbais, faz perder a confiança em si, na sua capacidade de actuar e de viver segundo o seu próprio fundo. É necessário absolutamente reagir para já não ter de duvidar de si, para não ter de se desprezar. Porque sem vingança, sem resposta, o desprezo de que o ofensor fez provas ao atacar-nos parece então justificado e torna-se em desprezo de si mesmo. Não se vingue por crueldade mórbida, prazer suspeito ou cólera desenfreada, mas para reconquistar a estima de si, prevenir o desgosto de si mesmo (GROS, 2001, p. 127).

Se o crime transforma a vítima em objeto, é pela vingança que se reconquista a condição de pessoa. Nessa reconquista reside a dimensão ética, relacional, da vingança. É o que, com esteio em Frédérick Gros, afirma Thiago Fabres de Carvalho:



(...) a grande característica da vingança é a busca do si. Como forma de equilibrar uma relação posta em desigualdade por uma ofensa, não se vinga por crueldade ou prazer, mas pretende-se, além da restauração da imagem pública, a própria imagem do si para si: recuperar a confiança em si e a integridade ofendida; sem a qual a consequência só poderia ser uma, o desprezo próprio [...] A intenção não reside, pois, na humilhação do agressor ou na oposição de violência com violência, mas promove-lo-á em adversário para se recuperar a própria dignidade (CARVALHO, 2011, p. 150).

Tem-se, portanto, que o vingador se vinga para não desprezar a si mesmo, e talvez seja demasiado exigir de quem quer que seja o desprezo de si.

Mas se é correto o que afirmam René Girard e Antoine Garapon – isto é, que o processo penal realiza a vingança de forma ritualizada, permitindo que a cólera seja verbalizada e a violência administrada em doses “toleráveis” -, então é prudente que o processo penal subsista residualmente, para evitar que, nos casos em que os ânimos se encontrem extremamente exaltados, a violência exploda na forma de vingança de sangue.

Como lembra Antoine Garapon, a simbolização ritual do conflito, via processo, canaliza para o debate uma violência que de outro modo restaria incontida.

Esta violência contida no ritual, cujas imagens penetram com dificuldade na nossa consciência, cumpre talvez um papel compensatório. Essas vinganças terríveis, bocas de leões e lanças cortantes não só nos inspiram respeito como ainda nos liberam da nossa agressividade, restituindo-a sob uma forma ritualizada e eufêmica. Essas representações cruéis permitem que nós próprios não o sejamos, neutralizam a nossa violência oferecendo-nos o espectáculo aterrador, mas libertador, da crueldade. O rito realiza, com os menores custos para todos, o impulso do qual nos deve proteger. Essas imagens são testemunho do parentesco entre o processo e o sacrifício, posteriormente desenvolvido por René Girard; significam a presença oculta das Erínias que vinham vingar os mortos consanguíneos; vigiam de muito perto e recordam a lei antiga que está na base do pacto da nossa justiça (GARAPON, 1997, p.200).

Avançando para uma perspectiva pragmática, o abolicionismo afigura-se inviável por um motivo que em certo sentido humilha o ideal racionalista, haja vista atestar quão impotente e carente de imaginação pode ser o engenho humano: em pleno século XXI, a humanidade ainda não sabe o que fazer com assassinos, estupradores, terroristas, sequestradores, etc., senão trancafiá-los. Esse ponto é, inclusive, objeto de considerações por parte de abolicionistas de escol, como Ricardo Genelhú e Sebastian Scheerer:

Ainda não sabemos o que fazer com assassinos contumazes, com estupradores em série ou com pessoas extremamente violentas, cujo controle só é possível mediante prescrição e ingestão/aplicação fiscalizada de medicamentos. Mesmo que todos os cuidados para inseri-los na comunidade fossem tomados, isso não aconteceria sem que continuasse havendo um sério e pouco controlável oferecimento de risco à população. São casos isoladíssimos, mas eles são reais e, infelizmente, ainda nos deixam impotentes (GENELHÚ; SCHEERER, 2017, p. 293).

Assim, não se pode admitir que, sob o pretexto de solucionar os problemas sociais ocasionados pelo cárcere, crie-se um problema adicional, consistente na exposição dos cidadãos a condutas de pessoas comprovadamente violentas. Para esses casos excepcionais, a privação de liberdade deve subsistir como *ultima ratio*. *Ultima ratio* que, no entanto, deverá servir de lembrete da necessidade de se encontrar formas não mortificantes de se lidar com indivíduos violentos.

Em terceiro lugar, não se vislumbra a extinção do cárcere, no curto e médio prazo, em razão daquilo que a literatura criminológica convencionou chamar de *economia política dos castigos*, isto é, a constatação de que “*todo sistema de produção descobre o sistema de punição que corresponde às suas relações produtivas*” (CIRINO DOS SANTOS, 2019, p. 156), de modo tal que o controle das situações problemáticas por meio do cárcere encontra-se enraizado “*nos fundamentos econômicos e políticos das sociedades contemporâneas*” (CIRINO DOS SANTOS, 2019, p. 156) – a saber, do mercantilismo ao capitalismo liberal, e deste para o neoliberalismo, com um breve interstício *welfariano*.

A imbricação entre punição e sistema de produção foi pioneiramente desvelada, em 1939, por Georg Rusche e Otto Kirchheimer, com a publicação de *Punição e estrutura social* - livro que logo de início já anuncia a que veio, ao denunciar que “*os diferentes sistemas penais e suas variações estão intimamente relacionados às fases do desenvolvimento econômico*” (RUSCHE; KIRCHHEIMER, 2004, p. 23).

Rusche e Kirchheimer narram que a partir do século XVI, na Europa, os castigos corporais do medievo foram gradativamente substituídos por condenações a trabalhos forçados, a exemplo das galés, do serviço militar e do desterro nas colônias. Essa mudança na forma de punir atendia a uma demanda da economia, então carente de mão-de-obra em um momento de declínio demográfico no continente europeu (RUSCHE; KIRCHHEIMER, 2004).<sup>184</sup>

---

<sup>184</sup> “Os métodos de punição começaram a sofrer uma mudança gradual e profunda em fins do século XVI. A possibilidade de explorar o trabalho de prisioneiros passou a receber crescentemente mais atenção, com a adoção da escravidão nas galés, deportação, e servidão penal através de trabalhos

Em paralelo surgiram - inicialmente em Londres e Amsterdã, mas já no século XVII em praticamente toda a Europa ocidental -, as casas de correção e/ou trabalho, que visavam disciplinar para o trabalho manufatureiro, via internação compulsória, os camponeses afetados pelos cercamentos, que afluíam para as cidades aos bandos. Se por um lado o campesinato expulso das terras comunais inflava, com intensidade crescente, o número de mendigos, prostitutas, vagabundos e ladrões que perambulavam pelos centros urbanos; por outro lado ele também se mostrava refratário ao trabalho remunerado nas nascentes manufaturas, que sofriam com o déficit de mão-de-obra que caracterizou a economia europeia dos séculos XVI e XVII. Não tardou para que as autoridades urbanas tivessem a ideia de trancafiar esse precioso excedente populacional – oriundo do campo, e por isso acostumado com o trabalho sazonal agrícola, mas não com a faina manufatureira diária -, em locais onde o regime de trabalho assalariado lhes pudesse ser inculcado (RUSCHE; KIRCHHEIMER, 2004).<sup>185</sup>

---

*forçados; as duas primeiras por um certo tempo, a terceira como precursora hesitante de uma instituição que tem permanecido até o presente. Algumas vezes elas apareceram simultaneamente com o sistema tradicional de fianças e penas capital e corporal; em outras, tenderam a substituí-lo. Essas mudanças não resultaram de considerações humanitárias, mas de um certo desenvolvimento econômico que revelava o valor potencial de uma massa de material humano completamente à disposição das autoridades” (RUSCHE; KIRCHHEIMER, 2004, p. 43).*

<sup>185</sup> *“Nos séculos XVII e XVIII, sabia-se bem pouco sobre esta concepção. A política para a pobreza era esporádica e a política criminal tinha um caráter repressivo e imediatista. A política institucional para as casas de correção neste tipo de sociedade não era o resultado de amor fraterno ou de um senso oficial de obrigação para com os desvalidos. Era, outrossim, parte do desenvolvimento do capitalismo. Hallema, o historiador do sistema carcerário holandês, está certo, portanto, quando diz que as casas de correção eram preliminarmente manufaturas, viabilizando a produção de bens a baixos custos, através de mão-de-obra barata. É provável, então, que elas estivessem afeitas a interesses materiais, sendo esta a intenção de seus fundadores.*

*É igualmente certo que as casas de correção eram extremamente valiosas para a economia nacional como um todo. Seus baixos salários e o treinamento de trabalhadores não qualificados eram fatores importantes no crescimento da produção capitalista. Escritores contemporâneos e historiadores econômicos concordam neste ponto. Na descrição de Döpler, por exemplo, é dispensada grande atenção ao enriquecimento da economia nacional propiciado por este trabalho de reabilitação. Vantagens morais e materiais da prisão ‘moderna’, segundo ele, advêm do fato de os internos terem sido reconduzidos da perversidade para a piedade, do vício para a virtude, da estrada da destruição para o caminho direto da salvação, da apatia que torna os homens estúpidos e preguiçosos para o trabalho que seria útil a eles próprios e à sociedade. Quando eles forem enfim reformados, saberão ganhar o pão, e é vantajoso para o Estado que os ociosos e os vagabundos que não trabalhariam ou se sustentariam não se convertam em uma carga para os trabalhadores produtivos, mas que sejam estimulados para o trabalho contra seu desejo, através do açoitamento ou outro meio qualquer. Finalmente, Döpler ressalta que o trabalho dos internos na produção de bens úteis pagaria o investimento inicial. Estudiosos modernos da história econômica têm enfatizado o papel econômico das casas de correção. Kulischer afirma que, como os orfanatos, elas deveriam ser escolas de comércio e incubadoras para a indústria, espalhando toda sorte de coisas úteis pelo país afora. Ele argumenta que as indústrias que começaram nas casas de trabalho forçado eram vistas como uma contribuição para a industrialização do país”. (RUSCHE; KIRCHHEIMER, 2004, p. 80/81).*

Rusche e Kirchheimer acrescentam que na passagem da manufatura para a produção fabril (a partir do século XVIII), a situação econômico-demográfica era substancialmente outra: havia um excedente populacional que o mercado de trabalho não conseguia absorver, uma vez que a maquinaria da Revolução Industrial tornava as fábricas progressivamente mais produtivas e menos dependentes de mão de obra em larga escala. Como consequência dessas transformações nas relações de produção, já não era mais necessário disciplinar e preparar uma mão de obra indócil para o trabalho fabril. Pelo contrário, a escassez de trabalho tornava os trabalhadores – agora plenamente acostumados ao ritmo do trabalho assalariado diário -, predispostos a aceitar o que lhes era oferecido pelo patrão, por mais penosa que fosse a lida e aviltante a remuneração (RUSCHE; KIRCHHEIMER, 2004).<sup>186</sup>

Nesse novo contexto produtivo, o cárcere deixou de desempenhar a função de disciplinar e preparar a mão-de-obra de obra para o trabalho assalariado, convertendo-se em mera instituição de degradação das condições materiais de vida dos internos. Reduzir tanto quanto possível o conforto, o bem-estar e as condições de saúde e alimentação do detento, como forma de constranger (ainda mais) a classe trabalhadora a aceitar as condições degradantes de trabalho que lhe eram oferecidas, passou a ser o paradigma (*less eligibility*) que norteou – e ainda norteia -, a gestão do cárcere em todo o período que sucedeu a Revolução Industrial. A ideia subjacente era

---

<sup>186</sup> “A casa de correção surgiu em uma situação social na qual as condições do mercado de trabalho eram favoráveis para as classes subalternas. Porém, essa situação mudou. A demanda por trabalhadores fora satisfeita, e, eventualmente, produziu-se um excedente. A população da Inglaterra atingiu a casa de 1 milhão na primeira metade do século XVIII [Consta da edição da obra utilizada a menção ao século XVIII. Trata-se, porém, de claro erro de digitação, tradução ou impressão, eis que a subsequente referência aos setecentos, a fim de ilustrar o progressivo incremento demográfico, só pode indicar que os autores se referiam ao século XVII], crescendo para 3 milhões na segunda metade. Estava em 5,1 milhões em 1720, em 6 milhões em 1750 e em 9,18 em 1801. Entre 1781 e 1800, a taxa de crescimento estava entre 9 e 11 por cento, e entre 1801 e 1820, entre 14 e 18 por cento. A população da França era de 19 milhões em 1707, 24 milhões em 1770 e 26 milhões em 1789. O que as classes dirigentes estavam procurando por mais de um século era agora um fato consumado – uma superpopulação relativa. Os donos de fábrica não mais necessitavam laçar homens. Pelo contrário, os trabalhadores tinham que sair à procura de emprego (...)

A introdução de máquinas a vapor naquele momento estava destinada a produzir efeitos catastróficos. Começou pela indústria têxtil. O tear doméstico (*home spinning*), que costumava ocupar distritos inteiros, era incapaz de satisfazer a demanda por fios da indústria têxtil. A introdução de teares mecânicos incrementou a produção por trabalhador empregado num tal grau que tornou possível desenvolver a indústria têxtil de forma a atingir as necessidades de todos os mercados possíveis sem depender da fiação manual. A consequência foi que a tecelagem deixou de ser uma das subsidiárias da indústria doméstica com a qual o povo pobre inglês se arranjava para completar os ganhos insuficientes do trabalho no campo. Toda a tecelagem era agora feita em fábricas, e os homens frequentemente viram-se impossibilitados de competir com as mulheres e as crianças. O mesmo processo de industrialização gradualmente espalhou-se das tecelagens de algodão para outros tipos de empresa. Mais e mais as pessoas foram atiradas fora do trabalho, aumentando o desemprego industrial” (RUSCHE; KIRCHHEIMER, 2004, p. 125/126).

– e ainda é -, “*que não poderia haver alguém tão pobre e miserável que não tivesse medo e vergonha capaz de, em última instância, forçá-lo a fazer o possível e o impossível para ficar fora dos muros da prisão*” (RUSCHE; KIRCHHEIMER, 2004, p. 160).

No auge da *less eligibility* - que se deu por volta da primeira metade do século XIX -, a necessidade de tornar o (desgastante e mal remunerado) trabalho fabril atraente se fez tão premente que o trabalho do interno se deteriorou a ponto de não se distinguir da tortura. “*Ocupações de caráter puramente punitivo eram feitas o mais cansativamente possível e eram esticadas por horas intermináveis*” (RUSCHE; KIRCHHEIMER, 2004, p. 158/159). À guisa de exemplo, Rusche e Kirchheimer relatam que “*os prisioneiros carregavam pedras pesadas de um lugar para outro e, então, traziam-nas de volta; cavavam poços de onde a água refluía de volta para a fonte, ou moviam moinhos sem função alguma*” (RUSCHE; KIRCHHEIMER, 2004, p.159).

Em que pese o pioneirismo com que Georg Rusch e Otto Kirchheimer expuseram os vínculos entre cárcere e produção manufatureiro-mercantilista e fabril-capitalista, ainda em 1939, fato é que a obra desses dois autores permaneceu praticamente desconhecida – pelo menos entre os estudiosos dedicados às ciências criminais -, até meados da década de 1970, quando só então as análises sobre a economia política dos castigos foram retomadas por Dario Melossi e Massimo Pavarini, na Itália, e por Michel Foucault, na França.

Melossi e Pavarini sustentam, na esteira de Rusche e Kirchheimer, que “*todo o sistema de controle se fundamenta sobre relações de produção*” (MELOSSI; PAVARINI, 2010, p. 27). Os autores italianos também situam a origem da instituição carcerária na preparação para o trabalho manufatureiro e assalariado levado a cabo pelas casas de correção e/ou trabalho, e afirmam:

(...) assegurar a supressão de um sem número de impulsos e de disposições produtivas para valorizar apenas aquela parte infinitesimal do indivíduo que é útil ao processo de trabalho capitalista é a função confiada pelos bons burgueses calvinista do século XVII à casa de trabalho. Essa função será mais tarde atribuída à instituição carcerária (MELOSSI; PAVARINI; 2010, p. 47).

Sobre os efeitos carcerários da passagem do mercantilismo manufatureiro (caracterizado pela carência de mão de obra) para o capitalismo fabril (caracterizado

pelo excedente de mão-de-obra), Melossi e Pavarini explicam que sob o regime de *less eligibility*, a partir do século XVIII, a razão de ser do confinamento nas casas de trabalho passa a ser o de

(...) forçar o pobre a se oferecer a qualquer um que se dispusesse a dar-lhe trabalho, nas condições que fossem. Para isso, era necessário que a vida na casa de trabalho oferecesse, sob qualquer aspecto, a começar, obviamente pelo padrão de vida, menos do que o trabalhador livre do mais baixo estrato social pudesse obter (MELOSSI; PAVARINI; 2010, p. 66).

Os autores salientam ainda que “*o trabalho ali desenvolvido é, em geral, inútil, insignificante, pensado muito mais em função das exigências da disciplina e da domesticação do que em termos de rendimento produtivo*” (MELOSSI; PAVARINI; 2010, p. 67).

Rusche e Kirchheimer foram parcimoniosos na análise do nascimento da penitenciária moderna - na virada do século XVIII para o XIX, nos recém libertos Estados Unidos -, ao passo que Melossi e Pavarini dissecaram o assunto, conectando-o à economia política dos castigos. Segundo os autores, o sistema filadélfico de confinamento solitário – no qual o trabalho do preso se limitava ao que podia ser feito no isolamento de sua cela individual -, logo teve de ser abandonado em razão de seus elevados custos e de ser incompatível com o emergente trabalho industrial. Tratava-se, outrossim, de um arranjo institucional que “*por meio da imposição de um trabalho anti-econômico, deseducava os presos, reduzindo sua capacidade de trabalho original*” (MELOSSI; PAVARINI; 2010, p. 190) e que “*não educava os presos nas habilidades e capacidades profissionais que eram requeridas do operário moderno*” (MELOSSI; PAVARINI; 2010, p. 190). Acentuam os autores que

(...) obrigar os internos a dedicarem-se a atividades laboriosas nas próprias celas era ainda um obstáculo insuperável à possibilidade de introduzir a organização manufatureira, isto é, máquinas e *commom work* (MELOSSI; PAVARINI; 2010, p. 190).

Fez-se premente, portanto, o delineamento de um novo sistema de reclusão que permitisse a “*introdução de um tipo de trabalho de estrutura análoga àquela então dominante na fábrica*” (MELOSSI; PAVARINI; 2010, p. 191). Esse novo sistema era o alburniano, no qual o detendo se dedicava ao trabalho coletivo durante o dia – em regime de absoluto silêncio -, e no período noturno se recolhia para sua cela individual. “*O silent system colocava-se assim como o modelo da ‘pedagogia penitenciária’ para*

o *cárcere industrializado, para um cárcere-fábrica*” (MELOSSI; PAVARINI; 2010, p. 201).

É, porém, curial perceber que o cárcere do sistema alburniano constituiu-se como fábrica não porque fosse lucrativo<sup>187</sup>, mas porque fabricava trabalhadores. O cárcere transformou-se em uma linha de produção de trabalhadores:

(...) o cárcere perseguiu com sucesso, pelo menos na sua origem histórica, uma finalidade – se quisermos, ‘atípica’ – da produção (leia-se, transformação em outra coisa de maior utilidade): a transformação do criminoso em proletário. O objeto desta produção não foram tanto as mercadorias quanto os homens. Daí a dimensão real da ‘invenção penitenciária’: o ‘cárcere como máquina’ capaz de transformar – depois de atenta observação do fenômeno desviante (leia-se, o cárcere como lugar privilegiado da observação criminal) – o criminoso violento, agitado, impulsivo (sujeito real) em detido (sujeito ideal), em sujeito disciplinado, em sujeito mecânico. Em síntese, uma função não apenas ideológica, mas também atipicamente econômica. Em outras palavras, a produção de sujeitos para uma sociedade industrial, isto é, a produção de proletários a partir de presos forçados a aprender a disciplina da fábrica (MELOSSI; PAVARINI, 2010, p. 211).

Na mesma época em que Dario Melossi e Massimo Pavarini lançaram seu *Cárcere e fábrica*, na Itália, Michel Foucault havia publicado, na França, *Vigiar e punir* - livro que também retomou as análises de Georg Rusche e Otto Kirchheimer sobre a economia política dos castigos. Em síntese, Foucault sustenta que a prisão surgiu para docilizar e tornar úteis os corpos, para realizar uma “*transformação técnica dos indivíduos*” (FOUCAULT, 2014, p. 225). Diz o autor:

(...) o trabalho penal deve ser concebido como sendo por si mesmo uma maquinaria que transforma o prisioneiro violento, agitado, irrefletido em uma peça que desempenha seu papel com perfeita regularidade. A prisão não é uma oficina; ela é, ela tem que ser em si mesma uma máquina de que os detentos operários são ao mesmo tempo as engrenagens e os produtos (FOUCAULT, 2014, p. 235).

Massimo Pavarini explica que com a consolidação do Estado social, a partir do fim da Segunda Guerra Mundial, as características da economia política dos castigos se alteram. O sistema penal já não precisava mais disciplinar para o trabalho – haja vista que a disciplina operária já fora plenamente assimilada -, mas ressocializar. Para

---

<sup>187</sup> “Como vimos, ainda que, historicamente, se tenha tentado fazer do trabalho carcerário um trabalho produtivo, na prática esta vontade foi quase sempre frustrada: do ponto de vista econômico, o cárcere mal conseguiu chegar a ser uma ‘empresa marginal’. Como atividade econômica, portanto, a hipótese penitenciária nunca foi útil e, nesse sentido, não seria correto falar do cárcere como manufatura ou do cárcere como fábrica (de mercadorias)” (MELOSSI; PAVARINI, 2010, p. 211).

tanto, apostou-se na substituição da pena privativa de liberdade por medidas não carcerárias, a exemplo das penas alternativas e da suspensão das penas.

A partir da metade do século passado, a reforma penal orienta-se, no mundo ocidental, para o horizonte do desencarceramento, como a um destino necessário e desejável. Diversão processual, penas substitutivas e medidas alternativas marcam o percurso reformista e progressivo de liberação da necessidade do cárcere. O objetivo da integração social do condenado não necessita mais de práticas correccionais em cárcere, mas da direta tomada pelo encargo do desviante na *community*, no social. A penalidade em liberdade ganha-se por avaliações de confiabilidade situacional. É a nova penalidade para aqueles que podem ser tomados em encargo pelo social, porque mais ricos, ou melhor, menos pobres do que outros, de 'capital social'. A socialização da marginalidade no Estado Social solidifica-se agora sobre o imperativo do *to care*, do assumir encargo da problematidade social em termos, agora, só ou predominantemente assistenciais (PAVARINI, 2019, p. 13).

Pavarini sustenta, porém, que o ideal ressocializador do Estado social não foi longo – como também não foi longo o próprio Estado social -, e logo cedeu lugar a uma economia política de encarceramento em massa visando gerir pela prisão os excedentes populacionais não inseridos na economia de mercado neoliberal.

A terceira fase dessa história 'ideal', no sentido weberiano, é aquela do presente. Esta é marcada pela passagem da retórica e da práxis do *welfare*, para aquelas cruéis, mas realisticamente definidas de *prison-fare*. O crescimento da 'multidão' dos excluídos – tanto do mercado de trabalho garantido, quanto do banquete assistencial oferecido por um sempre mais pobre capital social – torna, politicamente, sempre mais irrealista o projeto de uma ordem social por meio da inclusão. É a época do declínio miserável da ideologia reeducativa e da emergência, e conseqüente triunfo das políticas de controle social que se fundam sobre a crença na práxis de neutralização seletiva, inteiramente coerentes com a linguagem da guerra ao inimigo interno (PAVARINI, 2019, p. 13).

Sob o neoliberalismo a persecução penal deve neutralizar seletivamente as parcelas perigosas da população que não conseguem inserção na economia de mercado, em uma lógica de gestão atuarial da miséria (WACQUANT, 2011; PAVARINI, 2019).

Hoje se descobre – ou redescobre, porque em outras épocas o sistema penal já foi hegemonizado por lógicas de tipo malthusianas, mesmo que confiantemente vividas, como contingências econômicas destinadas a serem depressa superadas – que o cárcere pode 'funcionar' contra a criminalidade, acentuando os processos de exclusão social: o cárcere e o sistema penal, no seu conjunto, podem ser úteis no governo da criminalidade e da reincidência se e enquanto são postos em condição de seleção e, portanto, de neutralizar aqueles que o sistema social, de qualquer modo, não está em condição, ou



considera não estar em condição, de incluir. A finalidade da 'neutralização seletiva' nasce no interior de uma cultura tecnocrática e administrativa da penalidade: esta interpreta a justiça penal como sistema que persegue objetivos de eficiência, como, por exemplo, a diferenciação da resposta por níveis de periculosidade e implementação de estratégias de controle sobre os grupos sociais. A retórica que emerge é aquela do cálculo probabilístico e de distribuição estatística aplicada no confronto das populações que criam problemas sociais (PAVARINI, 2019, p. 14).

Pode-se afirmar, então, que no neoliberalismo a mão invisível do mercado se veste com a luva de aço da persecução penal (WACQUANT, 2011) para neutralizar seletivamente os pobres e indesejáveis. As prisões se convertem, assim, em meros depósitos de indivíduos cujos corpos já não têm valor econômico (PASTANA, 2019).

Constatada a relação umbilical entre modo de produção e castigos – para ser mais claro, a funcionalidade das penas privativas de liberdade às economias de mercado -, não se vislumbra a abolição do cárcere sem que antes ou concomitantemente ocorra a ultrapassagem ou radical modificação do capitalismo, o que parece difícil de se conceber nos horizontes econômico, político e social imediatos.

Por fim, tem-se um óbice jurídico-constitucional, consistente na presença de um resquício sacrificial e punitivo na Constituição Federal de 1988:

*(...) a análise conjunta das disposições de caráter penal na Constituição de 1988 mostra o encontro de duas vertentes: a primeira traz direitos e garantias individuais em face do exercício do jus puniendi estatal; a segunda, reforça esse mesmo jus puniendi diante de alguns bens jurídicos que elege". (GONÇALVES, 2007, p. 71)*

Por mais que seja muito questionável a noção de que em um regime democrático o Estado seja titular de um direito à punição, pretensamente assimilável à ideia de direito subjetivo ou mesmo de direito fundamental, o excerto transcrito acima é útil porque evidencia a natureza bifronte da Constituição em matéria de persecução penal, admitindo a desfiguração pelo processo e a mortificação pela pena ao mesmo tempo em que assegura ao cidadão alguns direitos e garantias em face das agências penais.

A Constituição está coalhada de referências à privação de liberdade como forma de se lidar com eventos criminalizáveis, a exemplo do artigo 5º, incisos XXXIX, XLII, XLIII, XLIV XLV, XLVI, XLVII, XLVIII, XLIX, L, LIV, LXI, LXII, LXIII, LXIV, LXV e

LXVI.<sup>188</sup> Como os direitos e garantias individuais previstos no artigo 5º são cláusulas pétreas – nos termos do artigo 60, § 4º, IV, também da Constituição -, a eliminação do sistema penal demandaria uma nova Constituição, o que pressupõe convulsões sociais e rupturas institucionais de gravíssima monta, que não se vislumbram no contexto político atual.

Goste-se ou não, fato é que a comunidade política brasileira, reunida em Assembleia Nacional Constituinte, optou por fazer frente aos eventos criminalizáveis mediante a imposição de penas privativas de liberdade. A prisão é um comando constitucional paradoxalmente jurado junto com o projeto constitucional de construção de um fraterno Estado Democrático de Direito. Dessa forma, a gradual desativação das prisões enquanto caminho indispensável à realização do ideal constitucional fraterno tem que reconhecer os resquícios sacrificiais dos quais a Constituição ainda não conseguiu se livrar, razão pela qual uma teologia processual penal cristã/evangélica/abolicionista é uma empreitada por ora juridicamente inviável.

Por outro lado, nada impede que os evangélicos e suas entidades representativas – mormente a Frente Parlamentar Evangélica e a Associação Nacional dos Juristas Evangélicos -, se juntem a todos aqueles que, motivados por razões seculares, a exemplo do subscritor da tese, buscam mitigar as dores impostas

---

<sup>188</sup> Constituição Federal: “Art. 5º (...) XXXIX – não há crime sem lei anterior que o defina, nem pena sem prévia cominação legal; (...) XLII – a prática do racismo constitui crime inafiançável e imprescritível, sujeito à pena de reclusão, nos termos da lei; XLIII – a lei considerará crimes inafiançáveis e insuscetíveis de graça ou anistia a prática da tortura, o tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins, o terrorismo e os definidos como crimes hediondos, por eles respondendo os mandantes, os executores e os que, podendo evitá-los, se omitirem; XLIV – constitui crime inafiançável e imprescritível a ação de grupos armados, civis ou militares, contra a ordem constitucional e o Estado Democrático; XLV – nenhuma pena passará da pessoa do condenado, podendo a obrigação de reparar o dano e a decretação do perdimento de bens ser, nos termos da lei, estendidas aos sucessores e contra eles executadas, até o limite do valor do patrimônio transferido; XLVI – a lei regulará a individualização da pena e adotará, entre outras, as seguintes: a) privação ou restrição de liberdade; b) perda de bens; c) multa; d) prestação social alternativa; e) suspensão ou interdição de direitos; XLVII – não haverá penas: a) de morte, salvo em caso de guerra declarada, nos termos do art. 84, XIX; b) de caráter perpétuo; c) de trabalhos forçados; d) de banimento; e) cuéis; XLVIII – a pena será cumprida em estabelecimentos distintos, de acordo com a natureza do delito, a idade e o sexo do apenado; XLIX – é assegurado aos presos o respeito à integridade física e moral; L – às presidiárias serão asseguradas condições para que possam permanecer com seus filhos durante o período de amamentação; (...) LIV – ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal; (...) LXI – ninguém será preso senão em flagrante delito ou por ordem escrita e fundamentada de autoridade judiciária competente, salvo nos casos de transgressão militar ou crime propriamente militar, definidos em lei; LXII – a prisão de qualquer pessoa e o local onde se encontre serão comunicados imediatamente ao juiz competente e à família do preso ou à pessoa por ele indicada; LXIII – o preso será informado de seus direitos, entre os quais o de permanecer calado, sendo-lhe assegurada a assistência da família e de advogado; LXIV – o preso tem direito à identificação dos responsáveis por sua prisão ou por seu interrogatório policial; LXV – a prisão ilegal será imediatamente relaxada pela autoridade judiciária; LXVI – ninguém será levado à prisão ou nela mantido, quando a lei admitir a liberdade provisória, com ou sem fiança”. (BRASIL, 1988, p. 34/35).

pelo sistema penal. Longe disso, o que se mostra incoerente, à luz dos Evangelhos, é a irrefletida adesão a discursos e projetos de leis expansionistas, que pretendem converter o Direito Penal em *prima ratio* do controle social.

Em todo caso, constatada a magnitude dos óbices a uma teologia processual penal abolicionista – (i) dimensão filosófico-antropológica da vingança; (ii) desconhecimento de outras formas de lidar com criminosos violentos; (iii) existência de uma economia política das penas; e (iv) status constitucional da alternativa punitivo-sacrificial -, o que não se pode tolerar é a inércia. Se o abolicionismo penal ainda não é uma solução exequível, todos os esforços hão de se concentrar na mitigação dos efeitos deletérios do sistema penal, em uma perspectiva de redução de danos que tem a dor como eixo central de eleição de possíveis estratégias de ação.

## 5.2 Minimalismo penal e justiça restaurativa

Conforme visto no início deste capítulo, Nils Christie é um crítico inclemente da imposição intencional de dor por meio da pena de prisão. Consoante o autor, essa imposição de dor é viabilizada por um corpo de profissionais do Estado que administram conflitos de maneira centralizada e burocrática. No limite, a burocratização e a divisão de tarefas é uma técnica de imunização dos agentes do sistema penal, que se vêm desobrigados de lidar com a dor infligida pelo sistema.<sup>189</sup>

Mas, ao contrário de Louk Hulsman, Nils Christie não prescreve a extinção completa do sistema penal, razão pela qual afigura-se mais correto qualifica-lo como um teórico do minimalismo penal, e não exatamente do abolicionismo penal. Isso porque Christie admite que em casos excepcionais não há o que fazer, a não ser privar o agressor do convívio social. Em todo caso, Christie é peremptório: na dúvida, não se deve punir; punindo-se, há que se fazê-lo da maneira menos dolorosa possível (CHRISTIE, 1977, 2011, 2018).

A crítica que Christie faz do sistema penal é muito semelhante à de Louk Hulsman: parte do confisco dos conflitos pelo Estado.

O elemento-chave em um caso penal é que o procedimento é convertido de algo entre partes concretas para um conflito entre uma das partes e o estado.

---

<sup>189</sup> “Nós sobrevivemos transformando o trabalho em rotina, envolvendo-nos com apenas pequenos pedaços da totalidade por vez, distanciando-nos do cliente, particularmente de sua própria vivência” (CHRISTIE, 2018, p. 27).

Então, em julgamento criminal moderno, duas coisas importantes acontecem. Primeiro, as partes são representadas. Segundo, a parte que é representada pelo estado, chamada de vítima, é tão completamente representada que ela ou ele, na maior parte dos atos, são completamente empurrados para fora da arena, reduzidos à condição de meros gatilhos do acontecimento. Ela ou ele são uma espécie de perdedores em dobro: primeiro, *vis-à-vis* o ofensor, e depois de uma maneira mais alienante, ao lhe serem negados os direitos de participação no que deveria ter sido um dos mais importantes encontros rituais de suas vidas. A vítima perdeu o seu caso para o estado (CHRISTIE, 1977, p. 3)<sup>190</sup>.

A bem da verdade, Christie considera que as pessoas envolvidas no processo penal são ladrões profissionais (CHRISTIE, 1977). Por óbvio, o objeto material desse “crime” são os conflitos - retirados, pelo Estado, da esfera de decisão das partes. Mas se por um lado o cerne das críticas de Christie recai sobre a usurpação estatal dos conflitos, por outro lado os advogados tampouco são poupados:

(...) advogados são particularmente bons em roubar conflitos. Eles são treinados para isso. Eles são treinados para prevenir e resolver conflitos. Eles são socializados em uma subcultura com um grau surpreendentemente alto de consenso em relação à interpretação de normas, bem como em relação a que tipo de informação pode ser aceita como relevante em cada caso. Muitos de nós já experimentamos, como leigos, tristes momentos em que nossos advogados nos dizem que nossos melhores argumentos em nossa briga com o vizinho não possuem nenhuma relevância jurídica e que, pelo amor de Deus, não devemos mencioná-los em juízo (CHRISTIE, 1977, p. 4).<sup>191</sup>

Aqui faz-se necessário abrir um parêntesis na exposição do pensamento de Christie para giz a coerência do enfoque minimalista – calcado na ênfase dada ao recalque da vítima -, com o propósito metodológico da tese, que é escovar o processo penal a contrapelo. Se neste desiderato procedeu-se, no capítulo anterior, a uma abordagem do processo penal desde a perspectiva do acusado, neste capítulo a ênfase recairá sobre a vítima, que, nos dizeres de Christie, ingressa no processo penal

---

<sup>190</sup> “*The key element in a criminal proceeding is that the proceeding is converted from something between the concrete parties into a conflict between one of the parties and the state. So, in a modern criminal trial, two important things have happened. First, the parties are being represented. Secondly, the one party that is represented by the state, namely the victim, is so thoroughly represented that she or he for most of the proceedings is pushed completely out of the arena, reduced to the triggerer-off of the whole thing. She or he is a sort of double loser; first, vis-à-vis the offender, but secondly and often in a more crippling manner by being denied rights to full participation in what might have been one of the more important ritual encounters in life. The victim has lost the case to the state*” (CHRISTIE, 1977, p. 3).

<sup>191</sup> “*Lawyers are particularly good at stealing conflicts. They are trained for it. They are trained to prevent and solve conflicts. They are socialised into a sub-culture with a surprisingly high agreement concerning interpretation of norms, and regarding what sort of information can be accepted as relevant in each case. Many among us have, as laymen, experienced the sad moments of truth when our lawyers tell us that our best arguments in our fight against our neighbour are without any legal relevance whatsoever and that we for God’s sake ought to keep quiet about them in court*” (CHRISTIE, 1977, p. 5).

como um “*perdedor em dobro*”, eis que agredida pelo ofensor tão somente para ser novamente agredida logo mais, pelo Estado, quando este retira o conflito de suas mãos. Veja-se, a esse respeito, a incisiva constatação do autor:

(...) a vítima está tão por fora do caso que ela não tem a chance de vir a conhecer o ofensor. Nós a deixamos de fora, com raiva, talvez humilhada por uma inquirição em juízo, sem qualquer contato humano com o ofensor. A vítima não tem alternativa. Ela se valerá de todos os estereótipos clássicos sobre ‘o criminoso’ para formar uma ideia da dimensão da coisa toda. Ela tem necessidade de compreender, mas é, porém, [tratada como] uma não-pessoa em um enredo Kafkiano. Obviamente, ela irá embora mais assustada do que nunca, ela vai se valer, mais do que nunca, de uma explicação dos criminosos como não-humanos (CHRISTIE, 1977, p. 8).<sup>192</sup>

Dito isso, a proposta minimalista de Christie, como é fácil imaginar, coincide com a de Louk Hulsman em seus pontos fundamentais, e consiste basicamente em devolver o conflito aos envolvidos (CHRISTIE, 1977, 2011, 2018).

Diante da constatação de que aqueles que lidam com os conflitos são pessoas desconhecidas das partes (juizes, promotores, advogados etc.), Christie opõe ao modelo tradicional de justiça criminal uma forma diversa de trabalhar os conflitos, com estrutura descentralizada e cujos protagonistas não seriam terceiras pessoas – ou profissionais da administração de conflitos – mas as próprias partes (direta ou indiretamente) envolvidas no conflito. Elas mesmas deveriam buscar as soluções possíveis para os problemas em que estiverem envolvidas, com o objetivo de buscar reparar o dano causado àqueles que se sentiram, de uma forma ou de outra, afetados pela situação (ACHUTTI, 2016, posição 1599).

Na visão de Nils Christie, o conflito é um bem de extremo valor, e por isso não pode ser desperdiçado e nem entregue ao Estado. Esse valor reside no potencial que o conflito tem de ensinar os cidadãos a lidarem com seus próprios problemas. Nas palavras do autor, “*os conflitos têm potencial para a atividade, para a participação*” (CHRISTIE, 1977, p. 7).<sup>193</sup> Assim, é manejando os próprios conflitos que as pessoas adquirem autonomia diante do Estado.

D’outra banda, a expropriação do conflito é uma perda de “*oportunidades de clarificação normativa. É uma perda de possibilidades pedagógicas. É uma perda de*

---

<sup>192</sup> “*The victim is so totally out of the case that he has no chance, ever, to come to know the ofender. We leave him outside, angry, maybe humiliated through a cross-examination in court, without any human contact with the ofender. He has no alternative. He will need all the classical stereotypes around ‘the criminal’ to get a grasp on the whole thing. He has a need for understanding, but is instead a non-person in a Kafka play. Of course, he will go away more frightened than ever, more in need than ever of an explanation of criminals as non-human*” (CHRISTIE, 1977, p. 8).

<sup>193</sup> “*In this perspective, it will easily be seen that conflicts represent a potential for activity, for participation*” (CHRISTIE, 1977, p. 7).

*oportunidades para uma contínua discussão sobre o que representa a lei do país*” (CHRISTIE, 1977, p. 8)<sup>194</sup>.

Já em 1977, quando publicou o artigo “*Conflict as property*”, Christie pensava em um modelo de justiça comunitária orientada ao empoderamento das vítimas, que assumiriam o protagonismo em seus próprios conflitos. No modelo proposto por Christie, os conflitos seriam resolvidos mediante intensa participação dos diretamente envolvidos e perante tribunais populares compostos majoritariamente por leigos. Na primeira fase do processo perante esses tribunais, seria averiguada a plausibilidade dos fatos afirmados pela vítima, a fim de se evitar acusações infundadas<sup>195</sup>. Na segunda fase, a própria vítima descreveria completamente os danos que lhe foram causados e as formas como esses danos poderiam ser reparados<sup>196</sup>. Na terceira fase o tribunal comunitário avaliaria a necessidade de infligência de alguma punição ao ofensor. A punição, todavia, não seria uma necessidade imperativa, sendo possível que o tribunal comunitário deliberasse que os atos restaurativos da fase anterior já constituiriam reparação suficiente<sup>197</sup>. Por fim, na quarta fase proceder-se-ia à análise da situação pessoal e social do ofensor, para que suas necessidades fossem conhecidas e consideradas.<sup>198</sup>

---

<sup>194</sup> “*This loss is first and foremost a loss in opportunities for norm-clarification. It is a loss of pedagogical possibilities. It is a loss of opportunities for a continuous discussion of what represents the law of the land*” (CHRISTIE, 1977, p. 8).

<sup>195</sup> “*A primeira fase teria um viés tradicional, no qual se estabelece se uma lei de fato foi violada e se foi aquela pessoa em particular quem a violou*” (CHRISTIE, 1977, p. 10). “*The first stage will be a traditional one where it is established whether it is true that the law has been broken, and whether it was this particular person who broke it*” (CHRISTIE, 1977, p. 10).

<sup>196</sup> “*Essa seria a fase na qual a situação da vítima seria considerada, na qual cada detalhe em relação ao que aconteceu – legalmente relevante ou não – seria objeto de atenção do tribunal. Particularmente importante aqui seria uma consideração detalhada sobre o que pode ser feito à vítima, primeiro e principalmente pelo ofensor, segundo pela comunidade local, e, terceiro, pelo Estado*” (CHRISTIE, 1977, p. 10) “*That would be the stage where the victim’s situation was considered, where every detail regarding what had happened – legally relevant or not – was brought to the court’s attention. Particularly importante here would be detailed consideration regarding what could be done for him, first and foremost by the ofender, secondly by the local neighbourhood, thirdly by the state*” (CHRISTIE, 1977, p. 10).

<sup>197</sup> “*Apenas quando a [segunda] fase estiver concluída, o que pode levar horas ou dias, apenas então é que terá chegado o momento de uma eventual decisão sobre punição. A punição, então, se torna aquele sofrimento que o juiz considera necessário aplicar em adição aos não-intencionais sofrimentos construtivos que o ofensor suportaria em razão de suas práticas restaurativas vis-à-vis a vítima. Talvez nada pudesse ser feito ou nada teria sido feito. Mas a comunidade pode considerar intolerável que nada aconteça. Cortes locais em dissintonia com valores locais não são cortes locais*” (CHRISTIE, 1977, p. 10). “*Only after this stage was passed, and it ought to take hours, maybe days, to pass it, only then would come the time for na eventual decision on punishment. Punishment, then, becomes that suffering which the judge found necessary to apply in addition to those unintended constructive sufferings the ofender would go through in his restitutive actions vis-à-vis the victim. Maybe nothing could be done or nothing would be done. But neighbourhoods might find it intolerable that nothing happened. Local courts out of tune with local values are not local courts*” (CHRISTIE, 1977, p. 10).

<sup>198</sup> “*Uma quarta fase deve ser acrescentada. Essa é a fase que deve servir ao ofensor. A sua situação [do ofensor] social e pessoal será, nesta etapa, bem conhecida pelo tribunal. As discussões sobre a*

Tem-se, portanto, que no artigo de 1977 Nils Christie idealizou um sistema escalonado de solução de conflitos<sup>199</sup>, mas no qual a lógica sacrificial contra a qual se volta a tese se manteria intacta, uma vez que permaneceria a opção comunitária pela punição, na terceira fase do procedimento. Em razão disso, em 1977 não se trata, ainda, do minimalismo penal encampado pela tese como modelo com aptidão para reduzir os sofrimentos impostos pelo processo penal sacrificial. Como se verá logo mais, o minimalismo a que a tese adere só será delineado por Christie em 2004, com a publicação de “*A suitable amount of crime*”, cuja edição brasileira – “*Uma quantidade razoável de crime*” -, é de 2011 (CHRISTIE, 2011).

Ainda que operacionalizando uma lógica punitivo-sacrificial que a tese pretende ver contida, em 1977 Christie considerava o modelo escalonado de resolução de conflitos superior ao tradicional porque permitiria às partes decidir o que é de fato relevante. No entender de Christie, os tribunais tradicionais, compostos por corpos profissionais, funcionam como redutores de complexidade, que decantam as informações necessárias daquelas que supostamente seriam dispensáveis. Afinal de contas o profissional, pelo simples fato de ser profissional, julga saber melhor o que é relevante e o que não é<sup>200</sup>.

---

*possibilidade de se restaurar a situação da vítima não podem ser conduzidas sem quem ao mesmo tempo sejam fornecidas informações sobre a situação do ofensor. Isso pode ter exposto necessidades de ação social, educacional, medicinal ou religiosa – não para prevenir crimes futuros, mas porque as necessidades devem ser conhecidas. Tribunais são arenas públicas, necessidades se fazem visíveis. Mas é importante que esta fase aconteça após a sentença. De outra forma o que se tem é o ressurgimento da inteira matriz das denominadas ‘medidas especiais’ – tratamentos compulsórios – que com frequência são apenas eufemismos para o aprisionamento indeterminado” (CHRISTIE, 1977, p. 10/11). “A fourth stage has to be added. That is the estage for servisse to the ofender. His general social and personal situation is by now well-known to the court. The discussion of his possibilities for restoring the victim’s situation cannot be carried out without at the same time giving information about the offender’s situation. This might have exposed needs for social, educational, medical or religious action – not to prevent further crime, but because needs ought to be met. Courts are public arenas, needs are made visible. But it is importante that this stage comes after sentencing. Otherwise we get a re-emergence of the whole array of so-called ‘special measures’ – compulsory treatments – very often only euphemisms for indeterminate imprisonment” (CHRISTIE, 1977, p. 10/11).*

<sup>199</sup> “Ao propor um mecanismo que devolva os conflitos às partes, Christie (1977, p. 8) idealiza um sistema constituído por tribunais comunitários (*neighbourhood courts*), situados o mais proximamente possível das comunidades, para que os valores locais possam sempre ser levados em consideração. Este modelo de justiça seria caracterizado por ter orientação voltada para a vítima, respeitando um procedimento próprio e escalonado, como já mencionado, atendendo tanto os interesses das vítimas quanto dos ofensores, sem descuidar da comunidade” (ACHUTTI, 2016, posição 1848).

<sup>200</sup> “Considerando prejudicial a ampla participação de profissionais na administração de conflitos, Christie (1977, p. 11) é incisivo ao tratar do assunto: a participação de pessoas leigas no trato dos conflitos é de suma importância, para evitar que as consequências da burocratização da justiça criminal e da divisão do trabalho interfiram na forma como os casos serão tratados. Os mediadores de conflitos, portanto, não poderiam ser profissionais – salvo em casos excepcionais, para permitir que o sistema tenha vida própria e não corra o risco de desaparecer por falta de voluntários. O poder dos profissionais, ao alegarem as suas especialidades, é muito forte, e tende a manter cada vez mais afastadas as partes, diante da desnecessidade de envolvimento” (ACHUTTI, 2016, posição 1853).

A especialização na solução de conflitos é o principal inimigo; especialização que no devido – ou indevido – tempo, leva à profissionalização. [A profissionalização] ocorre quando os especialistas adquirem poder suficiente para proclamar que eles adquiriram dons especiais, principalmente através da educação, dons tão poderosos que é óbvio que eles só podem ser manuseados por artesãos certificados (CHRISTIE, 1977, p. 11)<sup>201</sup>

Ao fim e ao cabo, os tribunais compostos por profissionais findam por tratar todos os casos de maneira idêntica, igualando o que por definição é desigual:

(...) há uma criação artificial de igualdade, que facilita a aplicação da lei penal e, em contrapartida, compromete a possibilidade de cada caso poder ser tratado conforme as suas peculiaridades. De acordo com Christie (1998b, p. 122; 2007, p. 373; 2010, p. 117), isso seria possível a partir da limitação das informações consideradas relevantes para as partes, mas tidas como irrelevantes pelos procedimentos legais: torna-se necessário eliminar a maioria dos fatores que envolvem os fatos levados à corte penal, de forma que seja possível considerar os mais diferentes casos como se fossem iguais (ACHUTTI, 2016, posição 1667).<sup>202</sup>

De resto, a divisão de trabalho no sistema comum é de tal monta – basta pensar que em um único caso penal podem atuar magistrados de variadas instâncias, membros do Ministério Público em distintos graus de carreira, centenas de advogados, peritos diversos, oficiais de apoio da magistratura e do Ministério Público, assistentes da acusação, escrivães de polícia, investigadores de polícia, delegados de polícia, assistentes técnicos, etc. - que a individualização de responsabilidades em

---

<sup>201</sup> “Specialisation in conflict solution is the major enemy; specialisation that in due – or undue – time leads to professionalisation. That is when the specialists get suficiente power to claim that they have acquired special gifts, mostly through education, gifts so powerful that it is obvious that they can only be handled by the certified craftsman” (CHRISTIE, 1977, p. 11).

<sup>202</sup> Um pouco mais adiante Daniel Silva Achutti explica que “a crítica de Christie (1986a, 1986b) à forma simplista como a lei penal enxerga e lida com o ser humano é derradeira: ao trabalhar com base em sistemas binários – sim/não, bom/mau, culpado/inocente – carrega uma imagem simplista do ser humano e de seus atos (1986a, p.3; 1986b, p. 95-96). Com isto, poucas informações são requeridas pelos tribunais, de forma que quanto mais simples um caso se apresentar, mais fácil será a dinâmica da sua classificação conforme a lei penal. Tal mecanismo, ao evitar a percepção da interação social que proporcionou a ocorrência de um evento delituoso e buscar responsabilizar apenas o ator imediato pelo ato, naturalmente não conseguirá trabalhar com uma perspectiva coletiva de responsabilidade: a responsabilização será sempre individual, jamais do grupo ou da comunidade em que vive o ofensor. Ao fazer isto, a justiça criminal alcança o objetivo de classificar tanto o autor do fato quanto os fatos em si, e passa a acreditar que é possível, em razão da sua própria classificação, considerar casos diferentes como iguais. Para Christie (1998b, p. 122; 2007, p. 373; 2010 p. 117), não existem casos iguais: eles são tornados iguais a partir dos mecanismos artificiais da lei penal, e comprometem a possibilidade de cada caso ser tratado de acordo com as suas peculiaridades” (ACHUTTI, 2016, p. 1874).



face de ilícitos eventualmente praticados por esse extenso corpo burocrático é praticamente impossível; ou, no mínimo, improvável<sup>203</sup>.

### 5.2.1 O minimalismo penal

*Ab initio* é curial ressaltar que, a exemplo do que ocorre com o(s) abolicionismo(s), também não há minimalismo, no singular, mas minimalismos, no plural.<sup>204</sup> Na sistematização proposta por Vera Regina Pereira Andrade os minimalismos podem ser descritos, do ponto de vista teórico, como um fim em si mesmo ou como um caminho rumo ao abolicionismo (ANDRADE, 2012).

Vera Regina Pereira de Andrade situa o garantismo penal de Luigi Ferrajoli como uma espécie de minimalismo que se compreende como um fim em si mesmo. Trata-se, assim, de uma postura teórica que - a despeito de propor uma radical contração do poder punitivo -, “*polemiza com o abolicionismo*” (ANDRADE, 2012, p. 269) e termina por relegitimar a persecução penal e as penas de prisão.

Já o minimalismo do segundo tipo não se situa como uma oposição ao abolicionismo – relegitimante da persecução penal -, mas como uma estratégia jurídica de ultrapassagem das técnicas violentas e carcerocêntricas do atual sistema penal. O minimalismo como meio para o abolicionismo é, portanto, uma metodologia de transição para o abolicionismo. Ele assenta na constatação de que o abolicionismo é improvável no curto e no médio prazos, mas mantém viva a utopia abolicionista a

<sup>203</sup> “Consequentemente, resta inviabilizada uma abordagem individual dos conflitos na justiça criminal: a burocratização e a divisão do trabalho não permitem que os seus funcionários tenham dimensão das consequências do trabalho que desenvolvem nos gabinetes e nos cartórios, de forma que a responsabilidade no manuseio de cada processo seja sempre diluída por conta disso. Ao contrário, nos tribunais comunitários os próprios membros da comunidade participarão das deliberações, evitando que a falta de conhecimento sobre o caso seja motivo para eventuais isenções de responsabilidades” (ACHUTTI, 2016, posição 1863).

<sup>204</sup> “É fundamental recordar de imediato que ‘o’ abolicionismo e ‘o’ minimalismo, no singular, não existem. Existem diferentes abolicionismos e minimalismos, na dupla perspectiva teórica (modelos) e empírica (movimentos sociais e reformas).

O abolicionismo, portanto, e isso deve ficar claro, não fala uma só voz, tampouco se identifica com uma postulação simplista e romântica pela ausência de controle social. Trata-se de uma literatura importante e consequente que tematiza o processo de transformação cultural e institucional do controle penal contemporâneo sob a perspectiva da não violência e se materializa em movimentos e reformas antiprisionais.

O minimalismo também nasce bifurcado entre modelos teóricos e reformas práticas, entre a dimensão teórica e a pragmática, e estamos, também, perante diferentes minimalismos.

Conforme expus no escrito anterior, há minimalismos como meios para o abolicionismo, que são diferentes de minimalismos como fins em si mesmos e de minimalismos reformistas” (ANDRADE, 2012, p. 287).

nortear o horizonte de ação – seja ela a ação política, seja a ação acadêmica ou mesmo a ação profissional (ANDRADE, 2012).

Quando a tese se refere ao minimalismo, é esse minimalismo enquanto meio para o abolicionismo que se tem em mente. Sustenta-se que enquanto o sonho abolicionista não vem, a vigília minimalista não pode ir. Como visto alhures, o abolicionismo tem como condições de possibilidade (I) um novo humano, não vingativo; (II) uma nova ciência social, que saiba lidar com pessoas violentas sem trancafiá-las; (III) um novo modelo de produção, que prescindia do cárcere; e (IV) uma nova Constituição, purgada de elementos sacrificiais. Mas, a despeito de essas condições não estarem dadas, o Direito não se pode condenar à inércia, e é por isso que se compreende o minimalismo apenas como o aperitivo do grande banquete abolicionista. O minimalismo (aperitivo) assegura que enquanto a refeição (abolicionismo) não é servida, os comensais não passarão fome.

Nesses termos, a tese não concebe o minimalismo como solução de compromisso com propostas eficientistas, maximimizadoras, expansivistas, panpenalistas e quejandos. A única solução de compromisso do minimalismo – tal e qual compreendido na tese -, é com o abolicionismo. Tem-se aqui o minimalismo como método jurídico do abolicionismo, como

(...) um pacto político-criminal de descontinuidade, fundado na aliança abolicionismo-minimalismo-garantismo, mais especificamente no abolicionismo como utopia e no minimalismo-garantismo como metodologia (utopia abolicionista com metodologia minimalista-garantista) (ANDRADE, 2012, p. 299).

Sobre esse pacto político minimalista, que visa a descontinuidade das práticas carcerárias, mantendo sempre a abolição das prisões como horizonte utópico, Vera Regina Pereira Andrade afirma:

(...) fundamental nesse processo é eleger uma pauta político-criminal utopicamente abolicionista, comprometida com a ultrapassagem da engenharia e da cultura punitivas, e metodicamente minimalista, na qual se tratem as 'emergências' da criminalização como 'urgências' da abolição (ANDRADE, 2012, p. 301).

É para esse compromisso político de eliminação das práticas punitivo-sacrificiais - em que se mantém o abolicionismo como horizonte norteador da ação, ainda que se assuma a descrença quanto à sua plena realização -, que aponta o minimalismo penal de Nils Christie.

Ainda que perfunctoriamente, em *Uma razoável quantidade de crime* Nils Christie aponta alguns óbices ao abolicionismo: (I) tanto a vítima quanto o agressor podem recusar formas não-sacrificiais (não punitivas) de lidar com o conflito<sup>205</sup>; (II) a desigualdade material entre os envolvidos pode levar à deterioração dos processos restaurativos<sup>206</sup>, e, no limite, descambar em violência<sup>207</sup>; (III) há crimes sem vítimas, ou, pelo menos, sem vítimas conhecidas<sup>208</sup>; (IV) a inexistência de um sistema penal estruturado pode levar à aplicação de punições sem a observância de quaisquer limites.<sup>209</sup> Diante dessas considerações o autor conclui que “o abolicionismo, em sua forma pura, não é uma posição alcançável. Não podemos abolir totalmente o sistema penal (CHRISTIE, 2011, p. 130).

Como paliativo, Nils Christie apresenta o que ele designa como minimalismo penal: uma perspectiva em que “a punição é uma atividade que está no sopé do ranking de valores. Portanto, a punição deve ser a última alternativa, e não a primeira” (CHRISTIE, 2011, p. 163) O minimalismo propõe, assim, uma forma de lidar com eventos criminalizáveis no qual a alternativa penal (sacrificial) seja apenas uma dentre várias outras respostas possíveis.

Nos dizeres de Christie, o minimalismo

(...) está próximo do abolicionismo, mas aceita que, em certos casos, a pena é inevitável. Tanto abolicionistas quanto minimalistas têm como ponto de

<sup>205</sup> Nas palavras de Christie, há pessoas que “não desejam participar do processo de reconciliação ou buscar qualquer tipo de acordo. Alguns ofensores não têm a habilidade nem ousam olhar nos olhos de suas vítimas, ou espontaneamente pedir perdão; eles entram em pânico e buscam o processo realizado por um tribunal imparcial. Da mesma forma, há vítimas que não consideram a reconciliação; preferem que o ofensor seja punido” (CHRISTIE, 2011, p. 124).

<sup>206</sup> “Outro problema importante que a completa abolição das punições traria é que os processos de reconciliação poderiam se deteriorar. Em desespero, os ofensores, ou seus parentes mais próximos, poderiam talvez prometer demais a fim de mitigar a situação. Os árbitros, os mediadores ou os participantes devem deter isso e talvez sejam forçados a devolver o caso ao juiz penal. Ou talvez o ofensor seja exposto à excessiva pressão exercida pela outra parte. Há exemplos de pequenas comunidades em que os homens dominam o processo de resolução de conflitos, deixando as mulheres sob permanente estado de sujeição” (CHRISTIE, 2011, p. 125).

<sup>207</sup> “O entusiasmo pela mediação não pode perder de mira que os rituais e institutos penais cumprem importantes funções de proteção. Quando as tensões estão elevadas, ou exista até mesmo ameaça de irromper a violência, a solenidade e os comumente enfadonhos rituais do aparato penal geram efeitos calmante. Os procedimentos judiciais podem tornar certos conflitos suportáveis, assim como as liturgias religiosas – ou os ‘rituais humanos éticos’, em rápido desenvolvimento da atualidade – amenizam o sofrimento no funeral de um ente querido” (CHRISTIE, 2011, p. 125)

<sup>208</sup> “Um terceiro caso de procedimento penal é do crime sem vítima (...) Há motoristas que insistem em dirigir com a velocidade que bem entendem. Medidas administrativas, como a retenção da carteira de habilitação ou a apreensão do veículo, poderiam ser tentadas, mas nem sempre são suficientes. A pena deveria permanecer como último recurso” (CHRISTIE, 2011, p. 127/127).

<sup>209</sup> “Há um perigo em especial na retração completa do sistema penal: se a necessidade está lá e é fortemente sentida, medidas penais podem ser instituídas sob rótulos falsos. O poder será usado, mas sem as medidas de contenção desenvolvidas no seio do direito penal” (CHRISTIE, 2011, p. 160).

partida atos indesejáveis, e não crimes. Ambos se perguntam como se pode lidar com tais atos. Compensar o ofendido, estabelecer uma comissão para a verdade, ajudar o ofensor a pedir perdão? O minimalismo proporciona alternativas. Ao eleger o ponto de partida na sequência completa de eventos que levam à ação indesejada, a pena se torna uma – e nada além disso – entre muitas opções. Fazer com que a análise parta dos conflitos, e não do crime, viabiliza uma perspectiva libertadora. Significa não ser capturado pela ‘necessidade penal’, e, sim, estar livre para escolher (CHRISTIE, 2011, p. 130).

O princípio básico do minimalismo consiste em se evitar a todo custo a solução sacrificial: *“Uma das regras seria então: na dúvida, não cause dor. Outra regra seria possível: inflija o mínimo de dor possível. Procure alternativas à pena, não somente penas alternativas”* (CHRISTIE, 2018, p. 25). Assim, em uma estrutura minimalista de resolução de conflitos conviveriam, lado a lado, o que aqui se vem chamando de modelo sacrificial e um modelo restaurador - ambos igualmente acionáveis, a depender das particularidades do caso concreto. Destarte, *“o minimalismo afasta a visão rígida da pena como obrigação absoluta, mas obriga a motivar a escolha pela pena”* (CHRISTIE, 2011, p. 131).

Trata-se, portanto, de proposta bem distinta daquela formulada no artigo de 1977, em que o modelo restaurador e o modelo sacrificial seriam, ao longo de um procedimento escalonado, sucessivamente aplicados ao mesmo evento criminalizável. O risco contido na proposta de *“Conflicts as property”* – e que a torna incompatível com a proposta redutora de danos veiculada na tese -, é o modelo restaurador funcionar como um complemento ao modelo sacrificial, e não como um substituto. Tal risco foi eliminado com o delineamento do minimalismo, no qual a ideia central é priorizar o modelo restaurador, conservando a resposta sacrificial apenas de forma residual, aplicável apenas em situações excepcionalíssimas.

Pensa-se, aqui, em um modelo muito próximo do idealizado por Leonardo Sica, em que os eventos criminalizáveis serão solucionados, a depender de suas circunstâncias concretas, ora de forma sacrificial, ora de forma restaurativa. Destarte, *“o desenho legal deve bifurcar o acesso ao sistema de justiça criminal em duas portas de entrada, para dois subsistemas distintos e funcionalmente complementares: processo-pena e acordo-reparação”* (SICA, 2017, p. 295).

A fim de ressaltar que o subsistema da justiça restaurativa não deve ser colonizado pelo processual sacrificial, com suas práticas desfigurantes e mortificantes, Leonardo Sica faz questão de enfatizar que *“o sistema acordo-reparação não estará*

*dentro, mas estará ao lado e interligado ao sistema processo-pena”* (SICA, 2017, p. 295).

Destarte, a tese postula, na esteira do pensamento de André Giamberardino, que – desde que tomadas todas as precauções possíveis e imagináveis para que a lógica sacrificial não contamine as práticas restaurativas -, a justiça restaurativa *“pode significar um contradiscurso capaz de conter o poder punitivo na medida em que transforma e ressignifica a demanda e as expectativas populares por censura e punição”* (GIAMBERARDINO, 2017, p. 389). A militância em prol do soerguimento de um modelo restaurativo – emparelhado ao modelo sacrificial, mas a salvo de suas práticas desfigurantes e mortificantes -, converte-se, assim, em uma atitude política orientada à redução dos danos causados pelo sistema penal (GIAMBERARDINO, 2017). Uma atitude política que a tese assume com orgulho, na crença sincera de tratar-se de mais uma forma de escovar o processo penal a contrapelo.

### **5.2.2 A justiça restaurativa**

O processo penal de tipo sacrificial parte da premissa de que o crime é uma violação ao contrato social, e, portanto, uma ofensa ao próprio Estado. A partir daí, postula que a responsabilidade pela punição do criminoso é do Estado.<sup>210</sup> De conseguinte, o Estado retira da vítima a possibilidade de influenciar no curso da resolução do conflito de natureza penal<sup>211</sup>, caracterizando o que os criminólogos chamam de expropriação ou confisco do conflito<sup>212</sup>.

---

<sup>210</sup> “[...] o processo penal não apresenta condições de responder adequadamente aos conflitos criminais contemporâneos, pois parte de premissa equivocada: baseado em teorias contratualistas, considera que o Estado é o principal ofendido com a prática de delitos e, portanto, deve ser o responsável pela iniciativa de punir o infrator” (ACHUTTI, 2016, posição 528).

<sup>211</sup> “Desde que o Estado se apropriou dos conflitos e substitui a noção de dano pela de infração, as vítimas foram relegadas a segundo plano, pois representavam um entrave às intenções políticas e confiscatórias do processo inquisitório. Atualmente, pode-se dizer que a vítima não é admitida pelo sistema oficial por, dentre outros motivos, representar um risco considerável de trazer elementos irracionais ao processo penal e, com isso, comprometer a racionalidade de seu funcionamento. O processo penal, nesse contexto, é uma ferramenta para satisfazer unicamente os interesses punitivos do Estado, sem qualquer finalidade reparatória para a vítima” (ACHUTTI, 2016, posição 540).

<sup>212</sup> “No século XIII europeu produziu-se uma mudança significativa nas relações de poder entre os homens, a partir do ‘confisco do conflito à vítima’ e do surgimento do Estado como principal afetado pelas condutas delituosas. Foi nesse período que as mudanças mais importantes em termos de política criminal ocorreram e a sua manutenção, até hoje, apesar dos mais diversos questionamentos, é incontestável” (ACHUTTI, 2016, posição 661).

De acordo com Foucault, esta nova forma de solução de conflitos não está fundada na interação entre os envolvidos, mas no saber do inquérito<sup>213</sup> - que surgiu na Grécia, foi muito utilizado durante o Império Romano e desapareceu no alto medievo, apenas para ressurgir no século XIII (FOUCAULT, 2013). Mas, como bem explica Daniel Silva Achuti, no saber de inquérito a vítima é relegada a um segundo plano, pois o protagonismo é exercido por juristas especializados (ACHUTTI, 2016, posição 671). Tem-se, portanto, que o saber de inquérito não é exatamente uma forma de resolução de conflitos; *“é sobretudo um processo de governo, uma técnica de administração, uma modalidade de gestão; em outras palavras, o inquérito é uma determinada maneira do poder se exercer”* (FOUCAULT, 2013, p. 74)

Foucault ensina que o confisco do conflito foi levado a cabo mediante a substituição do conceito de *dano* pelo conceito de *infração*<sup>214</sup>. Se o dano era uma lesão a um bem, interesse ou mesmo ao corpo de uma vítima humana, a infração representará a violação de um bem ou interesse do Estado, que se considera o principal agredido pelo fato criminoso<sup>215</sup>. O crime passa, assim, a ser concebido como um ataque à soberania do Estado, razão pela qual a vítima ou seus familiares serão afastados do subsequente procedimento de ajustamento da controvérsia (FOUCAULT, 2013). A partir de então, surge a *“necessidade de o responsável prestar contas ou restituir o próprio Estado, e não mais as pessoas diretamente afetadas pelo delito”* (ACHUTTI, 2016, posição 682).

---

<sup>213</sup> *“É este procedimento de inquérito que o procurador do rei – a justiça monárquica nascente – utilizou para preencher a função de flagrante delito de que falei anteriormente. O problema era o de saber como generalizar o flagrante delito a crimes que não eram de domínio, do campo da atualidade; como podia o procurador do rei trazer o culpado diante de uma instância judiciária que detinha o poder, se não sabia quem era o culpado, uma vez que não houvera flagrante delito. Se, com efeito, se conseguir reunir pessoas que podem, sob juramento garantir que viram, que sabem, que estão a par; se é possível estabelecer por meio delas que algo aconteceu realmente, ter-se-á indiretamente, através do inquérito, por intermédio das pessoas que sabem, o equivalente ao flagrante delito. E se poderá tratar de gestos, atos, delitos, crimes que não estão mais no campo da atualidade, como se fossem apreendidos em flagrante delito. Tem-se aí uma nova maneira de prorrogar a atualidade, de transferi-la de uma época para outra e de oferecê-la ao olhar, ao saber, como se ela ainda estivesse presente. Esta inserção do procedimento do inquérito reatualizado, tornando presente, sensível, imediato, verdadeiro, o que aconteceu, como se o estivéssemos presenciando, constitui uma descoberta capital”* (FOUCAULT, 2013, p. 73/74).

<sup>214</sup> *“A infração não é um dano cometido por um indivíduo contra outro; é uma ofensa ou lesão de um indivíduo à ordem, ao Estado, à lei, à sociedade, à soberania, ao soberano* (FOUCAULT, 2013, p. 69).

<sup>215</sup> *“Na concepção da Alta Idade Média o essencial era o dano, o que tinha se passado entre dois indivíduos; não havia falta nem infração. A falta, o pecado, a culpabilidade moral absolutamente não intervinham. O problema era o de saber se houve ofensa, quem a praticou, e se aquele que pretende ter sofrido a ofensa é capaz de suportar a prova que ele propõe a seu adversário. Não há erro, culpabilidade, nem relação com o pecado. Ao contrário, a partir do momento em que o inquérito se introduz na prática judiciária, traz consigo a importante noção de infração. Quando um indivíduo causa dano a um outro, há sempre, a fortiori, dano à soberania, à lei, ao poder”* (FOUCAULT, 2013, p. 75).

Em que pese a substituição do dano pela infração – com a consequente usurpação do conflito pelo Estado -, remontar ao medievo europeu, fato é que o atual processo penal de viés sacrificial ainda hoje opera da mesma forma. Como destaca Daniel Silva Achutti,

(...) a lógica moderna do sistema penal reduz a importância e a magnitude de um fato delituoso na vida das pessoas (em especial, das vítimas) e determina que o acontecido não é nada mais que um fato típico, ilícito e culpável e que, portanto, merece a reprimenda estatal (ACHUTTI, 2016, posição 545).

No “novo” sistema – ainda hoje em voga -, o dano à vítima passou a ser secundário. O que realmente estava (e está) em jogo era (e é) a violação à lei do Estado; uma vez afastada a vítima, o foco recai na autoridade do Estado: “*antes de reparar o dano causado, a justiça criminal buscava tornar tanto os acusados quanto os potenciais delinquentes em cidadãos submissos à lei*” (ACHUTTI, 2016, posição 705).

Para tanto, foi essencial o surgimento de um “*curioso personagem*”, que exercerá a função de “*dublar a vítima*” (FOUCAULT, 2013, p. 68): trata-se do procurador do rei, embrião medieval do Ministério Público. O procurador

(...) vai se apresentar como o representante do soberano, do rei ou do senhor. Havendo crime, delito ou contestação entre dois indivíduos, ele se apresenta como representante de um poder lesado pelo único fato de ter havido um delito ou um crime. O procurador vai dublar a vítima, vai estar por trás daquele que deveria dar a queixa, dizendo: ‘se é verdade que este homem lesou um outro, eu, representante do soberano, posso afirmar, que o soberano, seu poder, a ordem que ele faz reinar, a lei que ele estabeleceu foram igualmente lesados por esse indivíduo. Assim, eu também me coloco contra ele’. O soberano, o poder político vem desta forma dublar e, pouco a pouco, substituir a vítima. Este fenômeno, absolutamente novo, vai permitir ao poder político apossar-se dos procedimentos judiciais. O procurador, portanto, se apresenta como o representante do soberano lesado” (FOUCAULT, 2013, p. 68).

Feitas essas considerações sobre o processo histórico de expropriação do conflito pelo Estado, cumpre destacar que a presente tese não se propõe a reconstruir cronologicamente os estágios históricos de desenvolvimento do processo penal. Todavia, uma breve menção à conversão do dano em infração, da vingança/restauração em punição e do protagonismo dos envolvidos em protagonismo do Estado (procurador do rei/Ministério Público) era essencial para se evidenciar que o crime não é, por natureza, uma afronta a toda comunidade política,

e que a resposta ao crime – as penas privativas de liberdade -, não está inscrita no cosmos como uma realidade ontológica, sendo antes uma construção social.<sup>216</sup>

Da mesma forma que o Estado artificialmente se apropriou do conflito entre terceiros e instituiu a punição do autor da infração, também é possível se cogitar o movimento inverso: a devolução do conflito aos envolvidos e a substituição da punição à infração pela restauração do dano. Este é o horizonte de ação da justiça restaurativa, que ao invés de punir e criminalizar visa

(...) reduzir, sempre que possível, o uso do sistema penal e os efeitos das interpretações criminalizantes por ele geradas, e incrementar a democracia por meio de um maior protagonismo das partes na administração de seus conflitos (ACHUTTI, 2016, posição 651).

Consoante a precisa síntese de Lianne Macedo Soares e Carla Silva Lopes, a justiça restaurativa

(...) pode ser entendida como um procedimento de consenso e diálogo, em que a vítima e o infrator, e, quando também possível e apropriado, outras pessoas ou membros da comunidade afetados, direta ou indiretamente, pelo crime, como sujeitos centrais, participam coletiva e ativamente na construção de soluções para a restauração dos traumas e perdas causados pelo crime. O ideal é a percepção de que trata-se de um processo estritamente voluntário, necessariamente informal, intervindo um ou mais mediadores ou facilitadores, na forma de procedimentos tais como mediação vítima-ofensor (*mediation*), reuniões coletivas abertas à participação de pessoas da família e da comunidade (*conferencing*) e círculos restaurativos (*sentencing circles*) (SOARES; LOPES, 2017, p. 304).

---

<sup>216</sup> A fim de ilustrar, didaticamente, o caráter socialmente construído do crime, Nils Christie o compara a uma esponja: “[...] já que o crime não existe como entidade estável, o conceito de crime é funcional para todo tipo de controle. É como uma esponja. O termo pode absorver um amplo espectro de atos – e pessoas – quando circunstâncias externas o sugerem. No entanto, também pode ser utilizado para reduzir seu conteúdo, quando adequado para os que controlam a esponja” (CHRISTIE, 2011, p. 16). Mais adiante, o autor formula uma outra comparação, dessa vez com os recursos naturais ilimitados: “o crime está em permanente oferta. Atos passíveis de criminalização são como recurso natural ilimitado. Pouco pode ser considerado crime – ou muito. Atos não são, eles se tornam; seus significados são criados no momento em que ocorrem. Avaliar e classificar são atividades essenciais aos seres humanos. O mundo nos vem na forma em que o constituímos. O crime, portanto, é o produto de processos culturais, sociais e mentais. Para todas as condutas, inclusive aquelas tidas como indesejáveis, há dúzias de alternativas possíveis para sua compreensão: perversidade, loucura, honra distorcida, ímpeto juvenil, heroísmo político – ou crime. As ‘mesmas’ condutas podem, pois, ser tratadas por vários sistemas paralelos, como o judicial, o psiquiátrico, o pedagógico, o teológico” (CHRISTIE, 2011, p. 29/30).



É basilar às práticas restaurativas a direta participação, face a face, de vítimas e ofensores, haja vista que o crime deixa de ser concebido como infração à lei do soberano para recuperar o seu antigo sentido de dano a uma pessoa ou a uma coletividade. Sob essa ordem de ideias, a justiça restaurativa difere-se do processo penal de tipo sacrificial porque não mais o Estado, mas as partes, decidem o que deve acontecer. Trata-se, outrossim, de um modelo de justiça que *“funciona a partir do envolvimento direto das partes, de modo que estas serão as responsáveis por encontrar uma solução para o caso”* (ACHUTTI, 2016, posição 869).

O foco da justiça restaurativa não é a punição do ofensor, trancafiando-o no ambiente insalubre, promíscuo e criminógeno do cárcere. O que se busca com a justiça restaurativa é o restabelecimento dos laços sociais rompidos pela ação criminalizada, mediante a reparação do dano causado à vítima simultaneamente à conscientização do autor quanto às repercussões de seu ato. Para além de qualquer punição, o objetivo central será o envolvimento ativo e consciente do autor – com ampla participação da vítima -, na mitigação das consequências concretas do seu ato (ACHUTTI, 2016).

Na justiça restaurativa,

(...) antes de se buscar, por meios inquiritórios, a verdade real dos fatos, será realizado um encontro entre os envolvidos, para que cada um possa relatar a sua versão sobre o ocorrido e, após a escuta de todos, seja deliberada a melhor maneira de lidar com os danos causados. Pode-se dizer que há um processo de construção coletiva do caso, que conduzirá a uma construção coletiva da decisão e, portanto, produzirá a justiça para cada situação (ACHUTTI, 2016, posição 990).

O sistema de justiça criminal tradicional é retrospectivo: visa reconstituir um fato pretérito legalmente definido como crime. A justiça restaurativa, por seu turno, é prospectiva, aponta para o futuro: ela permite que autor e vítima reelaborem o conflito a fim de continuarem suas vidas<sup>217</sup>.

Nessa toada, a justiça restaurativa rompe com a lógica sacrificial, pois não se objetiva apenar e, muito menos, mortificar alguém. A ideia de pena é estranha à justiça restaurativa, que visa reparar a vítima, e não fazer sofrer o agressor. De conseguinte,

---

<sup>217</sup> “O propósito é, então, voltar-se para o futuro e para a restauração de relacionamentos, ao invés de simplesmente concentrar-se no passado e na culpa. A justiça convencional, conduzindo por um sentimento de vingança diz: *você fez isso e tem que ser castigado!* A justiça restaurativa numa nova perspectiva ou em meio a contra mão a tudo posto pergunta: *o que você pode fazer agora para restaurar isso?*” (SOARES; LOPES, 2017, p. 303/304).

o que se busca é remediar um dano sofrido por um ser humano de carne, osso, sangue e sentimentos, o que é bem diverso de punir uma infração à lei do Estado. Portanto, quando se fala em pena, é o Estado que se agiganta; quando se fala em restauração, o Estado é desinflado para que os indivíduos possam assumir a condução de seus próprios destinos. Não por acaso, Selma Pereira de Santana e Fernando Oliveira Piedade, ao dissertarem sobre a justiça restaurativa, acentuam as diferenças entre a pena e a reparação:

(...) pena e reparação são institutos diferentes entre si (...) a reparação é prestada a quem sofreu o dano; já a pena ao Estado, que cumpre o dever de infligi-la. A pena deve produzir uma ferida e o ressarcimento do dano curar outra, na medida do possível, sem causar uma segunda (SANTANA; PIEDADE, 2017, p. 138).

A justiça restaurativa, apesar de renunciar à prisão, não pode ser confundida com a inação e muito menos com a impunidade<sup>218</sup>. Abre-se mão da pena, não dos efeitos restaurativos que comumente são atribuídos à pena - mas que ela, todavia, não é capaz de entregar. Nesses termos, o objetivo precípua da justiça restaurativa é uma tríplice reparação: (i) reparação do dano sofrido pela vítima; (ii) reparação do dano que o crime provoca no infrator; (iii) reparação do dano que o crime ocasiona à comunidade.<sup>219</sup>

Tem-se, assim, que na justiça restaurativa não se prescinde da responsabilização; prescinde-se apenas da desfiguração pelo processo penal e da mortificação pela pena privativa de liberdade. Para retomar um conceito muito caro à tese, pode-se dizer que na justiça restaurativa o envolvimento do agressor funciona

<sup>218</sup> “Ressalte-se que a impunidade dos transgressores não faz parte do propósito da justiça restaurativa, uma vez que estes são responsabilizados com medidas específicas e adequadas a ressarcir a vítima, e, eventualmente, a comunidade, na medida da conduta perpetrada” (BONACCORSI; CAMARGO, 2017, p. 471/472).

<sup>219</sup> “A justiça restaurativa leva em consideração todas as três dimensões do dano, mas o faz com um procedimento e uma ênfase diferente. O procedimento não ocorre de cima para baixo como em um tribunal penal, e as perguntas básicas não são ‘que lei foi violada, quem é o agressor e que castigo ele merece?’, mas sim ‘que mal tem sido feito, o que tem de ser feito sobre este mal, de quem é a responsabilidade de fazer algo sobre isto, e, nós continuamos a partir daqui?’. A ênfase está em um esforço coletivo para avaliar os danos e repará-los tão bem quanto se pode, tendo em vista as peculiaridades do caso e as pessoas envolvidas. Considerando que o direito penal dramatiza a violação da norma e a autoridade do Estado, os processos de justiça restaurativa dramatizam o perigo e a necessidade de fazer as pazes e restaurar a confiança. Enquanto o tribunal penal individualiza, colocando toda a culpa e dor infligida sobre o culpado, a justiça restaurativa coletiva foca sobre a situação e sua resolução, e não sobre o indivíduo” (GENELHÚ, SCHEERER, p. 63).

como *phármakon*-remédio com aptidão para cicatrizar as feridas abertas pelo seu ato pretérito.<sup>220</sup>

Além de evitar a desfiguração e a mortificação do acusado, a justiça restaurativa retira a vítima do esquecimento secular a que ela estava relegada, para reconhecê-la como sujeito de direitos. Como salientam Flaviane de Magalhães Barros, José Afonso Neto e Yollanda Farnezes Soares, “*para que a vítima possa ser compreendida como sujeito de direitos, primordialmente, é preciso superar o modelo jurisdicional de confiscação do conflito pelo Estado, com sua consequente neutralização*” (BARROS; NETO; SOARES, 2019, p. 193). A justiça restaurativa traz consigo o potencial de proporcionar justamente essa superação do modelo de confiscação do conflito a que os autores se referem.

Além da indenização por perdas materiais, as vítimas muitas vezes precisam que lhes sejam oportunizados momentos de fala para expressar as suas mais diversas emoções. As vítimas, se desejarem, devem poder expressar seus sentimentos de mágoa, raiva, medo, dor, como uma reação humana natural ao dano causado pelo delito. Elas precisam encontrar espaços para exteriorizar seus sentimentos e sofrimentos, para que falem e sejam ouvidas, respeitadas suas autonomias. Nesse sentido, a justiça restaurativa deve ser concebida de forma com que as vítimas possam realizar uma experiência de justiça, ter a concepção de uma vivência de algo real, o reconhecimento de que houve um ato que lhe causou um dano e quais medidas podem ser tentadas a fim de corrigi-lo ou amenizá-lo. Não bastam as informações de que ‘medidas oficiais serão tomadas’, porquanto as vítimas precisam ser informadas do que de fato ocorrerá e como elas podem contribuir para a solução do conflito. Isso é atuação participada, própria da noção de Estado Democrático de Direito.” (BARROS; NETO; SOARES, 2019, p. 207).<sup>221</sup>

A justiça restaurativa escova o processo penal a contrapelo, na medida em que permite a saída da vítima daquele papel de perdedor em dobro a que se referia Nils Christie, para então assumir o protagonismo em seu próprio conflito.<sup>222</sup>

<sup>220</sup> “*Isso não quer dizer que o agressor não desempenha nenhum papel. Ele está sendo chamado e levado muito a sério, mas não com o único objetivo de acusação e condenação, senão com o objetivo de criar uma consciência do dano causado e da responsabilidade que ele pode ser capaz de reconhecer, e das tarefas que ele pode ser capaz de assumir no processo de cura. O culpado é também visto como uma pessoa com virtudes e defeitos, com culpa e responsabilidade, mas também com a necessidade de cura*” (GENELHÚ; SCHEERER, 2017, p. 63/64).

<sup>221</sup> Mais à frente os autores explicam que “*a justiça deve ser vivida, experienciada pelas vítimas, que não devem ser simplesmente informadas do processo, mas precisam passar pela experimentação da resolução do conflito. Por isso impõe-se seja permitido às vítimas usarem suas autonomias e as próprias liberdades para decidirem se querem tomar parte da construção da solução, mesmo que haja ainda mais sofrimento, porque é importante que seja apresentada às vítimas a possibilidade de vivenciar a justiça*” (BARROS; NETO; SOARES, 2019, p. 208).

<sup>222</sup> “*Especialmente se a situação foi encenada de uma maneira tal que a questão central não era estabelecer a culpa, mas uma discussão completa sobre o que poderia ser feito para desfazer o ato, então a situação pode mudar. E é exatamente isso o que deve acontecer quando a vítima é*

Entrementes, longe de constituir um *corpus* jurídico que prescreve uma cadeia concatenada de atos processuais, a justiça restaurativa é um conjunto de práticas *a priori* indeterminadas, que irão variar em conformidade com a situação enfrentada, os danos causados/suportados e os atores envolvidos. Mais do que um procedimento jurídico, a justiça restaurativa é um exercício de narrativa e de escuta qualificadas<sup>223</sup>. Para a justiça restaurativa a narrativa pessoal é uma “*expressão intrínseca da dignidade das pessoas*” (LIMA, 2017, p. 110).

Desta forma, o enquadre do dano pessoal, assim como as suas diferentes repercussões na vida familiar e comunitária, se reconfiguram mediadas pela narrativa em ambiente no qual haja e prevaleçam diretrizes acordadas sobre o respeito e a escuta diferenciada. Nesta dinâmica de escuta da narrativa de cada participante do círculo, vai sendo restaurado o vaso estilhaçado entre os sofrimentos humanos e suas relações (LIMA, 2017, p. 112).<sup>224</sup>

Na justiça restaurativa prevalecem as narrativas pessoais em detrimento das informações previamente selecionadas pelos profissionais especializados na subtração de conflitos. Mediante suas narrativas pessoais, os envolvidos no conflito ressignificam, também de maneira pessoal, o acontecimento criminalizado. A eventual solução do conflito, então, não será o resultado de uma imposição estatal, mas o fruto do diálogo entre as partes.<sup>225</sup>

---

*reintroduzida no caso. O centro das atenções será as perdas da vítima. Isso leva a uma consideração natural pela maneira dessas perdas serem suavizadas. Isso leva a uma discussão sobre reparação*” (CHRISTIE, 1977, p. 08/09). “*And, particularly, if the situation was staged in such a manner that the central question was not meting out guilty, but a thorough discussion of what could be done to undo the deed, then the situation might change. And this is exactly what ought to happen when the victim is re-introduced in the case. Serious attention will centre on the victim’s losses. That leads to a natural attention as to how they can be softened. It leads into a discussion of restitution*” (CHRISTIE, 1977, p. 08/09).

<sup>223</sup> “*Construindo estações pedagógicas para acolhimento das narrativas, estes espaços de voz e de emergência de sentimentos reais, diferentemente das audiências institucionais, são práticas saudáveis e integradas por cada participante*” (LIMA, 2017, p. 108).

<sup>224</sup> No belo estudo dedicado ao papel da narrativa pessoal na justiça restaurativa, Isabel Maria Sampaio Oliveira Lima observa que nas práticas restaurativas “*cada pessoa com o seu Norte pode ou não vir a interagir com as direções vivenciais dos outros à sua volta. Então resta a ponte da palavra possível. A palavra autorizada e com autoria que constitui um formato de expressar o seu lugar, o seu pensar, o seu existir, o seu sentir quando – e sobretudo quando – mediada por uma escuta qualitativa. Palavras na engenharia das relações humanas. Como afirmava Cecília Meireles (1950) no verso do seu Romanceiro da Inconfidência: ‘Ai, Palavras. Ai, Palavras, que estranha potência a vossa’. Pois é assim que a palavra ressoa*” (LIMA, 2017, p. 121).

<sup>225</sup> “*É a partir da narrativa o descolar-se de disfarces porque, entre a pessoa que fala e o ouvinte, entre o ser e o outro, há uma circularidade de pessoas que lhes dizem respeito: vínculos de afeto, conectividade, pertencimento. Há, entre a pessoa que narra e a pessoa que ouve, a vítima, o fato, a circunstância, o luto, a dor, o pesadelo, o trauma e a humanidade com as suas idiossincrasias. Não há autoridade imposta hierarquicamente*” (LIMA, 2017, p. 123).

Dessa forma, a valorização das narrativas pessoais permite a ultrapassagem da lógica dicotômica do processo penal sacrificial, que só conhece condenações ou absolvições: entre condenar e absolver, as narrativas podem conciliar.<sup>226</sup>

Para que as narrativas cumpram seu papel, não se pode estabelecer, de forma antecipada, os procedimentos formais a serem observados pelos envolvidos, apenas os princípios informadores das práticas restaurativas (ACHUTTI, 2016). Ocorre que, diante da multiplicidade de princípios que a literatura jurídica especializada elenca como definidores das práticas restaurativas – talvez não sendo demasiado afirmar que cada estudioso compõe seu rol particular de princípios -, e com vistas a conferir maior objetividade ao tema, a tese propõe a adoção da Resolução 2002/12 da ONU, que disciplina os “*princípios básicos para utilização de programas de justiça restaurativa em matéria criminal*”.

Em síntese, pode-se dizer que tais princípios são: I) utilização de processos restaurativos e busca de resultados restaurativos<sup>227</sup>; II) abertura à comunidade<sup>228</sup>; III) restauração do dano e reintegração da vítima e do ofensor<sup>229</sup>; IV) contraditório<sup>230</sup>; V) facilitador estranho ao caso<sup>231</sup>; VI) omnitemporalidade<sup>232</sup>; VII) justa causa, voluntariedade e proporcionalidade<sup>233</sup>; VIII) presunção de inocência em caso de

---

<sup>226</sup> “A narrativa faculta superar uma bifurcação imposta no modelo retributivo: castigar ou absolver. Como as relações humanas são muito mais complexas do que este binômio vertical, tem-se outras opções para os que se enxergam na sua transitória e real condição humana” (LIMA, p. 123).

<sup>227</sup> Resolução 2002/12 da ONU: “1. Programa de Justiça Restaurativa significa qualquer programa que use processos restaurativos e objetive atingir resultados restaurativos”. (ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS, 2012, s/n).

<sup>228</sup> Resolução 2002/12 da ONU: “2. Processo restaurativo significa qualquer processo no qual a vítima e ofensor, e, quando apropriado, quaisquer outros indivíduos ou membros da comunidade afetados por um crime, participam ativamente na resolução das questões oriundas do crime, geralmente com a ajuda de um facilitador. Os processos restaurativos podem incluir a mediação, a conciliação, a reunião familiar ou comunitária (conferencing) e círculos decisórios (sentencing circles)”. (ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS, 2012, s/n).

<sup>229</sup> Resolução 2002/12 da ONU: “3. Resultado restaurativo significa um acordo construído no processo restaurativo. Resultados restaurativos incluem respostas e programas tais como reparação, restituição e serviço comunitário, objetivando atender as necessidades individuais e coletivas e responsabilidades das partes, bem assim prover a reintegração da vítima e do ofensor”. (ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS, 2012, s/n).

<sup>230</sup> Resolução 2002/12 da ONU: “4. Partes significa a vítima, o ofensor e quaisquer outros indivíduos ou membros da comunidade afetados por um crime que podem estar envolvidos em um processo restaurativo”. (ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS, 2012, s/n).

<sup>231</sup> Resolução 2002/12 da ONU: “5. Facilitador significa uma pessoa cujo papel é facilitar, de maneira justa e imparcial, a participação das pessoas afetadas e envolvidas num processo restaurativo”. (ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS, 2012, s/n).

<sup>232</sup> Resolução 2002/12 da ONU: “6. Os programas de justiça restaurativa podem ser usados em qualquer estágio do sistema de justiça criminal, de acordo com a legislação nacional”. (ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS, 2012, s/n).

<sup>233</sup> Resolução 2002/12 da ONU: “7. Processos restaurativos devem ser utilizados somente quando houver prova suficiente de autoria para denunciar o ofensor e com o consentimento livre e voluntário da vítima e do ofensor. A vítima e ofensor podem revogar esse consentimento a qualquer momento,

superveniência de processo penal condenatório<sup>234</sup>; IX) isonomia ou igualdade materiais<sup>235</sup>; X) segurança dos envolvidos<sup>236</sup>; XI) subsidiariedade da jurisdição<sup>237</sup>; XII) legalidade<sup>238</sup>; XIII) pleno respeito às garantias do modelo constitucional de processo<sup>239</sup>; XIV) sigilo<sup>240</sup>; XV) formação da coisa julgada material<sup>241</sup>; XVI) imprestabilidade jurídica dos atos já praticados em caso de superveniência de processo penal condenatório<sup>242</sup>; XVII) encaminhamento à justiça comum em caso de

---

*durante o processo. Os acordos só poderão ser pactuados voluntariamente e devem conter somente obrigações razoáveis e proporcionais*. (ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS, 2012, s/n).

<sup>234</sup> Resolução 2002/12 da ONU: “8. A vítima e o ofensor devem normalmente concordar sobre os fatos essenciais do caso sendo isso um dos fundamentos do processo restaurativo. A participação do ofensor não deverá ser usada como prova de admissão de culpa em processo judicial ulterior”. (ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS, 2012, s/n).

<sup>235</sup> Resolução 2002/12 da ONU: “9. As disparidades que impliquem em desequilíbrios, assim como as diferenças culturais entre as partes, devem ser levadas em consideração ao se derivar e conduzir um caso no processo restaurativo”. (ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS, 2012, s/n).

<sup>236</sup> Resolução 2002/12 da ONU: “10. A segurança das partes deverá ser considerada ao se derivar qualquer caso ao processo restaurativo e durante sua condução”. (ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS, 2012, s/n).

<sup>237</sup> Resolução 2002/12 da ONU: “11. Quando não for indicado ou possível o processo restaurativo, o caso deve ser encaminhado às autoridades do sistema de justiça criminal para a prestação jurisdicional sem delonga. Em tais casos, deverão ainda assim as autoridades estimular o ofensor a responsabilizar-se frente à vítima e à comunidade e a apoiar a reintegração da vítima e do ofensor à comunidade”. (ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS, 2012, s/n).

<sup>238</sup> Resolução 2022/12 da ONU: “12. Os Estados membros devem estudar o estabelecimento de diretrizes e padrões, na legislação, quando necessário, que regulem a adoção de programas de justiça restaurativa. Tais diretrizes e padrões devem observar os princípios básicos estabelecidos no presente instrumento e devem incluir, entre outros: a) As condições para encaminhamento de casos para os programas de justiça restaurativos; b) O procedimento posterior ao processo restaurativo; c) A qualificação, o treinamento e a avaliação dos facilitadores; d) O gerenciamento dos programas de justiça restaurativa; e) Padrões de competência e códigos de conduta regulamentando a operação dos programas de justiça restaurativa”. (ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS, 2012, s/n).

<sup>239</sup> Resolução 2002/12 da ONU: “13. As garantias processuais fundamentais que assegurem tratamento justo ao ofensor e à vítima devem ser aplicadas aos programas de justiça restaurativa e particularmente aos processos restaurativos; a) Em conformidade com o Direito nacional, a vítima e o ofensor devem ter o direito à assistência jurídica sobre o processo restaurativo e, quando necessário, tradução e/ou interpretação. Menores deverão, além disso, ter a assistência dos pais ou responsáveis legais; b) Antes de concordarem em participar do processo restaurativo, as partes deverão ser plenamente informadas sobre seus direitos, a natureza do processo e as possíveis consequências de sua decisão; c) Nem a vítima e nem o ofensor deverão ser coagidos ou induzidos por meios ilícitos a participar do processo restaurativo ou a aceitar os resultados do processo”. (ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS, 2012, s/n).

<sup>240</sup> Resolução 2002/12 da ONU: “14. As discussões no procedimento restaurativo não conduzidas publicamente devem ser confidenciais, e não devem ser divulgadas, exceto se consentirem as partes ou se determinado pela legislação nacional”. (ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS, 2012, s/n).

<sup>241</sup> Resolução 2002/12 da ONU: “15. Os resultados dos acordos oriundos de programas de justiça restaurativa deverão, quando apropriado, ser judicialmente supervisionados ou incorporados às decisões ou julgamentos, de modo a que tenham o mesmo status de qualquer decisão ou julgamento judicial, precluindo ulterior ação penal em relação aos mesmos fatos”. (ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS, 2012, s/n).

<sup>242</sup> Resolução 2002/12 da ONU: “16. Quando não houver acordo entre as partes, o caso deverá retornar ao procedimento convencional da justiça criminal e ser decidido sem delonga. O insucesso do processo restaurativo não poderá, por si, ser usado no processo penal subsequente”. (ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS, 2012, s/n).

não cumprimento do acordo, sem prejuízo para o acusado<sup>243</sup>; XVIII) idoneidade dos facilitadores<sup>244</sup>; XIX) acompanhamento e aprimoramento contínuos dos programas de justiça restaurativa<sup>245</sup>; XX) pleno respeito aos direitos fundamentais<sup>246</sup>.

Dentre as práticas restaurativas, a primeira e mais importante indubitavelmente é o apoio à vítima, que deve ser oferecido independentemente da presença do ofensor. Muito mais do que a prisão e eventual condenação do agressor, é o apoio à vítima que demonstra, não apenas à pessoa agredida, mas também a seus familiares e à comunidade como um todo, que existe preocupação e interesse na mitigação das consequências do crime (ACHUTTI, 2016).

Em um segundo momento, deve-se providenciar a interação - preferencialmente face a face -, entre a vítima e o agressor, sob a supervisão de um facilitador capacitado para conduzir o encontro. Nessa fase, a interação poderá acontecer sob as formas de mediações vítima-agressor, conferências restaurativas, círculos de sentença e cura, comitês de paz ou conselhos de cidadania (ACHUTTI, 2016).

---

<sup>243</sup> Resolução 2002/12 da ONU: “17. A não implementação do acordo feito no processo restaurativo deve ensejar o retorno do caso ao programa restaurativo, ou, se assim dispuser a lei nacional, ao sistema formal de justiça criminal para que se decida, sem demora, a respeito. A não implementação de um acordo extrajudicial não deverá ser usado como justificativa para uma pena mais severa no processo criminal subsequente”. (ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS, 2012, s/n).

<sup>244</sup> Resolução 2002/12 da ONU: “18. Os facilitadores devem atuar de forma imparcial, com o devido respeito à dignidade das partes. Nessa função, os facilitadores devem assegurar o respeito mútuo entre as partes e capacitá-las a encontrar a solução cabível entre elas. 19. Os facilitadores devem ter uma boa compreensão das culturas regionais e das comunidades e, sempre que possível, serem capacitados antes de assumir a função”. (ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS, 2012, s/n).

<sup>245</sup> Resolução 2002/12 da ONU: “20. Os Estados membros devem buscar a formulação de estratégias e políticas nacionais objetivando o desenvolvimento da justiça restaurativa e a promoção de uma cultura favorável ao uso da justiça restaurativa pelas autoridades de segurança e das autoridades judiciais e sociais, bem assim em nível das comunidades locais. 21. Deve haver consulta regular entre as autoridades do sistema de justiça criminal e administradores dos programas de justiça restaurativa para se desenvolver um entendimento comum e para ampliar a efetividades dos procedimentos e resultados restaurativos, de modo a aumentar a utilização dos programas restaurativos, bem assim para explorar os caminhos para a incorporação das práticas restaurativas na atuação da justiça criminal. 22. Os Estados membros, em adequada cooperação com a sociedade civil, deve promover a pesquisa e a monitoração dos programas restaurativos para avaliar o alcance que eles têm em termos de resultados restaurativos, de como eles servem como um complemento ou uma alternativa ao processo criminal convencional, e se proporcionam resultados positivos para todas as partes. Os procedimentos restaurativos podem ser modificados na sua forma concreta periodicamente. Os Estados membros devem por isso estimular avaliações e modificações de tais programas. Os resultados das pesquisas e avaliações devem orientar o aperfeiçoamento do gerenciamento e desenvolvimento dos programas”. (ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS, 2012, s/n).

<sup>246</sup> Resolução 2002/12 da ONU: “23. Nada que conste desses princípios básicos deverá afetar quaisquer direitos de um ofensor ou uma vítima que tenham sido estabelecidos no Direito Nacional e Internacional”. (ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS, 2012, s/n).

A mediação vítima-ofensor é o encontro exclusivamente entre as pessoas diretamente envolvidas no conflito, intermediado por um facilitador, no qual se busca uma reparação ou compensação pelo dano causado. Na mediação o facilitador não deve sugerir qualquer forma de composição, limitando-se a viabilizar o diálogo entre as partes. De acordo com a literatura especializada, a mediação é uma prática restaurativa limitada, na medida em que envolve apenas as pessoas diretamente afetadas pelo delito (autor e vítima), deixando de fora os indivíduos indiretamente envolvidos (*v.g.* a família ou a comunidade) (ACHUTTI, 2016).

As conferências restaurativas, por seu turno, possuem uma abrangência subjetiva mais alargada que a mediação, pois incluem nos encontros alguns membros das comunidades às quais pertencem a vítima e o autor (ACHUTTI, 2016).

Os círculos de sentença e cura – inspirados em práticas restaurativas dos povos indígenas do Canadá e dos EUA -, envolvem toda a comunidade afetada pelo delito, caracterizando um processo deliberativo complexo e demorado, que pode demandar vários encontros. Pressupõem comunidades com fortes vínculos identitários, tais como as tribos indígenas, e por isso possuem pouca eficácia em contextos sociais altamente segmentados e especializados como os da vida urbana em metrópoles (ACHUTTI, 2016)

Como o próprio nome indica, os comitês de paz visam a pacificação da comunidade, ou seja, a resolução de problemas cuja abrangência subjetiva é mais ampla, envolvendo a comunidade em sua integralidade, *v.g.* os moradores de um condomínio, de um bairro ou mesmo de uma cidade. Além disso, os comitês de paz têm uma preocupação preventiva, lidando com conflitos antes que eles evoluam para o crime ou antes de serem etiquetados como crime pelas agências de persecução penal (ACHUTTI, 2016).

Por fim, os conselhos de cidadania são encontros com pessoas já condenadas por pequenos delitos, e visam conscientizá-los sobre a necessidade de mitigação dos danos decorrentes do delito, ainda que por meio de pequenos gestos, como um pedido de desculpas ou prestação de serviços à comunidade (ACHUTTI, 2016).

No minimalismo essas práticas constituem a *prima ratio* do controle social formal, razão pela qual a solução sacrificial deve ser relegada a um segundo plano, acionável apenas naqueles casos excepcionais em que o mútuo entendimento entre os envolvidos se mostrar inviável. Para todos os outros casos, a preferência deverá recair sobre formas de solução de conflitos que priorizem a restauração do dano



suportado pela vítima mediante um acordo firmado entre esta última e o agressor – ou seja, a justiça restaurativa.

### 5.2.2.1 Operacionalização da justiça restaurativa

A justiça restaurativa é ontologicamente distinta do processo penal sacrificial e assim deve permanecer. Ela não pode se deixar contaminar pelo dialeto penal, pela linha de montagem burocratizada da Justiça tradicional, pela seleção de fatos e argumentos relevantes por parte de profissionais especializados na subtração de conflitos, pela rigidez dos procedimentos, pela uniformidade das soluções, enfim, por tudo que faz o processo penal ser o que ele é. A fim de se conservar a justiça restaurativa a salvo dessas pulsões sacrificiais, o melhor parece ser mantê-la a uma distância prudente – que a conserve essencialmente distinta – do processo penal. Para tanto, o ímpeto de regulamentar de maneira pormenorizada a justiça restaurativa – a exemplo do que sucede com o processo penal – deve ser contido. O processo penal para ser *phármakon*-remédio precisa constituir-se como uma estrutura normativa de atos jurídicos legalmente previstos e concatenados. Já a justiça restaurativa, precisamente para não se confundir com o processo penal, precisa evitar a todo custo uma semelhante estruturação normativa.

De conseguinte, os esforços para implementar a justiça restaurativa devem abandonar a pretensão de legislar sobre a matéria – o que a transformaria em assunto de juristas, tornando-a análoga ao processo penal, em uma espécie de “processualização” de todo indesejada -, e aproveitar as aberturas semânticas da legislação já vigente.

Dentre as possibilidades legais à disposição da justiça restaurativa, a mais evidente diz respeito à prática de atos infracionais por adolescentes, uma vez que o Estatuto da Criança e do Adolescente prevê, no rol das medidas socioeducativas, a obrigação de reparar o dano e a prestação de serviços à comunidade.<sup>247</sup> Todavia, discorrer sobre o microssistema de justiça voltado à criança e ao adolescente excederia muito os limites do presente trabalho, cujo propósito é se ater

---

<sup>247</sup> Lei 8.069/1990 (Estatuto da Criança e do Adolescente): “Artigo 112. Verificada a prática de ato infracional, a autoridade competente poderá aplicar ao adolescente as seguintes medidas: I – advertência; II – obrigação de reparar o dano; III – prestação de serviços à comunidade; IV – liberdade assistida; V – inserção em regime de semi-liberdade; VI – internação em estabelecimento educacional; VII – qualquer uma das previstas no art. 101, I a VI”. (BRASIL, 1994, p. 1022).

exclusivamente à persecução penal - referindo-se, portanto, às situações problemáticas que envolvem exclusivamente autores adultos.

No universo menos flexível da justiça para adultos, a composição civil dos danos<sup>248</sup> - prevista na Lei 9.099/1995 exclusivamente para as infrações penais de menor potencial ofensivo -, pode permitir a realização de práticas restaurativas nas contravenções penais e nos crimes cuja pena máxima cominada não ultrapasse dois anos. Para que nesses casos a justiça restaurativa alcance um número expressivo de situações problemáticas, é indispensável que os operadores jurídicos com atuação nos juizados especiais (I) superem o entendimento segundo o qual a composição civil não extingue a punibilidade nos crimes de ação penal de iniciativa pública incondicionada e (II) reconheçam a inexistência de interesse processual em qualquer caso no qual os danos tenham sido civilmente compostos. Do contrário, a justiça restaurativa será viável apenas em um número muito restrito de situações criminalizáveis, a saber, os crimes de ação penal privada ou pública condicionada à representação, e desde que a pena máxima cominada não seja superior a 2 anos.

É curial ressaltar que o emprego de práticas restaurativas nas infrações penais de menor potencial ofensivo em hipótese alguma poderá significar que a facilitação dessas práticas ficará a cargo dos profissionais atuantes nos juizados especiais. Isso porque os juizados especiais criminais foram completamente colonizados pela lógica da justiça penal como linha de montagem, denunciada por Louk Hulsman e já discutida neste capítulo.

Mormente nos grandes centros urbanos, os juizados especiais criminais são imensos salões subdivididos em baias. Em cada uma dessas baias pretensos facilitadores – geralmente estudantes dos períodos iniciais do curso de Direito, sem a mínima capacitação em mediação e/ou conciliação -, ficam a postos para perguntar se os envolvidos na situação problemática aceitam uma suposta solução consensual da controvérsia, mas que via de regra tem que estar conforme um rol de soluções

---

<sup>248</sup> Lei 9.099/1995: “Art. 72. Na audiência preliminar, presente o representante do Ministério Público, o autor do fato e da vítima e, se possível, o responsável civil, acompanhados por seus advogados, o Juiz esclarecerá sobre a possibilidade da composição dos danos e da aceitação da proposta de aplicação imediata de pena não privativa de liberdade. Art. 73. A conciliação será conduzida pelo Juiz ou por conciliador sobre sua orientação. Parágrafo único. Os conciliadores são auxiliares da Justiça, recrutados, na forma da lei local, preferentemente entre bacharéis em Direito, excluídos os que exerçam funções na administração da Justiça Criminal. Art. 74. A composição dos danos civis será reduzida a escrito e, homologada pelo Juiz mediante sentença irrecorrível, terá eficácia de título a ser executado no juízo civil competente. Parágrafo único. Tratando-se de ação penal de iniciativa privada ou de ação penal de pública condicionada à representação, o acordo homologado acarreta a renúncia ao direito de queixa ou representação”. (BRASIL, 1995, p. 1677).

previamente elaborado pelo Ministério Público e/ou pelo Juiz. A ideia subjacente é, basicamente, forçar um “acordo” (que mais se parece com a subscrição de um contrato de adesão) no menor tempo possível, para na sequência apregoar as partes do caso seguinte - que será tratado exatamente da mesma forma que o caso anterior. O objetivo único e exclusivo é desafogar o Judiciário, e não solucionar conflitos. É com razão, portanto, que Salo de Carvalho afirma que nos juizados especiais o envolvimento das partes foi *“sequestrado pelos atores do sistema punitivo que, sem dar qualquer chance à construção de uma rota alternativa, reproduziram a forma mentis traçada pela ciência (dogmática) penal e reafirmada nas práticas punitivas (CARVALHO, 2017, p. 213).*

A impossibilidade de equiparar o que se faz nos juizados especiais criminais às práticas restaurativas parece ser consenso na literatura jurídica especializada. Esse é, por exemplo, o diagnóstico de Leonardo Sica, para quem as formas compositivas previstas na Lei 9.099/1995 *“não podem ser incluídas nos conceitos de justiça restaurativa e mediação” (SICA, 2007, p. 227),* uma vez que *“foram concebidas apenas para obter um resultado célere e instrumentalizadas mais como formas mitigadas de punição do que de ampliação dos espaços de consenso” (SICA, 2007, p. 227).* Segundo o autor

(...) sequer o almejado efeito deflativo foi alcançado: a lei 9.099/95 apenas deslocou o acúmulo de processos de um setor para outro do sistema judiciário, repetindo no ‘novo’ espaço a ineficiência crônica do antigo. Ocorreu que as varas criminais passaram a dar conta de uma delituosidade antes resolvida por ‘processos informais de mediação’ (GHIRINGHELLI DE AZEVEDO, 2000, p. 136) na polícia ou mesmo entre as partes e, ainda, levaram à justiça criminal situações que não apresentam dignidade penal (SICA, 2007, p. 227).

Leonardo Sica conclui, com acerto, que

(...) os juizados especiais criminais pouco contribuíram para a remodelação do paradigma arcaico da justiça penal, não trouxeram nenhum progresso no campo da resolução de conflitos e, mesmo em relação ao objetivo utilitário de celeridade e desobstrução do sistema de justiça, não se verificaram resultados expressivos (SICA, 2007, p. 227/228).

Na visão de Daniel Achutti os pontos negativos dos juizados especiais criminais são os seguintes:

(...) (i) a importância dos mecanismos conciliatórios foi negligenciada, com a consequente ausência de qualquer diálogo entre vítima e ofensor; (ii) houve um descuido acentuado em relação aos interesses da vítima, com foco voltado ao acusado, especialmente através do amplo uso da transação penal; (iii) a sobreposição dos atores jurídicos em relação às partes é notória, com predominância do uso da linguagem técnica; e (iv) quase não se verificam conciliações nos casos concretos, o que não colabora para a solução efetiva do conflito que envolve as partes (ACHUTTI, 2016, posição 2798).

Portanto, afirma-se a necessidade da justiça restaurativa para os casos de competência dos juizados especiais, mas não a competência desses juizados para facilitar práticas restaurativas.

A Lei 9.099/1995 ainda oferece abertura semântica para a operacionalização da justiça restaurativa em crimes um pouco mais graves que as infrações penais de menor potencial ofensivo. Com efeito, ela dispõe em seu artigo 89<sup>249</sup> que nos crimes cuja pena mínima cominada não for superior a um ano, o processo penal poderá ser suspenso, à condição de (i) o dano ser reparado; (ii) ficar o acusado proibido de frequentar determinados lugares; (iii) proibido de ausentar-se da comarca sem autorização do juiz; (iv) comparecer mensalmente em juízo, para informar e justificar suas atividades.

Sustenta-se aqui que, havendo o desejo dos envolvidos em se engajarem em alguma prática restaurativa, a vítima está em melhores condições de quantificar o dano do que o juiz – ainda que eventualmente este último seja auxiliado por perícia. Pode, inclusive, dar-se o caso de a vítima contentar-se com uma reparação a menor ou mesmo com uma prestação alternativa cujo legalismo do processo penal sacrificial não admite.

---

<sup>249</sup> Lei 9.099/1995: “Art. 89. Nos crimes em que a pena mínima cominada for igual ou inferior a um ano, abrangidas ou não por esta lei, o Ministério Público, ao oferecer a denúncia, poderá propor a suspensão do processo, por dois a quatro anos, desde que o acusado não esteja sendo processado ou não tenha sido condenado por outro crime, presentes os demais requisitos que autorizam a suspensão condicional da pena (artigo 77 do Código Penal). § 1º Aceita a proposta pelo acusado e seu defensor, na presença do Juiz, este, recebendo a denúncia, poderá suspender o processo, submetendo o acusado a período de prova, sob as seguintes condições: I – reparação do dano, salvo impossibilidade de fazê-lo; II – proibição de frequentar determinados lugares; III – proibição de ausentar-se da comarca onde reside, sem autorização do Juiz; IV – comparecimento pessoal e obrigatório a juízo, mensalmente, para informar e justificar suas atividades. § 2º O juiz poderá especificar outras condições a que fica subordinada a suspensão, desde que adequadas ao fato e à situação pessoal do acusado. § 3º A suspensão será revogada se, no curso do prazo, o beneficiário vier a ser processado por outro crime ou não efetuar, sem motivo justificado, a reparação do dano. § 4º A suspensão poderá ser revogada se o acusado vier a ser processado, no curso do prazo, por contravenção, ou descumprir qualquer outra condição imposta. § 5º Expirado o prazo sem revogação, o Juiz declarará extinta a punibilidade. § 6º Não correrá a prescrição durante o prazo de suspensão do processo. § 7º Se o acusado não aceitar a proposta prevista neste artigo, o processo prosseguirá em seus ulteriores termos”. (BRASIL, 1995, p. 1679).

É de se grifar com traço forte, porém, o extremo cuidado que se há de ter para que eventuais práticas restaurativas implementadas com espeque no artigo 89 da Lei 9.099/1995 não acabem por incrementar a “caixa de ferramentas” do poder punitivo.<sup>250</sup> Nesse diapasão, a ausência de um acordo restaurativo não poderá significar a impossibilidade de, na sequência, o Ministério Público oferecer e o Juízo homologar a suspensão condicional do processo, nos termos da lei 9.099/1995. Se não for assim, haverá sempre o risco de a justiça restaurativa assemelhar-se à vingança privada, pois uma vítima mal-intencionada poderia simular interesse na restauração e em seguida recusar o acordo, inviabilizando assim a fruição da suspensão condicional do processo pelo acusado.

Por fim, considera-se que o arrependimento posterior – previsto no artigo 16 do Código Penal<sup>251</sup> -, representa uma derradeira abertura semântica da legislação vigente à justiça restaurativa. Consoante este instituto, se até o recebimento da denúncia o autor reparar o dano ou restituir a coisa sobre a qual recaiu a sua conduta, e desde que ausentes a violência ou a grave ameaça, a pena a ser aplicada ao final do processo poderá ser consideravelmente reduzida (de um a dois terços). Se por um lado o arrependimento posterior tem efeitos menos substanciais que a composição civil e a suspensão condicional do processo – haja vista não implicar a extinção da punibilidade, mas apenas um decréscimo da pena -, por outro lado o instituto possui uma abrangência consideravelmente superior à dos outros, pois não encontra limitação nas quantidades mínimas ou máximas de penas cominadas. Se a ação foi praticada sem emprego de violência ou grave ameaça, independentemente da quantidade de pena prevista em lei, as práticas restaurativas serão em tese admitidas.

Nesse diapasão, crimes para os quais são previstas penas consideráveis – a exemplo do furto qualificado ou majorado, da apropriação indébita majorada, do estelionato majorado, da receptação qualificado, etc. –, também poderiam ser encaminhados à justiça restaurativa.

Para a implementação de práticas restaurativas fundadas na abertura semântica mais abrangente que o arrependimento posterior viabiliza, será essencial que a autoridade policial responsável pela investigação informe ao imputado sobre o

---

<sup>250</sup> Sobre o tema, *vide* tópico seguinte.

<sup>251</sup> Código Penal: “Art. 16. Nos crimes cometidos sem violência ou grave ameaça à pessoa, reparado o dano ou restituída a coisa, até o recebimento da denúncia ou da queixa, por ato voluntário do agente, a pena será reduzida de um a dois terços”. (BRASIL, 1940, p. 534).

instituto, seus requisitos (ausência de violência ou grave ameaça, voluntariedade e reparação do dano ou restituição da coisa antes do recebimento da denúncia) e efeitos (redução da pena de um a dois terços). Se o imputado manifestar interesse em reparar o dano, a autoridade policial deverá então entrar em contato com a vítima, e se esta última também se interessar pela reparação, o caso deverá ser encaminhado à justiça restaurativa.

Se o representante do Ministério Público constatar, pelos autos do inquérito, que a autoridade policial não procedeu da forma descrita no parágrafo anterior, o Ministério Público deverá, antes de oferecer a denúncia, entrar em contato com o imputado para informá-lo sobre a possibilidade de restauração do dano, bem como sobre as consequências jurídicas da reparação. Se o imputado se interessar pela reparação, a vítima deverá então ser consultada. Havendo o interesse de ambos, o caso deverá ser encaminhado à justiça restaurativa.

Gize-se que a expressa informação dos envolvidos sobre a existência do instituto jurídico do arrependimento posterior, seguida do questionamento sobre o interesse em se engajar em alguma prática restaurativa, não tem o condão de por si só afastar o requisito da voluntariedade, expressamente previsto no artigo 16 do Código Penal. Voluntário é o ato praticado sem coações de qualquer natureza, o que não se confunde com o ato praticado com ausência de informações relevantes. Nesse sentido, a plena informação caracteriza-se como condição de possibilidade do ato voluntário, e a desinformação (ou a omissão da informação) como sub-reptícia forma de coação.

Não se pode esquecer, porém, que os institutos jurídicos adrede analisados (composição civil, suspensão condicional do processo e arrependimento posterior) não foram idealizados e nem positivados em um (ou para um) contexto no qual a justiça restaurativa fosse uma realidade consolidada e em plena operação. Pelo contrário, está se falando aqui em aberturas semânticas da legislação vigente – isto é, em encontrar, nos interstícios do ordenamento jurídico, possibilidades de utilização contra-hegemônica (constritiva do poder punitivo) do Direito positivo, em espécie daquilo que Nilo Batista designou como “*metodologia guerrilheira*” (BATISTA, 2015, p. 17) para se referir à obra de Salo de Carvalho (CARVALHO, 2015), na qual a tese livremente se inspira.

Uma vez que a composição civil, a suspensão condicional do processo e o arrependimento posterior – embora se referindo, todos eles, à reparação do dano -,

não foram pensados tendo-se em mente a justiça restaurativa, a operacionalização de práticas restaurativa fundadas nesses institutos certamente enfrentará alguns obstáculos legais. A princípio, o mais relevante deles é a inexistência de previsão de legal de suspensão do prazo prescricional no curso das práticas restaurativas. Em razão disso, as práticas restaurativas serão conduzidas em um contexto razoavelmente adverso em função da pressão do tempo. Isso porque as agências da persecução penal dificilmente dariam o indispensável apoio à justiça restaurativa se dentre os seus resultados prováveis estiver a extinção da punibilidade em razão da prescrição.

Destarte – e apesar de que o ideal seria que a eventual realização de acordo compositivo fosse regida por uma temporalidade própria, vinculada não aos prazos legais, mas às necessidades dos envolvidos -, será indispensável que os operadores do sistema sacrificial de justiça (autoridades policiais, promotores e juízes) indiquem às equipes dos centros de justiça restaurativa os prazos dentro dos quais as práticas restaurativas deverão ser levadas a cabo. Reconhece-se, outrossim, que no melhor dos mundos as coisas não deveriam ser assim – isto é, que a fixação de prazos rígidos sempre oferecerá riscos de contaminação da justiça restaurativa pela lógica da eficiência que caracteriza a justiça sacrificial operada como linha de montagem -, mas aqui a convicção deve ceder lugar ao pragmatismo, pois se não for assim a justiça restaurativa dificilmente contará com a indispensável adesão dos atores jurídicos. Diz-se isso porque se a justiça restaurativa for associada com a morosidade e a ineficiência de um Judiciário cujos passos já são percebidos como de cágados – ou, pior, com a prescrição do poder punitivo, tema esse que está a receber diuturnas abordagens midiáticas sensacionalistas e desinformadas -, dificilmente ela se firmará como uma alternativa viável à justiça sacrificial.

#### *5.2.2.2 Os limites da justiça restaurativa*

A despeito das inúmeras vantagens do modelo restaurativo - em comparação com o tradicional modelo punitivo-sacrificial, que desfigura e mortifica, sem, via-de-regra, reparar o dano e nem dirimir o conflito -, é forçoso reconhecer que a justiça restaurativa (ainda) é um modelo demasiado limitado de enfrentamento das situações criminalizáveis, o que recomenda cautela na sua adoção, mormente se o objetivo for deflacionar o sistema penal. Em razão disso, há que se ter cuidado para não se criar

novos instrumentos de expansão da rede de controle social, a exemplo do que aconteceu com a lei dos juizados especiais (Lei 9.099/1995), com a lei das penas alternativas (Lei 9.714/1998) e com a lei das medidas cautelares diversas da prisão (Lei 12.403/2011) - que, a despeito das boas intenções declaradas, mostraram-se incapazes de conter o encarceramento em massa, em curso no Brasil pelo menos desde a década de 90 do século passado (CARVALHO, 2017).

É salutar, portanto, o alerta de Salo de Carvalho quando diz – com espeque em Massimo Pavarini -, que a justiça restaurativa não pode servir para incrementar a “caixa de ferramentas” do sistema penal (CARVALHO, 2017). Segue, por ser exemplar, a advertência de Pavarini, veiculada em obra escrita em coautoria com André Giamberardino:

(...) ainda assim convém questionar, preliminarmente, sobre qual a razão estrutural de tal processo de recuperação do sistema de justiça formal e da justiça penal em relação à realidade informal que crescera à sua volta, para além das fronteiras da legalidade. Pode-se mencionar ao menos uma: a compreensão da experiência como recurso útil para um processo de racionalização, no sentido de que a experiência da mediação, se e enquanto institucionalizada, poderia enriquecer a ‘caixa de ferramentas’ com a qual opera o sistema de justiça penal, especialmente diante das disfuncionalidades das modalidades tradicionais de gestão dos conflitos (Pavarini; Giamberardino, 2018, p. 88).

E prosseguem os autores a recomendar prudência:

(...) o enriquecimento da tal ‘caixa de ferramentas’ foi, por exemplo, censurado como uma ampliação da rede de controle penal, como inclusão na área da criminalização secundária do que ali não estaria caso não existissem tais processos; já o objetivo deflativo – em regra mais presumido que real – foi contestado porque orientado principalmente à definição de uma justiça menor, como justiça fragilizada e de segundo nível; e enfim, a inclusão de práticas mediatórias no sistema de justiça penal foi considerado capaz de favorecer a ‘jurisdicização’ das relações sociais, operando assim em prol de uma relegitimação do próprio sistema judiciário e favorecendo o incremento do domínio da regulamentação de tipo jurídico (PAVARINI; GIAMBERARDINO, 2018, p. 88/89).<sup>252</sup>

---

<sup>252</sup> Os autores sustentam ainda que “*não há dúvidas de que se a experiência originária da mediação social pode se revelar ocasionalmente como capaz de sustentar uma construção social diversa do pânico, através da utilização de um vocabulário não punitivo na solução dos conflitos, tal possibilidade haveria de ser cuidadosamente preservada e cultivada. Infelizmente, no momento em que ela é atraída pelo sistema de justiça penal, corre o risco de perder em parte a sua virtude, na medida em que sua linguagem alternativa acaba sendo irremediavelmente incluída e homologada por aquela do sistema de justiça criminal*” (PAVARINI; GIAMBERARDINO, 2018, p. 89/90).



Não obstante as críticas e advertências, Massimo Pavarini e André Giamberardino reconhecem na justiça restaurativa o mérito de romper com aquela lógica que a tese vem designando como sacrificial-punitiva.<sup>253</sup> A partir desse prisma os autores concluem que não se deve ser demasiadamente otimista quanto às possibilidades da justiça restaurativa - que em hipótese alguma pode ser considerada como o ponto de chegada na navegação rumo ao abolicionismo, mas tão somente como um porto onde momentaneamente ancorar o barco.<sup>254</sup>

Se é assim, então é preciso saber quais ventos e marés turbam as águas desse ancoradouro.

Um primeiro limite da justiça restaurativa decorre da voluntariedade que lhe é inerente. A literatura jurídica especializada é praticamente unânime em reconhecer que a vontade livre e bem informada dos envolvidos é condição *sine qua non* das práticas restaurativas, de modo que vítima e ofensor devem optar, em um contexto não coativo, pelo engajamento em um processo restaurativo (SICA, 2007; ACHUTTI, 2016). Todavia, são incontáveis as razões pelas quais uma pessoa pode preferir a gestão do conflito pelo modelo tradicional, via processo penal de tipo sacrificial.

Desde a perspectiva da vítima, as práticas restaurativas podem reavivar dores a muito custo adormecidas, com as quais não se deseja lidar. E também não se pode descurar da já referida dimensão ética da vingança, pela qual o Eu da pessoa violentada se reconstitui mediante a inflição de dor ao agressor. Nesses casos, a tendência da vítima será considerar a reparação do dano como uma resposta demasiado suave ao mal que o agressor lhe causou.

---

<sup>253</sup> “Sem recair em entusiasmos ingênuos, é preciso sempre reconhecer que também a mediação incluída no sistema de justiça criminal traz algo de novo e de diferente, talvez incapaz de alterar o sistema, mas certamente contribuindo para a superação de velhos dogmas. Recentemente, Shearing observou corretamente como a insatisfação em relação aos dois grandes paradigmas da pena – retributivo e preventivo - reside exatamente em seu olhar parcial: o retributivo, todo voltado ao passado, fechado apenas na consideração do fato histórico ‘crime’, e o preventivo, com olhos unicamente ao futuro, imerso na crença de poder impedir novos crimes. Com efeito, o paradigma da justiça restaurativa emerge com um campo de visão mais amplo. Pede às partes em conflito que reconsiderem o passado, que busquem o sentido de um fato histórico que rompeu determinado equilíbrio; mas pede também que superem juntas tal fratura, caminhando mais serenamente rumo ao futuro” (PAVARINI; GIAMBERARDINO, 2018, p. 90).

<sup>254</sup> “Que fique claro: tudo isso não induz ao otimismo segundo o qual a justiça restaurativa representaria um ponto de chegada na busca por uma nova modalidade de punição funcional e culturalmente compatível com um Estado Social de direito, uma vez que foram definitivamente deixadas para trás as justificativas de tipo retributivo e reeducativo. Nada definitivo, portanto, mas sem deixar de ser um porto a se ancorar o barco, momentaneamente, a fim de prosseguir nas pesquisas” (PAVARINI; GIAMBERARDINO, 2018, p. 90).

De acordo com Edson Passetti, essa crença de que um mal se paga com outro mal, de igual ou maior intensidade, é reforçada por uma espécie de circuito social da violência que ele denominou de sociabilidade autoritária – e que é a principal característica da socialização no Ocidente. Na sociabilidade autoritária, o indivíduo é ora soberano e ora súdito, a depender da interação social na qual ele está momentaneamente engajado. Quando o indivíduo for soberano, se sentirá autorizado a valer-se da violência; quando for súdito, se sentirá constrangido a submeter-se a ela (PASSETTI, 2003):

(...) sabemos que a maneira pela qual os costumes se reafirmam modernamente está na continuidade da soberania levada a cabo pelos súditos. A sociabilidade autoritária que se instituiu criou uma verdade que se pretende inquestionável: em algum momento cada indivíduo de direito é um soberano. Pais e mães sobre os filhos, marido sobre a esposa, professor sobre os alunos, líder sobre seus seguidores, carcereiros sobre presos, chefe sobre subordinados, representantes sobre representados, governos sobre seus súditos, estas são algumas das múltiplas maneiras pelas quais, pelo menos uma vez ao dia, cada um se vê como centro de poder (PASSETTI, 2003, p. 231/232)

Na sociabilidade autoritária, a violência sofrida hoje catalisa a violência que se praticará amanhã:

(...) violentados são assujeitados numa sociabilidade autoritária que deles dispõe, dependendo das circunstâncias, como vítima ou agressor. É um círculo que não se fecha com a pena jurídica, porque a criança violentada de hoje poderá se transformar no violentador na infância, juventude ou vida adulta, da mesma maneira que a mulher subalternizada pelo marido tende a transferir os fluxos de ódio para o filho, e o marido, súdito no trabalho, pode desvencilhar-se destas energias por meio de violências no corpo da mulher e/ou dos filhos. São apenas metamorfoses simultâneas de violentadores em violentados por uma educação autoritária (PASSETTI, 2003, p. 158).

Em suma, os vínculos de soberania e submissão se expandem em uma rede de relações sociais autoritárias – apreendidas desde a infância, na família, na escola, na igreja, com os vizinhos, etc. -, que conformam uma sociabilidade autoritária que reconhece, reproduz e naturaliza o castigo. Não se pode, portanto, estranhar que quem, quando criança, é castigado pela família, quando adolescente, é castigado na escola, e quando adulto, é castigado no trabalho, não consiga abrir mão do castigo quando se sentir vítima de um crime.

Deixando de lado a vítima, não se pode ignorar a observação de Nils Christie, segundo a qual muitos agressores entram em pânico diante da possibilidade de terem

que encarar suas vítimas; preferindo, sem pestanejar, o processo penal (CHRISTIE, 2011). Outrossim, o processo penal tradicional continuará conservando sua importância “*pois sempre que o acusado afirme sua inocência, que discuta determinados pontos da acusação, ou que não mostre interesse na reparação e no acordo de compensação autor-vítima*” (SANTANA; PIEDADE, 2017, p. 145), não se delinearão possibilidades de acordo. Ademais, os implicados são livres para se retirarem das práticas restaurativas e eventualmente tais práticas não resultarão em acordo ou não terão o acordo cumprido. Em todas essas hipóteses, o caso haverá de ser resolvido pelas vias ordinárias.

Um segundo limite da justiça restaurativa diz respeito à inexistência de sentimentos de comunidade nas metrópoles e cidades de grande e médio porte brasileiras. Segundo Leonardo Sica, a justiça restaurativa se prestaria precisamente a reforçar os laços sociais em tais localidades, reavivando as relações comunitárias pelo aproveitamento das oportunidades de integração que os conflitos proporcionam (SICA, 2007). No entanto, a experiência estrangeira parece demonstrar que a justiça restaurativa teve origem e se consolidou em locais onde os sentimentos de pertencimento a uma comunidade já eram fortes. Essa constatação está, inclusive, presente no trabalho do próprio Sica, para quem as práticas restaurativas orientais possuem “*íntimas ligações com mecanismos de resolução de conflitos encontrados em tradições atávicas dos antigos povos*” (SICA, 2007, p. 21). Quanto ao Ocidente, Sica explica que no Canadá as práticas restaurativas “*originaram-se dos tradicionais métodos aborígenes de resolução dos conflitos, com o envolvimento comunitário e a implementação de soluções holísticas*” (SICA, 2007, p. 23). Sobre a Nova Zelândia e a Austrália, diz o autor:

(...) na Nova Zelândia, país referência neste tema, a justiça restaurativa desenvolveu-se depois de décadas de insatisfação com o tratamento oferecido aos menores autores de delitos, especialmente aqueles com formação maori, o que levou à introdução do *Children, Young Persons and Their Families Act*, que mudou radicalmente os princípios e o processo da justiça de menores no país. O *Act* objetivou incluir elementos das práticas tradicionais maori de resolução de conflitos, principalmente o envolvimento direto, na resolução do problema criado pelo ‘crime’, de ofensor, vítima e seus familiares ou apoiadores, com o objetivo de ‘curar’ ou ‘sanear’ o dano causado pela ofensa (STRANG, 2001). Neste cenário, o mecanismo pelo qual tais práticas foram implementadas foi o *Family Group Conference*. Depois de uma década de experiência com jovens, agora a Nova Zelândia está estendendo os programas restaurativos à justiça penal comum, seguindo a Austrália o mesmo caminho (SICA, 2007, p. 23/24).

Informa ainda o autor:

(...) De outro lado, as origens dos recentes movimentos de justiça restaurativa na Nova Zelândia e no Canadá estão ligadas à valorização dos modelos de justiça dos povos indígenas que habitam aqueles territórios desde tempos remotos (o povo maori no primeiro e os aborígenes as *First Nations* no segundo (SICA, 2007, p.22).

Afigura-se, portanto, precipitado pretender reavivar as relações comunitárias com a justiça restaurativa. Isso porque a preexistência de substanciais relações comunitárias parece ser uma condição – e não uma consequência -, das práticas restaurativas.

É pela força dessa constatação - e visando sempre maximizar as chances de sucesso de um modelo não sacrificial de enfrentamento às situações criminalizáveis -, que se sustenta que a justiça restaurativa deve ser gradualmente implementada, iniciando-se por locais onde o sentimento de comunidade de fato existe, tais como aldeias indígenas, assentamentos rurais, distritos urbanos e pequenos municípios. Apenas em um segundo momento - após criterioso processo de aprendizagem com os erros e acertos das práticas restaurativas nessas comunidades em que os laços sociais e a ideia de pertencimento comunitário são de fato sólidos -, é que se poderá cogitar a progressiva e cautelosa expansão da justiça restaurativa para cidades de médio e grande porte.

Um terceiro limite das práticas restaurativas consiste no fato de que seus principais entusiastas partem de uma premissa que é equivocada em uma substancial quantidade de situações criminalizáveis. A afirmação de que o crime, antes de ser uma violação à lei do Estado, é um conflito entre vítima e agressor, um esgarçamento das relações sociais entre dois ou mais seres humanos, não se sustenta diante de um rol cada vez maior de tipos penais que prescindem de vítimas determinadas e/ou determináveis. É o caso do tráfico de drogas, dos crimes ambientais, dos crimes contra a administração pública, dos crimes licitatórios, dos crimes tributários, dos crimes de associação, etc.

Note-se que a advertência sobre esse terceiro limite pode ser reconduzida ao próprio Nils Christie, para quem um caso especial de indispensabilidade do processo penal é justamente o dos crimes sem vítima (CHRISTIE, 2011). Mesmo que para essas hipóteses se possa cogitar mecanismos consensuais de resolução do caso, não se tratará, a rigor, de justiça restaurativa – ante a indispensabilidade da vítima nesse

modelo -, mas de assimilação do *plea bargaining* norte-americano, ainda que influenciado pela linguagem restaurativa, que eventualmente poderá levar a alguma forma de participação comunitária.

O quarto limite à justiça restaurativa reside na constatação de que mesmo os países pioneiros em sua implementação reservaram uma quantidade considerável de crimes que necessariamente deverão se sujeitar ao tratamento sacrificial, a indicar que tais países não vêm a justiça restaurativa como uma panaceia que irá resolver todos os problemas correlatos à criminalidade.

Leonardo Sica noticia que na Nova Zelândia, em se tratando da justiça de jovens, o homicídio está excluído das práticas restaurativas. Na justiça de adultos, são passíveis de abordagem restauradora apenas os “*crimes contra a propriedade cuja pena não ultrapasse dois anos e outras infrações cujas penas variam entre um e sete anos. Estão excluídas ofensas que envolvam violência doméstica e sexual*” (SICA, 2007, p. 84).

Na Austrália, na região de Nova Gales do Sul, no âmbito da justiça juvenil, as práticas restaurativas são excluídas de plano para as “*ofensas sexuais, ofensas que tenham resultado em morte e algumas ofensas relacionadas a drogas*” (SICA, 2007, p. 94). Na região da Austrália Ocidental, o programa de justiça restaurativa “*é direcionado a jovens primários que tenham praticado crimes patrimoniais leves. São excluídos crimes violentos e de índole sexual, além de ofensas de trânsito*” (SICA, 2007, p. 95). Na Tasmânia, também em relação aos atos infracionais praticados por jovens, “*não podem ser objeto de conferências ofensas violentas, sexuais ou cometidas com armas perigosas*” (SICA, 2007, p. 95). Em Camberra “*são excluídas de plano ofensas violentas, ofensas de índole sexual ou doméstica e direção sob o efeito de álcool*” (SICA, 2007, p. 96). Finalmente, no Território do Norte “*são excluídas ofensas violentas, inclusive aquelas de caráter sexual e doméstico*” (SICA, 2007, p. 96).

Na Colômbia, “*país latino americano em que as práticas de justiça comunitária encontram-se mais disseminadas*” (SICA, 2007, p. 101), o Código de Processo Penal prevê apenas “*o uso da conciliação em casos de crimes patrimoniais, cometidos sem violência, que envolvam valores inferiores a duzentos salários mínimos*” (SICA, 2007, p. 102).

Não é o caso, portanto, de se pretender substituir de supetão o processo penal sacrificial pela justiça restaurativa, e nem de se acreditar ingenuamente que toda e

qualquer situação criminalizável será solucionada pelo diálogo voluntário entre os envolvidos. Não se conhece, na experiência estrangeira, país em que isso tenha se realizado

Finalmente, as dificuldades operacionais enfrentadas pelo sistema carcerário brasileiro impõem um último limite à justiça restaurativa. É cediço que o deslocamento de presos, mesmo dentro do estabelecimento prisional, é atividade complexa, a demandar o engajamento de vários agentes penitenciários. Em Minas Gerais, por exemplo, a diligência é realizada em quatro etapas: (I) planejamento de movimentação interna de preso; (II) revista no preso e seus pertences para o trânsito interno; (III) algemação e (IV) movimentação interna do preso. Preliminarmente, o Diretor de Segurança e o Coordenador de Segurança têm que autorizar a movimentação. Só então é que a Equipe de Trânsito Interno dará início à movimentação, com observância das quatro etapas mencionadas acima. Ainda que o *Regulamento e normas de procedimentos do sistema prisional de Minas Gerais (ReNP)* não o diga expressamente, é sabido que os membros da Equipe de Trânsito Interno jamais conduzem a movimentação do preso sem o auxílio de um colega, de modo que o deslocamento interno exige a participação de pelo menos dois membros da Equipe de Trânsito Interno (MINAS GERAIS, 2016).

Os grandes presídios da Região Metropolitana de Belo Horizonte contam com centenas, por vezes milhares, de presos. E, em que pese a complexidade e o grande número de agentes penitenciários necessários para se realizar a movimentação, estas pessoas estão em trânsito interno pelo presídio durante boa parte do dia, em todos os dias do ano. Uns vão e voltam do banho de sol; outros frequentam a escola ou cursos profissionalizantes; nos presídios que oferecem trabalho interno, há os que diariamente têm que se deslocar até as oficinas; alguns se dirigem ao parlatório para falar com seus advogados; os mais debilitados precisam de atendimento na enfermaria.

Todo esse trânsito demanda um grande volume de mão de obra, superior àquela que está à disposição. A carência de agentes de trânsito interno no sistema prisional diuturnamente é vivenciada pelo advogado criminalista, que tem que esperar várias horas – não raro, praticamente um expediente inteiro -, para conseguir que seu cliente seja transferido para o parlatório.

Acrescente-se à crônica carência de pessoal a surreal localização das penitenciárias brasileiras, invariavelmente construídas a léguas de distância dos

centros urbanos, e eis manifesta a improbabilidade - senão a impossibilidade -, de a justiça restaurativa alcançar os casos em que o agressor se encontra submetido à prisão cautelar ou já esteja cumprindo pena. Beiraria o escárnio pretender que a vítima viajasse até o presídio – pois é de verdadeira viagem que se trata uma ida a um presídio -, tão somente para esperar por horas a fio pela oportunidade de falar com o agressor. Ora, vítimas não são heróis redivivos, e a justiça restaurativa não pode se equiparar a uma Odisseia. A operacionalização de práticas restaurativas nessas condições decerto seria uma receita certa para o fracasso.

Por todos esses limites é que se acredita que a justiça restaurativa – a despeito de seus méritos não-sacrificiais -, não é o substituto definitivo do processo penal tradicional. Trata-se, sobretudo, de um recurso contra-hegemônico de solução de situações criminalizáveis que deve ser estudado, compreendido, divulgado, implementado e expandido, mas não “*ingenuamente concebido como ‘a’ alternativa*” (ANDRADE, 2012, p. 137) ao modelo desfigurador e mortificante de persecução penal vigente. A justiça restaurativa é apenas um porto inseguro na (turbu)lenta navegação abolicionista. É forçoso, porém, reconhecer que isso não é pouco; é, quiçá, a transformação mais disruptiva das ciências criminais desde que os suplícios corporais foram substituídos pelo cárcere.

## 6 PRÁXIS FÁRMACO-AGNÓSTICA DO PROCESSO PENAL

Uma vez reconhecidos os limites à integral superação do processo penal desfigurador e mortificante por uma alternativa não sacrificial de resolução de situações criminalizáveis (abolicionismo penal/justiça restaurativa), não resta outra escolha senão encontrar, no paradigma tradicional, mecanismos e institutos jurídicos que tornem o processo penal o menos sacrificial possível, consoante o projeto constitucional de construção de um fraterno Estado Democrático de Direito. No entender da tese o que a processualística penal construiu de mais produtivo nesse sentido foi a noção de modelo constitucional de processo.

De acordo com Flaviane de Magalhães Barros Bolzan de Moraes o modelo constitucional de processo é uma base principiológica uníssona que deve conformar todo e qualquer módulo processual. Trata-se de um esquema geral de processo – um modelo arquetípico da estrutura normativa dos procedimentos – diretamente reconduzível à Constituição. Em termos simples, pode-se dizer que o modelo constitucional de processo é um esboço que a Constituição faz dos microssistemas processuais (BARROS, 2008; 2009).

O Modelo Constitucional do Processo possibilita a compreensão de um esquema geral de processo, formando uma exposição unitária do processo, o qual pode ser expandido para outros microssistemas, variando de acordo com diferentes escopos, desde que se respeite em sua fisionomia o modelo geral estabelecido pelo legislador constituinte, que pode ser aperfeiçoado para a consecução de um objetivo específico ou, mesmo, a partir do estabelecimento de institutos ignorados no modelo constitucional mas que seguem em regra o referido esquema (BARROS, 2008, p. 176).

Nas palavras de Ítalo Andolina e Giuseppe Vignera – idealizadores do conceito em tela -, o modelo constitucional de processo é um esquema único, mas de tipologia plúrima (ANDOLINA; VIGNERA, 1997). É dizer, basicamente, que a Constituição traz em seu bojo uma principiologia unitária – uma base principiológica uníssona -, que, todavia, pode assumir diversas feições, a depender do microssistema processual em questão (BARROS, 2008; 2009). Daí a razão para Débora Carvalho Fioratto se referir a “*um único modelo constitucional de processo, que admite pluralidade de procedimentos*” (FIORATTO, 2017, p. 138).

São características do modelo constitucional de processo: (I) a expansividade, consistente na idoneidade “*para condicionar a fisionomia dos procedimentos*



*jurisdicionais singulares, introduzidos pelo legislador ordinário, à qual (fisionomia) deve ser, de qualquer modo, compatível com as características daquele modelo”; (II) a variabilidade, indicativa da aptidão de cada microssistema processual para adquirir formas diversas “de modo que a adequação ao modelo constitucional de processo (por obra do legislador ordinário) pelas figuras processuais concretamente operantes pode se dar de acordo com várias modalidades”, a depender das finalidades (escopos) de cada um dos referidos microssistemas; e (III) a perfectibilidade, entendida como a capacidade de “ser aperfeiçoado pelo legislador infraconstitucional”, que pode construir microssistemas processuais com “garantias e institutos desconhecidos pelo modelo constitucional” (ANDOLINA; VIGNERA, 1997, p. 09), desde que com ele compatível.<sup>255</sup>*

Sobre as três características do modelo constitucional de processo, Flaviane de Magalhães Barros Bolzan de Moraes explica que a expansividade “*garante a idoneidade para que a norma processual possa ser expandida para microssistemas, desde que mantenha sua conformidade com o esquema geral de processo*”; a variabilidade possibilita à “*norma processual especializar-se e assumir forma diversa em função de característica específica de um determinado microssistema, desde que em conformidade com a base constitucional*”; e a perfectibilidade capacita ao modelo constitucional de processo “*aperfeiçoar-se e definir novos institutos por meio do processo legislativo, mas sempre de acordo com o esquema geral*” (BARROS, 2009, p. 15).

Ainda sobre as características do modelo constitucional de processo, Débora Carvalho Fioratto diz o seguinte:

(...) à norma processual que permaneça em conformidade com o esquema geral de processo é garantida a sua expansão para microssistemas – característica esta denominada expansividade. Ao expandir para um determinado microssistema, a norma processual pode variar, pode assumir

---

<sup>255</sup> “(...) é doveroso evidenziare in questa sede i suoi caratteri generali, che possono individuarsi: a) nella espansività, consistente nella sua idoneità (conseguente alla posizione primaria delle norme costituzionale nella gerarchia delle fonti) a condizionare la fisionomia dei singoli procedimenti giurisdizionali introdotti dal legislatore ordinario, la quale (fisionomia) deve essere comunque compatibile coi connotati di quel modello; b) nella variabilità, indicante la sua attitudine ad assumere forme diverse, di guisa che l’adeguamento al modello costituzionale (ad opera del legislatore ordinario) delle figure processuali concretamente funzionanti può avvenire secondo varie modalità in vista del perseguimento di particolari scopi; c) nella perfectibilità, designante la sua idoneità ad essere perfezionato dalla legislazione sub-costituzionale, la quale (scilicet: nel rispetto, comunque, di quel modello ed in funzione del conseguimento di obiettivi particolari) ben può costruire procedimenti giurisdizionali caratterizzati da (ulterior) garanzie ed istituti ignoti al modello costituzionale” (ANDOLINA; VIGNERA, 1997, p. 09).

forma diversa, em decorrência das especificidades daquele microsistema (variabilidade); logo, o modelo constitucional de processo, ao definir novos institutos em decorrência do processo legislativo, tende a se aperfeiçoar (perfectibilidade) (FIORATO, 2017, p. 138).

Dadas as características do modelo constitucional de processo – expansividade, variabilidade e perfectibilidade – sustenta-se que o perfil concreto dos módulos processuais do microsistema processual penal não poderá ser traçado senão levando-se em conta as funções e as consequências da persecução penal. Sobretudo, é de se considerar que “o sistema de penas é o centro nervoso” da persecução penal (CARVALHO, 2015, p. 29), que o processo penal é o único caminho juridicamente admitido para a aplicação dessas penas (LOPES JR., 2016) e, principalmente, que antes mesmo de a pena mortificar, o processo penal já desfigurou. Em resumo, a persecução penal é uma metodologia normativa de intervenção violenta na esfera de direitos fundamentais do indivíduo (GRECO, 2018), e a noção de modelo constitucional de processo, para ser aplicável ao processo penal, deverá fazer frente (variabilidade e perfectibilidade) à essa fria realidade. Nesse diapasão, a mortificação pela pena de prisão e a desfiguração pelo processo devem constituir o eixo de compreensão do processo penal reconduzível ao modelo constitucional de processo.

O perfil concreto do microsistema processual penal aperfeiçoado em razão de seu escopo possível (impedir que um inocente seja mortificado pela pena) e de sua função concreta (desfigurar o acusado, ainda que inocente) inexoravelmente reconduz a pesquisa ao conceito de *phármakon*:

(...) apesar de o processo ser uma garantia de direitos fundamentais, é preciso encarar o processo penal como uma técnica de punir exatamente porque, tão logo é instaurado, produz efeitos colaterais (...). Assim como o *pharmakon* grego, o processo penal precisa ser encarado como uma tecnologia ambivalente e que precisa ser aplicada em doses adequadas (SILVÉRIO JÚNIOR, 2014, edição digital).

Conceber o processo penal como *phármakon* é estar sempre ciente de que ele é análogo à quiometarapia, que as vezes salva, mas em outras vezes mata o paciente: “o remédio do mal é o mal do remédio. A medicina que nos salva é ao mesmo tempo a que nos mata: não uma outra, mas a mesma e ao mesmo tempo” (RESTA, 2019, p. 64);<sup>256</sup> é assumir que “a violência legítima (administrada) é legítima, mas permanece

---

<sup>256</sup> “(...) il rimedio del male è il male del rimedio. La medicina che ci salva è nello stesso momento quella che ci uccide; non un’ altra, ma la stessa e nello stesso momento” (RESTA, 2019, p. 64).

*violência ou, ao contrário, é violência que se torna legítima*” (RESTA, 2019, p. 24)<sup>257</sup>; é perceber que o processo penal é uma *“tecnologia que pune pela sua simples utilização”*, que pune *“para verificar se é necessário punir”* (SILVÉRIO JÚNIOR, 2014, edição digital); é, sobretudo, dar-se conta dos graves efeitos colaterais inerentes ao processo penal.

O processo penal é o lugar onde se deveria resolver o problema da criminalidade, mas pela ambivalência de toda técnica, é exatamente onde o problema renasce, sobretudo porque é o lugar da privação dos direitos e da vida. Como o *pharmakon* grego, o processo penal é tanto remédio quanto veneno. Por isso se deve suspeitar sempre quando um *pharmakon* é utilizado com ‘boas intenções’ (como é o caso do uso do processo penal como instrumento da jurisdição). Não existe remédio, inofensivo. E *pharmakon* não pode nunca ser simplesmente benéfico. A ausência ou a virtude de um *pharmakon* não o impedem de ser doloroso (DERRIDA, 2007, p.90). O processo penal deve ser encarado como tecnologia punitiva exatamente porque desde a sua instauração já produz efeitos colaterais, como o *pharmakon* (SILVÉRIO JÚNIOR, 2014, edição digital).

Essa precaução farmacológica – que Eligio Resta magistralmente deriva da teologia dos sacrifícios, e que por si só justifica a abordagem do processo penal em termos de uma teologia processual penal -, se efetivamente quiser mitigar os efeitos colaterais da persecução penal, precisa ser parcialmente secularizada por uma práxis agnóstica do processo penal que reative aquele jogo de espelhos que permite o intercâmbio simbólico entre religião e secularismo (MARRAMAO, 1998)<sup>258</sup>. Isso porque Elígio Resta concebe toda a persecução penal – incluindo-se aí o cárcere -, como *phármakon*, consoante evidencia, por exemplo, uma passagem em que o autor ressalta a utilidade e eficácia da pena de prisão, que a tornam preferível à inútil e ineficaz pena de morte. Assim, para negar racionalidade à pena de morte Resta acaba retornando às concepções utilitaristas do cárcere, que julgam encontrar na privação de liberdade alguma aptidão para prevenir delitos. Veja-se o que diz o autor:

(...) o verdadeiro antídoto deve ser útil e necessário, e procurado em outro lugar: não existe nenhuma dissuasão na morte. O remédio está na eficácia da privação de liberdade, na docilidade dos corpos; prevenir a densificação das paixões, diz-se, é obrigação de praças iluminadas, de códigos ‘que correm nas mãos de todos’, de persuasão e exemplaridade pública. Poder-se-ia até mesmo falar de ‘esfera público-comunicativa’, de tudo à exceção de pena de morte. As leis e as penas devem, então, reajustar as doses do fármaco com

<sup>257</sup> *“Detto in altri termini la violenza legittima (amministrata) è legittima, ma imane violenza o, al contrario, è violenza ma diventa legittima”* (RESTA, 2019, p. 24).

<sup>258</sup> Sobre o assunto, vide tópico 3.1.

uma sabedoria precisamente farmacológica, que seja capaz de reencontrar eficácia e utilidade (RESTA, 2019, p. 98).<sup>259</sup>

Dessa forma, e sem desconhecer o mérito de Elígio Resta em traduzir para uma linguagem jurídica a antropologia fundamental de René Girard - e, de conseguinte, revelar os alicerces teológico-sacrificiais do processo penal -, a tese se desvincula das teorias relativas de justificação da pena (teorias da prevenção) para afirmar que o *phármakon* de Resta deve ser manipulado para admitir em sua composição doses de agnosticismo penal que neutralizem a atribuição de funções positivas ao cárcere.

Como visto alhures, a prisão não ressocializa e não previne a criminalidade. A pena não realiza as funções sociais positivas que a dogmática costumeiramente lhe atribui (CARVALHO, 2015), tratando-se mais de uma estéril imposição de dor (CRISTIE, 2011, 2018) do que de qualquer outra coisa. É por isso que Zaffaroni vai dizer que a prisão – centro nervoso da persecução penal, consoante lição de Salo de Carvalho -, é um puro fenômeno político, desprovido de qualquer função social positiva ou possibilidade de justificação racional. Com espeque em Tobias Barreto<sup>260</sup>, Zaffaroni compara a pena à guerra: ambas são racionalmente deploráveis; entretanto, elas existem e por isso a humanidade deve aprender a lidar com elas. Sob essa ordem de ideias, Zaffaroni traça um paralelo entre o direito internacional humanitário e o direito penal: da mesma forma que o direito internacional humanitário se presta a reduzir os danos causados pelas guerras, o direito penal deve mitigar os danos resultantes das penas (ZAFFARONI, 2011, 2014).

Assim, na concepção de Zaffaroni, seria possível retomar os princípios humanistas de limitação do poder punitivo forjados no discurso penal iluminista, desde que fossem extirpados seus germens antiliberais. E dentre as principais sementes antiliberais destaca-se essa tendência permanente de legitimação do poder punitivo por meio de narrativas justificacionistas (teorias da pena). Negar as teorias da pena possibilitaria, portanto, (a) concentrar

<sup>259</sup> “Il vero antidoto deve essere utile e necessario e va cercato altrove: non v'è alcuna deterrenza nella morte. Il rimedio sta nell' eficácia della privazione della libertà, nella docilità dei corpi; prevenire l' adensamento delle passioni, racconta, è compito di piazze illuminate, di codice 'che girino tra le mani di tutti', di persuasione ed esemplarità pubblica. Si potrebbe persino parlare di 'sfera pubblico-comunicativa', di tutto quindi tranne che di pena di morte. Le leggi e le pene devono quindi riaggiustare le dosi del fármaco com uma sapienza, appunto, farmacológica che sia capace di ritrovare efficacia e utilità” (RESTA, 2019, p. 98).

<sup>260</sup> “O conceito da pena não é um conceito jurídico, mas um conceito político. Este ponto é capital. O defeito das theorias correntes em tal matéria consiste justamente no erro de considerar a pena como uma consequência de direito, logicamente fundada” (BARRETO, 1926, p. 149). “Quem procura o fundamento jurídico da pena deve também procurar, se é que já não encontrou, o fundamento jurídico da guerra” (BARRETO, 1926, p. 151).

esforços para minimizar os efeitos danosos produzidos pelo punitivismo, (b) eliminar do discurso penal seu viés declarado e não cumprido e (c) afirmar a natureza política do *potestas puniendi*. A pena, isenta de qualquer fundamentação jurídica e órfã de qualquer finalidade, é reconduzida ao campo da política como uma representação concreta do poder. Como a guerra, sanção imposta nas relações internacionais, a pena criminal estaria exposta publicamente como uma manifestação extrema e cruel do poder punitivo, isenta de quaisquer justificativas ou idealizações, motivo pelo qual sua contenção se torna imperativa (CARVALHO, 2015, p. 158).

Também se referindo às lições de Zaffaroni, Rodrigo Duque Estrada Roig afirma que

(...) a pena não passa de um ato de poder que impõe privação de direitos ou dor, sem, no entanto, reparar, restituir, nem tampouco deter lesões em curso ou neutralizar perigos iminentes. Daí não nos resta outra opção senão reconhecer que a principal função dos juristas e agências jurídicas é a de conter a ação do poder punitivo (e executório) do Estado de Polícia em prol do fortalecimento das bases do Estado de Direito (ROIG, 2018, p. 20).

A partir dos estudos de Zaffaroni, Salo de Carvalho formulou o que ele vem designando como teoria agnóstica. Nicola Abbagnano define o agnosticismo como a *“recusa a admitir soluções para os problemas que não podem ser tratados com os métodos da ciência positiva, sobretudo os problemas metafísicos e religiosos”* (ABBAGNANO, 2007 p. 22). Segundo Abbagnano o agnosticismo caracteriza-se por uma atitude de *“recusa de professar publicamente qualquer opinião”* (ABBAGNANO, 2007, p. 22) sobre questões metafísicas ou religiosas, tais como a existência de Deus ou do Infinito. Uma vez transposto para as ciências penais, o conceito de agnosticismo pode ser compreendido como recusa em se atribuir funções positivas ou possibilidade de justificação racional da pena privativa de liberdade. O cárcere se reduz, assim, a um fenômeno puramente político – uma irracional infligência de dor cujos efeitos devem ser mitigados (CARVALHO, 2015).

Trata-se, pois, de uma teoria que, ao mesmo tempo em que nega a função de legitimação ou de fundamentação – exatamente por este motivo é adjetivada como negativa ou agnóstica -, reconhece a natureza política do fenômeno punitivo. E, como expressão da violência política, a pena, na perspectiva agnóstica, é incapaz de cumprir quaisquer funções ou de exercer quaisquer finalidades positivas (CARVALHO, 2015).

Ao contrário das teorias absolutas e relativas, que (re)legitimam a privação de liberdade – seja por supostas funções preventivas, seja por impossíveis finalidades ressocializantes<sup>261</sup> -, a teoria agnóstica arranca da deslegitimação do cárcere.

Desde a proposição agnóstica, a relação entre a pena criminal e o direito penal não é a de legitimação. Pelo contrário, a função do discurso e das práticas jurídicas é a de deslegitimação dos excessos inerentes ao exercício político do poder de punir, o que revela uma relação tensa e não harmônica entre direito e pena criminal. Se nas democracias a racionalidade jurídica deve assumir o papel de restrição e de controle dos poderes, escapa ao direito a missão de legitimação da sanção penal. A justificação jurídica dos atos de poder, dentre eles a pena criminal, é natural apenas nos Estados autoritários, nos quais o direito assume a titularidade da função fundamentadora. No entanto, ao incorporar o papel de legitimação, o discurso jurídico cria uma situação na qual o poder de punir é confundido ou é afirmado como direito de punir, o que, em última análise, significa a redução da razão de direito à razão de Estado (CARVALHO, 2015, p. 151/152).

O agnosticismo penal não formula uma teoria *da pena* - na medida em que não almeja alcançar fim social algum com a pena -, mas uma teoria que visa utilizar de maneira contra-hegemônica (anti-sacrificial) os institutos jurídicos existentes para reduzir os efeitos deletérios da pena. Trata-se, nas palavras de Salo de Carvalho, de “*um modelo dogmático crítico que objetiva, por meio da manipulação virtuosa das ferramentas jurídicas pelos atores do sistema penal, restringir a potentia puniendi*” (CARVALHO, 2015, p. 153).

A finalidade almejada pela teoria agnóstica não é realizada pela ou com a pena, mas por meio dos instrumentos jurídicos de controle (dogmática penal consequente). Trata-se de um evidente equívoco ou de uma opção ideológica bastante clara fundamentar o direito penal a partir das finalidades designadas à pena. No entanto, para efetivação da democracia, a relação entre direito penal e pena deve ser de outra ordem, constituindo-se como uma relação de tensão na qual o direito exerce o papel de limitação da coação política (pena). Neste aspecto, a postura agnóstica apresenta-se como uma alternativa teórica capaz de propor, criar e potencializar instrumentos jurídicos, não necessariamente jurídico-penais, para minimizar a incidência negativa da sanção criminal na sociedade (dogmática redutora) (CARVALHO, 2015, p. 153).

---

<sup>261</sup> “Com a devida licença para o uso de uma metáfora, assim como as mitológicas sereias com sua sedução atraem marinheiros para a morte, a discussão sobre as finalidades da pena – igualmente sedutora – também atrai o jurista para um labirinto inexpugnável e fatal para o realístico e útil enfrentamento das questões mundanas da execução penal. Em termos mais diretos, enquanto parte da dogmática penal se inebria com a discussão sobre as finalidades da pena, milhões de seres humanos em todo o mundo são diuturnamente submetidos a torturas, aprisionamentos desnecessários ou excessivos, péssimas condições carcerárias e abusos de autoridade, entre outras vicissitudes. Não sairemos da estagnação enquanto não percebermos que o problema central da pena não é a sua finalidade, mas o respeito à humanidade” (ROIG, 2018, p. 26).

A teoria agnóstica é orientada por uma teleologia redutora dos danos causados pela violenta (sacrificial) incidência do sistema punitivo, pois consciente de que este se presta exclusivamente à imersão na esfera dos direitos fundamentais do cidadão. Diante do fenômeno político pena, o agnosticismo propõe uma reação jurídico-política contra os excessos e arbítrios da persecução penal (CARVALHO, 2015).

A postura agnóstica permite, portanto, que o operador jurídico atue consciente da institucionalização deteriorante do cárcere, voltando o seu saber e a sua atuação para a máxima neutralização possível dos efeitos da prisionalização (CARVALHO, 2015, p. 164).

Como reforço de suas ideias, Salo de Carvalho salienta a aderência constitucional do agnosticismo, ausente nas teorias justificadoras da pena (teorias da prevenção e/ou retribuição). Não se percebe na Constituição brasileira – ao contrário de tantas outras Constituições, como a italiana ou a espanhola -, a mínima preocupação com os fins da pena. Ao revés, a Constituição brasileira é caracterizada pela “ausência de qualquer discurso legitimador da pena” (CARVALHO, 2013, p. 259), razão pela qual “se pode verificar na Constituição perspectiva agnóstica” (CARVALHO, 2013, p. 261). Dada a marcante inexistência, na Constituição, de fundamentos para o cárcere, Salo de Carvalho acrescenta que

(...) a consequência do entrelaçamento entre a ausência do discurso legitimador e a determinação de critérios limitativos à interpretação, aplicação e execução é a projeção de política punitiva de redução de danos. O delineamento das penas na Constituição em momento algum flerta com fins, funções ou justificativas, indicando apenas meios para minimizar o sofrimento imposto pelo Estado ao condenado (CARVALHO, 2013, p. 260).

É significativo que os incisos do artigo 5º da Constituição que tratam das penas – a saber, incisos XLV, XLVI, XLVII, XLVIII, XLIX e L<sup>262</sup> -, limitaram-se a esboçar um

---

<sup>262</sup> Constituição Federal: “Art. 5º (...) XLV – nenhuma pena passará da pessoa do condenado, podendo a obrigação de reparar o dano e a decretação do perdimento de bens ser, nos termos da lei, estendida aos sucessores e contra eles executada, até o limite do valor do patrimônio transferido. XLVI – a lei regulará a individualização da pena e adotará, entre outras, as seguintes: a) privação ou restrição da liberdade; b) perda de bens; c) multa; d) prestação social alternativa; e) suspensão ou interdição de direitos. XLVII – não haverá penas: a) de morte, salvo em caso de guerra declarada, nos termos do artigo 84, XIX; b) de caráter perpétuo; c) de trabalhos forçados; d) de banimento; e) cruéis. XLVIII – a pena será cumprida em estabelecimentos distintos, de acordo com a natureza do delito, a idade e o sexo do apenado; XLIX – é assegurado aos presos o respeito à integridade física e moral; L – às presidiárias serão asseguradas condições para que possam permanecer com seus filhos durante o período de amamentação”. (BRASIL, 1988, p. 34).

modelo humanizado de execução das penas, sem, todavia, indicar se a pena deve prevenir crimes, retribuir o mal praticado ou ressocializar o detento.

Já Rodrigo Duque Estrada Roig situa os alicerces jurídicos da teleologia redutora (agnosticismo) juntos aos objetivos fundamentais da República, explicitados no artigo 3º da Constituição Federal.<sup>263</sup> Diz o autor:

(...) podemos agregar alguns argumentos em favor da teoria negativa. Considerando que a Constituição é o instrumento jurídico que afirma as bases republicanas e democráticas do Estado, é dela que são extraídos os fundamentos de legitimidade e validade do poder redutor dos juristas e das agências jurídicas. E levando-se em consideração que o Estado Republicano e Democrático de Direito brasileiro possui como fundamento a dignidade da pessoa humana (e sua correspondente humanidade das penas), compete aos juristas e às agências jurídicas impedir que a habilitação desmesurada e irracional do poder punitivo e executório – típicos do Estado de Polícia – prejudique os objetivos fundamentais de construção de uma sociedade livre, justa e solidária (art. 3º, I, da CF), erradicação da marginalização e redução das desigualdades sociais (art. 3º, III, da CF) e promoção do bem de todos (art. 3º, IV, da CF) (ROIG, 2018, p. 28).

Daí o acerto da seguinte conclusão do autor:

(...) a Constituição de 1988, a par de alguns preceitos criminalizadores, não se curvou à tendência legitimadora da pena. Pelo contrário, as normas constitucionais penais têm como regra e por escopo o estabelecimento de limites ao poder punitivo, restando constitucionalmente incompatíveis quaisquer aspirações de execução da pena com esteio em finalidades a ela projetadas. Daí é possível concluir que as finalidades de retribuição e prevenção especial positiva não foram recepcionadas pela Constituição de 1988 (ROIG, 2018, p. 26)

Na mesma toada, Salo de Carvalho afirma que

(...) a cadeia principiológica definida pela Constituição, ao optar pela exclusiva fixação de limites à forma (meios), supera as finalidades históricas das penas, concebendo política criminal ciente dos danos causados. Outrossim, reconhece a tendência natural do poder punitivo em extravasar os limites da legalidade, preocupando-se, essencialmente, em reduzir ao máximo as hipóteses de transbordamento punitivo (CARVALHO, 2013, p. 261).

---

<sup>263</sup> Constituição Federal: “Art. 3º *Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil: I – construir uma sociedade livre, justa e solidária; II – garantir o desenvolvimento nacional; III – erradicar a pobreza e a marginalização social e reduzir as desigualdades sociais e regionais; IV – promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação*”. (BRASIL, 1988, p. 31).



A proposta da tese é farmacológica porque parte dos fundamentos teológico-sacrificiais da persecução penal para tentar ajustar as doses e limitar os efeitos colaterais do processo penal; mas mitigada pelo agnosticismo porque crê que qualquer atribuição de efeitos positivos ao cárcere já é uma overdose. Uma práxis<sup>264</sup> fármaco-agnóstica distingue-se da farmacologia pura de Eligio Resta na medida em que não concebe a pena de prisão de maneira utilitário-preventiva. A questão relevante para o processo penal não é prevenir novos crimes ou tornar dócil o acusado com a pena, mas evitar a mortificação (pela pena) de inocentes mediante a irrestrita observância do devido processo legal. A pena não é *phármakon*; a pena é simples violência, é puro veneno. O processo penal, ao revés – em si mesmo violento ao punir para verificar se é necessário punir, mas capaz de evitar uma violência ainda maior, que, não fosse o processo, eventualmente seria praticada também contra inocentes -, com suas precauções artificiais (garantias) que impedem o encarceramento antes da formação da culpa, pode ser considerado *phármakon*.

Se o centro nevrálgico da persecução penal é a pena (veneno), então a perspectiva fármaco-agnóstica (reduzora de efeitos colaterais/danos) deve irradiar seus efeitos para todos os âmbitos do sistema penal. Para que o discurso fármaco-agnóstico se converta em práxis anti-sacrificial será preciso que a teleologia redutora de danos (efeitos colaterais) se esgueire por todas as práticas concretas das agências penais, ocupando completamente suas reentrâncias e saliências. Em resumo, há de ser desenvolvida uma práxis fármaco-agnóstica do processo penal, cujos alicerces devem ser buscados na noção de modelo constitucional de processo. Ou, para ser mais preciso, o fundamento jurídico de uma práxis fármaco-agnóstica do processo penal – ainda pendente de derradeira formulação, eis que a tese não fará mais do que delinear alguns de seus possíveis aspectos básicos -, é justamente a existência de um esquema geral de processo na Constituição, isto é, um modelo constitucional de processo.

---

<sup>264</sup> Em *Por uma teoria do processo penal* Elmir Duclerc apresenta os fundamentos de uma teoria agnóstica do processo penal. No livro Duclerc discorre, desde o prisma do agnosticismo, sobre relevantes conceitos da teoria processual, v.g. possibilidade jurídica do pedido, interesse de agir, legitimidade, justa causa, pressupostos processuais, etc. (DUCLERC, 2015b) A perspectiva da tese é, todavia, um pouco distinta da de Duclerc. Na presente pesquisa o enfoque recai sobre as práticas concretas dos membros das agências penais (equipes de segurança pública), e não sobre a teoria do processo penal. Por isso a preferência pela expressão “práxis fármaco-agnóstica” ao invés de “teoria fármaco-agnóstica”.

Para ser genuinamente redutora de efeitos colaterais/danos, a práxis fármacoagnóstica do processo penal deverá, antes de tudo, libertar-se da larga sombra das categorias acusatório/inquisitório (LANGER, 2015). O que não equivale – é preciso dizer desde a largada -, a uma declaração de inutilidade ou pouco importância dessas categorias. É cediço que o inquisitório configura o *habitus* (BOURDIEU, 2007) – isto é, as disposições individuais, o conjunto de práticas e crenças, conscientes ou inconscientes (LANGER, 2017) -, da esmagadora maioria dos atores da persecução penal, a ponto de se falar com acerto em uma hiper-racionalidade inquisitória (MARQUES, 2011), um inconsciente inquisitório (CAPPELINI, 2010; CABRERA, 2016), uma mentalidade inquisitória (POLI, 2016;), ou, ainda, uma cultura ou epistemologia inquisitórias (COUTINHO, 2010) - eufemisticamente caracterizados por Loredana Garlati como uns “*desconfortos de clara matriz cultural que afligem o nosso processo penal*” (GARLATI, 2010, p. 05)<sup>265</sup>. Outros vão mais longe e cogitam até mesmo sobre uma consciência inquisitória (LAMY, 2016), o que também não deixa de estar correto, pelo menos em relação a alguns operadores do sistema penal.

É inegável que na operacionalidade cotidiana e concreta do sistema penal “*a formação cultural inquisitória dos atores da persecução criminal representa um dos principais obstáculos à reforma e à democratização do sistema punitivo nacional*” (CARVALHO, p. 97/98). Superar essa práxis ancorada em mentalidade inquisitória é, portanto, condição de possibilidade de uma teleologia redutora de efeitos colaterais/danos, e, portanto, orientada à redução da sacrificialidade. É preciso, porém, perceber que o acusatório enquanto eixo de compreensão crítica da persecução penal apresenta limites quando visto desde a perspectiva do sacrifício. Para ilustrá-lo basta dizer que a consequência de uma condenação ao final de um processo penal de tipo acusatório será a mortificação pela pena, a exemplo do que também acontece no processo penal inquisitivo. Para o condenado, o efeito prático do processo penal acusatório é tão mortificante quanto o efeito prático do processo penal inquisitivo, e nesse ponto os dois modelos se igualam.

Na mesma linha, Máximo Langer argumenta que a hegemonia conceitual da dicotomia inquisitório/acusatório restringiu as tendências teóricas e os temas de interesse da processualística penal, limitando assim os assuntos tratados pela literatura jurídica especializada. O autor explica que as categorias

---

<sup>265</sup> “(...) *malesseri di chiara matrice culturale che affliggono il nostro processo penale*” (GARLATI, 2010, p. 05).

acusatório/inquisitório cegaram os participantes do campo do processo penal, que elas “*invisibilizaram outras correntes teóricas e temáticas que poderiam ser utilizadas para analisar o processo penal*” (LANGER, 2015, p. 14)<sup>266</sup>.

Dentre outras críticas, Langer destaca que uma análise focada nas categorias acusatório/inquisitório dá destaque a algumas instituições e sujeitos e olvida-se completamente de outros. Para o autor, o processo penal preso à dicotomia inquisitório/acusatório super-dimensiona o papel do Ministério Público, dos magistrados e dos advogados, mas se interessa muito pouco pela polícia<sup>267</sup> (ao que a tese acrescenta: também se interessa muito pouco pela vítima e pelo acusado). Na mesma toada, a dicotomia acusatório/inquisitivo se ocupa em demasia com os atos realizados em juízo – mormente em primeira instância -, e se olvida da execução da pena e dos recursos (LANGER, 2015).

Na esteira das críticas de Langer a tese procurou tirar da sombra das categorias acusatório/inquisitório ora a vítima (mostrando como o processo penal lhe subtrai o conflito), ora o imputado (evidenciando como o processo penal lhe desfigura e a pena lhe mortifica). Quanto à atividade policial, ressaltou-se a necessidade de se teorizar – e legislar -, sobre o Direito de Polícia, de modo a desonerar os membros do Ministério Público e da magistratura do inconstitucional encargo de atuarem como se fossem agentes responsáveis pela segurança pública. Ainda que nos capítulos antecedentes não se tenha discorrido sobre o agnosticismo, teve-se o cuidado de antecipar que o propósito da compreensão do processo penal desde a perspectiva sacrificial era o de reduzir os danos da persecução penal.

---

<sup>266</sup> “[...] *mi argumento es que, em ciertos casos, las categorías han contribuido a cegar a los participantes del campo del derecho procesal penal comparado. Em otras palabras, las categorías han contribuido a invisibilizar otras corrientes teóricas y temáticas que podrían ser utilizadas para analizar el proceso penal*” (LANGER, 2015, p. 14).

<sup>267</sup> “[...] *é muito pouco o que sabemos sobre o diferente modo de operar das forças policiais no processo penal em relação aos distintos grupos sociais, como estão demograficamente compostos os departamentos policiais e até mesmo como estão estruturadas como organização em distintas circunscrições. Este limitado interesse e análise pela polícia pode ser uma consequência de que em todo mundo ela é, por definição, inquisitiva, no sentido de que investiga casos por iniciativa própria. Portanto, é possível que a oposição acusatório-inquisitivo não seja a mais adequada para despertar o interesse e estudo sobre todas as distintas configurações que estas instituições inquisitivas podem ter*” (LANGER, 2015, p. 30/31). “[...] *es muy poco lo que sabemos sobre el diferente modo de operar de las fuerzas policiales em el proceso penal em relación con los distintos grupos sociales, cómo están demograficamente compuestos los departamentos policiales e incluso cómo están estructurados como organización en distintas jurisdicciones. Este limitado interés y análisis sobre la policía puede ser una consecuencia de que em todo el mundo esta es, por definición, inquisitiva, en el sentido de que investiga casos por iniciativa propia. Por lo tanto, es posible que la oposición acusatorio-inquisitivo no sea la más adecuada para despertar el interés y estudio sobre todas las distintas configuraciones que estas instituciones inquisitivas pueden tener*” (LANGER, 2015, p. 30/31).

Vê-se, pois, que a teologia processual penal adrede exposta se mostrou um mecanismo satisfatório de perspectivação da dor dos sujeitos processuais ignorados pela abordagem tradicional do processo penal (escrita do processo penal a contrapelo), calcada precisamente na dicotomia acusatório/inquisitório. Uma teologia processual penal de inspiração cristã – tal e qual o cristianismo é concebido por René Girard -, levou a tese do sacrifício das religiões primitivas ao abolicionismo, e deste último até a justiça restaurativa. Mas também se viu que tanto o abolicionismo quanto o que pode ser considerado uma sua forma mitigada – a justiça restaurativa -, têm seus limites, o que reconduziu a pesquisa ao processo penal sacrificial.

Cogitou-se, então, sobre uma práxis-fármaco-agnóstica do processo penal, alicerçada na ideia de modelo constitucional de processo. Para retomar um conceito de Eligio Resta - que já se mostrou ser de especial relevância para a tese -, pode-se dizer que no processualismo fármaco-agnóstico aqui proposto o modelo constitucional de processo constitui-se como *phármakon*-remédio em face da persecução penal que se realiza de modo sacrificial - apresentando-se, portanto, como um *phármakon*-veneno.

Mas para ser remédio eficaz – e não mero placebo -, o processo penal em conformidade com o modelo constitucional de processo deve se esgueirar pelas zonas de penumbra das categorias acusatório e inquisitório. Se, como bem enfatiza Máximo Langer, tais categorias vêm iluminando a caminhada da academia apenas no curto trecho que vai do oferecimento da Denúncia à Sentença, então uma práxis fármaco-agnóstica do processo penal tem a obrigação de manquejar no lusco-fusco das investigações preliminares, da fase recursal, da execução penal e do processo legislativo, abrangendo assim – e cada vez com maior fulgor - todas as etapas da criminalização e o trabalho completo de todas as agências penais.

Noutro giro, tem-se que independentemente da fase de criminalização sobre a qual recaia a análise, a perspectiva fármaco-agnóstica deve deixar de lado as estéreis abstrações teóricas da dogmática e as promessas incumpridas da legislação positiva para centrar-se no agir objetivo das agências penais, o que situa a teleologia redutora de efeitos colaterais/danos no âmbito da estética processual, desde que se tenha ciência de que a estética processual não se confunde com eventual prazer sádico que se possa ter com a desfiguração e/ou mortificação pelo processo penal. Ou, como adverte Ennio Amodio “a estética judiciária não se relaciona com a agradabilidade das

*imagens dos eventos processuais, mas garante os valores do justo processo na concretude de sua externalização operativa*” (AMODIO, 2016, p. 25).

Ao revés, a estética processual com aptidão redutora de efeitos colaterais/danos é aquela a que faz referência Ennio Amodio, por ele identificada com as práticas concretas e observáveis dos operadores jurídicos. A estética diz respeito, portanto, à interação visível entre os sujeitos processuais; ela põe em questão o aparente e o oculto, o observável e o ignorado, o cognoscível e o impassível de conhecimento no processo penal (AMODIO, 2016):

(...) o estatuto da estética faz referência ao complexo de garantias que devem marcar a exterioridade do processo para frear qualquer arbítrio ou abuso ditados por avanços repressivos. A visibilidade do tratamento do imputado como pessoa inocente, a exibição da imparcialidade do juiz como concreta atuação do princípio de igualdade e a exteriorização do respeito pelo contraditório como antidoto de assimetrias participativas ressaltam, todos juntos, a natureza da estética como garantia primária do imputado, com idoneidade para operar em todo o itinerário antecedente à decisão sobre o mérito da acusação (AMODIO, 2016, p. 23).<sup>268</sup>

Quando se fala em estética processual quer-se referir, assim, ao agir dos atores processuais, às suas práticas observáveis, enfim, às “*manifestações concretas das condutas que aparecem no cenário processual*” (AMODIO, 2016, p. 20).<sup>269</sup> Em suma, a categoria de análise *estética processual* parte da constatação de que não bastam alegações retóricas e genéricas de que as garantias do modelo constitucional de processo estão sendo cumpridas. Também é necessário que o imputado sinta, veja e ouça a observância do modelo constitucional de processo. Em contraposição à violência estatal que pode se abater sobre o corpo do imputado sob a forma de prisão, as garantias processuais devem tocar sua mente como anteparo ao arbítrio plenamente vivenciado. E isso deve acontecer em todas as fases da persecução penal.

---

<sup>268</sup> “(...) *lo statuto dell’ estetica fa riferimento al complesso delle garanzie che devono contrassegnare l’ esterilità del processo per frenare ogni arbítrio o sopruso dettato dalle spinte repressive. La visibilità del trattamento dell’ imputato come persona innocente, l’ esibizione della imparzialità del giudice quale concreta attuazione del principio di uguaglianza e l’ esternazione del rispetto del contraddittorio come antidoto nei confronti di asimmetrie partecipative danno risalto, tutte insieme, alla natura dell’ estetica quale garanzia primaria dell’ imputato in quanto idonea ad operare in tutto l’ itinerario procedurale antecedentemente alla decisione sul mérito dell’ acusa*” (AMODIO, 2016, p. 23).

<sup>269</sup> “*manifestazione concreta delle condotte che appaiono sullo scenario processuale*” (AMODIO, 2016, p. 20).

## 6.1 Redução dos efeitos colaterais/danos decorrentes das investigações preliminares

Inicialmente é preciso frisar que este tópico não se presta ao detalhamento das atividades de investigação, haja vista já se ter defendido, no capítulo 4, que a atividade policial deve ser objeto de um ramo próprio da dogmática jurídica, distinto do Direito Processual Penal. É, porém, forçoso reconhecer que Direito de Polícia (ou Direito da Segurança) e Direito Processual Penal são disciplinas irmãs, razão pela qual haverá zonas de interseção entre uma e outra. Em todo caso, a distinção é premente, pois o Direito de Polícia é consideravelmente mais violento que o Direito Processual Penal.

Referindo-se à legislação alemã, mas tecendo considerações que talvez sejam universalmente relevantes, Luís Greco explica que

(...) o direito de polícia permite mais do que o direito processual penal. Concretamente, o direito de polícia permite até que se mate um perturbador. Pense-se no caso do sequestrador que se vale de um refém como escudo humano: alguns Länder preveem regras que autorizam que esse perturbador seja morto (por ex., art. 66 II 2 Lei Bávara das Tarefas de Polícia). Suponho que ninguém duvidaria da licitude de obter e ler um diário de um sequestrador se dessa leitura se puder esperar subsídios para encontrar a criança sequestrada que se encontra em perigo de vida; já a possibilidade de valer-se desse diário numa posterior investigação é tudo, menos incontroversa (GRECO, 2018, p. 53).

Dito isso, é somente para evitar que os espaços de acentuada discricionariedade – e, eventualmente, de violência, que, a depender das circunstâncias, será considerada lícita -, que podem caracterizar a atividade policial contaminem o processo penal, que serão tecidas as linhas seguintes. Eis aqui, inclusive, o busílis de uma teleologia redutora de efeitos colaterais/danos aplicada ao inquérito policial: separar o que se admite no inquérito daquilo que se admite no processo penal propriamente dito.

Dessa forma, este tópico não se presta à defesa da extinção do inquérito policial, até mesmo porque se trata de instituição jurídica dotada de status constitucional.<sup>270</sup> Também não se pretende negar ou transformar o viés

<sup>270</sup> Constituição Federal: “Art. 144 (...) § 1º A polícia federal, instituída por lei como órgão permanente, organizado e mantido pela União e estruturado em carreira, destina-se a: I – apurar infrações penais contra a ordem política e social ou em detrimento de bens, serviços e interesses da União ou de suas entidades autárquicas e empresas públicas, assim como outras infrações cuja prática tenha repercussão interestadual ou internacional e exija repressão uniforme, segundo se dispuser em lei (...) § 4º Às polícias civis, dirigidas por delegados de polícia de carreira, incumbem, ressalvada a

essencialmente inquisitorial do trabalho desenvolvido durante o inquérito policial, eis que se pressupõe como dado consolidado que em todo o mundo o trabalho da polícia é, por definição, inquisitório (LANGER, 2015).

É possível, porém, minorar os efeitos deletérios da *inquisitio* policial mediante o reforço, em juízo, dos princípios constitutivos do modelo constitucional de processo, em especial o contraditório, a ampla defesa e a imparcialidade. Se rigidamente observados na fase processual, tais princípios cumprem a função estética de “*compensação pelos limites ao exercício do direito de defesa na fase das investigações*” (AMODIO, 2016, p. 89).<sup>271</sup> Daí o acerto de Ennio Amodio quando diz – em termos estritamente teóricos (pelo menos em relação ao Brasil), é bom que se diga, pois na prática cotidiana do foro o processo penal ainda é operacionalizado como se fosse instrumento de segurança pública, como visto no capítulo 4 -, que

(...) na fase judicial a ação da acusação e da defesa revelam dissimetrias que miram reequilibrar *ex post* os desequilíbrios em prejuízo do imputado, derivados do segredo das investigações. A fase judicial é *fair* não porque consagra uma abstrata paridade entre as partes, mas porquanto repara, com pequenos mas significativos privilégios, concedidos ao imputado, a anterior *unfairness* da fase antecedente (AMODIO, 2016, p. 89).<sup>272</sup>

Sob essa ordem de ideias, uma práxis fármaco-agnóstica deve conceber a fase judicial da persecução penal como uma estrutura normativa desequilibrada em favor do acusado, com vistas a reequilibrar uma posição jurídica adrede desequilibrada pela atuação sigiloso e unilateral da polícia. Compreende-se, assim, a (suposta) inexistência de uma ampla acusação correlata à ampla defesa, a prerrogativa de o acusado e sua defesa falarem por último, os embargos infringentes e de nulidade exclusivos para a defesa, a inadmissibilidade de revisão criminal *pro societate*, a inaplicabilidade da revelia ao processo penal, etc.

Dado esse desequilíbrio *pro reo* – indispensável à restauração da igualdade material vulnerada no inquérito -, é que não se compactua com a plena transposição,

---

competência da União, as funções de polícia judiciária e a apuração de infrações penais, exceto as militares”. (BRASIL, 1988, p. 76).

<sup>271</sup> “(...) *compensazione rispetto ai limiti posti all’ esercizio del diritto di difesa nella fase delle indagini*” (AMODIO, 2016, p. 89).

<sup>272</sup> “(...) *nel dibattito l’ azione dell’ accusa e quella della difesa rivelano dissimmetrie che mirano a riequilibrare ex post gli sbilanciamenti in danno dell’ imputato conseguenti alla segretezza delle indagini. Il dibattito é fair non perché consacra una astratta parità tra le parti, ma in quanto ripara, con piccoli ma significativi privilegi accordati all’ imputato, la precorsa unfairness della fase antecedente*” (AMODIO, 2016, p. 89).

do processo civil para o penal, do conceito de contraditório formulado por Elio Fazzalari, qual seja, situação de simétrica paridade entre as partes (FAZZALARI, 2006). Como bem percebeu Felipe Martins Pinto,

(...) o processo civil parte da premissa as partes são iguais *a priori* e eventuais desigualdades serão identificadas e superadas durante o processo. Ao contrário, o processo penal, como regra, tem partes cuja desigualdade se constata *a priori*. Fora de um ambiente que estipule limites, o Estado sempre se imporá sobre o indivíduo e não é por outro motivo que o processo penal é um instrumento de contenção do Estado.

Dessa forma, a equiparação de armas ou paridade de armas que Fazzalari buscou na Corte Europeia de Direitos Humanos para ditar o conteúdo do princípio do contraditório tem destinatário certo no processo penal: o acusado.

As prerrogativas de contraditor não são adequadas ao Ministério Público. A sua aplicação representaria violação à igualdade por oferecer condições de superação de debilidades para a parte hipersuficiente.

Não existe um único indivíduo que consiga opor resistência ao Estado, senão em um ambiente em que se estabeleça limites e controles, como deve ocorrer no processo penal (PINTO, 2016, p. 171).

No processo penal, a disparidade em prejuízo da acusação é condição de possibilidade da igualdade entre as partes, o que vai se revelar com grande intensidade no disciplinamento dos elementos de convicção impassíveis de valoração, ainda que lícitamente produzidos. As investigações preliminares estão coalhadas de situações em que a produção do elemento de convicção é lícita; sendo, porém, vedada a sua ulterior valoração judicial na fase de julgamento, por ser incompatível com os princípios do modelo constitucional de processo. Nestes casos a ilicitude não estará na instrumentalização do elemento de convicção pela polícia (ou pelo Ministério Público), mas na sua apreciação – como se prova fosse -, pelo juiz. Tem-se, nessas hipóteses, verdadeiras proibições de valoração de elementos de convicção lícitos (ou proibições de valoração independentes de ilicitudes, na expressão consagrada pelo catedrático português Manuel da Costa Andrade), tema ainda incipiente na processualística pátria, mas já bastante desenvolvido, v.g., em Portugal. Sobre as proibições de valoração de elementos de convicção lícitos, Manuel da Costa Andrade explica que elas

(...) ocorrem à margem de qualquer violação das normas de produção da prova. Emergindo, por via de regra, a partir da referência directa à tutela constitucional dos direitos fundamentais, as proibições de valoração independentes podem igualmente suscitar-se no contexto duma produção de prova inteiramente conforme aos pertinentes imperativos legais (ANDRADE, 1992, p. 56).



Exemplifica-se.

É incontroverso que em várias situações a publicidade do inquérito pode levar ao insucesso da investigação e da futura aplicação da lei penal – seja para absolver, seja para condenar, pois, em contrariedade com certo pensamento corrente, a lei penal se aplica também nas absolvições. São inúmeras as maneiras de desviar a autoridade policial da escorreita apuração dos fatos, e todas elas são invocadas quando se pretende justificar o segredo: pode-se, *v.g.*, coagir ou “comprar” testemunhas, corromper investigadores, destruir documentos e coisas, adulterar mídias e arquivos digitais, apagar imagens de circuitos internos de televisão, ocultar bens e valores, “plantar” provas contra um inocente, simular conversas a serem interceptadas, etc. Diante disso, a legislação autoriza a polícia a realizar oficiosamente uma série de diligências cujo *quantum* de sigilo ou arbítrio ficará a seu exclusivo critério.

Dentre essas diligências, a mais comum é a oitiva de testemunhas. Nada impede que a autoridade policial informe ao investigado o dia e a hora da realização das oitivas, facultando à defesa técnica participar do ato e formular suas próprias perguntas. A rigor, se assim se procedesse, assegurado estaria, desde o inquérito, o contraditório e a ampla defesa – pelo menos em relação às oitivas. Mas, por temor a algumas – ou todas -, as práticas citadas no parágrafo anterior, é raro que a autoridade policial autorize a defesa técnica a acompanhar o depoimento de testemunhas. Os poucos delegados que dão essa autorização, geralmente o fazem sob a condição de o advogado permanecer mudo durante o ato. E, em que pese a oitiva invariavelmente se realizar à margem do contraditório e da ampla defesa – na esmagadora maioria das vezes (não sendo hipótese de flagrante), sem que o investigado sequer tenha ciência da realização do ato, ou mesmo da investigação -, ela estará em absoluta conformidade com a lei.

*In casu*, a produção do elemento de convicção é lícita, lúdima, escorreita. Todavia - por se tratar de ato de investigação praticado sem a observância do contraditório e da ampla defesa – a sua valoração como se prova fosse (mormente se para condenar), pelo juiz do processo, é inadmissível, haja vista a inequívoca vulneração a princípios constitutivos da base principiológica do modelo constitucional de processo. Tem-se, aqui, uma hipótese arquetípica de produção inquisitorial – porém lícita -, de elemento de convicção, a que deve corresponder uma proibição de

valoração na fase judicial; isto é, uma proibição de valoração independente de ilicitude, na expressão consagrada por Manuel da Costa Andrade.

Em termos estéticos (AMODIO, 2016), pode-se dizer que o elemento de convicção assim produzido não pode ser valorado como se prova fosse, pois o investigado não viu, não sentiu, não vivenciou - na conduta concreta da autoridade policial -, a observância do contraditório e da ampla defesa. Há um déficit na vivência dessas garantias que tornam a valoração do elemento de convicção incompatível com o modelo constitucional de processo.

Outro exemplo.

É muito comum que nos casos de criminalidade econômico-financeira – aqueles casos que a literatura especializada, por influência de Edwin H. Sutherland, convencionou chamar de crimes de colarinho branco, em alusão à vestimenta sofisticada de seus autores, posicionados no topo da pirâmide socio-econômica (SUTHERLAND, 2015) -, a fase ostensiva das investigações preliminares seja deflagrada com a realização de buscas e apreensões (cumuladas ou não com prisões cautelares) nas residências e nos escritórios das pessoas investigadas. Findas as buscas, os documentos e arquivos digitais apreendidos invariavelmente são encaminhados para um indefectível laboratório de combate à lavagem de dinheiro – tais laboratórios são mantidos, custeados e operacionalizados pelos diversos Ministérios Públicos dos Estados e da União.<sup>273</sup> Após análise unilateral do material apreendido, o corpo técnico do laboratório ministerial redige um laudo que na prática corrente é equivocadamente equiparado à prova pericial e como tal valorado pelo juiz.

Ocorre, porém, que o princípio do contraditório é estruturante de uma técnica de produção coparticipada do material probatório; uma técnica que, na perícia, pressupõe a intervenção defensiva na análise e instrumentalização da informação obtida a partir do material apreendido. Em sentido técnico jurídico, a prova só se constitui enquanto prova se produzida em contraditório. De conseguinte, a perícia só se qualifica como prova pericial (e só pode ser valorada enquanto tal) se realizada em contraditório, residindo aí a razão para se negar a condição de prova – em sentido

---

<sup>273</sup> Nos últimos anos as Polícias Cíveis dos Estados também vêm investindo na criação desses laboratórios. Trata-se, porém, de experiência ainda incipiente, quando comparada com a atividade dos laboratórios custeados e gerenciados pelos Ministérios Públicos, criados a partir do fim da década de 90 do século XX, época da publicação da lei 9.613/1998 (BRASIL, 1998), que pela primeira vez tipificou a lavagem de dinheiro no Brasil. Uma vez que esses laboratórios das Polícias Cíveis ainda são muito novos, e praticamente desconhecidos pelo grosso da comunidade jurídica, a tese não irá abordá-los.

técnico jurídico -, aos laudos unilateralmente produzidos pelos laboratórios de combate à lavagem de dinheiro.

Esse entendimento parece ter expressa acolhida no Código de Processo Penal, pelo menos no que diz respeito aos laboratórios de combate à lavagem de dinheiro mantidos pelo(s) Ministério(s) Público(s). Isso porque o diploma prevê, quanto à perícia, em seu artigo 159, § 3º, que “*serão facultadas ao Ministério Público, ao assistente da acusação, ao ofendido, ao querelante e ao acusado a formulação de quesitos e indicação de assistente técnico*”. O dispositivo legal transcrito é muito claro: o Ministério Público participará da produção da prova pericial nomeando o assistente técnico que supervisionará o trabalho do perito, e não nomeando seu próprio perito. Outrossim, a função dos laudos dos laboratórios de combate à lavagem de dinheiro não pode ser outra senão meramente subsidiar o trabalho do representante do Ministério Público, para que este seja capaz de formular com propriedade os quesitos que deverão ser respondidos pelos verdadeiros peritos – oficiais ou nomeados pelo juízo -, no curso de procedimento estruturado em contraditório.

Sob essa ordem de ideias, os laudos produzidos pelos laboratórios de combate à lavagem de dinheiro – pelo menos na forma como atualmente são produzidos, sem efetiva supervisão judicial, e, principalmente, sem que o material apreendido seja disponibilizado à defesa técnica por tempo<sup>274</sup> suficiente ao amplo exercício do direito de defesa, a se materializar, em regra, com a nomeação de assistente técnico e a formulação de quesitos -, também exsurtem como elementos de convicção cuja valoração pelo juízo do processo está vedada, independentemente de qualquer ilicitude na sua produção, haja vista a vulneração aos princípios do modelo constitucional de processo que inexoravelmente viria junto com uma tal valoração.

Gize-se, porém, que não se questiona a importância do trabalho realizado pelos laboratórios de combate à lavagem de dinheiro, e nem se está a defender que os documentos e mídias apreendidos nas buscas e apreensões não poderão ser valorados. Longe disso! Essa prova pode e deve ser instrumentalizada e posteriormente valorada, ressalvando-se, porém, a necessidade de se observar o procedimento contraditório da perícia. O que não se admite é apenas a prática

---

<sup>274</sup> Flaviane de Magalhães Barros Bolzan de Moraes explica que a ampla argumentação – que no processo jurisdicional penal é comumente designada como ampla defesa – “*compreende a necessidade de se garantir o tempo do processo para que o esforço reconstrutivo dos argumentos do discurso dialético das partes possa ser apropriado, de modo que todas as possibilidades de argumentação sejam perquiridas*” (BARROS, 2009, p. 20/21).

ministerial de ungir seus próprios técnicos à suposta condição de peritos e oferecer o trabalho assim realizado como se fosse verdadeira e própria perícia. Por óbvio, os danos decorrentes dessa malversação da categoria probatória *perícia* seriam consideravelmente minorados se o Judiciário atribuísse aos laudos dos laboratórios de combate à lavagem de dinheiro mantidos pelo(s) Ministério(s) Público(s) apenas o seu valor nominal na economia probatória, qual seja, o de mero elemento informativo, impassível de valoração na fase judicial da persecução penal.

A bem da verdade o problema inerente a esses laudos que o(s) Ministério(s) Público(s) produz(em) à sorrelfa como se fossem verdadeiras perícias é o problema da esmagadora maioria das perícias (mesmo daquelas produzidas por peritos oficiais ou judiciais), que instrumentalizam unilateralmente a informação, sem a mínima participação da defesa. De fato, a prova pericial nos crimes de roubo, tráfico e homicídio – que compõem o grosso do trabalho da polícia técnico-científica -, dificilmente é produzida em contraditório, tal e qual preconizado pelo Código de Processo Penal. Mas para esses casos os defensores da *inquisitio* policial têm um argumento que – embora tecnicamente superável, como muito bem o demonstrou Marcus Vinícius Pimenta em sua dissertação de mestrado, defendida perante o Programa de Pós-Graduação em Direito desta Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais -, é substancioso: muitas vezes ainda se desconhece o autor ou os autores da infração à época da realização da perícia.

Há ainda situações em que a perícia deve ser realizada em exíguo lapso temporal, sob o risco de deterioração do elemento de prova. Nesses casos a demora pode causar “*prejuízos para a cognição pelos efeitos físicos que o tempo pode causar no elemento de prova*”, sendo necessário antecipar “*a instrumentalização da prova para momento anterior ao determinado na sequência ordinária dos atos do procedimento*” (PIMENTA, 2019, p. 118). Em casos tais, ou a perícia se realiza em um curto período de tempo, ou perícia alguma poderá ser realizada.

Pense-se, a título ilustrativo, no crime de *falsificação, corrupção, adulteração ou alteração de substância ou produtos alimentícios*, tipificado no artigo 272 do Código Penal.<sup>275</sup> Em tal crime, a tipicidade estará caracterizada apenas quando presente a

---

<sup>275</sup> Código Penal: “Art. 272. Corromper, adulterar, falsificar, ou alterar substância ou produto alimentício destinado a consumo, tornando-o nocivo à saúde ou reduzindo-lhe o valor nutritivo: Pena: reclusão, de quatro a oito anos, e multa. § 1º A. Incorre nas penas deste artigo quem fabrica, vende, expõe à venda, importa, tem em depósito para vender ou, de qualquer forma, distribui ou entrega a consumo substância alimentícia ou o produto falsificado, corrompido ou adulterado. § 1º Está sujeito às mesmas penas quem

nocividade à saúde ou a redução do valor nutritivo do alimento no momento em que realizada uma ou mais das condutas nucleares. Destarte, não há como demonstrar a tipicidade senão pela perícia. Todavia, se o elemento de prova for alimento perecível, o exame laboratorial deve ser realizado em tempo exíguo; do contrário, o alimento periciado já não terá as mesmas características químicas, físicas e biológicas do alimento sobre o qual recaiu a conduta do agente. Em suma, se as propriedades do alimento se alterarem em razão do decurso do tempo, a perícia poderá ser absolutamente imprestável para seus fins probatórios.

Mas Marcus Vinícius Pimenta sustenta que mesmo nos casos de desconhecimento da autoria ou risco de perecimento do elemento de prova, a observância do contraditório será possível. Para tanto, basta que a perícia seja produzida em um incidente judicial de produção antecipada de provas, no qual se poderá deferir a realização do exame *inaudita altera pars*, justamente porque se desconhece a identidade do(s) suposto(s) autor(es) ou porque há possibilidade de ineficácia da diligência em razão do decurso do tempo (PIMENTA, 2019). Diz o autor, no que é integralmente acompanhado pela tese:

(...) se existir urgência e a prova for irrepetível, para que a perícia seja realizada e o seu registro (o laudo) seja transporto para a fase judicial, deve existir o procedimento cautelar de produção antecipada de prova, que pode ser provocado tanto pelo delegado de polícia, quanto pelo ministério público, pela vítima ou pelo investigado, por meio de sua defesa técnica. Caso o tempo do perecimento do elemento de prova seja inferior ao tempo necessário para a estruturação do procedimento cautelar e a realização do contraditório prévio possa tornar a medida ineficaz, nada impede que o juízo autorize liminarmente a produção da prova no procedimento cautelar – nessa situação, a fiscalização pelas partes sobre se realmente a prova era urgente, irrepetível, e se o contraditório prévio poderia tornar a medida ineficaz será realizada em momento posterior, com base na fundamentação da decisão liminar (PIMENTA, 2019, p. 119/120).

Referindo-se exclusivamente ao exame de corpo de delito, mas mediante raciocínio que o próprio autor expande para as demais perícias, Marcus Vinícius Pimenta arremata:

(...) dessa forma, quando houver a necessidade de realizar-se o exame de corpo de delito na fase de investigação, tanto no atual procedimento penal quanto no aqui proposto, este deve ser feito em cautelar de produção antecipada de prova. O que já deveria ser feito no Brasil, vez que: a) garante-se o contraditório e ampla defesa em uma prova que influenciará a convicção

---

*pratica as ações previstas neste artigo em relação a bebidas, com ou sem teor alcóolico. § 2º. Se o crime é culposo: Pena – detenção, de um a dois anos, e multa*". (BRASIL, 1940, p. 566).

do julgador na fase de julgamento; b) não há qualquer prejuízo para a investigação, nem mesmo de perecimento do elemento de prova, vez que na cautelar é possível o deferimento liminar e *inaudita altera pars* da realização do exame quando presentes a urgência, a irrepetibilidade e existir risco à eficácia da cautelar; c) com o procedimento da produção antecipada de prova há um controle judicial sobre se a prova é mesmo urgente, irrepetível e se não é possível esperar o momento correto na sequência ordinária dos atos do procedimento para sua realização (PIMENTA, 2019, p. 123).

Se por um lado a realização de perícias à míngua do contraditório e da ampla defesa é uma questão atinente a uma gama *a priori* indeterminável de exames – não se limitando, portanto, aos laudos do(s) laboratório(s) de combate à lavagem de dinheiro do(s) Ministério(s) Público(s) -, por outro lado o caso desses laudos é exemplar. O exame recai sobre elementos de prova não perecíveis – documentos e mídias digitais -, obtidos mediante buscas e apreensões, momento no qual se deflagra a fase ostensiva das investigações e já são conhecidas as identidades dos possíveis autores. No caso desses laudos, não existem justificativas de ordem material, fática, pragmática, para a flexibilização ou menoscabo das garantias processuais. Sendo, portanto, plenamente possível – e até mesmo simples -, realizar, nesses casos, o exame pericial em contraditório, não há como sustentar que a valoração dos laudos unilateralmente produzidos pelo(s) Ministério(s) Público(s) seja compatível com o modelo constitucional de processo.

Pode-se dizer, enfim, que a valoração desses laudos importa, para o imputado, em supressão ou redução do sentimento de fruição estética dos princípios constitutivos do modelo constitucional de processo, razão pela qual uma tal valoração não é apenas juridicamente inadmissível, ela também é subjetivamente intolerável.

Por fim, um último exemplo de proibição de valoração independentemente de ilicitude: os elementos informativos obscurecidos. Com tal expressão (elementos informativos obscurecidos), quer-se referir àqueles elementos de informação que não são integralmente compartilhados com a defesa. Uma “*parte*” deles vem à luz, mas a outra parte é mantida longe dos olhos da defesa.

Note-se a esse respeito que a legislação brasileira, em situações excepcionalíssimas, autoriza a sonegação de informações relevantes à defesa. É o caso, *v.g.*, da lei de proteção às vítimas e testemunhas (Lei 9.807/1999), cujo artigo 7º prevê a “*preservação da identidade, imagens e dados pessoais*” das pessoas que ingressarem no programa de proteção e o “*sigilo em relação aos atos praticados em virtude da proteção concedida*”.

No entanto, é cediço que

(...) a exigência de manter o segredo sobre a identidade da testemunha para subtraí-la ao risco de vinganças ou para assegurar a continuidade das investigações colidem com o dever de garantir ao imputado o direito ao contraexame com a plenitude que implica o conhecimento da identidade do declarante de quem provém a declaração acusatória (AMODIO, 2016, p. 39).<sup>276</sup>

Ennio Amodio afirma, com razão, que a proteção da identidade de testemunhas

(...) abre uma grande ferida no regime garantístico das formas processuais. Dela deriva a representação de uma justiça incognoscível por quem a observa, e, sobretudo, empobrecida desde o plano do exercício do contraditório por parte do imputado (AMODIO, 2016, p. 40).<sup>277</sup>

Se por um lado o sigilo, o segredo, o menoscabo pelo contraditório e pela ampla defesa são características que realisticamente se impõem como insuprimíveis das investigações preliminares, por outro lado se afirma a possibilidade de minoração estética dos danos decorrentes da pouca visibilidade – que pode chegar ao extremo da autorização legal para se ocultar a identidade de testemunhas -, pela impossibilidade de o juízo do processo valorar as declarações de testemunhas cuja identidade se desconhece. Tais declarações constituem, na fase das investigações preliminares, meros meios de obtenção de prova, que poderão funcionar como um norte para as investigações. Não se admite, porém, que esses depoimentos sejam reproduzidos em juízo sem que a parte mais frágil (o acusado) detenha informação tão crucial quanto a identidade do declarante. Vale dizer: o testemunho oculto até pode ser colhido no inquérito, mas não pode ser transposto para o processo; e, acaso a acusação pretenda ouvir em juízo a testemunha até então oculta, essa última deverá concordar com a revelação de sua identidade em tempo hábil para que a defesa possa preparar suas perguntas.

Esse exercício de elencar elementos de convicção lícitamente produzidos no curso das investigações preliminares, mas que não podem ser valorados na fase

---

<sup>276</sup> “(...) L’ esigenza di mantenere la segretezza sull’ identità del teste per sottrarlo al rischio di vendette o per assicurare la continuità delle risorse investigative si scontra con il dovere di garantire all’ imputato il diritto al controesame con la pienezza che implica la conoscenza della identità del dichiarante da cui proviene la dichiarazione accusatoria” (AMODIO, 2016, p. 39).

<sup>277</sup> “Questa opacità apre una grande ferita nel regime garantistico delle forme processual. Ne deriva infatti, la rappresentazione di una giustizia inconoscibile per chi la osserva e soprattutto impoverita sul piano dell’ esercizio del contraddittorio da parte dell’ imputato” (AMODIO, 2016, p. 40).

processual, poderia ser reproduzido num contínuo tendencialmente infinito. Isso porque a função das investigações preliminares – mormente em uma práxis fármacoagnóstica do processo penal -, é justamente a de produzir licitamente elementos de convicção que não devem ser transpostos para o processo e nem ali valorados, vez que inquisitorialmente obtidos.

Urge, portanto, reconhecer que as investigações preliminares – seja o inquérito policial, seja o procedimento de investigação criminal conduzido pelo Ministério Público -, não se prestam à formação de provas judiciais, mas apenas à constituição de elementos de convicção para (I) formar a *opinio delicti* do acusador; (II) demonstrar a existência de justa causa para a ação penal; e (III) embasar um pedido de medida cautelar, seja ela pessoal, patrimonial ou probatória (PIMENTA, 2019). É curial, assim, que uma perspectiva redutora de efeitos colaterais/danos faça a distinção entre os elementos de convicção (ou de informação, a depender do autor) e as provas.

Elementos de convicção são licitamente produzidos durante as investigações preliminares. Mas, embora lícita, a produção inquisitorial do elemento de convicção sempre vulnera os princípios do modelo constitucional de processo, razão pela qual os elementos de convicção não podem vir a ser conhecidos ou valorados pelo juiz que julgará o mérito do caso penal.

Já as provas são produzidas na fase processual, com estrita observância do contraditório, da ampla defesa e do modelo constitucional de processo como um todo. Somente sobre elas é que deverá recair a cognição e a valoração efetuadas pelo juiz que julgar o mérito.

Para as situações excepcionalíssimas em que houver risco de perecimento do elemento de prova, a técnica jurídica conhece um mecanismo de conversão do elemento de convicção em prova – ou, se se preferir, de produção extemporânea da prova, no momento destinado à mera constituição de elementos de convicção. Trata-se do incidente judicial de produção antecipada da prova, que permite a instrumentalização da informação desejada, antes do momento oportuno, mas com a participação em juízo da defesa. Em hipóteses ainda mais excepcionais, a produção antecipada da prova poderá ser deferida *inaudita altera pars*, diferindo-se o contraditório judicial para momento ulterior, mas ainda assim assegurando a fruição visível (estética) das garantias do modelo constitucional de processo.

Para que a redução de efeitos colaterais/danos seja efetiva, é indispensável que exista um juiz com competência exclusiva para (I) aferir a legalidade dos



elementos de informação; (II) processar e julgar o incidente de produção antecipada de prova; (III) deferir ou indeferir diligências cautelares, sejam elas pessoais, reais ou probatórias; e (IV) receber a denúncia ou queixa-crime<sup>278</sup>. Trata-se de sujeito processual que vem recebendo da processualística pátria o *nomen juris* de juiz de garantias (ou das garantias).

Em um modelo fármaco-agnóstico de processo penal, o juiz das garantias exercerá a importantíssima função de impedir que os elementos de convicção venham a ser conhecidos – e, de conseguinte, valorados -, pelo juiz que conduzir a instrução e julgar o mérito do caso penal, inviabilizando assim a contaminação da decisão final por informações colhidas unilateralmente. Quando do recebimento da denúncia (se julgar presente a justa causa para a ação penal) o juiz de garantias deverá arquivar os elementos de convicção, permitindo que apenas as provas produzidas em incidente de produção antecipada de provas sejam transpostas para o processo. Em síntese, o juiz de garantias deve funcionar como uma espécie de *gatekeeper*, situado entre o inquérito e o processo, exercendo a nobre tarefa de filtrar – na fase da admissibilidade da acusação -, o que poderá ser conhecido e valorado pelo juiz do processo. Deve assim proceder porque

(...) a atividade judicial exercida na primeira fase da persecução penal pode se revelar incompatível com a atividade judicial que se dá após a instauração da instância, com a contaminação da imparcialidade do órgão responsável pelo julgamento da causa a partir do conhecimento prévio de elementos de convicção produzidos unilateralmente pelas agências estatais encarregadas da persecução penal (CASARA, 2010, p. 171).

É crescente na processualística penal pátria a convicção de que o juiz de garantias é indispensável à uma persecução penal que observe minimamente o modelo constitucional de processo. Nesse sentido é, *v.g.*, o magistério de Marco Aurélio Marrafon:

(...) diverso do juiz do processo, essa nova figura tem muito a contribuir para o progresso do processo penal brasileiro, especialmente porque: i) ele tem a finalidade de impedir a contaminação do juiz do processo com as “provas”<sup>279</sup>

<sup>278</sup> Sobre a imprescindibilidade de o juiz de garantias ser quem recebe a denúncia, Marcus Vinícius Pimenta explica – com sólidos fundamentos na teoria da dissonância cognitiva, de Leon Festinger – que “*adianta muito pouco excluir os autos do inquérito do julgamento se no primeiro momento do procedimento judicial – a análise de admissibilidade o ou não da acusação – o juiz que proferirá o julgamento de mérito tiver contato com os elementos do inquérito para analisar se existe justa causa para a ação penal*” (PIMENTA, 2019, p. 128).

<sup>279</sup> Aspas nossas.

produzidas sem o devido contraditório e ampla defesa próprio da fase de persecução policial, além de evitar o contato com aquelas provas produzidas ilegalmente, ao arripio da lei e da Constituição e ii) através do juiz de garantias o legislador deixa explícito o seu compromisso com a ideia de que todo desenvolvimento processual, a todo tempo e em todas as fases, deve estar comprometido com os direitos fundamentais da pessoa humana” (MARRAFON, 2010, p. 145).

Deve-se grifar com traço forte, porém, que mesmo a atuação diligente do juiz de garantias não será suficiente para impedir o contato do juiz do processo com alguns elementos de convicção da fase de investigações prévias. A teoria da cautelaridade impõe a revisibilidade constante das medidas cautelares – mormente das cautelares pessoais, e, sobretudo, das prisões preventivas -, razão pela qual os autos das cautelares deverão ser transpostos para a fase processual sempre que ao tempo do recebimento da denúncia a medida ainda não se encontrar revogada – seja pelo juiz de garantias, seja por algum tribunal. Do contrário, o juiz do processo não terá condições de analisar a permanência dos motivos que ensejaram a decretação da medida cautelar. Tem-se, portanto, que com a garantia de revisibilidade das medidas cautelares surge também o risco à proibição de conhecimento e valoração dos elementos de convicção da fase das investigações preliminares, uma vez que tais elementos podem subsidiar o pedido cautelar, e, nesse caso, estarão nos autos traspostos para a fase processual (PIMENTA, 2019).

Nas situações descritas no parágrafo antecedente, Marcus Vinicius Pimenta entende – no que conta com a irrestrita adesão da tese -, que “*deve ser expressamente proibida a valoração de quaisquer elementos constantes nas cautelares pessoais ou patrimoniais para a formação do convencimento judicial*” (PIMENTA, 2019, p. 132). Se com essa proibição não se impede que o juiz leia e conseqüentemente venha a conhecer alguns elementos de convicção, isso pelo menos constrange o julgador a buscar nas provas do processo, e não nos elementos de convicção do inquérito – reproduzidos na cautelar -, as razões para o seu julgamento (PIMENTA, 2019).

Isso não resolve a questão de eventual menção ou cópia de ato investigativo estar na fase judicial junto ao registro das cautelares, nem a influência desse material no juiz, mas, (num segundo ponto) permite a revisibilidade da urgência e irrepetibilidade da cautelar e o controle *a posteriori* da observância pelo juiz da proibição de valoração dos atos investigativos – dito de outro modo, pela fundamentação torna-se possível perceber as razões da decisão judicial (como foi a valoração) e o seu controle por recurso (PIMENTA, 2019, p. 132).

Na sequência Marcus Vinícius Pimenta observa que

(...) ante a necessidade de transposição do registro das cautelares de uma fase para outra simultânea ao risco de serem transpostos juntos a ele os registros dos atos de investigação, entende-se que deve ser expressamente proibida a valoração de qualquer elemento constante nos autos das cautelares pessoais e patrimoniais; o que provoca algum constrangimento epistêmico e é possível de ser fiscalizado pela fundamentação das decisões e pelos recursos (PIMENTA, 2019, p. 133).

Conclui-se, assim, que a proibição de valoração de elementos de convicção lícitos – da qual decorre a distinção entre elementos de convicção e provas e a constatação de que o inquérito policial terminantemente não se destina à produção de provas -, a despeito de sua sofisticação teórica, não resolve completamente o problema da contaminação da decisão final por informações unilateralmente produzidas pela polícia ou pelo Ministério Público. Trata-se, portanto, de mera estratégia de redução de efeitos colaterais/danos passíveis de eliminação apenas com a erradicação do sistema penal, o que não se afigura possível nas atuais circunstâncias políticas, sociais e econômicas, como visto alhures. Em todo caso, já é algo em que se fiar; um pequeno alívio que uma perspectiva fármaco-agnóstica (e estética) do processo penal pode dar àqueles que são diuturnamente desfigurados pela maquinaria sacrificial.

Diga-se, porém, que as assimetrias entre o Estado e o indivíduo não serão minoradas se a produção unilateral de elementos de convicção – antes de iniciada a persecução penal em juízo -, for facultada apenas às agências penais (polícia e Ministério Público). Isso imediatamente obriga o fármaco-agnosticismo a discorrer sobre a investigação defensiva como uma segunda estratégia de redução dos efeitos colaterais/danos decorrentes das investigações preliminares.

Não obstante o seu potencial redutor de efeitos colaterais/danos, desde a largada é preciso ter-se em mente que a investigação defensiva não é mais que um paliativo diante da atuação repressiva das agências penais; incapaz, portanto, de igualar as “armas” do cidadão investigado às do Estado que investiga. Polícia e Ministério Público podem lançar mão de uma série de técnicas especiais de investigação, altamente lesivas a direitos e garantias fundamentais – quebras de sigilos de variada espécie (fiscal, telemático, bancário), interceptações telefônicas, infiltração de agentes, colaboração premiada, cooperação internacional, ação

controlada, etc. -, que não estão à disposição da defesa técnica em uma investigação defensiva. O único meio intrusivo de obtenção de provas facultado à defesa é a busca e apreensão, que, consoante o Código de Processo Penal, poderá ser requerida por qualquer das partes, inclusive para descobrir objetos necessários à defesa do réu.<sup>280</sup>

Assim, ressalvas feitas à busca e apreensão, a investigação defensiva limitar-se-á à obtenção de informações públicas ou privadas fornecidas de boa vontade por particulares, ao registro notarial de fatos, à contratação de assistente técnico e à oitiva de testemunhas que voluntariamente se dispuserem a falar (vez que o advogado carece da prerrogativa de requerer a condução de testemunha em uma investigação privada). Obviamente, tais diligências nem de longe se equiparam ao arsenal à disposição das agências penais, razão pela qual não há que se cogitar em isonomia entre a atuação defensiva e policial (ou ministerial).

Ademais, a investigação defensiva ainda não foi disciplinada em lei, o que resulta em grande insegurança jurídica para os advogados que a realizam. Insegurança que se multiplica nos casos em que se apuram crimes praticados por organizações criminosas, pois a Lei 12.850/2013, valendo-se de péssima técnica legislativa, criou o aberto e indeterminado tipo penal do artigo 2º, § 1º, cominando penas de 03 a 08 anos de reclusão para quem “*impede ou, de qualquer forma, embaraça a investigação de infração penal que envolva organização criminosa*”. Trata-se de tipo penal que em ambiente de ativismos, instrumentalismos, *lawfare* e quejandos, pode se prestar a todo tipo de manipulação retórica para criminalizar a advocacia, equiparando a investigação defensiva ao crime de organização criminosa. Pense-se, por exemplo, no risco de o simples contato com uma testemunha, para colheita de depoimento, vir a ser interpretado pela polícia ou pelo Ministério Público como ato destinado a embaraçar a investigação.

Plenamente justificada, portanto, a exortação de Gabriel Bulhões Nóbrega Dias para que a investigação defensiva seja regulamentada por lei. Nesse diapasão o autor, após criticar os “*entendimentos de que o advogado, por exemplo, não poderia ter contato ou entrevistar testemunhas antes da audiência*” (DIAS, 2019, p. 158/159), arremata:

---

<sup>280</sup> Código de Processo Penal: “Art. 240. (...) § 1º *Proceder-se-á à busca domiciliar, quando fundadas razões a autorizarem, para: (...) e) descobrir objetos necessários à prova de infração ou à defesa do réu (...)* Art. 242. *A busca poderá ser determinada de ofício ou a requerimento de qualquer das partes*”. (BRASIL, 1941, p. 625)

(...) existe uma distância milenar entre procurar saber qual o conhecimento que determinada pessoa tem de um caso penal, para decidir se vai arrolar ou não, se vai questionar ou não, etc., e constranger, ameaçar ou induzir a prestar falsas declarações (isso sim é crime e conduta antiética). Também existe – por parte de alguns ‘Torquemadas’ – a tentativa de dar um alcance interpretativo do artigo 2º, § 1º da lei 12.850/2013 que beira o descalabro. É algo muito preocupante confundir o exercício do direito de defesa (seja ele pessoal ou técnico, positivo ou negativo) com ‘embaraçar a investigação’, numa clara criminalização, depreciação e humilhação da advocacia criminal. Para debruçar um pouco de luz nessa escuridão, a regulamentação da investigação defensiva é crucial” (DIAS, 2019, p. 159).

A despeito da carência de regulamentação expressa, para o advogado disposto a correr o risco de ver o lícito denodo com os interesses do cliente maliciosamente igualado à “obstrução de justiça”, a legislação vigente oferece abertura semântica para se afirmar a compatibilidade da investigação defensiva com o ordenamento jurídico brasileiro. A uma porque o artigo 5º, inciso LV, da Constituição<sup>281</sup>, assegura aos acusados em geral o contraditório e ampla defesa, “*com os meios e recursos a ela inerentes*”, constituindo-se a investigação privada, realizada por advogado e nos limites da lei, um meio inerente ao exercício da ampla defesa. A duas porque o artigo 396-A do Código de Processo Penal<sup>282</sup> faculta ao acusado, na resposta à acusação, oferecer documentos e justificações, sendo cediço que a possibilidade de obtenção desses documentos e justificações deve ser uma consequência lógica da faculdade de oferecê-los. Do contrário, a disposição legal não passaria de letra morta.

Lado outro, o artigo 14 do Código de Processo Penal<sup>283</sup> concebe a realização de diligência requerida pela defesa como uma mera faculdade da autoridade policial. Assim, do cotejo do artigo 14 com o artigo 396-A parece delinear-se uma situação na qual o encarte das investigações defensivas junto ao inquérito policial dependeria do arbítrio do delegado, ao passo que, na fase de admissibilidade da acusação, seria uma verdadeira prerrogativa do acusado. O grande inconveniente dessa interpretação é que com a investigação defensiva o investigado pode pretender influenciar a *opinio delicti* do representante do Ministério Público, convencendo-o da inviabilidade jurídica

<sup>281</sup> Constituição Federal: “Art. 5º. (...) LV – aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos e ela inerentes”. (BRASIL, 1988, p. 35).

<sup>282</sup> Código de Processo Penal: “Art. 396-A. Na resposta, o acusado poderá arguir preliminares e alegar tudo o que interesse a sua defesa, oferecer documentos e justificações, especificar as provas pretendidas e arrolar testemunhas, qualificando-as e requerendo sua intimação, quando necessário”. (BRASIL, 1941, p. 639).

<sup>283</sup> Código de Processo Penal: “Art. 14. O ofendido, ou seu representante legal, e o indiciado poderão requerer qualquer diligência, que será realizada, ou não, a juízo da autoridade”. (BRASIL, 1941, p. 608).

de se oferecer a denúncia. Mas para tanto a juntada da investigação defensiva deve ocorrer ainda durante o inquérito; o que, em uma interpretação literal do artigo 14 do Código de Processo Penal, poderia ser inviabilizado a juízo exclusivo da autoridade policial.

O impasse se resolve com a evocação do direito de petição aos órgãos públicos. Direito esse que ostenta hierarquia constitucional; com aptidão, portanto, para se sobrepor à literalidade do artigo 14 do Código de Processo Penal, que deve ser interpretado em conformidade com a Constituição. Destarte, o que o artigo 14 do Código de Processo Penal permite é que a autoridade policial se negue a realizar uma diligência investigativa a pedido do investigado – v.g. uma perícia, uma acareação ou uma oitiva de testemunha. Mas por força do artigo 5º, inciso XXXIV, da Constituição<sup>284</sup> (direito de petição), a autoridade policial está obrigada a incluir nos autos do inquérito a investigação defensiva devidamente cartularizada, se o investigado assim o requerer.

À guisa de síntese do que já foi exposto no presente tópico, tem-se que a proibição de valoração dos elementos de convicção do inquérito pelo juiz do processo – ainda que tais elementos sejam licitamente produzidos -, aliada à uma diligente investigação defensiva – ainda não regulamentada expressamente em lei, mas passível de realização em razão das aberturas semânticas da legislação vigente -, têm considerável idoneidade para minorar os efeitos colaterais/danos decorrentes do inquérito policial, tornando a persecução penal um pouco menos sacrificial. Tais estratégias têm aptidão para reduzir os efeitos colaterais/danos cuja natureza seja precipuamente jurídica. Porém, o inquérito policial pode causar consideráveis efeitos colaterais/danos à imagem do investigado, em razão do estardalhaço que a mídia faz em torno de determinados casos penais – geralmente os que envolvem supostos criminosos do colarinho branco. Essa constatação conduz uma perspectiva fármacoagnóstica do processo penal à compreensão estética do modelo constitucional de processo também como uma técnica jurídica de redução de efeitos colaterais/danos midiáticos, em concomitância com a redução de efeitos colaterais/danos estrita ou predominantemente jurídicos.

---

<sup>284</sup> Constituição Federal: “Art. 5º. (...) XXXIV – são a todos assegurados, independentemente do pagamento de taxas: a) o direito de petição aos Poderes Públicos em defesa de direitos ou contra ilegalidade ou abuso de poder; b) a obtenção de certidões em repartições públicas, para defesa de direitos e esclarecimento de situações de interesse pessoal”. (BRASIL, 1988, p. 34).

É patente que, a reboque do mensalão e da lava a jato, a persecução penal foi transformada em um (grotesco) espetáculo no qual a mídia assume de fato a condição de verdadeira agência repressiva (CASARA, 2018).

A televisão, sem contraditório, ampla defesa ou presunção de inocência, já fornece os culpados, antes mesmo da instrução criminal. A televisão torna-se uma agência, uma das principais agências, do sistema penal. E a compreensão dessa incorporação da 'televisão' (das corporações midiáticas) às agências do sistema penal revela-se fundamental para que se entenda a mutação do processo penal, isso porque o conteúdo e o funcionamento dos meios de comunicação, em especial da televisão, passaram a influenciar o conteúdo e o funcionamento do processo penal. O poder sobre o espectador, que em grande medida se esconde na afirmação retórica de que existe um 'poder de escolha do espectador' (algo que, no mundo-da-vida, não existe), passa a ser um poder sobre os atores jurídicos e os jurisdicionados: um poder pensado para escapar dos controles da consciência e, como já foi dito, não se submeter a qualquer reflexão (CASARA, 2018, p. 13/14).

Ennio Amodio aponta três características da cobertura midiática de casos penais: (I) deslocalização, (II) aproximação cognitiva e (III) presunção de culpa (AMODIO, 2016).

Com o conceito de *deslocalização* Ennio Amodio quer descrever a tendência da mídia a transmitir com intensidade demasiada as informações referentes à fase das investigações preliminares; reduzindo, todavia, a cobertura na fase processual. Na lógica das corporações midiáticas, é despiciendo dar à fase do processo propriamente dito a mesma atenção destinada ao inquérito, porque quando o caso penal chega à fase processual "*a sensação de déjà vu induz a crônica jurídica a negligenciá-la*" (AMODIO, 2016, p. 132).

Se se exclui um ou outro acontecimento de grande relevância ao qual os jornais impressos e a televisão dedicam serviços acurados na fase processual, a regra é que quando se chega ao julgamento público a atenção jornalística desaparece. Bem antes da audiência, generosos excertos de ordens cautelares, transcrições de conversas interceptadas e decisões do tribunal de reexame já alimentaram a narração dos fatos processuais no circuito midiático. O julgamento termina, assim, por aparecer como aquele lugar no qual se administram, em doses homeopáticas, aquelas mesmas 'verdades' que já foram apresentadas em densas tramas argumentativas deduzidas das decisões cautelares. Como pode interessar a prova dos debates com as suas múltiplas facetas e as dúvidas geradas pelo confronto entre acusação e defesa? Assim os refletores se apagam, agravando o efeito enganador da deslocalização (AMODIO, 2016, p. 132/133).<sup>285</sup>

<sup>285</sup> "*Se si esclude qualche grande vicenda cui stampa e televisione dedicano sevizi accurati nella fase dibattimentale, di regola quando si arriva al pubblico giudizio l' attenzione giornalistica svanisce. Ben prima dell' udienza, generosi stralci di ordinanze cautelari, trascrizioni di conversazioni intercettate e decisioni del tribunale del riesame hanno alimentato la narrazione dei fatti processuali nel circuito*"

O grande problema é que, como visto anteriormente, os elementos de convicção colhidos nas investigações preliminares – de modo unilateral e sigiloso -, não se qualificam juridicamente como prova; não devem (ou não deveriam) ser conhecidos e/ou valorados pelo juiz do processo; e, principalmente, não se prestam à formação do juízo de mérito, mormente se condenatório.

É bem evidente o efeito distorcivo da deslocalização. Focar nas investigações significa, para a informação jornalística, valorizar uma fase que no sistema constitucional e codicístico está fora do processo, porquanto conduzida unilateralmente pelo ministério público<sup>286</sup>, sem a contribuição dialética da defesa e fora do controle do juiz. Pela disciplina legislativa, ao revés, a sede privilegiada é aquela do julgamento público no qual se forma a prova perante um juiz imparcial, no confronto entre acusação e defesa (AMODIO, 2016, p. 132).<sup>287</sup>

Do enfoque nas investigações preliminares decorre a segunda característica da espetacular persecução midiática, qual seja, a *aproximação cognitiva*. As informações transmitidas pela mídia são frágeis desde o ponto de vista epistêmico, vez que ancoradas em fragmentários elementos de informação recolhidos unilateralmente pelas agências penais, sem a mínima participação do investigado. Desse modo, a mídia considera como se fossem verdadeiras provas dados cognitivos que sequer podem ser valorados (ou mesmo conhecidos) pelo juiz do processo, haja vista serem constituídos exclusivamente por “*farinha do saco do investigador*” (AMODIO, 2016, p. 134).<sup>288</sup> Daí o lamento de Amodio em relação ao trabalho da mídia, predominantemente feito “*sobre fontes que não têm a dignidade de prova*”, mas que

---

*mediatico. Il giudizio finisce così per apparire un luogo in cui si somministrano a dose omeopatiche quelle stesse ‘verità’ che sono già state presentate in dense trame argomentative desunte dalle decisioni cautelari. Come può interessare la prova del dibattito con le sue molteplici sfaccettature e i dubbi generati dal confronto tra accusa e difesa? Così i riflettori si spengono aggravando l’effetto fuorviante della delocalizzazione”* (AMODIO, 2016, p. 132/133).

<sup>286</sup> O autor faz referência à condução das investigações preliminares pelo Ministério Público, e não pela polícia – como usualmente ocorre no Brasil -, porque o sistema de investigação preliminar italiano é ministerial, razão pela qual tais investigações são presididas pelo representante do Ministério Público, a quem os integrantes da polícia estão funcionalmente subordinados. Para mais informações sobre os diversos sistemas de investigação preliminar, vide LOPES JR, 2005.

<sup>287</sup> “*È ben evidente l’effetto distorsivo della delocalizzazione. Puntare sulle indagini significa per l’informazione giornalistica valorizzare una fase che nel sistema costituzionale e codicistico è fuori dal processo, in quanto condotta unilateralmente dal pubblico ministero senza l’apporto dialettico della difesa e fuori dal controllo del giudice. Per la disciplina legislativa invece la sede privilegiata è quella del pubblico giudizio in cui si forma la prova davanti al giudice imparziale nel confronto tra accusa e difesa*” (AMODIO, 2016, p. 132).

<sup>288</sup> “*Sono dati conoscitivi che la legge qualifica come inattendibili perché farina del sacco dell’ inquirente*” (AMODIO, 2016, p. 134).



são inadvertidamente equiparados a “*instrumentos cognitivos destinado a afirmar verdades processuais*” (AMODIO, 2016, p. 133).<sup>289</sup>

Por fim, o trabalho da mídia está ancorado na *presunção de culpa*. Para as corporações midiáticas, é contraproducente noticiar fatos que apontam para a inocência do investigado, pois “*a inocência não dá audiência*” (AMODIO, 2016, p. 169).<sup>290</sup>

Uma transmissão na qual se desmontasse um teorema acusatório e se demonstrasse que os investigadores cometeram uma enorme mancada não seria concebível. Em primeiro lugar se transformaria em um *contempt* dirigido a uma Procuradoria, uma ofensa que cortaria as pernas de uma investigação ainda em curso. Além disso, a televisão não pode se permitir oferecer o espetáculo da inocência, porque os índices de audiência seriam prejudicados. Como já se disse, o grande público quer receber mensagens tranquilizantes sobre a capacidade da polícia e da magistratura se contraporem à criminalidade. A telinha também deve se adequar às expectativas de uma audiência que reclama a punição dos culpados, a ser conquistada até mesmo passando por cima das estrias de uma investigação com as pernas tortas (AMODIO, 2016, p. 177).<sup>291</sup>

A *presunção midiática de culpa* se alimenta de constantes vazamentos patrocinados pelos membros das agências penais (equipes de segurança pública). Tais vazamentos ocorrem porque a polícia e o Ministério Público usam a imprensa para “*promoverem a si mesmos*”<sup>292</sup>, para mostrar eficiência e tranquilizar a opinião pública, bem como para desacreditar o adversário” (AMODIO, 2016, p. 140)<sup>293</sup>. Mas se as informações provêm dos investigadores, elas “*não podem ser outra coisa senão elementos contra reum*” (AMODIO, 2016, p. 135).<sup>294</sup>

<sup>289</sup> “*I media lavorano su fonti che non hanno dignità di prova e le trasformano in strumenti conoscitivi destinati ad affermare verità processual*” (AMODIO, 2016, p. 133).

<sup>290</sup> “*Questa è la logica del talk show giudiziario: l’innocenza non fa audience*” (AMODIO, 2016, p. 169).

<sup>291</sup> “*Una trasmissione in cui si smontasse un teorema accusatorio e si dimostrasse che gli inquirenti hanno preso un grosso abbaglio non sarebbe concepibile. In primo luogo si trasformerebbe in un contempt rivolto ad una Procura, una offesa che taglierebbe le gambe alle indagini in corso d’opera. Al di là di questo, la televisione non può permettersi di offrire lo spettacolo della innocenza perché gli indici di ascolto ne sarebbero penalizzati. Come si è già detto, il grande pubblico vuole ricevere messaggi rassicuranti sulla capacità della polizia e della magistratura di contrastare la criminalità. Anche il piccolo schermo deve dunque adeguarsi alle attese di una audience che reclama la punizione dei colpevoli, da conquistare persino passando sopra alle smagliature di una investigazione con le gambe storte*” (AMODIO, 2016, p. 177).

<sup>292</sup> Vide, no tópico 4.1.1, as considerações sobre a realização dramática.

<sup>293</sup> “*(...) il pubblico ministero e la polizia utilizzano la comunicazione offerta dal ponte dei media per promuovere se stessi, per mostrare efficienza e rassicurare l’opinione pubblica nonché per screditare l’avversario*” (AMODIO, 2016, p. 140).

<sup>294</sup> “*Le notizie provenienti dal pubblico ministero e dal giudice delle indagini preliminar non possono essere altro se non elementi contra reum*” (AMODIO, 2016, p. 135).

Sobre a indústria de vazamentos que - assim como na Itália de Enio Amodio -, assola o Brasil, Rubens Casara afirma:

(...) a publicidade dos atos processuais deixa de ser uma garantia do cidadão e passa a ser entendida como a publicidade alcançada para o processo ou para os atores jurídicos através dos meios de comunicação de massa. Isso explica, em certa medida, a utilização dos meios de comunicação de massa (vazamentos, entrevistas coletivas, etc.) para angariar simpatias entre a população, afastar limites democráticos e pressionar órgãos jurisdicionais. O ato de 'vazar' (ainda que ilicitamente), para os meios de comunicação de massa, uma informação (que pode guardar pouca, ou nenhuma, relação com o valor 'verdade') torna-se uma estratégia comum dos atores jurídicos para alcançar uma determinada resposta penal (que pode guardar pouca, ou nenhuma, relação com o valor 'justiça') (CASARA, 2018, p. 14).

A fim de minorar os efeitos deletérios à presunção de inocência decorrentes de vazamentos, o legislador brasileiro historicamente vem optando por criminalizar tais condutas. Consta no artigo 325 do Código Penal o crime de violação de sigilo funcional, que prevê pena de detenção, de seis meses a dois anos, para quem “*revelar fato de que tem ciência em razão do cargo e que deve permanecer em segredo, ou facilitar-lhe a revelação*”. Mais recentemente a Lei n. 12.850/2013 (lei das organizações criminosas) tipificou, em seu artigo 20, a conduta de “*descumprir determinação de sigilo das investigações que envolvam a ação controlada e a infiltração de agentes*”, estabelecendo penas que podem ir de um a quatro anos de reclusão. Por fim, a Lei n. 13.869/2019 (lei de abuso de autoridade) criou dos tipos penais que visam coibir vazamentos, a saber: (I) “*Art. 28. Divulgar gravação ou trecho de gravação sem relação com a prova que se pretende produzir, expondo a intimidade ou a vida privada ou ferindo a honra ou a imagem do investigado ou acusado*”; e II) “*Art. 38. Antecipar o responsável pelas investigações, por meio de comunicação, inclusive rede social, atribuição de culpa, antes de concluídas as apurações e formalizada a acusação*”. Ambas as penas são de detenção, de um a quatro anos e de seis meses a dois anos, respectivamente, além de multa.

Percebe-se, pela simples leitura do artigo 38 da Lei n. 13.869/2019, que os agentes encarregados da persecução já não podem mais atribuir responsabilidade penal, fora dos autos, durante o inquérito. O dispositivo legal em comento só permite a atribuição de culpa, por meio de comunicação (inclusive por redes sociais), após a formalização da acusação, ou seja, o oferecimento da denúncia.

Trata-se, todavia, de norma destinada a “*não pegar*”. A uma porque os jornalistas estão resguardados pelo direito constitucional ao sigilo da fonte<sup>295</sup> - inerente às democracias, registre-se, para que não se pense que a tese está a flertar com o menoscabo a direitos fundamentais -, não sendo obrigados a contribuir com a apuração da autoria dos vazamentos. A duas porque os crimes da Lei n. 13.869/2019 são de ação penal de iniciativa pública, de modo que a persecução em juízo dependerá do denodo dos próprios membros das agências penais (equipes de segurança pública), cujo corporativismo e sentimento de pertencimento a uma mesma equipe dificilmente permitirão um proceder diligente.

Para além desses entraves, um estudo de declarada inspiração não-sacrificial, minimalista e fármaco-agnóstica – e que, sobretudo, pretende estabelecer um diálogo comprometido com o abolicionismo, seja ele cristão, seja laico -, não pode louvar a pretensão de reduzir os efeitos colaterais/danos decorrentes da persecução penal por meio de novos tipos penais. O arbítrio não se enfrenta com mais arbítrio, e o sistema penal não se retrai com a expansão das condutas criminalizadas. Por isso é que se defende uma estratégia de redução de efeitos colaterais/danos midiáticos, decorrentes do vazamento de elementos de informação do inquérito, de cunho estritamente processual. Para tanto, é imprescindível conceber o sigilo do inquérito não apenas como uma necessidade de quem investiga, mas também como um consectário lógico da presunção de inocência, a impedir a desfiguração pública dos investigados.

Enquanto houver sigilo para o investigado – seja nos autos do inquérito propriamente, seja nos autos das cautelares dele derivadas -, o vazamento deve implicar em inutilizabilidade absoluta das informações vazadas e dos elementos de informação que as embasam, independentemente da verificação da autoria do vazamento ou do prejuízo para investigado, sendo o vazamento considerado, portanto, como um prejuízo em si mesmo. É de se grifar com traço forte que não se trata aqui de proibição de valoração, mas de absoluta inutilizabilidade. A distinção é curial. Na proibição de valoração o elemento não deve vir a ser conhecido pelo juiz do processo, mas serve para a análise da justa causa pelo juiz de garantias. Já na inutilizabilidade, o elemento de informação não se presta para os fins de acusação; ele é completamente inidôneo, ainda que na fase de admissibilidade da acusação,

---

<sup>295</sup> Constituição Federal: “art. 5º (...) XIV – é assegurado a todos o acesso à informação e resguardado o sigilo da fonte, quando necessário ao exercício profissional”. (BRASIL, 1988, p. 32).

razão pela qual nem mesmo o juiz de garantias deve valorá-lo quando do recebimento (ou rejeição) da denúncia. O elemento de informação inutilizável é um nada jurídico, que deve ser expurgado dos autos, independentemente da fase em que se encontra a persecução penal.

Ao juízo da tese, os vazamentos só serão contidos se os membros das agências penais (equipes de segurança pública) tiverem plena certeza de que o trabalho investigativo será prontamente invalidado caso a imprensa venha a publicar o que se encontra em sigilo. Tal invalidez deve operar seus efeitos independentemente da apuração de autoria e/ ou responsabilidade penal, e tampouco se deve cogitar a aferição de prejuízo ao investigado.

Uma vez suspenso o sigilo em relação aos investigados, a regra da inutilizabilidade dos elementos de informação vazados deve deixar de valer. Do contrário, advogados inescrupulosos poderiam promover vazamentos visando a inutilização de elementos de informação contrários aos interesses de seus constituintes. Em casos tais o segredo de fonte – que atualmente dificulta a identificação dos membros das agências penais responsáveis pelos vazamentos -, atuaria em sentido contrário, beneficiando o investigado em razão do ardid de seu patrono, o que é tão indefensável quanto os vazamentos realizados por agentes estatais.

Mas essa solução cria um problema, pois findo o sigilo para o acusado, ainda pode subsistir o sigilo em relação a terceiros. E, não mais valendo a regra da inutilizabilidade – em razão da possibilidade de o próprio advogado, já ciente do teor do inquérito, promover o vazamento –, a disposição individual para o vazamento pode ressurgir em alguns membros das agências penais, dada a inexistência de consequências processuais (inutilizabilidade). Aparentemente o fármaco-agnosticismo se depara aqui com uma questão cuja resposta jurídica escapa à técnica processual.

Excluída a criminalização – por se tratar de medida inócuo e incompatível com os objetivos de constrição do poder punitivo e mitigação do viés sacrificial da persecução penal -, poder-se-ia pensar na responsabilização administrativa dos agentes estatais responsáveis pelos vazamentos. Mas nesse caso a apuração da autoria mostrar-se-ia ainda mais difícil do que na solução criminalizante, haja vista o direito administrativo não contar – e não poder contar -, com as técnicas especiais de investigação que o processo penal prevê.

Tampouco agrada a ideia de simplesmente proibir que os meios de comunicação de massa acompanhem o desenrolar das investigações preliminares ou mesmo constrangê-los – mediante imposição de multas, por exemplo -, a não divulgar informações e/ou elementos de convicção sigilosos, acaso venham a obtê-los. A proposta – embora eficiente, é preciso admiti-lo -, entreouvida aqui e acolá, flerta com o autoritarismo na medida em que vulnera princípios inerentes ao Estado Democrático de Direito, tais como a livre manifestação do pensamento<sup>296</sup> a liberdade de imprensa<sup>297</sup> e o direito de acesso à informação<sup>298</sup>.

É forçoso assim reconhecer que o fármaco-agnosticismo se depara aqui com uma fraqueza, com uma incapacidade de delinear a contento uma estratégia de redução dos efeitos colaterais/danos midiáticos decorrentes das investigações preliminares. No atual estágio de desenvolvimento da práxis fármaco-agnóstica que a tese começou a esboçar, aparentemente ainda não é possível reduzir de maneira preventiva e satisfatória tais efeitos colaterais/danos. Doutra banda, vislumbra-se a possibilidade de uma redução retrospectiva dos referidos efeitos colaterais/danos, calcada no artigo 5º, inciso V, da Constituição, *verbis*: “é assegurado o direito de resposta, proporcional ao agravo, além da indenização por dano material, moral ou à imagem”.

Outrossim, faculta-se ao investigado requerer em juízo o correspondente ressarcimento financeiro pelos danos decorrentes da cobertura jornalística da investigação em que figurou como investigado. Note-se, quanto ao que vai afirmado, que a Lei n. 7.210/1984 (lei de execução penal), em seu artigo 41, inciso VIII, garante até mesmo aos presos já condenados a “*proteção contra qualquer forma de sensacionalismo*”. *A fortiori*, idêntica proteção deve ser assegurada ao investigado – e também ao acusado -, pois não é concebível que uma pessoa já condenada tenha mais direitos do que quem está sendo apenas investigado ou processado.

Em que pese a incontroversa força normativa da Constituição (HESSE, 1991), a dotar de imperatividade imediata o seu artigo 5º, inciso V, é, todavia, passada a hora de o direito de resposta e reparação vir regulado por lei ordinária, que disponha

---

<sup>296</sup>Constituição Federal: “Art. 5º (...) IV – é livre a manifestação do pensamento, sendo vedado o anonimato”. (BRASIL, 1988, p. 32).

<sup>297</sup>Constituição Federal: “Art. 5º (...) IX – é livre a expressão da atividade intelectual, artística, científica e de comunicação, independentemente de censura ou licença”. (BRASIL, 1988, p. 32).

<sup>298</sup>Constituição Federal: “Art. 5º (...) XIV – é assegurado a todos o acesso a informação e resguardado o sigilo da fonte, quando necessário ao exercício profissional”. (BRASIL, 1988, p. 32).

expressamente sobre a eventual responsabilidade jurídica dos meios de comunicação em massa que se ocupam da cobertura de casos penais. É certo que para o imputado que tem a sua reputação destrocada pelo sensacionalismo midiático isso não é muito. Não obstante, é tudo o que, no momento - e observada a atual ordem constitucional -, o fármaco-agnosticismo tem a oferecer. Não é o fim do problema. Mas é um início de solução.

## **6.2 Redução dos efeitos colaterais/danos decorrentes do processo em primeira instância**

Considerável parte dos efeitos colaterais/danos verificados no processo penal em primeira instância decorrem da operacionalização de um inconstitucional sistema de nulidades que Aury Lopes Jr. caracterizou como *a la carte* (LOPES JR., 2014). É urgente, portanto, a consolidação do entendimento segundo o qual no processo penal a forma é garantia, sendo inadmissível que um magistrado escolha “*que formas processuais têm relevância e aquilo que ele – hoje – vai dispensar*” (LOPES JR., 2014, s/n). Destarte, a decretação da nulidade não pode depender do “*mapa mental do julgador*” (ROSA, 2017, p. 685). Ao revés, da inobservância das regras processuais deve invariavelmente decorrer a nulidade. Para tanto, é imprescindível expungir da teoria, e, sobretudo, da prática cotidiana do foro, as noções de prejuízo e de finalidade.

Sustentar que só haverá nulidade quando houver prejuízo não é nada mais do que dar um verniz retórico à “*validação de ações processuais ilegais*” (ROSA, 2017, p. 690). Na carnadura da persecução penal a noção de prejuízo acaba funcionando como um permissivo legal para a prática de ilegalidades; ou, em termos mais severos (e também mais precisos), como um instrumento do estado de exceção que se faz regra no agir cotidiano das agências penais. A exigência de demonstração do prejuízo é a válvula de escape para o arbítrio. Por meio de uma tal exigência “*o juiz se demite do seu papel de garante das próprias regras, validando os efeitos do ato nulo*” (ROSA, 2017, p. 690).

A descrição que, a partir da teoria dos jogos, Alexandre Morais da Rosa faz desse estado de coisas é deveras ilustrativa:

(...) se as regras do jogo podem ser desconsideradas em nome do resultado, qual o sentido delas? Nenhum. Se o jogador, mesmo ciente da ilicitude, vai adiante no ato irregular por saber que os efeitos podem seduzir o julgador,

não se pode mais falar, nem mesmo, de processo penal, mas sim de jogo cínico. Contorna-se o descumprimento das regras procedimentais porque no jogo já não há mais juiz, mas sim coadjuvante dos jogadores, diretamente: um juiz comprado pelas recompensas não republicanas. Em uma afirmação: o juiz só apita para um lado e, portanto, inexistente jogada fora da lei (ROSA, 2017, p. 690/691).

No mesmo diapasão, Aury Lopes Jr. mostra-se reticente quanto à categoria do prejuízo. Para Lopes Jr. trata-se de uma *“equivocada transmissão de categorias do processo civil para o processo penal”* que *“está sendo utilizado (e manipulado) para, no processo penal, negar-se eficácia ao sistema constitucional de garantias”*. Diz o autor que, a pretexto da ausência de prejuízo *“os tribunais brasileiros, diariamente, atropelam direitos e garantias fundamentais com uma postura utilitarista e que esconde, no fundo, uma manipulação discursiva”*. Ainda segundo o autor, a noção de prejuízo muitas vezes importa em que se desconsidere que *“a violação da forma processual implica grave lesão aos princípios constitucionais que ela tutela”*. (LOPES JR., 2016, p. 949).

Para Ricardo Jacobsen Gloeckner a exigência de demonstração do prejuízo é uma *“burla de etiquetas, cujo fim último é a manutenção, na lógica que lhe é imanente, de uma ilegalidade congênita que se torna assim, mascarada”* (GLOECKNER, 2013, p. 475). Em trabalho monográfico dedicado ao tema das nulidades Gloeckner salienta que está implícita, nessa exigência, *“a posição de que todo e qualquer princípio processual, independentemente de seu status, pode ser violado”* (GLOECKNER, 2013, p. 477).

Em termos estéticos – correlatos à vivência, pelo acusado, dos efeitos decorrentes dos atos concretos dos atores jurídicos -, o grande problema afeito ao prejuízo é que ele sempre depende de alguém que o reconheça (o juiz). Já a inobservância da forma processual é um dado objetivo; basta consultar os autos para constatá-la. Veja-se, a esse respeito, a esclarecedora lição de Jacinto Nelson de Miranda Coutinho:

(...) prejuízo, em sendo um conceito indeterminado (como tantos outros dos quais está prenhe a nossa legislação processual penal), vai encontrar seu referencial semântico naquilo que entender o julgador; e aí não é difícil perceber, manuseando as compilações de julgados, que não raro expressam decisões teratológicas (COUTINHO, 2001, p. 44)

Finalmente, exigir-se do acusado que ele demonstre o prejuízo é perverso, pois trata-se de fato cuja prova é logicamente impossível. A única base segura para uma

tal demonstração seria o ato lícitamente realizado. Só a partir dos efeitos desse ato lícito é que se poderia verificar a ocorrência ou não de prejuízo decorrente do ato ilícito. Mas, inexistente tal ato lícito, como perquirir logicamente sobre suas consequências empíricas? Simplesmente não há como, pois toda elucubração sobre eventos não ocorridos é um exercício mental de fantasia, revelando-se epistemicamente frágil vez que desprovido de base fática concreta (GLOECKNER, 2013). Sobre o ponto, os questionamentos de Ricardo Jacobsen Gloeckner são esclarecedores:

(...) a exigência de demonstração de prejuízo é a subordinação da declaração da invalidade do ato a uma verificação de prejuízo, cuja comparação se dá com ato processual não praticado: o ato em conformidade com os elementos normativos. Como seria possível provar hipoteticamente o benefício trazido por um ato não realizado? Na prática se torna indemonstrável o prejuízo, pois se está a fazer comparação entre um ato existente – embora precário – e outro que jamais existiu. O prejuízo trazido pelo ato malfeito será comparado a um não-ato, daí por que se examinar o prejuízo tomando-se por base uma hipótese e não um evento real é impossível de ser comprovado. Subordina-se a validade de um ato irregular à demonstração de prejuízo cujo alicerce de comparação é ato que nunca existiu. O resultado é a incapacidade de se demonstrar o prejuízo. De fato, como demonstrar que ato que jamais foi realizado seria mais benéfico do que aquele concretamente realizado? Não se pode comprovar o prejuízo. É empiricamente não demonstrável. Desta arte, percebe-se facilmente que a exigência de demonstração de prejuízo equivale a se deixar as portas abertas à irregularidade processual (GLOECKNER, 2013, p. 482/483).

D' outra banda, a postulação segundo a qual não há nulidade quando o ato cumpre sua finalidade tampouco se sustenta – pelo menos não em um viés fármacoagnóstico. Consoante uma teleologia redutora, a finalidade da forma do ato processual é minorar efeitos colaterais/danos pelo intransigente respeito ao modelo constitucional de processual. Isso implica que “por trás” de toda forma há uma ou mais garantias processuais que também são menoscabadas quando a forma é violada. Ou, para ser mais claro, a finalidade de toda forma processual é a observância dos princípios do modelo constitucional de processo, razão pela qual é uma contradição em termos falar-se em alcance de finalidade mediante desrespeito à regra. Vale, aqui, a máxima basilar de Lenio Luiz Streck: “*não há regra sem um princípio instituidor*” (STRECK, 2012, p. 68). O modelo constitucional institui a forma processual que por sua vez assegura o modelo constitucional. Nesse ciclo, não há como se cogitar a obtenção de fins lícitos por meios ilícitos. A ilicitude (nulidade) pressupõe, portanto, o desvio de finalidade.



Sobre a apontada correlação intrínseca entre a forma do ato processual e as garantias que ela (a forma) materializa, Aury Lopes Jr. é de uma clareza singular:

(...) a finalidade do ato processual cuja lei prevê uma forma, é dar eficácia ao princípio constitucional que ali se efetiva. Logo, a forma é uma garantia de que haverá condições para a efetivação do princípio constitucional (nela contido) (LOPES JR., 2016, p. 948).

Sublinhe-se que em um contexto instrumentalista - no qual o processo penal é concebido como arma (*lawfare*) por equipes de segurança pública dirigidas por juízes-*partisans* -, a tendência é que se considere realizada a finalidade do ato sempre que neutralizado o acusado-inimigo, independentemente do respeito às garantias processuais. Nesse ambiente, a forma-garantia é reduzida a mero aconselhamento legal, ultrapassável a depender das demandas securitárias.

O resultado disso para o processo penal é desastroso. Novamente pululam e encontram no seio da finalidade global atingida aquelas teorias antidemocráticas que delegam ao processo penal o encontro com a verdade, a necessidade de punição do acusado e tantas outras. Mediante o recurso a essas fórmulas mágicas (Wietholter) o processo penal subsume-se numa espécie de cruzada em prol da erradicação do mal, no combate aos inimigos, etc. Tais fórmulas mágicas conduzem à convalescença do ato defeituoso em nome de um grandiloquente objetivo do processo, que não pode ser paralisado ou obstaculizado por intermédio de um apego formalista aos requisitos abstratos dos atos jurídico-processuais (GLOECKNER, 2013, p. 493/494).

Mas se a indemonstrável ausência de prejuízo e o alcance de etéreas finalidades securitárias pouco importam à supressão dos efeitos do ato irregular, então a divisão das nulidades em relativas e absolutas também é irrelevante para a perspectiva agnóstica. Se a imperatividade da decisão judicial decorre do respeito às formas processuais (AMODIO, 2016), então toda nulidade é absoluta. De conseguinte, todo ato irregular – e os que lhe são subsequentes -, devem ser refeitos, porque no processo penal a forma não está disponível (GLOECKNER, 2013).

A subsistência das nulidades relativas serve apenas para dar roupagem legal a ilegalidades congênitas. Trata-se de uma técnica jurídica de gestão de ilegalidades que instaura o amorfismo processual em detrimento das garantias e da segurança jurídica (GLOECKNER, 2013).

Sendo a forma processual o que dá concretude às garantias constitucionais do processo, é teoricamente inconsistente cogitar sobre violações meramente relativas à

tais garantias, das quais se derivariam nulidades também relativas. Junte-se a isso a impossibilidade de se cominar uma sanção relativa à uma suposta nulidade também relativa<sup>299</sup>, e a fragilidade do construto teórico resulta patente. Outrossim, desde a postulação teórica da existência de um modelo constitucional de processo,

(...) as nulidades processuais como forma de controle da conformidade do ato ao modelo constitucional de processo não admite a distinção em nulidade absoluta e nulidade relativa, já que não existe ato relativamente desconforme ao modelo constitucional de processo (FIORATTO, 2017, p. 198).

Por fim, são de considerável monta os efeitos colaterais/danos estéticos ocasionados pelas exangues nulidades relativas. Nada causa perante o acusado maior descrédito em relação ao sistema penal do que se sentar com seu patrono para se inteirar dos próximos passos do seu caso – ocasião em que o advogado diligente, além de descrever os próximos atos processuais, costuma sacar seus códigos para ler junto ao cliente a forma de realização de tais atos, sanando eventuais dúvidas -, tão somente para, na sequência, ver diante de si um espetáculo em que para juiz e promotor pouco importam as formas. Grava-se fundo na consciência do acusado a impressão de que quem lhe processa por violar a lei tem muito pouco apreço pela legalidade violada. Para esse acusado, o vazio retórico de um *pas de nullité sans grief*, entoado em francês mal articulado, nada diz; e a cada flexibilização de nulidade o processo penal vai assumindo, sempre com maior intensidade, a feição de pura mimese da violência.

Além de sepultar o cadáver-adiado da nulidade relativa, é urgente que o fármaco-agnosticismo se oponha à escrituração. A escritura é reificante. Em um processo escrito “o exercício direto da violência fica apenas registrado ou fundamentado” (BINDER, 2017, p. 28) e “os envolvidos no drama real são convertidos em ‘atas’ e desaparecem como pessoas de carne e osso, não existindo discussões, senão inumeráveis petições à ‘autoridade’” (BINDER, 2017, p. 29).

A escrituração também é um potente mecanismo de burla à jurisdicionalidade na medida que frequentemente “não são os juízes que verdadeiramente produzem as sentenças, mas na realidade as decisões são tomadas por um subalterno” (POSTIGO, 2018, p. 153). Em um processo escrito, mesmo a atividade jurisdicional por excelência,

---

<sup>299</sup> “Junto com a impossibilidade de existir um ato ‘relativamente’ desconforme ao modelo constitucional, inexistente a possibilidade de se cominar ‘meia-sanção’ ao ato irregular” (FIORATTO, 2017, p. 159).

que é a prolação da sentença, é “*delegável aos empregados e funcionários que dependem do juiz*” (POSTIGO; PODESTÁ, 2017, p. 851)

Basta ir em qualquer fórum, de qualquer comarca do Brasil, para se constatar: na prática, processo penal não é assunto para juízes; é assunto para estagiários. Para cuidar dos casos mais complexos, criou-se até uma estirpe superior de estagiários: os estagiários de pós-graduação. Por ignotas razões a reserva de juízo é hoje uma reserva de estagiário. Com alguma sorte, um estagiário cursando alguma pós-graduação - não raro ministrada pela internet.

Dados do *Justiça em Número* de 2019 – estudo estatístico realizado anualmente pelo Conselho Nacional de Justiça -, mostram que, em 2018, 40,4% da mão de obra auxiliar do Judiciário era composta por estagiários (BRASIL, 2019). Trata-se de percentual assustador, a evidenciar que a jurisdição não está a cargo de profissionais qualificados.<sup>300</sup>

A situação não seria tão preocupante se os estagiários se dedicassem ao trabalho de apoio em secretaria, ao atendimento ao público ou ao exercício de atividades não privativas de juiz - a exemplo da pesquisa doutrinária ou jurisprudencial, a título de mero auxiliar do magistrado. Ocorre que os estagiários realizam sem constrangimentos atividades privativas de juiz.

O problema não é recente. Em 2012 Lenio Luiz Streck ironicamente já chamava a atenção para “*a tomada de poder pelos estagiários*” (STRECK, 2012, s/n)<sup>301</sup>. Com a ironia que lhe é característica, advertiu Streck:

---

<sup>300</sup> A título ilustrativo, veja-se reportagem de “A Gazeta” – um dos principais jornais do Espírito Santo, intitulada *Estagiários tomam conta dos poderes*. Consta da reportagem – datada de 13/06/2015 -, que na folha de pagamentos do Tribunal de Justiça do Espírito Santo a proporção é de um estagiário para cada dois servidores (no Ministério Público do Espírito Santo, a proporção é de quase um estagiário para cada servidor). Ouvido pelo jornal o então presidente da Ordem dos Advogados do Brasil no Espírito Santo – Homero Mafra -, reclamou que “*há participação excessiva dos estudantes nas instâncias de 1º grau, em decorrência da falta de servidores*”, e concluiu: “*quem mantém o Judiciário hoje são estagiários*” (Disponível em <https://www.gazetaonline.com.br/noticias/politica/2015/06/estagiarios-tomam-conta-dos-poderes-1013899806.html>, Acesso em 05/12/2019 às 05:00 horas). Recentemente a imprensa noticiou um caso exemplar, em que um estagiário da 6ª Vara Criminal de Comarca de Fortaleza suspendeu – nos autos da ação penal nº 0049809-02.2009.8.06.0001 -, a realização de uma audiência, referente a processo em trâmite sob o procedimento ordinário. Na certidão assinada pelo estagiário consta que a audiência não poderia se realizar porque ele (o estagiário) tinha direito de se ausentar nas vésperas dos exames escolares e o juízo não contava com “*outro servidor/estagiário para realizar o ato*” (Disponível em <https://g1.globo.com/ce/ceara/noticia/2019/03/19/estagiario-suspende-audiencia-judicial-em-fortaleza-alegando-que-precisava-estudar-para-provas-da-faculdade.ghtml>, Acesso em 05/12/2019 às 05:20 horas).

<sup>301</sup> Disponível em <https://www.conjur.com.br/2012-abr-12/senso-incomum-tomada-poder-pelos-estagiarios-regime>, Acesso em 05/12/2019 às 05:50 horas.

(...) os estagiários ainda não assumiram o poder – falo agora *de terrae brasilis* – porque não estão (ainda) bem organizados. Deveriam aderir à CUT. Em alguns anos, chegariam lá. Dia desses veremos os muros pichados com a frase ‘todo poder aos estagiários’. Afinal, eles dão sentenças, fazem acórdãos. Pareceres, elaboram contratos de licitação, revisam processos... Vão ao banco. Sacam dinheiro. Possuem as senhas. Eles assinam eletronicamente documentos públicos. Eles decidem. Têm poder. Eu os amo e os temo (STRECK, 2012, s/n).<sup>302</sup>

A usurpação da função judicante por assessores e estagiários não seria possível em um processo penal em que prevalecessem as audiências em detrimento das peças escritas. Em um processo oral, estruturado em audiências, acusação e defesa têm o ônus de apresentar suas provas e argumentos perante o juiz que – logo após a manifestação das partes -, está obrigado a proferir, também oralmente, sua decisão. Neste modelo o acusado vê o juiz decidindo, não subsistindo espaço para a delegação (ou suspeita de que houve a delegação) da função decisória. O reforço estético ao modelo constitucional de processo é incomensurável, pois a certeza sensorial de que o contraditório e a ampla defesa foram exercidas perante quem de fato decide se faz inquebrantável.

A oralidade tem, portanto, uma ainda inexplorada aptidão técnica para otimizar as garantias do modelo constitucional de processo, como bem salienta Flaviane de Magalhães Barros Bolzan de Moraes:

(...) a oralidade pode, como técnica ou mesmo agregada à noção de princípio, ser um importante ganho para a ordem constitucional democrática, tendo em vista justamente a sua capilaridade em permitir que os princípios do modelo constitucional de processo possam ser aplicados de forma plena e integral. Estruturando-se o processo por meio da oralidade, inserindo-a em todas as fases processuais, incluindo as decisões cautelares na fase preliminar, os recursos às instâncias do duplo grau de jurisdição e atos da fase de execução penal, teremos maior efetividade do contraditório, visto como espaço procedimentalizado para construção participada da decisão, e da ampla argumentação, já que com o debate dialético e a produção de prova por meio do exame ou contra-exame em audiência privilegia-se as partes como protagonistas da argumentação processual. O juiz ou os julgadores ficam em um lugar privilegiado de aqueles que proferem a decisão construindo uma síntese do debate, definida pela prevalência da argumentação sustentada pelo conjunto de provas apresentados e a qualidade dos fundamentos jurídicos invocados por cada um dos atores. E, por consequência, a oralidade implicará diretamente na efetividade do princípio da imparcialidade e na adequada fundamentação da decisão (BARROS, 2017, p. 820).

---

<sup>302</sup> Disponível em <https://www.conjur.com.br/2012-abr-12/senso-incomum-tomada-poder-pelos-estagiarios-regime>, Acesso em 05/12/2019 às 05:50 horas.

Mas para que oralidade e modelo constitucional de processo operem em uma relação de reforço recíproco, é indispensável o rechaço das falsas oralidades (BINDER, 2017)<sup>303</sup> que, por exemplo, consentem com a valoração das informações escritas do inquérito; com meras ratificações, em juízo, de depoimentos prestados perante a autoridade policial; com inquirições de testemunhas pelo juiz; com julgamentos feitos por juiz que não acompanhou a instrução; ou, ainda, que visam apenas fundir a instrução com o julgamento, tornando o processo mais célere, porém com graves prejuízos às garantias constitucionais.

A única forma de tornar a oralidade uma característica inerente ao processo penal, é não a vinculando a um mero instrumento para viabilizar a celeridade e eficiência, mas passando a reconhecê-la como uma técnica de efetivação e maximização das garantias processuais (BARROS, 2017, p. 815).

Este também parece ser o entendimento de Thiago Miranda Minagê:

(...) para um controle da observância das garantias processuais é necessário o estabelecimento do contraditório como verdadeiro garantidor das respectivas garantias processuais. Para tanto, somente haverá satisfação das respectivas garantias processuais, quando, toda e qualquer produção probatória que tenha por finalidade comprovar uma hipótese acusatória, for desenvolvida e sustentada publicamente, de forma oral e mediante o rito processual previamente estabelecido (MINAGÊ, 2017, p. 950/951).

Questão correlata à oralidade é a deficiente atenção dos magistrados aos atos que se realizam em audiência. É tão comum quanto constrangedor presenciar juízes que pouco se importam com os atos instrutórios que fugazmente lhes escapam, preferindo trocar mensagens pelo telefone celular ou despachar nos autos de outros processos. Pior ainda quando o desinteresse é apenas pela prova de descargo, e

---

<sup>303</sup> “Mas como já assinalamos os sistemas inquisitivos se vestiram de muitas roupagens durante os séculos XIX e XX. Assim apareceram ‘falsas oralidades’ firmemente sustentadas por doutrinas confusas ou a maleabilidade intelectual das visões curiais. Nisto também devemos ser extremamente claros: o ajuizamento oral e público tem uma estrutura simples e concreta: juízes imparciais (não juízes que atuaram no caso anteriormente) que atendem ao litígio de forma imediata e de um modo concentrado (não separado em dezenas de audiências que fracionam a produção da prova ou a registra mediante incorporações ‘por leitura’ do ‘procedimento’); acusadores (promotores ou privados) que preparam o caso e podem apresentar a prova da acusação nesse julgamento, pesando sobre si o dever de provar (e não o jogo de presunções encobertas); imputados que tiveram o tempo de preparar sua defesa e que contam com adequado assessoramento técnico, a respeito dos quais se presume sua inocência e são tratados como tais até que se prove o contrário. Tudo isto realizado mediante uma dinâmica de litígio simples (apresentação do caso, produção da prova, interrogatórios diretos, conclusões etc.), portanto da qual os juízes deliberam e prolatam sentença de imediato. Tudo isto, evidentemente, realizado publicamente” (BINDER, 2017, p. 32).

contrasta com a atenção vidrada à prova que a acusação produziu. Daí o reclamo de Ennio Amodio:

(...) há, enfim, outros casos, não pouco frequentes, nos quais o desinteresse do juiz em relação à prova se apresenta surpreendentemente cindida pela metade. Olhos abertos e máxima atenção quando são tomadas as provas da acusação; grande queda de atenção e solícitude tão logo se abre a fase da audiência destinada às provas da defesa do imputado. Não é um espetáculo edificante para os defensores, que assistem a um tipo de mutação genética do juiz. O cuidado e atenção que acompanhavam a escuta das testemunhas do ministério público se dissolvem no momento em que entram em cena as testemunhas chamadas pelos defensores (AMODIO, 2016, p. 68/69).<sup>304</sup>

Não raro, a ostilidade ou indiferença do juiz também é dirigida aos advogados, de modo que

(...) a ação defensiva se confronta não apenas, como é natural, com a fisiológica operatividade do representante da acusação, mas também com uma *mens* do juiz que olha com desconfiança os argumentos da defesa, como se se tratasse de barreiras colocadas contra o virtuoso itinerário do ministério público.

As vezes se percebe o fastídio do juiz em enfrentar questões de nulidade ou de inutilizabilidade dos atos investigativos. Em outros casos há a intolerância com o exame e contra-exame conduzidos com muito zelo pelo defensor, percebidos como intervenções prolixas e improdutivas. Às vezes surge, enfim, a pouca disponibilidade para acompanhar as alegações finais, nas quais são apresentados os argumentos que sustentam o pedido de absolvição (AMODIO, 2016, p. 116).<sup>305</sup>

Tudo isso leva à inarredável conclusão de que há muitos juízes que consideram “*impassível de fiscalização o trabalho do ministério público, mas, ao contrário, olham*

<sup>304</sup> “*Ci sono infine altri casi non infrequente in cui il disinteresse del giudice verso la prova si presenta in una forma sorprendentemente dimezzata. Occhi aperti e massima attenzione quando vengono assunte le prove a carico; grande calo di attenzione e sollecitazione a far presto non appena si apre la fase della audizione delle prove a difesa dell’ imputato. Non è uno spettacolo edificante per i difensori, che assistono ad una sorta di mutazione genetica del giudice. La cura e la premura che accompagnavano l’ ascolto dei testi del pubblico ministero si dissolvono nel momento in cui entrano in scena i testimoni chiamati dai difensori*” (AMODIO, 2016, p. 68/69).

<sup>305</sup> “*(...) l’ azione defensiva si scontra non solo, come è naturale, con la fisiologica operatività del rappresentante dell’ acusa, ma anche con una mens del giudice che guarda con diffidenza le iniziative e gli argomenti della difesa, come se si trattasse di barriere collocate sul virtuoso itinerario del pubblico ministero.*

*A volte si percepisce il fastidio del giudice nei confronti delle questioni di nullità o di inutilizzabilità degli atti investigativi. In altri casi c’ è l’ insofferenza verso l’ esame e il controesame condotti con troppo zelo dal difensore, percepiti come interventi prolissi e improduttivi. Talora, infine, spunta fuori la scarsa disponibilità a seguir ella discussione finale in cui sono presentati gli argomenti per la richiesta di assoluzione*” (AMODIO, 2016, p. 116).

os movimentos da defesa com rigoroso espírito crítico” (AMODIO, 2016, p. 116).<sup>306</sup> Irretocável, portanto, a advertência de Amodio, para quem a imparcialidade não permite ao juiz “estender um tapete vermelho às razões da acusação e, ao revés, receber com uma carranca burocrática e impaciente as testemunhas da defesa” (AMODIO, 2016, p. 69).<sup>307</sup>

O dano estético é ainda mais intenso quando se trata do interrogatório do acusado. Para quem espera durante meses – no mais das vezes anos -, para dar a sua versão dos fatos, é desalentador não ter sequer a oportunidade de olhar nos olhos do juiz, que invariavelmente está escondido atrás de uma tela de computador - que, por sua vez, é guarnecida por uma montanha de autos estranhos à audiência que se realiza, e que o juiz mais parece agredir do que consultar. Para o acusado, esta é a certeza antecipada de uma condenação que inexoravelmente virá. O acusado sente que o juiz não se importa com o que ele tem a dizer porque já tem certeza de sua culpa.

O desinteresse, a indiferença ou a recusa em escutar são, assim, reconduzíveis a uma patologia das formas que ofendem sobretudo os valores da estética judiciária. Às vezes a ostentação da indiferença pelo juiz faz mais mal ao imputado do que a exibição da máscara severa de sua ostilidade. E de qualquer modo o espetáculo da apatia sugere ao público a imagem de uma justiça dissimulada, de todo privada de vitalidade cognitiva (AMODIO, 2016, p. 65).<sup>308</sup>

Como resposta a esse estado de coisas, só cabe ao fármaco-agnosticismo postular a existência de um dever estético de atenção por parte do juiz como consectário lógico do modelo constitucional de processo. Se o juiz não ouve, não lê e não se importa com o que a defesa e o acusado falam, escrevem ou fazem, não há como se reconhecer a eficácia do contraditório e da ampla defesa. Não dar atenção ao trabalho defensivo é amesquinhar tais garantias.

Para quem tem a responsabilidade de julgar, a atenção e a escuta não são apenas virtudes a serem inscritas no registro ideal da boa justiça. Tratam-se

<sup>306</sup> “(...) considerano insidicabile l’ operato del pubblico ministero e guardano invece alle mosse della difesa com rigoroso spirito critico” (AMODIO, 2016, p. 116).

<sup>307</sup> “(...) sua imparzialità (...) non lo autoriza a stendere un tappeto rosso alle ragioni dell’ accusa per accogliere invece com un cipiglio burocrático e impaziente i testi della difesa” (AMODIO, 2016, p. 69).

<sup>308</sup> “Il desinteresse, l’ indifferenza o il rifiuto di ascoltare sono quindi riconducibili ad una patologia delle forme che ofende anzitutto il valore della estetica giudiziaria. All’ imputato fa più male certe volte l’ ostentazione dell’ indifferenza del giudice che l’ esibizione della maschera truce della sua ostilità. E comunque è proprio lo spettacolo dell’ apatia a suggerire al pubblico l’ imagine di una giustizia simulata, del tutto priva della vitalità cognoscitiva” (AMODIO, 2016, p. 65).

de obrigações que não exaurem o seu alcance no âmbito ético do conteúdo adequado, mas que operam no terreno jurídico ainda que não previstas nas normas processuais. E não poderia ser diferente.

O altíssimo valor incluso na função jurisdicional postula necessariamente o dever elementar e primário de seguir com atenção todos os momentos dos debates para tirar deles o alimento da decisão (AMODIO, 2016, p. 64).<sup>309</sup>

Excetuados os casos em que a desatenção do magistrado decorre do desprezo pela atividade defensiva, parece provável que a utilização do tempo dispendido em audiência para despachar em outros processos é resultante do acúmulo de trabalho. Para enfrentar essa situação, sugere-se uma radical separação entre as funções judicante e administrativa, ficando a primeira a cargo do juiz e a segunda de um administrador judicial.

No Brasil os juízes se ocupam com uma gama muito extensa de atividades que pouco têm a ver com a judicatura, tais como a requisição de material de escritório, o estabelecimento da pauta de audiências, a escala de serviço dos funcionários da vara, a gerência do cartório ou a fiscalização das intimações. Dessa feita, *“naturalizou-se a execução de tarefas administrativas de tal maneira que elas se incorporaram aos afazeres judiciais”* (CORREIA, 2017, p. 254). E, uma vez que estão sobrecarregados com questões administrativas, não chega a surpreender que os juízes utilizem o tempo da audiência para resolvê-las.

Assim, decidir as férias dos servidores, a quantidade do papel a ser pedido, a reforma do fórum e o trâmite dos processos em cartórios tornaram-se tarefas dos juízes, o que impede que esses agentes públicos se concentrem naquilo que é essencial: julgar processos em harmonia com o ordenamento posto (CORREIA, 2017, p. 254).

O acúmulo de funções sobre o juiz faz com que tanto a judicatura quanto a administração do foro restem prejudicadas. A primeira pela escassez do tempo, compartilhado com tarefas administrativas completamente estranhas à jurisdição; a segunda pela expertise deficiente da magistratura, haja vista que *“do ponto de vista profissional, os juízes não foram formados nem se capacitaram em estratégias de gestão administrativa”* (POSTIGO, 2018, p. 49). E, uma vez que têm pouco tempo

---

<sup>309</sup> *“Per chi ha la responsabilità di giudicare, l’attenzione e l’ascolto non sono soltanto virtù da iscrivere nell’albo ideale della buona giustizia. Si tratta di obblighi che non esauriscono la loro portata nell’ambito ético dell’adeguato contegno, ma operano sul terreno giuridico anche se non sono previsti da alcuna norma processuale. E non potrebbe essere diversamente.*

*L’altíssimo valore istituzionale racchiuso nella funzione giurisdizionale postula necessariamente il dovere elementare e primario di seguire con attenzione tutte le vicende dibattimentali per trarne alimento ai fine del decidere”* (AMODIO, 2016, p. 64).



para julgar, essa tarefa acaba sendo transferida para assessores e estagiários, retroalimentando o ciclo da escritura, da burla à reserva de jurisdição, da desatenção e, de conseguinte, do menoscabo pelo modelo constitucional de processo.<sup>310</sup>

Com isso os servidores também exercem tarefas jurisdicionais, pois elaboram despachos e até sentenças, transformando o juiz, muitas vezes, em um mero homologador de decisões confeccionadas por outros (CORREIA, 2017, p. 373).

Irretocável, portanto, a conclusão de Leonel González Postigo, para quem

(...) a incorporação de profissionais da administração e outros técnicos de apoio à função judicial permite que o sistema seja beneficiado em um duplo sentido: por um lado, liberando tempo dos juizes; e por outro delegando a gestão dos tribunais a profissionais capacitados especialmente para isso (POSTIGO, 2018, p. 50)

Thaize de Carvalho Correia conclui que é indispensável a criação da figura do administrador judicial, o que permitiria a “*separação das funções administrativas e judicante no seio do Poder Judiciário*” (CORREIA, 2017, p. 273). A autora traça, inclusive, um interessante paralelo com a medicina – campo do saber prático no qual não se espera do cirurgião que ele prepare a sala de cirurgia, que deverá estar rigorosamente ordenada no momento da realização do procedimento cirúrgico, ao qual ele se dedicará com exclusividade. Analogamente, o juiz deve entrar na sala de audiências sabendo de antemão que todas as questões administrativas – referentes àquele caso e a todos os demais -, estarão resolvidas, podendo assim dar a atenção devida à instrução e aos debates.<sup>311</sup>

<sup>310</sup> “Outro resultado dessa acumulação é a delegação da tarefa jurisdicional a estagiários, assessores, servidores técnicos ou analistas, que passam a julgar, situação que viola, entre outros, o princípio da indelegabilidade da jurisdição” (CORREIA, 2017, p. 273).

<sup>311</sup> “Na área médica, o cirurgião só é chamado para operar quando o anestesista já chegou, os instrumentos estão ordenadamente dispostos, o paciente na mesa, entre outras coisas. Ele não se preocupa com esses detalhes, pois deve apenas exercer a medicina no tempo destinado a isso. Outras pessoas fazem tudo isso acontecer. Da mesma forma deve ser o serviço jurisdicional: o juiz deve julgar, devendo outras pessoas administrarem o cartório, deixando tudo pronto para que ele só decida” (CORREIA, 2017, p. 271). A comparação com a medicina parece ser uma constante entre os autores que sustentam a necessidade de separação das funções jurisdicionais e administrativas: “Lançando mão da comparação ensaiada por García Yomha e Martínez em relação a outros serviços públicos, ‘no campo da medicina, os médicos não perdem seu tempo em tarefas que lhes são alheias, porque elas são realizadas por pessoas idôneas nessas áreas e limitam seu trabalho a atender seus pacientes. O cirurgião é chamado a operar quando a sala de cirurgia está pronta e não se preocupa em colocar em ordem ou verificar que o resto das tarefas tenham sido cumpridas (ou seja, não entrega os turnos para a operação, não busca a disponibilidade da sala de cirurgia, ou se o anestesista estará presente neste dia, ou se todos os instrumentos de trabalho estão na sala, ou se a sala de operação está preparada, etc.). O médico não cuida destas tarefas, simplesmente, porque não são de sua responsabilidade e

### 6.3 Redução dos efeitos claterais/danos decorrentes das prisões cautelares

A decretação de uma prisão cautelar deve se conformar aos princípios do modelo constitucional de processo - contraditório, ampla defesa, fundamentação das decisões, terceiro imparcial, presunção de inocência e garantias individuais de liberdade -, e ao que dispõem os tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos subscritos pelo Brasil (BARROS, texto encaminhado por email pela autora). Sobre o tema o artigo 7º.5 do Pacto de São José da Costa Rica prevê que “*toda pessoa presa, detida ou retida deve ser conduzida, sem demora, à presença de um juiz ou outra autoridade autorizada por lei a exercer funções judiciais*”. (ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS, 1969, s/n). Na mesma toada, o artigo 9.3 do Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos determina que “*qualquer pessoa presa ou encarcerada em virtude de infração penal deverá ser conduzida, sem demora, à presença do juiz ou de outra autoridade habilitada por lei a exercer funções judiciais*”. (ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS, 1966, s/n).

Referidas convenções internacionais asseguram a toda pessoa cautelarmente presa um verdadeiro e próprio direito de audiência – o *day in court*, célebre entre os estadunidenses. E, dá conjugação do (convencional) *day in court* com as garantias do modelo constitucional de processo, tem-se que a prisão cautelar pressupõe uma audiência oral e contraditória, presidida por um juiz imparcial que assegure ao acusado o amplo exercício do direito de defesa e demais garantias de liberdade, presumindo-o como inocente. Pressupõe, ainda, uma decisão judicial, fundamentada nos elementos de convicção carreados pela acusação, na qual o magistrado exponha com clareza as razões pelas quais a liberdade – consectário lógico da presunção de inocência enquanto norma de tratamento -, deverá ceder lugar à uma prisão preventiva ou temporária.

Sobre a estruturação normativa do procedimento com aptidão para impor uma prisão cautelar, Flaviane de Magalhães Barros Bolzan de Moraes explica que apenas

---

*porque não está treinado para elas’. A esse respeito, os autores indicam que ‘a descrição realizada não se diferencia da função dos juízes, pensar o contrário nos faz supor, de maneira equivocada, que a justiça é um serviço diferente dos que o Estado presta, nos quais lhes é permitido certos privilégios que muitas vezes se tornam difíceis de justificar perante o resto da sociedade’* (POSTIGO, 2018, p. 50).

a confluência das disposições convencionais com a principiologia do modelo constitucional de processo pode impor alguma

(...) cientificidade à decisão para que essa ganhe contornos de garantia. Assim, não se pode excluir alguma forma de contraditório para a prisão preventiva, que deve ser prévio, mesmo que seja imediatamente após o ato de constrição da liberdade em estado de flagrância ou que se efetive perante o acusado ou investigado em audiência prévia à prisão preventiva. Em especial, contraditório sobre os elementos fáticos alegados pelo órgão de acusação para sustentar o seu pedido de prisão, precisam ser efetivados por meio de incidente processual (BARROS, texto encaminhado por email pela autora).

Exsurge, assim, a necessidade de a acusação demonstrar em juízo - em audiência oral e na presença do acusado e sua defesa técnica -, a imprescindibilidade da prisão requerida, eis que *“não pode o pedido de prisão ser um ‘diálogo’ institucional entre MP e Juiz, mas uma construção participada, com influência e não surpresa, entre todos os sujeitos afetados pelo processo e o juiz”* (BARROS, texto encaminhado por email pela autora).

Note-se, no parágrafo anterior, a opção, em nada alheatória, pelo verbo “demonstrar”, e não “provar”. A observação é crucial porque geralmente as prisões preventivas são requeridas quando da deflagração da fase ostensiva das investigações preliminares, e, portanto, antes mesmo do oferecimento da Denúncia. Nessa fase, a acusação ainda não produziu provas, mas meros elementos de convicção unilateralmente adquiridos e, por isso mesmo, imprestáveis à prova do mérito (são elementos cuja valoração, para fins de condenação, é proibida, como visto no tópico 6,1). Assim, o ônus da acusação será demonstrar, com os simples elementos de convicção já produzidos, (I) que, tudo o mais constante, ela será capaz de provar, no curso do processo, a materialidade e a autoria delitivas; e (II) que a prisão do reputado autor é indispensável à salvaguarda das provas que se pretende produzir ou para evitar sua fuga.

Outrossim, a possibilidade de prisão cautelar calcada em obscura necessidade de garantia da ordem pública<sup>312</sup> (ou da ordem econômica) deve ser expurgada da

---

<sup>312</sup> “Trata-se do requisito mais amplo, genérico, indeterminado e impreciso de nosso ordenamento jurídico para a decretação de prisão preventiva, gerando inevitável insegurança decorrente da análise da conveniência ou não da adoção da medida constritiva cautelar. Como bem observado, diante da imprecisão semântica da expressão – quase sempre identificada como paz social e a tranquilidade pública – a jurisprudência tem emprestado à garantia da ordem pública os mais diversos significados: ‘comoção social; ‘periculosidade do réu’ ou mesmo ‘para preservar sua integridade’ [do suposto autor da infração] em caso de possível linchamento; ‘perversão do crime’; ‘insensibilidade moral do acusado’;

legislação, e, sobretudo, da prática cotidiana dos atores do sistema penal. Prender cautelarmente para garantir a ordem pública é pretender realizar antes da condenação as já deslegitimadas funções preventivas da pena. É, em termos, simples, tratar como culpado quem ostenta o status jurídico de inocente.

Daí a Comissão Interamericana de Direitos Humanos afirmar que a prisão cautelar se destina apenas à neutralização “*dos riscos de o imputado tentar eludir a ação da justiça ou tentar obstaculizar a investigação judicial*”. Para a Comissão, é contrário à presunção de inocência a restrição cautelar da liberdade para fins preventivos calcados em prognósticos que levem em conta “*a periculosidade do imputado, a possibilidade de que cometa delitos no futuro ou a repercussão social do fato*”. Sempre segundo a Comissão Interamericana de Direitos Humanos, a prisão cautelar alicerçada nos motivos que, no Brasil, foram englobados na fórmula garantia da ordem pública é inadmissível porque se apoia em “*critérios de direito penal material, e não processual, próprio da resposta punitiva*” (COMISSÃO INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS, 2013, p. 61/62).

D’ outra banda, ao acusado deve-se assegurar amplo exercício de defesa. Muito mais do que contradizer as afirmações da acusação, à defesa técnica deve ser garantida também a prerrogativa de apresentar, em audiência, todos os elementos de convicção que julgue aptos a infirmar as alegações de que o acusado é o suposto autor do delito, que ele representa risco à futura instrução processual, que pretende evadir-se ou que a prisão é a única medida capaz de acautelar os interesses da acusação.

Como o incidente, pela sua natureza, não admite demasiadas dilações, a defesa técnica deverá ter o cuidado de pré-constituir os elementos de convicção que pretende apresentar em juízo. Todavia, nos casos em que a realização da audiência se der em período muito próximo ao da detenção do acusado – não restando tempo hábil à pré-constituição do elemento de convicção -, o juiz deverá ouvir as testemunhas eventualmente levadas pela defesa.

Findos os debates, o juiz decidirá fundamentadamente. No entendimento da tese, tal fundamentação deverá ser rigidamente estruturada. Assim, o juiz deve expor, preferencialmente nesta ordem, (I) as razões pelas quais os elementos de convicção

---

‘clamor público’; ‘repercussão midiática’, ou seja, tudo que não serve como base ou requisito para decretação de prisão preventiva é utilizado como sinônimo de ‘ordem pública’, a fim de validar e justificar o decreto prisional provisório” (MINAGÉ, 2019, p. 233/234).

apresentados por uma das partes devem merecer mais crédito que os elementos de convicção da outra parte; (II) as razões pelas quais os argumentos de uma das partes devem se sobrepôr aos argumentos da outra parte; (III) as razões para o (des)cabimento, a (des)adequação e a (des)necessidade da prisão; (IV) as razões pelas quais as medidas cautelares alternativas à prisão, previstas nos artigos 319 e 320 do Código de Processo Penal<sup>313</sup>, são (in)suficientes para acautelar os interesses da acusação.

A fim de operacionalizar a realização da audiência – e somente quando o pedido de prisão cautelar estiver instruído com sólidos elementos de convicção indicando o efetivo risco de fuga ou de obstrução das investigações -, o juiz poderá, *in extremis*, autorizar a detenção do imputado, por tempo não superior ao estritamente necessário para que a audiência se realize a bom termo, e, sobretudo, para que a defesa técnica pré-constitua os elementos de convicção que julgar relevantes. Tendo por base o tempo transcorrido entre a prisão em flagrante e a realização das audiências de custódia na comarca de Belo Horizonte/MG, verificado pelo autor em decorrência de prévios atendimentos a clientes presos em situação de flagrância, considera-se que o período de detenção referido não precisa e nem deve ser superior a 48 horas.

Destarte, da mesma forma como a prisão em flagrante se transformou em uma medida pré-cautelar a partir da publicação da Lei 12.403/2011, a detenção também deve ser compreendida como uma pré-cautelar, anterior à audiência em que se decidirá sobre a imposição ou não da prisão cautelar.

---

<sup>313</sup> Código de Processo Penal: “Art. 319. São medidas cautelares diversas da prisão: I – comparecimento periódico em juízo, no prazo e nas condições fixadas pelo juiz, para informar e justificar atividades; II – proibição de acesso ou frequência a determinados lugares quando, por circunstâncias relacionadas ao fato, deva o indiciado ou acusado permanecer distante desses locais para evitar o risco de novas infrações; III – proibição de manter contato com pessoa determinada quando, por circunstâncias relacionadas ao fato, deva o indiciado ou acusado dela permanecer distante; IV – proibição de ausentar-se da Comarca quando a permanência seja conveniente ou necessária para a investigação ou instrução; V – recolhimento domiciliar no período noturno e nos dias de folga quando o investigado ou acusado tenha residência e trabalho fixos; VI – suspensão do exercício da função pública ou de atividade de natureza econômica ou financeira quando houver justo receio de sua utilização para a prática de infrações penais; VII – internação provisória do acusado nas hipóteses de crimes praticados com violência ou grave ameaça, quando os peritos concluírem ser inimputável ou semi-imputável (art. 26 do Código Penal) e houver risco de reiteração; VIII – fiança, nas infrações que a admitem, para assegurar o comparecimento a atos do processo, evitar a obstrução do seu andamento ou em caso de resistência injustificada à ordem judicial; IX - monitoração eletrônica (...) Art. 320. A proibição de ausentar-se do País será comunicada pelo juiz às autoridades encarregadas de fiscalizar as saídas do território nacional, intimando-se o indiciado ou acusado para entregar o passaporte, no prazo de 24 (vinte e quatro) horas”. (BRASIL, 1941, p. 632).

É de se grifar com traço forte, porém, que mesmo essa detenção – meramente preparatório da audiência em que se decidirá sobre a prisão preventiva do imputado -, deve ser concebida como uma técnica processual de *ultima ratio*, a ser empregada apenas naqueles casos extremos em que os elementos de convicção que acompanham o pedido de prisão indicam a imperiosidade da custódia detentiva. Para todos os outros casos, há de se dar preferência a medidas cautelares menos invasivas, como a entrega de passaporte, o monitoramento policial ou eletrônico, a detenção domiciliar, o bloqueio de contas bancárias, a proibição de exercício de profissão ou função pública, de viajar, de se comunicar com determinadas pessoas ou frequentar determinados lugares, etc.

Conclue-se, assim – na esteira do pensamento de Thiago M. Minagé (MINAGÉ, 2019) -, que na confluência do modelo constitucional de processo com as normas convencionais referentes à prisão cautelar exsurtem verdadeiros standards de intolerabilidade processual das prisões cautelares. Não são juridicamente toleráveis as prisões cautelares decididas (I) sem a observância do contraditório prévio, (II) sem a realização de audiência na qual seja assegurado o amplo exercício do direito de defesa; (III) em dessintonia com os elementos de convicção apresentados em audiência; (IV) sem fundamentação ou com fundamentação deficiente (sem que se demostre cabimento, necessidade e adequação); (V) de ofício pelo juiz; (VI) para garantia da ordem pública ou da ordem econômica.

Decorre ainda da presunção de inocência enquanto norma de tratamento um princípio estético de inequivalência entre a prisão pena e a prisão cautelar, do qual se infere a imprescindibilidade de a prisão cautelar ser qualitativa e quantitativamente distinta da prisão-pena (SERGI, s/a). Dessa forma,

(...) o encarceramento preventivo no Estado de Direito nunca pode equivaler à duração da pena, nem à sua qualidade. No Estado de Direito a medida cautelar deve ser inequivalente à pena, e dita equivalência deve ser evitada tanto em qualidade quanto em quantidade” (SERGI, s/a, p. 18)<sup>314315</sup>.

---

<sup>314</sup> “(...) *el encarcelamiento preventivo en el Estado de Derecho nunca puede equivaler a la duración de la pena, ni a su calidad. En el Estado de Derecho la medida cautelar debe ser inequivalente a la pena, y dicha equivalencia debe evitarse en calidad y en cantidad*” (SERGI, s/a, p. 18).

<sup>315</sup> O texto *Inequivalencia entre pena y encarcelamiento preventivo*, de Natalia Sergi, foi obtido pelo autor da tese no *Scribd*, um serviço pago de leitura *online* e *download* de textos. A versão consultada, embora paginada, não permite a identificação do ano ou do veículo em que o texto foi originalmente publicado.

De acordo com Natalia Sergi a equivalência entre as duas modalidades de prisão é inadmissível, pois, do contrário, permitir-se-ia a imposição antecipada de pena a pessoas que ainda não foram condenadas (SERGI, s/a).

Em termos qualitativos, o princípio de inequivalência impõe que o cumprimento da prisão cautelar seja radicalmente distinto da execução da pena, de maneira tal que “*não se aplicará ao preso preventivo as mesmas condições que ao condenado*” (SERGI, s/a, p. 18).<sup>316</sup> Se a principal característica da pena de prisão é o fechamento para o mundo exterior (GOFFMAN, 2015), então a prisão cautelar, *a contrario sensu*, deverá se caracterizar pela abertura. Ao preso cautelar que não esteja cumprindo pena em regime fechado por outro crime deve ser assegurado amplo contato com o mundo exterior, sendo-lhe facultado, *v.g.*, um regime de visitas consideravelmente mais permissivo que o previsto para o condenado; a comunicação com amigos e familiares por meio de telefones públicos e/ou celulares; o acesso à internet; e, eventualmente, até mesmo a saída monitorada do claustro para trabalhar, estudar, cumprir obrigações morais e/ou religiosas, etc.

A prisão cautelar, para ser inequivalente à prisão-pena, também não admite a intensa administrativização da vida cotidiana que é típica desta última. Se na pena a vida é “*formalmente administrada*” (GOFFMAN, 2015, p.11), na prisão cautelar a vida deve ser formalmente livre. A prisão cautelar, para não ser pena, tem que ser um regime de liberdade nos limites territoriais do claustro. Hora para acordar e para dormir, para trabalhar e para se divertir, para comer e para o banho de sol... Nada disso é compatível com um regime cautelar inequivalente à pena!

Por fim, a estrutura física do local de cumprimento da restrição cautelar de liberdade não pode se equiparar ao cárcere. Sempre que o imputado tiver residência fixa, a prisão domiciliar deverá ser privilegiada. Para os demais casos, o local de permanência deverá se parecer mais com um alojamento para atletas ou estudantes do que com uma penitenciária.

Quantitativamente o princípio de inequivalência inadmite prisões cautelares tão longas quanto as decorrentes de condenação (SERGI, s/a). Nas palavras de Natalia Sergi, “*em relação com a quantidade de pena, a inequivalência evitará que o tempo*

---

<sup>316</sup> “*Asimismo, implicará, que el encarcelamiento preventivo se ejecute de manera tal que no signifique una equivalencia com la pena, en virtud de que no se aplicará al preso preventivo las mismas condiciones que al condenado*” (SERGI, s/a, p. 19).

*da medida cautelar seja equivalente à possível condenação ao confinamento, estabelecendo um prazo menor” (SERGI, s/a, P. 30).*

Natalia Sergi defende um regime de excarceração no qual a punibilidade será extinta sempre que a prisão cautelar atingir a duração da prisão-pena prevista (SERGI, s/a). Essa não parece, todavia, ser a melhor solução, eis que traz implícito o risco de a pena máxima cominada em abstrato ser considerada o limite temporal da prisão cautelar, o que por vias oblíquas seria uma admissão da equivalência entre as duas hipóteses de prisão. Outrossim, efetivamente redutor de danos/efeitos colaterais seria um modelo em que se estabelecessem prazos curtos e rígidos para as prisões cautelares, ao fim dos quais os imputados fossem *incontinenti* colocados em liberdade.

#### **6.4 Redução dos efeitos colaterais/danos decorrentes da fase recursal**

A principal estratégia de redução de efeitos colaterais/danos nas instâncias superiores é de uma simplicidade estarrufada: é preciso instituir a colegialidade nos tribunais brasileiros, relegando para a história – e de uma vez por todas -, o tão conhecido simulacro de julgamento colegiado em que o relator profere seu voto e os demais magistrados, dando mostras de sequer conhecerem o caso, julgam desincumbir-se da obrigação judicante com um protocolar “de acordo com o relator”.

A primazia do relator - com seu voto redigido antes mesmo das sustentações orais -, é típica de processos escritos. Não surpreende, portanto, que os países que obtiveram sucesso na transição para a oralidade reduziram substancialmente as funções do relator. Sob essa ordem de ideias é que no Chile, por exemplo, o relator sequer decide sobre o mérito recursal. Com efeito, Leonel González Postigo noticia que a Corte Suprema do Chile decidiu, sobre o processo penal reformado daquele país, que

(...) os relatores das Cortes terão como únicas funções nas audiências dos recursos do novo sistema processual penal, informar ao tribunal nos casos estabelecidos pelas disposições vigentes, entre elas da admissibilidade dos recursos, e servir de ministro de fé com relação à realização da audiência, mediante assinatura digital (POSTIGO, 2018, p. 135).

A manifestação do relator sobre o mérito do recurso é um obstáculo à colegialidade. A mera existência de um juiz que “sabe mais” sobre o caso acaba



predispondo os demais magistrados a não aprofundarem a cognição – e, não raro, sequer tomarem ciência das manifestações das partes. Se um colega, em tese igualmente capacitado, já está se ocupando do caso, por que tantos outros magistrados haveriam de também fazê-lo, sendo inquestionável que o trabalho é árduo e o tempo é escasso? E assim os “de acordo com o relator” vão se sucedendo vertiginosamente.

Mesmo nos casos em que há divergência com o relator, não se pode falar em julgamento colegiado, mas em meros votos dissonantes, vez que no Brasil não há decisão *per curiam* (opinião da corte). Em razão disso, é preciso fazer ressoar o desafio que Dierle José Coelho Nunes lançou contra

(...) o *habitus* brasileiro de, em julgamentos colegiados de recursos ordinários, extraordinários e ações originárias dos tribunais, se proferir decisões plurais (plurality decision) nas quais cada juiz oferta sua própria opinião (decisão em separado), em vez de um único juiz escrever a opinião em nome de toda a corte, forjando uma decisão majoritária na conclusão (parte dispositiva) sem que nenhum fundamento, que lhe oferte sustentáculo, alcance a maioria (NUNES, 2015, p. 66/67).

Nem com muita boa vontade se pode chamar o que os tribunais nacionais fazem de julgamento colegiado. Trata-se, isso sim, de um somatório de decisões monocráticas; algo como uma “segunda primeira instância”, todavia encenada por vários magistrados. Isso faz com que mesmo nos casos em que revisores e vogais prolatam votos mais complexos do que o lânguido “de acordo com o relator”, não se consiga saber quais são os fundamentos determinantes da decisão, haja vista cada voto possuir suas próprias razões de decidir.

A pseudocolegialidade vigente não passou despercebida por Gustavo Henrique Badaró, que, em obra monográfica destinada aos recursos descreveu com precisão a fraude de etiquetas que é o julgamento pelos tribunais brasileiros:

(...) espera-se que a deliberação do colegiado seja precedida de discussão entre os seus membros, até mesmo porque uma das vantagens do colégio judicante é exatamente esta, de que cada juiz seja auxiliado em sua discussão, com a discussão dos demais. Infelizmente, contudo, em razão do excessivo número de recursos que aportam aos tribunais, o que se tem visto na prática é algo bem diverso. Julgamentos colegiados sendo substituídos por decisões monocráticas. O julgamento em sessão pública e coletiva, nas palavras de Nereu Giacomolli, ‘torna-se meramente cenográfico’. Se não há sustentação oral, os recursos são objeto de ‘julgamentos em lista’, com a prévia troca de votos escritos. Se da leitura anterior à sessão, sem qualquer debate, nenhum dos ocupantes do colégio vislumbrar ponto que mereça maiores esclarecimentos, o voto do relator se transforma em voto da turma

juizadora. Não há sequer o mínimo esforço do singelo 'de acordo'. E, mesmo quando há sessão de julgamento, inclusive com sustentação oral, não raro o que se tem é a sucessão de leitura de votos, e não efetiva discussão sobre as questões postas nas razões recursais, e que deverão ser decididas pelos julgadores" (BADARÓ, 2016, p. 194).

Em oposição à pseudocolegialidade acima descrita, sugere-se a adoção do julgamento *per curiam*, no qual o colegiado é obrigado a debater o caso, após sustentações orais, para só então redigir a decisão na qual são explicitados seus fundamentos determinantes. Nesse sistema, para cada caso há uma única decisão (ressalvado, em caso de discordância, a publicação da opinião minoritária, com seus fundamentos), e não os votos individuais de cada um dos magistrados. Embora estranho à prática brasileira, o julgamento *per curiam* é uma técnica de tomada de decisão colegiada com enorme potencial para catalisar substanciais melhorias dos julgados, pois o resultado prevalente tende a decorrer da primazia dialogal e intersubjetiva do melhor argumento, e não da mera somatória de visões singulares sobre o caso.

Ademais, o julgamento *per curiam* é esteticamente mais reconfortante que o tradicional sistema de votos em série. No julgamento da corte o jurisdicionado tem a certeza de que a decisão final é o fruto da deliberação de magistrados togados, em sua maioria aprovados em rigoroso concurso de provas e títulos e com muitos anos dedicados à magistratura. Ao revés, no sistema seriado subsiste sempre o risco de os votos serem redigidos por assessores com menor qualificação e/ou experiência, e, não raro, até mesmo por estagiários que sequer concluíram a graduação. E, em termos de percepção subjetiva do acusado – de vivência da (in)correção do julgamento -, será sempre preferível saber quem são os responsáveis pela sua liberdade (ou falta dela).

Também se faz premente a adequação do sistema recursal brasileiro aos tratados e convenções internacionais de direitos humanos firmados pelo Brasil. Tais diplomas internacionais tratam o duplo grau de jurisdição como garantia pessoal do acusado; portanto, inextensível à acusação. O artigo 8º.2 do Pacto de São José da Costa Rica diz que "*toda pessoa*" tem "*direito de recorrer da sentença a juiz ou tribunal superior*". E, para espancar qualquer dúvida quanto à referenciabilidade semântica do termo "*pessoa*" – ao qual algum intérprete malicioso poderia querer acrescentar as pessoas jurídicas, e, de conseguinte, o Estado-acusação, representado pelo Ministério Público -, o artigo 1º.2 do Pacto de São José da Costa Rica preceitua que

*“para efeitos desta Convenção, pessoa é todo ser humano”*. (ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS, 1969, s/n). Na mesma direção, o Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos, que também integra o bloco de constitucionalidade brasileiro, dispõe, em seu artigo 14.5, que *“toda pessoa declarada culpada por um delito terá direito de recorrer da sentença condenatória e da pena a uma instância superior, em conformidade com a lei”*. Por fim, consta do artigo 3 que *“os Estados Partes no presente Pacto comprometem-se a assegurar a homens e mulheres igualdade no gozo de todos os direitos civis e políticos enunciados no presente Pacto”* (ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS, 1966, s/n), de modo tal que fica evidente a quem se asseguram os recursos – a saber, a pessoa humana (*“homens e mulheres”*).

Tem-se, portanto, que a acusação carece de legitimidade convencional para apelar contra absolvições. A uma porque tanto o Pacto de São José da Costa Rica quanto o Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos inequivocamente dispõem que o duplo grau de jurisdição é direito inerente à pessoa humana. A duas porque o Pacto Internacional sobre Direitos Civis Políticos expressamente menciona uma *“sentença condenatória”* como pressuposto recursal da apelação.

Em que pese a jurisprudência unanimemente admitir a apelação contra a absolvição, a processualística penal brasileira gradativamente vem reconhecendo que o duplo grau de jurisdição é garantia individual e exclusiva do acusado, não se aplicando ao Ministério Público e nem mesmo ao querelante. Segue, a título ilustrativo, o magistério de Rubens Casara:

(...) no processo penal, diante de suas particularidades, que acabam por defini-lo como um instrumento estatal de contenção do poder penal em garantia do indivíduo, o direito ao recurso é o meio de exteriorização ou, melhor, a manifestação do direito fundamental ao duplo grau de jurisdição, que é titularizado apenas pelo acusado, em garantia da ampla defesa e da liberdade. No direito brasileiro, não há, portanto, ‘direito’ do Ministério Público ou do querelante ao duplo grau de jurisdição em matéria penal (CASARA, 2018, p. 130).<sup>317</sup>

Para Fauzi Hassan Choukr a restrição do duplo grau ao acusado vincula-se à proibição de dupla incriminação. Segundo o autor,

---

<sup>317</sup> Em outro trecho CASARA explica que *“a partir da compreensão das diferenças entre o processo penal e o processo civil torna-se fácil perceber que as agências estatais com atribuição de promover a persecução penal em juízo (no processo penal brasileiro, o Ministério Público) não são titulares do direito fundamental ao duplo grau de jurisdição, da mesma forma como o acusador privado não pode evoca-lo”* (CASARA, 2018, p. 129).

(...) não se trata apenas de apego à literalidade da CADH<sup>318</sup>, a qual dá a entender que o recurso teria cabimento apenas pelo interesse processual do acusado. Ela se funda numa revisão da natureza da relação jurídica recursal e apresenta como consequência que o exercício do recurso pelo acusador público ou privado contra a sentença absolutória configuraria, na verdade, um novo julgamento, violando a impossibilidade de que alguém se submeta a uma nova persecução com base na mesma situação fática já decidida (CHOUKR, 2017, p. 341).

Tampouco se vislumbra como compatibilizar a livre impugnação de sentenças absolutórias com o sentido normativo do artigo 14.5 do Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos, que assegura a ampla revisão da “*sentença condenatória*” por uma “*instância superior*”. Para compreender o que vai dito, basta imaginar um caso em que o Ministério Público recorre da sentença absolutória e o Tribunal de Justiça, por seu turno, condena o acusado. Nesta hipótese, o acórdão do tribunal será a “*sentença condenatória*” mencionada pelo dispositivo convencional, haja vista a absolvição em primeira instância. Todavia, na sistemática recursal brasileira essa verdadeira e própria “*sentença condenatória*” é impassível de impugnação plena (abrangendo tanto matéria de fato quanto matéria de direito), vez que inexistente recurso ordinário contra acórdão condenatório de segundo de grau. Os únicos meios de impugnação desse acórdão condenatório – não obstante se tratar da primeira condenação -, são os recursos especial e extraordinário; que, todavia, não admitem revisão de matéria fática, consoante entendimento cristalizado dos tribunais superiores. Tem-se, portanto, que no exemplo dado haverá uma decisão condenatória contra a qual inexistente meio recursal de impugnação plena, ferindo de morte o artigo 14.5 do Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos.

Dando prosseguimento ao exemplo do parágrafo posterior, seria possível uma condenação não unânime, em que dois desembargadores votassem pela condenação e um pela absolvição. Nesse caso, o acusado teria à sua disposição os embargos infringentes e de nulidade. Mas ainda assim o artigo 14.5 do Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos restaria violado, pois o dispositivo em comento exige a revisibilidade plena da decisão condenatória por “*instância superior*” – sendo, todavia, cediço que os embargos infringentes e de nulidade são julgados pela mesma câmara que julga a apelação, à qual apenas se acrescentam mais dois magistrados. Dessa

---

<sup>318</sup> CADH é o acrônimo de Convenção Americana de Direito Humanos, designação técnica do Pacto de São José da Costa Rica.

feita, a câmara completa – composto pelos três desembargadores que julgaram a apelação, acrescida de dois desembargadores convocados para julgar os embargos -, não se qualifica como “*instância superior*” para fins de reconhecimento da conformidade convencional.

Por óbvio, o descabimento de apelação contra as decisões absolutórias de primeiro grau resolve todos esses inconvenientes, pois – à exceção dos casos penais cuja competência é originária dos tribunais -, em uma tal sistemática não subsiste a possibilidade de a primeira condenação ser proferida pela segunda instância.

A bem da verdade, a irrecobilidade da sentença absolutória não é a única maneira técnica de lidar com o problema. Duas outras soluções alternativas podem ser cogitadas. A primeira delas é a criação de um recurso ordinário, para o Superior Tribunal de Justiça, contra o acórdão condenatório; a segunda é a revisão do entendimento consolidado segundo o qual os recursos especiais e extraordinários não admitem revisão de matéria fático-probatório. Nesta última hipótese, sempre que a condenação ocorresse pela primeira vez em segunda instância, os recursos especial e/ou extraordinário teriam que ser automaticamente admitidos, sob pena de a garantia do duplo grau de jurisdição se transformar em letra morta.

Note-se, porém, que ambas as soluções alternativas inexoravelmente levariam ao aumento do número de recursos interpostos perante os tribunais superiores, o que desaconselha a opção por qualquer uma delas. Ao revés, a irrecobilidade da sentença absolutória tem o efeito benfazejo de reduzir o número de recursos manejados em segunda instância, o que vai ao encontro do (inúmeras vezes repetido) propósito de simplificar o sistema recursal brasileiro.

Pelo exposto, é forçoso concordar com todos aqueles que dizem que há recursos demais no processo penal brasileiro. De fato, uma análise acurada do sistema internacional de proteção dos direitos humanos permite concluir que a acusação até hoje tem à sua disposição um recurso que deveria ter sido extinto quando da adesão do Brasil ao Pacto de São José da Costa Rica e ao Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos, no início da década de 90 do século XX.

## **6.5 Redução dos efeitos colaterais/danos decorrentes da execução penal**

A tarefa de redução da dor deliberadamente infligida pelo sistema penal não se completará apenas com a adoção das medidas propostas acima. Se amanhã, por

encantamento ou magia, uma profunda reforma fosse implementada - uma reforma que acolhesse integralmente tudo quanto sugerido acima pela tese -, ainda assim a dor causada pelo sistema penal estaria longe da razoável quantidade a que se referia Nils Christie. Isso pode ser dito com absoluta segurança em razão dos inaceitáveis níveis de superlotação das penitenciárias brasileiras.

Dados do Ministério da Justiça e Segurança Pública dão conta de que em junho de 2017 havia 423.242 vagas no sistema penitenciário brasileiro, para um total de 726.354 presos, perfazendo um déficit de 303.112 vagas. Trata-se de uma taxa de ocupação de 171,62%; resultado de uma política de encarceramento em massa que ostentava, também em 2017, uma taxa de aprisionamento monstruosa, da ordem de 349,78 presos para cada 100 mil habitantes. O mais alarmante é que, do total de pessoas presas, 33,29% delas estão cumprindo prisões preventivas ou temporárias (BRASIL, 2019), o que evidencia que a prisão cautelar é utilizada como *prima ratio* para antecipar condenações sem processo<sup>319</sup> em um sistema penal subterrâneo (CASTRO, 2005) que, de um jeito ou de outro, sempre se esquivava do discurso oficial(izado).

Diante desse contexto, o *numerus clausus* pode se revelar um eficiente lenitivo para o superpovoamento dos cárceres brasileiros. O *numerus clausus* é uma técnica de gestão do sistema penitenciário que não admite nem um preso a mais do que o número total de vagas disponíveis no sistema. Consoante definição de Rodrigo Duque Estrada Roig, trata-se de

(...) um princípio ou sistema organizacional por meio do qual cada nova entrada de uma pessoa no âmbito do sistema carcerário deve necessariamente corresponder ao menos a uma saída, de forma que a proporção presos-vagas se mantenha sempre em estabilidade ou tendencialmente em redução (ROIG, 2018, p. 100).

De acordo com Eugênio Raul Zaffaroni,

(...) o único modo de reduzir o aprisionamento é o estabelecimento de percentuais, ou seja, determinar qual é a capacidade de cada estabelecimento e limitar o número de presos a essa capacidade, submetendo os restantes, segundo a menor gravidade ou a maior proximidade da soltura, a penas não privativas de liberdade (ZAFFARONI, 2014, p. 498/499).

---

<sup>319</sup> “A expressão *medida cautelar*, tomada do processo civil, é um claro eufemismo [...] Nós escondemos a pena sem a condenação sob o termo *medida cautelar*” (ZAFFARONI, 2014, p. 444/445).

Rodrigo Duque Estrada Roig noticia que o princípio do *numerus clausus* surgiu na França, em 1989, quando o deputado socialista Gilbert Bonnemaïson encaminhou para o Ministério da Justiça um relatório sobre o sistema penitenciário em que propunha

(...) a obrigatoriedade de que o número de presos em um estabelecimento penal atendesse ao número exato (fechado) de vagas disponíveis, de modo que, uma vez ultrapassada a capacidade máxima do estabelecimento, deveriam ser escolhidos os presos com melhor prognóstico de adaptabilidade social, impondo-lhes a detenção domiciliar com vigilância eletrônica (ROIG, 2018, p. 100).

Todavia, a proposta do deputado Bonnemaïson não vingou. Mas o debate ressurgiu na França com vigor a partir de 2006, quando trinta e cinco organizações da sociedade civil, sob a coordenação de Bernard Bolze – um dos fundadores do Observatório Internacional Prisional -, deram início à campanha ‘*Trop c’est trop! Pour un numerus clausus em prison*’ (ROIG, 2018).

Além da iniciativa francesa - que ainda não rendeu bons frutos naquele país -, a literatura especializada informa que o *numerus clausus* já é realidade em muitos lugares mundo afora. Países como Holanda, Noruega, Suécia e Dinamarca, “*em nome do princípio de que ninguém deve ir para o cárcere se não há lugar*”, criaram listas de espera que permitem o escalonamento do ingresso no sistema penitenciário, “*sempre que inexistirem vagas suficientes para abrigar os condenados*” (ROIG, 2018, p. 103).

Ricardo Genelhú e Sebastian Scheerer discorrem sobre a experiência escandinava com o *numerus clausus* nos seguintes termos:

(...) alguns países têm implantado, quanto à capacidade receptiva do que restou do seu sistema prisional, um modelo baseado no *numerus clausus* (número fechado). Trabalhando com uma quantidade previamente definida de vagas o sistema prisional só pode receber um novo cliente quando há espaço. Não existindo, só se admite uma nova entrada se simultaneamente houver uma liberação. Para que um preso entre outro tem que sair. Embora essa tecnologia não seja a única ou a maior responsável pela redução drástica da criminalidade e pelo fechamento de prisões nos referidos países, é inegável que ela colabora muitíssimo para o represamento do encarceramento massivo, e, como consequência, para o quase fim da produção e da reprodução da clientela (GENELHÚ; SCHEERER, 2017, p. 276).

Em entrevista concedida ao Jornal Folha de São Paulo Massimo Pavarini explicou que

(...) entre os nórdicos, quando um juiz condena um preso, ele precisa saber a quantidade de vagas na prisão. Se não há vaga, outro preso precisa sair. O juiz indica quem sai. Porque é preciso responsabilizar o Poder Judiciário e a polícia pelos presídios.<sup>320</sup>

A experiência ultrapassa a Escandinávia. Em abril de 2009, nos casos *Coleman vs. Brown* e *Plata vs Brown*, uma corte federal da Califórnia intimou o Estado a apresentar um plano de redução da população carcerária californiana da ordem de um terço (46 mil presos), a ser implementado em até 2 anos. Na decisão o tribunal levou substancialmente em conta as más condições carcerárias e a deficiente assistência à saúde nas prisões californianas. Em maio de 2011 a Suprema Corte dos Estados Unidos chancelou a decisão da corte californiana, reconhecendo que o Judiciário pode limitar o número de presos para salvaguardar os direitos constitucionais dos encarcerados (ROIG, 2018).

No mesmo diapasão o Tribunal Constitucional Federal da Alemanha decidiu, em julgado de fevereiro de 2011, que a execução penal deve ser interrompida se as formas de cumprimento da pena forem desumanas (ROIG, 2018).

Voltando ao contexto brasileiro, Rodrigo Duque Estrada Roig explica que o *numerus clausus* não é uma mera abstração ou ideal utópico, mas um princípio jurídico de índole constitucional que já tarda em ser observado. Com percunhência o autor adverte que o *numerus clausus* é uma “precondição para o efetivo exercício dos direitos previstos no vigente sistema penitenciário” (ROIG, 2018, p. 107). A vedação constitucional às penas cruéis<sup>321</sup> e a proteção constitucional à integridade física e moral dos presos<sup>322</sup> - dentre outros princípios constitucionais -, são incompatíveis com a superlotação carcerária.

O Estado de Direito brasileiro, cujos elementos basilares são a Democracia e o Republicanismo, possui como um de seus objetivos a promoção do bem de todos (art. 3º, IV, da CF) e como fundamento a dignidade da pessoa humana (art. 1º, III, da CF), além de preconizar a não submissão a tortura ou tratamento desumano ou degradante (art. 5º, III, da CF), a tutela da

<sup>320</sup> Disponível em <https://www1.folha.uol.com.br/fsp/cotidian/ff3108200916.htm>, Acesso em 18/07/2019, às 18h:55min.

<sup>321</sup> Constituição Federal: “Art. 5º (...) XLVII - não haverá penas: (...) e) cruéis”. (BRASIL, 1988, p. 34).

<sup>322</sup> Constituição Federal: “Art. 5º (...) XLIX - é assegurado aos presos o respeito à integridade física e moral”. (BRASIL, 1988, p. 34).



integridade física e moral das pessoas presas (art. 5º, XLIX, da CF) e o respeito à intimidade e vida privada das pessoas presas (art. 5º, X, da CF) e às condições mínimas exigidas em matéria de saúde e higiene (arts. 6º e 196 da CF), todas prejudicadas pela superlotação. O sistema *numerus clausus*, na qualidade de mecanismo limitador do quadro de superlotação carcerária, afirmaria enfim as bases do Estado Republicano e Democrático de Direito brasileiro (ROIG, 2018, p. 109).

E arremata Roig:

(...) o estado de grave superlotação de alguns cárceres brasileiros é fator suficiente, por si só, para se atestar a existência de tratamento desumano ou degradante e, conseqüentemente, a violação sucessiva da Lei de Execução Penal, Constituição da República Federativa do Brasil, Convenção Americana de Direitos Humanos, Pacto Internacional sobre Direitos Cíveis e Políticos da Organização das Nações Unidas e Declaração Universal dos Direitos Humanos (ROIG, 2018, p. 590).

No nível infraconstitucional também é cediço que o *numerus clausus* já encontra positivamente, por exemplo, no artigo 85 da Lei de Execução Penal.<sup>323</sup>

Obviamente, ninguém é ingênuo a ponto de acreditar que o encolhimento da superpopulação carcerária, até o atingimento do número total de vagas do sistema prisional, será suficiente para, por si só, inviabilizar a mortificação pelas prisões. A estratégia aqui é se limitar ao que é possível fazer, sem cair no conto da sereia do que idealmente deveria ser feito, porque parece haver muita sabedoria no adágio popular que diz que “o ótimo é inimigo do bom”.

Prisões – mesmo prisões modelos, administradas à perfeição, sem nível algum de sobre-ocupação -, foram idealizadas para impor dor, para fazer sofrer e para mortificar. É isso – e apenas isso -, o que elas farão. Portanto, o que se combate aqui é apenas a mortificação qualificada, a sobremortificação ou mortificação em dobro – as palavras importam pouco, importa mais o sofrimento humano que com elas se quer designar -, que a superlotação carcerária ocasiona.

Como recorda Zaffaroni,

(...) ninguém pode evitar os efeitos estruturais da prisão que respondem à sua essência de instituição total, tal como apontou Goffman. No entanto, podem ser feitos esforços ingentes para não acentuá-los, para não fazer nada que, sem sentido, aguace o efeito deteriorador de toda a instituição total e, fundamentalmente, para eliminar do tratamento tudo que contribua para

<sup>323</sup> Lei 7.210/1984 (Lei de Execução Penal): “Art. 85. O estabelecimento penal deverá ter lotação compatível com a sua estrutura e finalidade. Parágrafo único. O Conselho Nacional de Política Criminal e Penitenciária determinará o limite máximo de capacidade do estabelecimento, atendendo a sua natureza e peculiaridades”. (BRASIL, 1984, p. 1441).

degradar a autopercepção do preso, ferir sua dignidade em uma medida maior do que o fato de estar preso impõe (ZAFFARONI, 2014, p. 502).

Destarte, é inadiável a realização de detalhado censo prisional, a fim de se selecionar presos a serem anistiados ou terem suas penas privativas de liberdade comutadas em penas alternativas, até que se reduza a população prisional ao número máximo de vagas do sistema penitenciário. Como sugestão, poderiam ser beneficiados os presos idosos, as presas gestantes ou mães de crianças que ainda necessitem de cuidados, presos preventivos e temporários, presos condenados por infrações cometidas sem emprego de violência e presos que já tenham cumprido frações consideráveis de suas penas.

Uma vez alcançada, via anistia ou comutação de penas, a única taxa de ocupação aceitável - que é a de um preso para cada vaga no sistema prisional -, a aplicação concreta da pena deverá ser deslocada para o juízo da execução. Nesse modelo o juízo da cognição - que desconhece a realidade do sistema prisional -, apenas fixaria os fatos praticados pelo acusado e indicaria o tipo penal a eles correspondente, sem, contudo, aplicar a pena. Já o juízo da execução - responsável por manter a proporção entre vagas e presos sempre igual a um -, aplicaria a pena, atentando-se sempre para a capacidade do sistema prisional absorver novos condenados. Quer-se crer que em um tal modelo prender-se-ia fármaco-agnosticamente, pois a prisão seria decorrente da observância, pelo juízo da execução, de critérios normativos de seleção prioritária das pessoas a serem encarceradas, dando-se preferência, por exemplo, aos condenados por homicídios, lesões graves ou gravíssimas, crimes hediondos, etc.

## **6.6 Redução de efeitos colaterais/danos pelo processo legislativo**

Considerável parcela da dogmática penal contemporânea afirma e reafirma, sempre com renovada ênfase, a suposta existência de uma autodeclarada teoria constitucional do bem jurídico-penal. Em síntese, o que se quer dizer com isso é que o legislador estaria livre para criminalizar - e, de conseguinte, punir com pena privativa de liberdade -, a conduta que bem entendesse, desde que o novo tipo penal pudesse ser reconduzido à proteção de algum bem jurídico agasalhado pela Constituição. Nessa esteira, Luiz Carlos dos Santos Gonçalves sente-se confortável para defender

que “reconhecida a exigência de proteção penal para determinado bem jurídico, de sede constitucional, isto obrigará o legislador a editar a lei penal criminalizadora respectiva” (GONÇALVES, 2007, p. 68). O autor cogita, inclusive, a intromissão do Judiciário sobre os trabalhos legislativos, a fim de assegurar a proteção penal de direitos fundamentais:

(...) se se tratar da proteção de direitos fundamentais, a verificação da necessidade de proteção penal deixa de ser exclusiva do Congresso Nacional. Poderá, nesses casos, o Judiciário, provocado por ações de controle de omissão, verificar se não há proteção deficiente (GONÇALVES, 2007, p. 138).

Não é preciso muito esforço para se demonstrar quão absurda é a proposta. Considere-se, por exemplo, a liberdade de consciência, que, nos termos do art. 5º, VI, é direito fundamental inviolável. Ora, a depender da interpretação que se dê ao referido dispositivo constitucional, e a prevalecer o entendimento de Gonçalves, as atividades missionárias e a pregação religiosa poderiam (ou deveriam) ser criminalizadas. Em caso de inatividade do Congresso Nacional, a omissão haveria de ser sanada pelo Judiciário, via mandado de injunção. Para tornar curta o que poderia ser uma longa história, basta dizer que a tal teoria constitucional do bem jurídico deixa aberta a possibilidade de nossas avós serem presas por tentarem nos fazer ir à missa aos domingos. Sob essa ordem de ideias, obrigar uma criança a frequentar as aulas do catecismo ou a fazer a primeira comunhão poderia muito bem ser uma modalidade qualificada de delito. Nossos pais seriam, quase que sem exceção, criminosos!

Outro exemplo: o artigo 5º, XXIII, prevê como direito fundamental a função social da propriedade. Então, se fosse normativamente adequada a teoria constitucional do bem jurídico, estariam dadas as condições para trancafiar aquele primo que vive na capital e há anos não frequenta e deixa deteriorar a linda casinha no interior, herdada da tia-avó que nunca casou.

Um último exemplo: o artigo 5º, II, da Constituição, dispõe que “ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei”, o que confere status de direito fundamental ao princípio da legalidade. Porém, ao que se saiba não existe uma lei que proíba estudantes universitários de frequentarem as aulas com o telefone celular ligado. Que tal prender o professor que obriga seus alunos a desligarem o celular? Afinal de contas, para a “teoria” constitucional do bem jurídico não haveria mal nenhum nisso...

O assustador é que essa brincadeira de imaginar tipos penais que, embora estapafúrdios, seriam admissíveis pela teoria constitucional do bem jurídico, poderia se estender indefinidamente. Isso acontece porque a Constituição brasileira protege uma quantidade muito grande de bens jurídicos, que vão da voz humana (artigo 5º, XXVIII, 'a') ao Colégio Pedro II (art. 242, § 2º), apenas para se ficar nos exemplos mais pitorescos.

Que o constituinte tenha conferido status constitucional a uma gama tão ampla de bens não é algo necessariamente ruim. Talvez seja até mesmo algo bom, pois denota preocupação da comunidade política com os bens e interesses dos cidadãos brasileiros. O que não se pode admitir é a ideia segundo a qual a Constituição estaria autorizando a proteção, via direito penal, de todo direito fundamental por ela mencionado. É inadmissível, sobretudo, a tentativa de derivar da menção constitucional a um bem jurídico (mesmo que se trate de direito fundamental) a existência de um comando criminalizante implícito. Fosse assim, então todos os demais ramos do direito haveriam de ser abolidos, subsistindo apenas o direito penal. Fosse assim, talvez todo cidadão brasileiro haveria de ser trancafiado, como na novela de Machado de Assis.

A Constituição brasileira é uma Janus, que com uma face aceita que o processo penal seja utilizado para desfigurar e mortificar, mas com a outra assegura vários direitos e garantias fundamentais limitantes do poder punitivo. Tais direitos e garantias não permitem que a solução sacrificial possa ter a tendencialmente irrestrita abrangência defendida pelos partidários da teoria constitucional do bem jurídico. A bem da precisão, se respeitados os limites semânticos do texto constitucional – o que implica em não ver e nem defender a existência de supostos mandados implícitos de criminalização onde só há silêncio -, percebe-se facilmente que o que se pode derivar da Constituição é uma abordagem fármaco-agnóstica.

Nas hipóteses excepcionais em que a Constituição considera admissível a criminalização de condutas, ela o diz expressamente. Dessa forma, a existência expressa de um mandato constitucional de criminalização é um pressuposto incontornável do processo sacrificial e da mortificação pela pena. Quando é tolerável prender, a Constituição o diz literalmente, sem meias palavras. Para ser mais preciso, ela o faz nos seguintes casos: crimes dolosos contra a vida (artigo 5º, XXXVIII); racismo (artigo 5º, XLII); tortura, tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins, terrorismo e crimes hediondos (artigo 5º, XLIII); ação de grupos armados, civis ou

militares, contra a ordem constitucional e o Estado Democrático; crimes eventualmente previstos em tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos, aprovados em dois turnos de votação, em cada casa do Congresso Nacional, mediante maioria qualificada (art. 5º, § 3º); retenção dolosa de salário (artigo 7º, X); crimes contra a administração pública (artigo 103-B, § 4º, IV); crimes políticos (artigo 102, II, b); crimes de abuso de autoridade (artigo 103-B, § 4º, IV); crimes contra a organização do trabalho, contra o sistema financeiro e contra a ordem econômico-financeira (artigo 109, VI); crimes de ingresso ou permanência irregular de estrangeiros (artigo 109, X); crimes militares (artigo 124 e artigo 125, § 4º e 5º); crimes contra o Estado (artigo 136, § 3º, I).

Essas, e somente essas, são as hipóteses em que a Constituição admite que se fale em crime, e, portanto, em encarceramento. Nesse sentido, e ao contrário do que preconiza a teoria constitucional do bem jurídico, há um limite material – de índole constitucional -, ao processo legislativo de criminalização de condutas. Tal limite é dado pela manifesta indicação, na Constituição, de quais condutas poderão ser qualificadas como criminosas.

Não por acaso a Constituição trabalha com dois conceitos distintos: (I) o de crime, para as hipóteses previstas acima, e somente para elas; (II) e o de infração penal de menor potencial ofensivo, para todas as demais situações problemáticas (cuja tipificação, ao contrário dos crimes, deixou ao arbítrio do legislador ordinário), que, no entender da tese, não são passíveis de punição mediante encarceramento, sendo-lhes reservadas apenas as penas alternativas à prisão, previstas no inciso XLVI do artigo 5º da Constituição (a saber: perda de bens, multa, prestação social alternativa e suspensão ou interdição de direitos). Para esses últimos casos, evita-se a mortificação no cárcere e atenua-se a desfiguração pelo processo mediante a previsão de “*procedimentos oral e sumaríssimo, permitidos, nas hipóteses previstas em lei, a transação e o julgamento de recursos por turmas de juízes de primeiro grau*” (CF, artigo 98, I).

É de se grifar com traço forte que a menção constitucional a um procedimento sumaríssimo referente às infrações penais de menor potencial ofensivo não pode se confundir com a condensação dos atos processuais prevista na Lei 9.099/95. Como bem observa Flaviane de Magalhães Barros Bolzan de Moraes, a ampla defesa enquanto ampla argumentação pressupõe a garantia de tempo suficiente à reconstrução processual dos fatos atribuídos ao imputado e à apresentação dialógica

de razões (BARROS, 2008, 2009). Tudo isso é incompatível com a pretensão – contida na Lei 9.099/95 – de que em uma única audiência (I) a defesa técnica ofereça a resposta à acusação; (II) o juiz decida sobre a admissibilidade da acusação; (III) o feito seja instruído; (IV) as alegações finais sejam apresentadas; e (V) a sentença seja prolatada.<sup>324</sup>

O procedimento não pode ser sumaríssimo porque normativamente estruturado em desconformidade com as garantias do modelo constitucional de processo, a exemplo do que faz a Lei 9.099/95. Ao revés, a sumariedade deve decorrer exclusivamente da supressão das temporalmente longas medidas desfigurantes – prisões cautelares; interceptações telefônicas, telemáticas e ambientais; reconhecimentos pessoais; ações controladas; infiltração de agentes; colaborações premiadas; colaboração internacional; etc. -, que o procedimento comum admite. O processo que corresponde às infrações penais de menor potencial é sumaríssimo porque nele não há tempo suficiente para a desfiguração do imputado, e não porque as garantias do modelo constitucional de processo são suprimidas.

D' outra banda, a definição de infração penal de menor potencial ofensivo contida na Lei 9.099/95 - que alcança apenas os tipos penais cujas sanções não ultrapassam dois anos de privação de liberdade, nos termos da legislação de regência -, não encontra abrigo na Constituição. Pelo contrário, a Constituição trouxe um rol taxativo (*numerus clausus*) de crimes, e o encarceramento só é possível para essas situações problemáticas expressamente definidas como crimes pela Constituição. Todas as outras situações problemáticas – já tipificadas ou ainda pendentes de tipificação pelo legislador -, receberam do legislador constituinte o *nomen juris* de infrações penais de menor potencial ofensivo, e não se sujeitam ao encarceramento, seja ele na forma de prisão-pena, após condenação transitada em julgado, ou na forma de prisão cautelar, antes do trânsito em julgado da sentença penal condenatória.

Registre-se, por oportuno, que ocasionalmente a Constituição emprega a expressão “infração penal comum”, mas sempre com o propósito de demarcar a diferença desta última em relação ao crime de responsabilidade, que, como se sabe,

---

<sup>324</sup> Lei 9.099/95: “Art. 81. Aberta a audiência, será dada a palavra ao defensor para responder à acusação, após o que o juiz receberá, ou não, a denúncia ou queixa; havendo recebimento, serão ouvidas a vítima e as testemunhas de acusação e defesa, interrogando-se a seguir o acusado, se presente, passando-se imediatamente aos debates orais e à prolação da sentença”. (BRASIL, 1995, p. 1678).

não dá ensejo à privação de liberdade e tem o legislativo, e não o judiciário, como sede competente para processá-lo e julgá-lo. Portanto, infração penal comum é um gênero, do qual são espécies o crime e a infração penal de menor potencial ofensivo. O crime pode dar ensejo a penas privativas ou restritivas de liberdade, e a infração penal de menor potencial ofensivo se sujeita exclusivamente a sanções mais leves que a privação ou restrição de liberdade. Ambos se distinguem do crime de responsabilidades, cujas sanções recaem sobre a esfera dos direitos políticos do acusado.

É de se grifar com traço forte que no artigo 144, § 1º, II, a Constituição menciona o contrabando e o descaminho, mas sem a eles se referir expressamente como sendo crimes. Da mesma forma, o artigo 225, § 3º, prevê sanções penais para as práticas lesivas ao meio ambiente. Diante do silêncio do legislador constitucional, a tese sustenta ser juridicamente incorreto dar a essas situações problemáticas o tratamento jurídico de crime, sendo mais apropriado considerá-las como infrações penais de menor potencial ofensivo, sujeitáveis apenas às penas de perda de bens, multa, prestação social alternativa e suspensão ou interdição de direitos.

Entrementes, o artigo 227, § 4º, da Constituição, estabelece que “*a lei punirá severamente o abuso, a violência e a exploração sexual da criança e do adolescente*”. Neste caso específico, é de se questionar seriamente a técnica legislativa empregada. A hipótese era de se dizer que a lei punirá severamente *os crimes* de abuso, violência e exploração sexual da criança e do adolescente. Infelizmente, deixou-se de esclarecer literalmente que se trata de um crime, o que só pode ser compreendido pelo recurso ao advérbio “*severamente*”. Em todo caso, trata-se claramente de questão facilmente solucionável mediante a inclusão da violência sexual contra crianças e adolescente no rol de crimes hediondos.

Isso reporta a tese para uma questão deveras problemática: a ampla margem de arbítrio que a Constituição concedeu ao legislador infraconstitucional quando empregou conceitos indeterminados, tais como crimes hediondos, terrorismo, crimes contra a administração pública, crimes políticos, crimes de abuso de autoridade, crimes contra a organização do trabalho, crimes contra o sistema financeiro e crimes contra a ordem econômico-financeira.

Com efeito, bastaria ao legislador afirmar a hediondez de uma situação problemática, ou se valer da amplitude semântica de termos como ordem econômico-financeira, para que um número praticamente ilimitado de condutas pudessem ser

criminalizadas, numa repriminção dos inconvenientes identificados na autodenominada teoria constitucional do bem jurídico.

Ciente desse perigo, a tese adere de maneira incondicional às ideias expostas por Sérgio Moccia em “*La perene emergenza*”, para afirmar que a legalidade ordinária, baseada na maioria parlamentar simples, já não é mais capaz de conter o movimento de expansão do direito penal e nem de mitigar a dor que o sistema penal inflige intencionalmente. É urgente que uma reforma constitucional estabeleça que a tipificação de condutas como crimes ou o recrudescimento de penas só possam ser levados a cabo mediante lei complementar, a exigir maioria absoluta em cada casa do Congresso Nacional. Tal reforma também deverá estabelecer dois turnos de votação em cada casa legislativa, com um espaço considerável de tempo entre cada uma delas, para evitar que situações problemáticas sejam criminalizadas de maneira açodada, no calor do momento, às vezes como mera resposta simbólica a um caso isolado que ganhou exagerada repercussão midiática.

Deve-se, por isso, providenciar-se uma ulterior modificação constitucional que forneça estabilidade a uma improrrogável reforma, com a introdução do requisito de duplo exame – ou seja, de duas deliberações distintas, oportunamente separadas por um período congruente de reflexão política e social -, para a aprovação de leis penais, ou ainda uma maioria qualificada, senão uma verdadeira e própria reserva de código em matéria penal, para restituir a um direito penal a se tornar mínimo – construído coerentemente e em termos de subsidiariedade e respeito aos princípios constitucionais – um papel forte e credível de orientação dos cidadãos, que coloque a justiça penal em condições de realmente controlar os fenômenos sociais mais alarmantes, e não mais proceder por amostragem, mas perseguindo, de maneira equilibrada e imparcial, as mais graves agressões à convivência civil (MOCCIA, 2011, p. 255).<sup>325</sup>

À lei ordinária caberia apenas a tipificação de infrações penais de menor potencial ofensivo – compreendidas em seu sentido constitucional de infrações penais comuns não definidas expressamente pela Constituição como crimes -, às quais em hipótese alguma poderá corresponder o encarceramento. Outrossim, a tipificação de

---

<sup>325</sup> “*Si dovrebbe, perciò, prevedere un’ ulteriore modifica costituzionale che consenta di fornire stabilità ad una improrogabile riforma, con l’introduzione del requisito di un duplice esame – ovvero, di due distinte deliberazioni opportunamente separate da un congruo período di riflessione politica e sociale – per i provvedimenti di legislazione penale o di una maggioranza qualificata se non una vera e propria riserva do codice in materia penale, così da restituire ad un diritto penale da rendere ‘minimo’ – costruito coerentemente ed in termini di sussidiarietà e di rispetto dei principi costituzionali – un ruolo forte e credibile di orientamento dei consociati, che metta la giustizia penale in condizioni di poter funzionare realmente per controllare i fenomeni sociali più allarmanti e di non procedere più a campione, perseguendo, invece, in maniera equilibrata ed imparziale le più gravi aggressioni alla convivenza civile*” (MOCCIA, 2011, p. 255)



crimes – aos quais correspondem penas privativas de liberdade -, só seria possível mediante dois turnos de votação e maioria absoluta tanto na Câmara dos Deputados quanto no Senado Federal.

Por fim, o processo legislativo de criminalização de condutas ou incremento de penas – mediante maioria absoluta e em dois turnos em cada casa do Congresso Nacional -, precisa ser precedido de minucioso estudo de impacto político-criminal, tal e qual defendido por Salo de Carvalho (CARVALHO, 2010). Como salienta Carvalho, é inadmissível a forma como atualmente condutas são criminalizadas ou têm suas penas majoradas, mediante *“absoluta ausência de investigações prévias que possibilitem projetar minimamente os impactos da nova Lei no âmbito judicial e administrativo”*. É extremamente deletério o costume congressual de promover *“alterações significativas no perfil do sistema punitivo sem que tenham sido projetados seus resultados”* (CARVALHO, 2010, p. 258). Ao prescindir do estudo de impacto político-criminal antes da aprovação de leis penais mais gravosas, o Legislativo apenas incrementa a população carcerária, sem, todavia, apontar como o sistema penitenciário será capaz de absorver a crescente demanda por novas vagas. Destarte, *“se a opção político-criminal dos Poderes Públicos é o aumento das penas e recrudescimento das formas de execução, imperativo que imponha deveres e implique responsabilidades”* (CARVALHO, 2010, p. 259).

Para um delineamento preliminar de como seria esse processo legislativo onerado de deveres e responsabilidades político-criminais, seguem as considerações de Salo Carvalho, que se afiguram irretocáveis:

(...) a pesquisa preliminar de impacto não apenas vincularia o projeto à necessidade de investigação das consequências da nova Lei no âmbito da administração da Justiça Criminal (esferas Judiciais e Executivas), mas poderia exigir, inclusive, a exposição da dotação orçamentária para sua implementação. Assim, exemplificativamente, em casos de Leis com propostas de criação de novos tipos penais ou aumento de penas, tornar-se-ia imprescindível, para aprovação do projeto na Casa Legislativa, exposição de motivos que apresentasse (a) o número estimado de novos processos criminais que seriam levados a julgamento pelo Judiciário, (b) os números de novas vagas necessárias nos estabelecimentos penais, (c) o volume e a origem dos recursos para efetiva implementação da Lei (CARVALHO, 2010, p. 259).

Em arremate, o fármaco-agnosticismo não pode compactuar com um processo legislativo em que o Legislador, após criar crimes e/ou aumentar penas, faz como fez Pilatos: simplesmente lava as mãos.

## 7 CONCLUSÕES

As comunidades religiosas primitivas conheciam duas formas de lidar com a violência.

A primeira forma de lidar com a violência era preventiva e consistia nos sacrifícios humanos. Os sacrifícios canalizavam ritualmente a violência para que ela não eclodisse no meio social; eles funcionavam como um *phármakon* que, praticando uma violência menor, evitava que violências maiores fossem praticadas. Como todo *phármakon*, os sacrifícios eram um estoque de efeitos possíveis: simultaneamente vida e morte, cura e doença, antídoto e veneno, a depender da dose. Por vezes a dose “benéfica” do sacrifício era excedida, e a comunidade ingressava em uma crise de violência mimética que só era interrompida pelo linchamento espontâneo de um bode expiatório.

A outra forma de lidar com a violência, manejável após a ocorrência do fato violento, era a vingança de sangue.

Nas comunidades organizadas sob a forma estatal tanto o sacrifício quanto a vingança foram alegadamente substituídas pelo processo penal.

Todavia não há, em essência, diferença entre a vingança e a pena. O processo penal não elimina a vingança, ele apenas a protraí no tempo e a retira das mãos do particular. Com o processo penal o Estado não ludibria a vingança, ele a monopoliza.

No Brasil o processo penal também foi incapaz de conter a violência mimética. A redemocratização brasileira foi incompleta, de modo que vige na prática uma democracia disjuntiva em que apenas os direitos políticos e alguns direitos sociais são observados, ao passo que os direitos individuais são diuturnamente violados pelas agências penais. A carência de proteção jurídica efetiva aos direitos individuais torna os corpos incircunscritos, de modo que as práticas concretas dessas agências seguem sendo sacrificiais.

Desde o âmbito da persecução penal a comunidade política brasileira é, portanto, uma comunidade do sacrifício. Não há solução de continuidade entre os sacrifícios humanos das primeiras religiões e a persecução penal. Para ser mais preciso, a persecução penal é o relicário no qual os sacrifícios foram acondicionados. O processo penal funciona como uma espécie de éter por meio do qual os sacrifícios foram conservados e chegaram até nossos dias. Em que pese o processo penal ser

a resultante de um lento processo de secularização e racionalização da violência sacrificial, obviamente ele ainda preserva muitos traços dessa violência.

Porém, uma comunidade política sacrificial é incompatível com o projeto constitucional de construção de uma sociedade fraterna. O Direito de uma sociedade fraterna é um Direito também fraterno (Estado Democrático de Direito). O Direito fraterno é um direito conjurado (jurado junto), sem violência, entre irmãos livres e iguais em direitos. O Direito fraterno não pode admitir a violência de um soberano contra seus inimigos, haja vista inexistirem inimigos no interior da sociedade fraterna. Por ser pacífico, o Direito fraterno recusa a violência teológico-política do processo penal sacrificial. O projeto constitucional de construção de uma sociedade fraterna (Estado Democrático de Direito) corresponde, assim, ao projeto de extinção do cárcere.

A plena realização do projeto constitucional brasileiro pressupõe, portanto, a abolição do sistema penal. Mas a própria Constituição parece ser ambígua quando em seu preâmbulo aponta para a mitigação da violência sacrificial processualmente praticada, ao mesmo tempo em que em diversos dispositivos ela disciplina o exercício dessa mesma violência pelas agências penais. Uma perspectiva fármaco-agnóstica do sistema penal irá demonstrar, todavia, que não há ambiguidade. Com o processo penal o Estado secularizou a violência religiosa dos sacrifícios, transformando-a em uma violência pretensamente justificada em termos teológico-político. É apenas como puro fato teológico-político – carente, portanto, de qualquer possibilidade de legitimação racional -, que a Constituição irá admitir o cárcere.

A violência institucional surgiu por razões teológicas que posteriormente foram politicamente ressamantizadas e, enfim, transcritas para uma linguagem processual. É apenas a existência fática – ainda incontida -, dessa violência teológico-política que a Constituição reconhece. Não há, porém, o reconhecimento da conformidade da violência institucional (processualmente exercida) com o projeto constitucional de construção de uma comunidade política fraterna, isto é, de um Estado Democrático de Direito. A violência do sistema penal é um empecilho à construção do Estado Democrático de Direito, e, como tal, deve ser progressivamente neutralizada.

O projeto constitucional estará implementado apenas no dia em que o cárcere for erradicado. Para que esse dia chegue, é preciso preparar o seu advento. É preciso tornar o processo penal o menos sacrificial possível. É preciso, em síntese, reduzir os efeitos colaterais (os danos) do processo penal.

Uma vez constatada a natureza teológico-política da violência penal, a teologia política pode ser um aliado valioso na construção de uma pacífica sociedade fraterna (Estado Democrático de Direito). A teologia política de Carl Schmitt é a antítese da fraternidade. Ela concebe o estado de exceção como um milagre que permite ao soberano suspender a ordem jurídica para melhor enfrentar seus inimigos e assim garantir a conservação do Estado. Em razão disso ela pode ser empregada de ponta cabeça para eliminar do processo penal os espaços de exceção soberana e tornar sem efeito o código da inimidade.

Com a expressão teologia política Carl Schmitt quer designar o estudo das homologias entre a religião e o direito. Empregada de ponta cabeça e ressemantizada como teologia processual penal – estudo das homologias entre religião e processo penal – a teologia política de Schmitt permite constatar que o sacrifício religioso é homólogo à concepção hegemônica de processo penal. Analogamente ao sacrifício, concebido pelos primeiros povos como instrumento de prevenção da violência, o processo penal é hegemonicamente compreendido como instrumento de implementação de políticas públicas de prevenção de delitos. Essa concepção instrumental de processo penal permitiu que mesmo após a Constituição de 1988 a persecução penal permanecesse como um espaço de exceção onde o ordenamento jurídico não penetra, razão pela qual as agências penais se sentem livres para agir como bem entendem. Recentemente os limites à atuação das agências penais tornaram-se ainda mais precários em razão do sucesso midiático da operação lava jato, que “normalizou” o combate a réus-inimigos levado a cabo por juízes-*partisans*.

Essa representação do processo penal como instrumento de segurança pública também torna indefinidos os papéis dos sujeitos processuais. Juízes, promotores, peritos, delegados, agentes de polícia, etc., constroem um ideário em que todos eles são membros de uma equipe de segurança pública que deve agir concertadamente para combater o crime. Mas, na medida em que se acredita que a função de todos é a mesma – combater o crime -, dissolvem-se as fronteiras entre cada um dos papéis processuais. O juiz age como policial, o policial como perito, o promotor como juiz, etc; sempre sob a justificativa de que a indefinição dos papéis é indispensável ao combate ao crime. Essa atuação de juízes e promotores - como se todos eles fossem agentes encarregados da segurança pública -, é contrária ao artigo 144 da Constituição, que não incluiu o Judiciário e nem o Ministério Público entre as instituições de Estado responsáveis pela segurança pública.

Destarte, uma teologia processual penal enquanto estudo das homologias entre religião e processo penal permite concluir pela necessidade de se expulsar do processo penal qualquer demanda securitária. O processo penal só será *phármakon* com propriedades curativas se não se deixar contaminar pela lógica securitária.

Concebida como ação político-religiosa tendente a influenciar a persecução penal, uma teologia política cristã é abolicionista. O Cristo dos Evangelhos é um pacifista. Ele recomenda que não se julgue o próximo, que não se responda à violência com outra violência, que se ofereça a outra face após uma agressão. A única regra verdadeiramente absoluta no Reino de Deus é um amor ao próximo tão intenso que exclui qualquer violência.

Por ora o abolicionismo - reconduzível aos Evangelhos -, é inviável por razões filosófico-antropológicas, político-econômicas, pragmáticas e jurídico-constitucionais.

A filosofia e a antropologia recomendam que se reconheça um sentido ético na vingança. A vingança não é um desejo irracional de fazer mal a outrem. Ela é a maneira que um indivíduo agredido, que tem sua autocompreensão de Eu rebaixada pela agressão, encontra para reconstituir seu Eu degradado. Diante dessa necessidade psíquica de vingança, é prudente que ela seja mediada por procedimentos que a limitem.

Desde o ponto de vista político-econômico, é cediço que o mercado precisa do cárcere, e conta com o Estado para mantê-lo. No mercantilismo as prisões foram usadas para ensinar uma mão de obra campesina e escassa a trabalhar produzindo manufaturas; com a revolução industrial as prisões foram usadas para constranger uma mão de obra urbana e abundante a aceitar as más condições de vida proporcionadas pelo trabalho assalariado, mas que, todavia, eram melhores que as condições carcerárias; no Estado Social julgou-se que as prisões cumpririam um papel residual, e que a abundância do *welfare* seria suficiente para disciplinar o lúmpen; agora, com o neoliberalismo, as prisões se converteram em depósitos dos indivíduos que a economia de mercado não pode ou não quer assimilar.

Pragmaticamente se diz que as prisões são necessárias porque a Razão ainda não foi capaz de dizer à humanidade o que fazer com indivíduos violentos, que oferecem riscos à integridade dos demais.

Também é necessário reconhecer que a Constituição, a despeito de delinear em seu preâmbulo um projeto de sociedade fraterna, admite penas de prisão para as hipóteses que ela definiu como crime. Não se trata, porém, de legitimação

constitucional do cárcere, mas de mero reconhecimento de uma realidade teológico-político que não se extingue de supetão.

Constatada a atual inviabilidade do abolicionismo, uma teologia processual penal cristã deve voltar seus olhos para a justiça restaurativa. Mas a justiça restaurativa, a exemplo do abolicionismo, também tem seus limites. As práticas restaurativas pressupõem condições ótimas de realização que estão presentes em um espectro reduzido de situações problemáticas, de modo que também é inviável – pelo menos por ora -, a integral substituição do processo penal sacrificial pela justiça restaurativa.

De conseguinte, resta ao Direito fraterno se valer de uma práxis fármaco-agnóstica do processo penal enquanto estratégia de mitigação dos efeitos colaterais/danos inerentes à persecução penal.

O fármaco-agnosticismo nutre-se da teologia processual penal para resgatar dos sacrifícios religiosos a noção de *phármakon*. Ao fazê-lo, concebe o processo penal – desde que estruturado em conformidade com o modelo constitucional de processo -, como um antídoto contra o veneno que é a pena. Se a pena mortifica, o *phármakon*-processo, ainda que ao preço da desfiguração do acusado (efeito colateral), tem aptidão para evitar a mortificação de um inocente.

A consciência dos efeitos colaterais do processo penal exige que o fármaco-agnosticismo se oriente a partir de uma teleologia redutora de danos.

Sem prejuízo de outras estratégias que podem ter passado ao largo das considerações alinhavadas até aqui, tem-se que os efeitos colaterais/danos decorrentes das investigações preliminares podem ser minorados (I) concebendo-se a fase processual como desequilibrada em favor do acusado; (II) vedando-se a valoração, em sede de juízo de mérito, dos elementos de convicção (ainda que lícitos) do inquérito ou do procedimento de investigação do Ministério Público, a exceção da prova produzido em incidente de produção antecipada de provas; e (III) regulamentando a investigação defensiva.

Os efeitos colaterais/danos decorrentes do processo penal em primeira instância podem ser minorados (I) pelo rechaço da tradicional divisão das nulidades em relativas e absolutas, reconhecendo-se que qualquer inobservância da forma processual deve levar à invalidação e refazimento do ato defeituoso; (II) pela implementação de um modelo oral de processo que implique em reforço das garantias

do modelo constitucional de processo; e (III) pela separação das funções judicante e administrativa no interior do Poder Judiciário.

Os efeitos colaterais/danos decorrentes das prisões cautelares podem ser minorados (I) pela instituição de standards de intolerabilidade processual segundo os quais seria inadmissível a prisão decretada sem contraditório prévio e oral, em dessintonia com os elementos de convicção apresentados em audiência, sem fundamentação ou com fundamentação deficiente (sem que se demonstre cabimento, necessidade e adequação), de ofício pelo juiz ou para garantia da ordem pública ou da ordem econômica; e (II) pelo reconhecimento de um princípio de inequivalência entre a prisão-pena e a prisão cautelar.

Os efeitos colaterais/danos decorrentes da fase recursal podem ser minorados (I) pela instituição do julgamento *per curiam*; e (II) pelo controle de convencionalidade da fase recursal para negar à acusação o direito de apelar contra a absolvição.

Os efeitos colaterais/danos decorrentes da execução penal podem ser minorados pela implementação do *numerus clausus*, isto é, de uma técnica de gestão do sistema penitenciário que não admite nem um preso a mais do que o número total de vagas disponíveis no sistema.

Os efeitos colaterais/danos da persecução penal também podem ser minorados pela via do processo legislativo. Para tanto, é necessário reconhecer que a Constituição estabeleceu limites materiais à criminalização de condutas. Para ser mais específico, a Constituição disse expressamente quais condutas podem ser criminalizadas. A fim de se evitar a proliferação de leis penais emergenciais - açodadamente votadas para dar respostas simbólicas a eventos contingentes -, recomenda-se uma reforma constitucional que estabeleça maioria absoluta e dois turnos de votação em cada casa do Congresso Nacional para a aprovação de projetos de leis que criminalizem condutas ou majorem penas. A apresentação desses projetos de lei também precisa ser precedida de estudo de impacto político-criminal no qual se indique o número de novos processos que seriam julgados, o número de novas vagas que seria necessário criar em cada presídio e o montante e origem dos recursos necessários à implementação da nova lei.

As estratégias acima elencadas decerto não têm aptidão para impedir completamente a desfiguração pelo processo penal. Mas, sempre que uma delas for implementada, a persecução penal se tornará um pouco menos sacrificial e o

*phármakon*-processo será um pouco mais remédio. Até o dia em que a comunidade de irmãos, enfim curada, possa abrir mão da farmacologia.



## REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ABBAGNANO, Nicola. Dicionário de filosofia – 5ª Ed. – São Paulo: Martins Fontes, 2007;

ACHUTTI, Daniel Silva. **Justiça restaurativa e abolicionismo penal: contribuições para um novo modelo de administração de conflitos no Brasil** – 2ª Ed. digital para Kindle – São Paulo: Saraiva, 2016

AGAMBEN, Giorgio. **O reino e a glória: uma genealogia teológica da economia e do governo**. São Paulo: Boitempo, 2011;

AGAMBEN, Giorgio. **O uso dos corpos**: [homo sacer, IV, 2]. São Paulo: Boitempo, 2017;

ALEIXO, Klelia Canabrava; PENIDO, Flávia Ávila. **Execução penal e resistências**. Belo Horizonte: D'Plácido, 2018;

ALEMANHA. **Lei Fundamental da República Federal Alemã (1949)**. Berlin: Deutscher Bundestag (Parlamento Federal Alemão), 2019;

AMODIO, Enio. **Estetica della giustizia penale: prassi, media, fiction**. Milano: Giuffrè, 2016;

ANDOLINA, Italo; VIGNERA, Giuseppe. **I fondamenti costituzionali della giustizia civile** – Seconda edizione ampliata ed aggiornata – Torino: Giappichelli Editore, 1997;

ANDRADE, Fernando Rocha de. Máximas de Experiência e Identificação do Elemento Subjetivo do Agente *In*: SALGADO, Daniel de Resende; QUEIROZ, Ronaldo Pinheiro de. **A Prova no Enfrentamento à Macrocriminalidade**. Salvador: Juspodivm, 2015, p. 461/478;

ANDRADE, Manuel da Costa. **Sobre as proibições de prova em processo penal**. Coimbra: Coimbra Editora, 1992;

ANDRADE, Vera Regina P. **Pelas mãos da criminologia: o controle penal para além da (des)ilusão**. Rio de Janeiro: Revan, 2012;

ANITUA, Gabriel Inacio. **Histórias dos pensamentos criminológicos**. Rio de Janeiro: Revan, 2008;

ARISTÓTELES. **Retórica** – 1ª Ed. digital para Kindle, baseada na edição de 2011 – São Paulo: Edipro, 2019;

ÁVILA, Gustavo Noronha de; RIGON, Bruno Silveira; ALVES, Isabela. Apresentação: em busca da redução de dores. *In*: CHRISTIE, Nils. **Limites à dor: o papel da punição na política criminal**. Belo Horizonte: D'Plácido, 2018, p. 15/20;

BADARÓ, Gustavo Henrique. **Manual dos recursos penais**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016;

BALANDIER, Georges. **Antropologia política**. São Paulo: Difusão Europeia do Livro, 1969;

BARACHO, José Alfredo de Oliveira. **Processo constitucional**. Rio de Janeiro: Forense, 1984;

BARRETO, Tobias. Algumas ideias sobre o chamado fundamento do direito de punir. In: BARRETO, Tobias. **Obras completas V. Direito. Menores e loucos e Fundamentos do direito de punir**. Rio de Janeiro/Aracajú: EGE/Edição do Estado de Sergipe, 1926, p. 131/152;

BARROS, Flaviane de Magalhães. **A participação da vítima no processo penal**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008;

BARROS, Flaviane de Magalhães. **(Re)forma do processo penal: comentários críticos dos artigos modificados pelas Leis n. 11.690/08, n. 11.719/08 e n. 11.900/09** – 2ª Ed. – Belo Horizonte: Del Rey, 2009;

BARROS, Flaviane de Magalhães. Editorial Dossiê “Oralidade e garantias processuais penais”: de qual oralidade podemos falar? In: **Revista Brasileira de Direito Processual Penal**, Porto Alegre, vol. 3, n. 3, set/dez, 2017, p. 809/823;

BARROS, Flaviane de Magalhães. A atual crise do processo penal brasileiro, direitos fundamentais e garantias processuais. In: **Revista Duc In Altum Cadernos de Direito**, vol. 10, n. 21, mai/ago. 2018, p. 05/33;

BARROS BOLZAN DE MORAIS, Flaviane de Magalhães. A invisibilidade de desigualdade processual no Brasil. In: PIMENTA, Marcus Vinícius. **Poder-saber inquisitório**. Florianópolis: Tirant lo Blanch, 2019;

BARROS BOLZAN DE MORAIS, Flaviane de Magalhães; NETO, José Afonso; SOARES, Yollanda Farnezes. A justiça restaurativa como mecanismo de horizontalização de conflitos penais e de reconhecimento das vítimas como sujeito de direitos. In: **Revista Brasileira de Direito Processual Penal**, Porto Alegre, vol. 5, n. 1, p. 191/218;

BARROS BOLZAN DE MORAIS, Flaviane de Magalhães. **Processo penal cautelares: em busca de uma teoria para garantias de direitos fundamentais** – texto encaminhado por e-mail pela autora;

BATISTA, Nilo. Pena pública em tempo de privatização. In: PASSETTI, Edson (coord.). **Curso livre de abolicionismo penal** – 2ª Ed. – Rio de Janeiro, Revan, 2012, p. 109/116;

BATISTA, Nilo. Prefácio. In: CARVALHO, Salo de. **Penas e medidas de segurança no direito penal brasileiro** – 2ª Ed. - São Paulo: Saraiva, 2015, p. 17/21;

BATISTA, Vera Malaguti. História sem fim. *In*: PASSATTI, Edson. **Curso livre de abolicionismo penal** – 2ª Ed. – Rio de Janeiro: Revan, 2012, p. 153/159;

BENJAMIN, Walter. **Walter Benjamin: Aviso de incêndio, uma leitura das teses sobre o conceito de história**. Comentários de Michael Löwy. São Paulo: Boitempo, 2005;

BENJAMIN, Walter. Sobre o conceito da história. *In*: BENJAMIN, Walter. **O anjo da história** – 2ª Ed. – Belo Horizonte: Autêntica, 2016, p. 07/20;

BERGER, Bennett M. Prefácio. *In*: GOFFMAN, Erving. **Os quadros da experiência social: uma perspectiva de análise**. Petrópolis: Vozes, 2012, p. 15/22;

BINDER, Alberto. **Fundamentos para a reforma da justiça penal**. Florianópolis: Empório do Direito, 2017;

BOLDT, Raphael; CARVALHO, Thiago Fabres de. Processo e tragédia: a sentença penal como *locus* da crise sacrificial. *In*: **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, vol. 115. Ano 23. P. 141/165. São Paulo: RT, jul/ago 2015;

BOLDT, Raphael. **Processo penal e catástrofe: entre as ilusões da razão punitiva e as imagens utópicas abolicionistas**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2018;

BONACCORSI, Daniela Villani; CAMARGO, Júlia Lio Rocha Camargo. Justiça restaurativa: participação ou impunidade? *In*: VALOIS, Luiz Carlos; SANTANA, Selma; MATOS, Taysa; ESPINERA, Bruno. **Justiça restaurativa**. Belo Horizonte: D'Plácido, 2017, p. 465/482;

BOURDIEU, Pierre. **O poder simbólico** – 11ª Ed. – Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2007;

BOURDIEU, Pierre. **A reprodução: elementos para uma teoria do sistema de ensino** – 7ª Ed. – Petrópolis: Vozes, 2014;

BOURDIEU, Pierre. **A distinção: crítica social do julgamento**. Porto Alegre: Zouk, 2017;

BRASIL. Código Penal (1940). *In*: EQUIPE RT. **Vade mecum** – 11ª Ed. – São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015;

BRASIL. Código de Processo Penal (1941). *In*: EQUIPE RT. **Vade mecum** – 11ª Ed. – São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015;

BRASIL. Lei 7.210 de 11 de julho de 1984. Institui a Lei de Execução Penal. *In*: EQUIPE RT. **Vade mecum** – 11ª Ed. – São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015;

BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil. *In*: EQUIPE RT. **Vade mecum** – 11ª Ed. – São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015;

BRASIL. Lei 8.069 de 13 de julho de 1990. Dispõe sobre o Estatuto da Criança e do Adolescente, e dá outras providências. *In*: EQUIPE RT. **Vade mecum** – 11ª Ed. – São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015;

BRASIL. Lei nº 8.906 de 04 de julho de 1994. Dispõe sobre o Estatuto da Advocacia e a Ordem dos Advogados do Brasil – OAB. *In*: EQUIPE RT. **Vade mecum** – 11ª Ed. – São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015;

BRASIL, Lei nº 9.099 de 26 de setembro de 1995. Dispõe sobre os Juizados Especiais Cíveis e Criminais e dá outras providências. *In*: EQUIPE RT. **Vade mecum** – 11ª Ed. – São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015;

BRASIL. Lei 9.613 de 13 de março de 1998. Dispõe sobre os crimes de “lavagem” ou ocultação de bens, direitos e valores; a prevenção da utilização do sistema financeiro para os ilícitos previstos nesta Lei; cria o Conselho de Controle de Atividades Financeiras – COAF, e dá outras providências. *In*: EQUIPE RT. **Vade mecum** – 11ª Ed. – São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015;

BRASIL. Lei 11.343 de 23 de agosto de 2006. Institui o Sistema Nacional de Políticas sobre Drogas – SISNAD; prescreve medidas para prevenção do uso indevido, atenção e reinserção social de usuários e dependentes de drogas; estabelece normas para repressão à produção não autorizada e ao tráfico ilícito de drogas; define crimes e dá outras providências. *In*: EQUIPE RT. **Vade mecum** – 11ª Ed. – São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015;

BRASIL. **Lei nº 12.528 de 18 de novembro de 2011**. Cria a Comissão Nacional da Verdade no âmbito da Casa Civil da Presidência da República; Brasília, 18 nov. 2011, disponível em [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/ Ato2011-2014/2011/Lei/L12528.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/ Ato2011-2014/2011/Lei/L12528.htm);

BRASIL. Lei nº 12.850 de 02 de agosto de 2013. Define organização criminosa e dispõe sobre a investigação criminal, os meios de obtenção da prova, infrações penais correlatas e o procedimento criminal; altera o Decreto-lei 2.848, de 7 de dezembro de 1940 (Código Penal); revoga a Lei 9.034, de 3 de maio de 1995; e dá outras providências. *In*: EQUIPE RT. **Vade mecum** – 11ª Ed. – São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015;

BRASIL. Lei 13.964/2019 de 24 de dezembro de 2019. Aperfeiçoa a legislação penal e processual penal. Disponível em [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/ ato2019-2022/2019/lei/L13964.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/ ato2019-2022/2019/lei/L13964.htm);

BRASIL. **Levantamento nacional de informações penitenciárias**, atualização junho de 2017/organização Marcos Vinícius Moura – Brasília: Ministério da Justiça e Segurança Pública, Departamento Penitenciário Nacional, 2019;

BRASIL. **Justiça em números**. Brasília: Conselho Nacional de Justiça, 2019;

BRÊTAS, Ronaldo de Carvalho Dias. **Processo constitucional e Estado democrático de direito** – 2ª Ed. – Belo Horizonte: Del Rey, 2012;

CABRERA, Michelle Gironda. O inconsciente inquisitório no processo penal brasileiro. In: COUTINHO, Jacinto Nelson de; PAULA, Leonardo Costa de; SILVEIRA, Marco Aurélio Nunes da. **Mentalidade inquisitória e processo penal no Brasil: anais do congresso internacional “Diálogos sobre processo penal entre Brasil e Itália”**. Florianópolis: Empório do Direito, 2016, p. 149/162;

CACICEDO, Patrick. Notas críticas sobre a execução penal no Projeto “Anticrime”. In: **Boletim IBCCRIM** nº 317, ano 27, abril 2019, p. 21/22;

CALDEIRA, Teresa Pires do Rio. Cidade de muros: crime, segregação e cidadania em São Paulo – 3ª Ed. – São Paulo: Editora 34; Edusp, 2011;

CAMARGO, Beatriz Corrêa; SILVEIRA, Renato de Mello Jorge. Organização criminosa sem crime? Observações críticas sobre a proposta de reforma pelo Projeto de Lei Anticrime. In: **Boletim IBCCRIM** nº 317, ano 27, abril 2019, p. 12/14;

CAPPELINI, Paolo. ‘Inconscio inquisitorio’ e regimi autoritari: um collegamento ‘necessario’? In: GARLATI, Loredana. **L’inconscio inquisitório: l’eredità del codice Rocco nella cultura processual penalistica italiana**. Milano: Giuffrè, 2010, p. 23/42;

CARNELUTTI, Francesco. Mettere il Pubblico Ministero al suo Posto. **Rivista di Diritto processuale**. Padova: Cedam, 1953;

CARVALHO, Luiz Maklouf. **1988: segredos da constituinte** – 1ª Ed. digital para Kindle – Rio de Janeiro: Record, 2017;

CARVALHO, Salo de. **O papel dos atores do sistema penal na era do punitivismo (o exemplo privilegiado da aplicação da pena)**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010;

CARVALHO, Salo de. **Antimanual de criminologia** – 5ª Ed. – São Paulo: Saraiva, 2013;

CARVALHO, Salo de. **Penas e medidas de segurança no direito penal brasileiro** – 2ª Ed. – São Paulo: Saraiva, 2015;

CARVALHO, Salo de. Sobre as possibilidades de um modelo crítico de justiça restaurativa. In: CARVALHO, Salo de; WEIGERT, Mariana de Assis Brasil. **Sufrimento e clausura no Brasil contemporâneo: estudos críticos sobre fundamentos e alternativas às penas e medidas de segurança**. Florianópolis: Empório do Direito, 2017, p. 209/220;

CARVALHO, Thiago Fabres de. A criminologia da não violência: o imaginário punitivo de um abril despedaçado. In: ROSA, Alexandre Morais da; CARVALHO, Thiago Fabres de. **Processo penal eficiente e ética da vingança: em busca de uma criminologia da não violência**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011, p. 97/164;

CASARA, Rubens. **Interpretação retrospectiva: sociedade brasileira e processo penal**. Rio de Janeiro: Lumen Juris; 2004;

CASARA, Rubens. Juiz das garantias: entre uma missão de liberdade e o contexto de repressão. *In*: COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda; CARVALHO, Luis Gustavo Grandinetti Castanho de. **O novo processo penal à luz da Constituição: análise crítica do projeto de lei nº 156/2009, do Senado Federal**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p. 167/176;

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

CASARA, Rubens R.R. **O Estado Pós-Democrático: Neo-Obscurantismo e Gestão dos Indesejáveis** – Edição Digital para Kindle - Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2017;

CASARA, Rubens R.R. **Processo penal do espetáculo (e outros ensaios)** – 2ª Ed°. – Florianópolis: Tirant lo Blanch, 2018;

CASARA, Rubens R.R. O direito ao duplo grau de jurisdição e a constituição: em busca de uma compreensão adequada. *In*: **Processo penal do espetáculo (e outros ensaios)** – 2ª Ed°. – Florianópolis: Tirant lo Blanch, 2018, p. 113/133;

CASTRO, Lola Aniyar de. **Criminologia da libertação**. Rio de Janeiro: Revan, 2005;

CASTRO, Matheus Felipe de. O martelo Moro: a “Operação LavaJato” e o surgimento dos juízes partisans no Brasil. *In*: **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, vol. 136, Ano 25. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017, p. 293/319

CHOUKR, Fauzi Hassan. O relacionamento entre o ministério público e a polícia judiciária no processo penal acusatório. *In*: CHOUKR, Fauzi Hassan; AMBOS, Kai. **Processo penal e estado de direito**. Campinas: Edicamp, 2002, p. 149/172;

CHOUKR, Fauzi Hassan. Código de processo penal: comentários consolidados e crítica jurisprudencial, vol. 2 – 7ª Ed. – Belo Horizonte: D’Plácido; 2017;

CHOUKR, Fauzi Hassan. Pacote Anticrime: silêncios e continuísmos. *In*: **Boletim IBCCRIM** nº 318, ano 27, maio 2019, p. 05/06;

CHRISTIE, Nils. Conflicts as property. *In*: **British journal of criminology, delinquency and deviant social behaviour**. Vol. 17, n. 1, January 1977, p. 1/15;

CHRISTIE, Nils. **Uma razoável quantidade de crime**. Rio de Janeiro: Revan, 2011;

CHRISTIE, Nils. **Limites à dor: o papel da punição na política criminal**. Belo Horizonte: D’Plácido, 2018;

CIRINO DOS SANTOS, Juarez. Massimo Pavarini e a criminologia crítica contemporânea. *In*: GIABERARDINO, André; ROIG, Rodrigo Duque Estrada; CARVALHO, Salo de. **Cárcere sem fábrica: escritos em homenagem a Massimo Pavarini**. Rio de Janeiro: Revan, 2019, 1. 155/168;

COMISSÃO INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. **Informe sobre el uso de la prisión preventiva en las Américas** (Preparado por la Relatoría sobre los

Derechos de las Personas Privadas de Libertad de La Comisión Interamericana de Derechos Humanos), 2013. Disponível em <http://www.oas.org/es/cidh/ppl/informes/pdfs/Informe-PP-2013-es.pdf>.

CORREIA, Thaize de Carvalho. A necessidade de separação das funções judicante e administrativa na implementação do sistema adversarial na América Latina. *In*: POSTIGO, Leonel González. **Desafiando a inquisição: ideias e proposta para a reforma processual penal no Brasil**. Santiago: Centro de Estudio de Justicia de las Américas, CEJA/Mito Impressores, 2017;

COSTA, Pedro Jorge do Nascimento. Silêncio e Mentira como Prova: A Proteção às Organizações Criminosas. *In*: SALGADO, Daniel de Resende; QUEIROZ, Ronaldo Pinheiro de. **A prova no enfrentamento à macrocriminalidade**. Salvador: Juspodivm, 2015, p. 163/186;

COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. Introdução aos princípios gerais do processo penal brasileiro. *In*: **Revista de Estudos Criminais**, n. 1. Porto Alegre: 2001, p. 01/45;

COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. Sistema Acusatório: Cada parte no Lugar Constitucionalmente Demarcado. *In*: COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda; CARVALHO, Luis Gustavo Grandinetti Castanho de. **O novo processo penal à luz da Constituição: análise crítica do projeto de lei nº 156/2009, do Senado Federal**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p. 1/18;

COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. Mettere il Pubblico Ministero al suo Posto – ed Anche il Giudice. *In*: COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda; DE PAULA, Leonardo Costa; SILVEIRA, Marco Aurélio Nunes. **Mentalidade inquisitório e processo penal no Brasil: anais do congresso internacional “Diálogos sobre Processo Penal entre Brasil e Itália”**. Florianópolis: Empório do Direito, 2016, p. 09/14;

COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. *Plea bargaining* no projeto anticrime: crônica de um desastre anunciado. *In*: **Boletim IBCCRIM** nº 317, ano 27, abril 2019, p. 02/05;

CRUZ, Álvaro Ricardo de Souza. Ministério Público: um super-herói em busca de responsabilidade. *In*: **O outro e o direito: volume II**. Belo Horizonte: Arraes, 2015;

DALLAGNOL, Deltan Martinazzo. A Visão Moderna da Prova Indício. *In*: SALGADO, Daniel de Resende; QUEIROZ, Ronaldo Pinheiro de. **A prova no enfrentamento à macrocriminalidade**. Salvador: Juspodivm, 2015, p. 99/122;

DALLAGNOL, Deltan Martinazzo; CÂMARA, Juliana de Azevedo Santa Rosa. A Cadeia de Custódia da Prova. *In*: SALGADO, Daniel de Resende; QUEIROZ, Ronaldo Pinheiro de. **A prova no enfrentamento à macrocriminalidade**. Salvador: Juspodivm, 2015, p. 359/396;

DALLE, Ulisses Moura. Modelo constitucional de juiz(o) e juízo colegiado de 2º grau na Lei 12.694/2012. *In*: **Revista Brasileira de Ciências Criminais**. São Paulo: ano 24, vol. 126, dez. 2016, p. 223/264;

DE CASTRO, Lola Aniyar. **Criminologia da libertação**. Rio de Janeiro: Revan, 2005;

- DERRIDA, Jacques. **A farmácia de Platão**. São Paulo: Iluminuras, 2005;
- DIAS, Gabriel Bulhões Nóbrega. **Manual prático de investigação defensiva: um novo paradigma na advocacia criminal brasileira** – 1ª Ed. – Florianópolis: É Mais, 2019;
- DINAMARCO, Cândido Rangel. **A instrumentalidade do processo** – 15ª Ed. – São Paulo: Malheiros, 2013;
- DIP, Andrea. **Em nome de quem? A bancada evangélica e seu projeto de poder** – edição digital para Kindle - Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2018
- DUCLERC, Elmir. Ensaio para uma Teoria Agnóstica do Processo Penal. *In*: KHALED JR., Salah H. **Sistema penal e poder punitivo: estudos em homenagem ao Prof. Aury Lopes Jr.** Florianópolis: Empório do Direito, 2015, p. 183/200;
- DUCLERC, Elmir. **Por uma teoria do processo penal**. Florianópolis: Empório do Direito, 2015b;
- ECO, Umberto. Construire il nemico. *In*: ECO, Umberto. **Construire il nemico e altri scritti occasionali**. Milano: Bompiani, 2011, p. 9/36;
- FANTINI, Virgília Gomes. **Os restos da dominação religiosa no processo civil**. Dissertação de mestrado. Belo Horizonte: Universidade FUMEC, Programa de pós-graduação em direito, 2014;
- FAZZALARI, Elio. **Instituições de direito processual**. Campinas: Bookseller, 2006;
- FELTRAN, Gabriel. **Irmãos: uma história do PCC** – Edição digital para Kindle – São Paulo: Companhia das Letras, 2018;
- FERNANDES, Luciana Costa. Hipertrofia do judiciário e a proposta de alteração dos artigos 33, § 5º e 59, § único, do Código Penal e artigo 2º, § 6º, da Lei 8.072/90: tensões constitucionais e o equilíbrio antidemocrático neoliberal do Projeto de Lei Anticrime. *In*: **Boletim IBCCRIM** nº 317, ano 27, abril 2019, p. 15/17;
- FERRAJOLI, Luigi. **Direito e razão: teoria do garantismo penal** – 3ª Ed. – São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010;
- FIORATTO, Débora Carvalho. **Teoria das nulidades processuais: interpretação conforme a Constituição** – 2ª Edº. – Belo Horizonte: D'Pácido, 2017;
- FISCHER, Douglas. Críticas à Jurisprudência Brasileira na Declaração da Nulidades em Razão de (Suposta) Prova Ilícita no Processo Penal. *In*: SALGADO, Daniel de Resende; QUEIROZ, Ronaldo Pinheiro de. **A prova no enfrentamento à macrocriminalidade**. Salvador: Juspodivm, 2015, p. 339/358;
- FOUCAULT, Michel. **A verdade e as formas jurídicas** – 4ª Ed. – Rio de Janeiro: Nau, 2013;



FOUCAULT, Michel. **Vigiar e punir: nascimento da prisão** – 42ª Ed. – Petrópolis: Vozes, 2014;

FRAGOSO, Christiano Falk. **Autoritarismo e sistema penal** – 2ª Ed. – Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2016;

GARFINKEL, Harold. Conditions of successful degradation ceremonies. In: **American Journal of Sociology**. Vol. 62, n. 5, mar/1956, p. 420/424

GARAPON, Antoine. **Bem julgar: ensaio sobre o ritual judiciário**. Lisboa: Instituto Piaget, 1997;

GARLATI, Loredana. Le Ragioni di un incontro. In: GARLATI, Loredana. **L'inconscio inquisitório: l'eredità del codice Rocco nella cultura processual penalistica italiana**. Milano: Giuffrè, 2010, p. 01/05;

GENELHÚ, Ricardo; SCHEERER, Sebastian. **Manifesto para abolir as prisões**. Rio de Janeiro: Revan, 2017;

GIAMBERARDINO, André. Justiça transformativa: as práticas restaurativas como instrumento de luta política e transformação social. In: VALOIS, Luiz Carlos; SANTANA, Selma; MATOS, Taysa; ESPÍÑERA, Bruno. **Justiça restaurativa**. Belo Horizonte: D'Plácido, 2017, p. 377/393;

GIRARD, René. **A violência e o sagrado**. São Paulo: Paz e Terra, 1990;

GIRARD, René. **Coisas ocultas desde a fundação do mundo**. São Paulo: Paz e Terra, 2008;

GIRARD, René. **Mentira romântica e verdade romanesca**. São Paulo: É Realizações Editora, 2009;

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

GLOECKNER, Ricardo Jacobsen. **Autoritarismo e processo penal: uma genealogia das ideias autoritárias no processo penal brasileiro**. Florianópolis: Tirant lo blanch, 2018;

GLOECKNER, Ricardo Jacobsen; DE PAULA, Leonardo Costa. Embargos infringentes e de nulidade no "Pacote Anticrime". In: **Boletim IBCCRIM** nº 317, ano 27, abril 2019, p. 08/10;

GOFFMAN, Erving. **Ritual de interação: ensaios sobre o comportamento face a face**. Petrópolis: Vozes, 2011;

GOFFMAN, Erving. **Os quadros da experiência social: uma perspectiva de análise**. Petrópolis: Vozes, 2012;

GOFFMAN, Erving. **A representação do eu na vida cotidiana** – 20ª Ed. – Petrópolis: Vozes, 2014;

GOFFMAN, Erving. **Manicômios, prisões e conventos**. São Paulo: Perspectiva, 2015;

GOFFMAN, Erving. **Estigma: notas sobre a manipulação da identidade deteriorada** – 4ª Ed<sup>o</sup> - Rio de Janeiro: LTC, 2017, p. 13.

GOLDSCHMIDT, James. **Teoría General del Proceso**. Buenos Aires: Editorial Labor S.A., 1936;

GONLÇALVES, Luiz Carlos dos Santos. **Mandados expressos de criminalização e a proteção de direitos fundamentais na Constituição brasileira de 1988**. Belo Horizonte: Fórum, 2007;

GOUVEIA, Jorge Bacelar. **Direito da Segurança: cidadania, soberania e cosmopolitismo**. Coimbra: Almedina, 2018;

GRECO, Luís. O inviolável e o intocável no direito processual penal: considerações introdutórias sobre o processo penal alemão (e suas relações com o direito constitucional, o direito de polícia e o direito dos serviços de inteligência). *In*: WOLTER, Jürgen. **O inviolável e o intocável no direito processual penal: reflexões sobre dignidade humana, proibições de prova, proteção de dados (e separação informacional de poderes) diante da persecução penal** – 1ª Ed. – São Paulo: Marcial Pons, 2018;

GRENFELL, Michael. Pierre Bourdieu: **Conceitos fundamentais** – Edição Digital para Kindle - Petrópolis: Vozes, 2018;

GROS, Frédéric. Os quatro centros de sentido da pena. *In*: GARAPON, Antoine; GROS, Frédéric; PECH, Thierry. **Punir em democracia: e a justiça será**. Lisboa: Instituto Piaget, 2001, p. 11/138;

HABERMAS, 2001. **Facticidad y Validez: Sobre el Derecho y el Estado Democrático de Derecho em Términos de Teoría del Discurso** – 3ª Ed<sup>o</sup>. – Madrid: Trotta, 2001;

HABERMAS, Jürgen. Fundamentos pré-políticos do Estado de direito democrático? *In*: HABERMAS, Jürgen; RATZINGER, Joseph. **Dialética da secularização: Sobre razão e religião**. Aparecida, SP: Ideias & Letras, 2007, p. 21/57;

HABERMAS, Jürgen. **Teoria do Agir Comunicativo**. São Paulo: Martins Fontes, 2012;

HASSEMER, Winfried; CONDE, Francisco Muñoz. **Introducción a la criminología y a la política criminal**. Valencia: Tirant lo blanch, 2012;

HESSE, Konrad. **A força normativa da Constituição**. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 1991;

HOBBS, Thomas. **Leviatã: ou a matéria, forma e poder de um Estado eclesiástico e civil** – 3ª Ed. – São Paulo: Ícone, 2008.

HORSLEY, Richard A. Jesus e o império: o reino de Deus e a nova desordem mundial. São Paulo: Paulus, 2004;

HORSLEY, Richard A. Jesus e a espial da violência: resistência popular na Palestina Romana. São Paulo: Paulus, 2010;

HULSMAN, Louk. Alternativas à justiça criminal. *In*: PASSETTI, Edson (coord.). **Curso livre de abolicionismo penal** – 2ª Ed. – Rio de Janeiro: Revan, 2012, p. 35/68;

HULSMAN, Louk; DE CELIS, Jacqueline Bernat. **Penas perdidas: o sistema penal em questão** – 3ª Ed. – Belo Horizonte: D'Plácido, 2018;

ITÁLIA. **Constituição da República Italiana** (1947). Roma: Senato della Repubblica, 2017;

JAKOBS, Günther; MELIÁ, Manuel Cancio. **Direito Penal do Inimigo: Noções e Críticas** – 6ª Ed. São Paulo: Livraria do Advogado, 2012;

JOSEPH, Isaac. **Erving Goffman e a microssociologia**. Rio de Janeiro: Editora FGV, 2000;

KAHNEMAN, Daniel. **Rápido e Devagar: duas formas de pensar** – 1ª Ed. 14ª Reimp. – Rio de Janeiro: Objetiva, 2012;

KARAM, Maria Lucia. Abolir as prisões: um passo indispensável para a efetivação dos direitos fundamentais e o aprofundamento da democracia. *In*: BATISTA, Nilo; KOSOVSKI, Ester (Orgs). **Tributo a Louk Hulsman**. Rio de Janeiro: Revan, 2012, p. 81/96

KARAM, Maria Lucia. Apresentação. *In*: HULSMAN, Louk; DE CELIS, Jacqueline Bernat. **Penas perdidas: o sistema penal em questão** – 3ª Ed. – Belo Horizonte: D'Plácido, 2018, p. 13/24

KHALED JR. Salah H. **A Busca da verdade no processo penal: para além da ambição inquisitorial**. São Paulo: Atlas, 2013;

KIRWAN, Michael. **Teoria mimética: conceitos fundamentais**. São Paulo: É Realizações Editora, 2015;

LAGO, Davi. **Brasil polifônico: os evangélicos e as estruturas de poder** – edição digital para Kindle – São Paulo: Mundo Cristão, 2018;

LAMY, Anna Carolina Pereira Cesarino Faraco. O processo penal brasileiro e a consciência inquisitória. *In*: COUTINHO, Jacinto Nelson de; PAULA, Leonardo Costa de; SILVEIRA, Marco Aurélio Nunes da. **Mentalidade inquisitória e processo penal**

no Brasil: anais do congresso internacional “Diálogos sobre processo penal entre Brasil e Itália”. Florianópolis: Empório do Direito, 2016, p. 163/184;

LANGER, Máximo. La larga sombra de las categorías acusatorio-inquisitivo. *In: Revista Brasileira de Direito Processual Penal*, Porto Alegre, vol. 1, n. 1, 2015, p. 11/42;

LANGER, Máximo. Dos transplantes jurídicos às traduções jurídicas: a globalização do *plea bargaining* e a tese da americanização do processo penal. *In: Revista Delictae*, vol. 2, nº 3, jul.-dez. 2017, p. 19/115;

LEONEL, Ana Letícia Anarelli Rosati; LEONEL, Juliano de Oliveira; DIAS, Paulo Thiago Fernandes; ZAGHLOUT, Sara Alacoque Guerra. ‘Pacote anticrime’ e a distopia de Orwel: nada de novo na Oceânia chamada Brasil. *In: Boletim IBCCRIM* nº 317, ano 27, abril 2019, p. 23/24;

LIMA, Isabel Maria Sampaio Oliveira. A narrativa: relação áurea com a estratégia da justiça restaurativa. *In: VALOIS, Luiz Carlos; SANTANA, Selma; MATOS, Taysa; ESPINERA, Bruno. Justiça restaurativa*. Belo Horizonte: D’Plácido, 2017, p. 105/128;

LOPES, Cláudio Ribeiro; GAMA, Alexis Andreus. **Legítima defesa e o tratamento jurídico do excesso: legislando ao absurdo**. *In: Boletim IBCCRIM* nº 318, ano 27, maio/2019, p. 16/17;

LOPES JR., Aury. **Sistemas de investigação preliminar no processo penal – 3ª Ed.** – Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005;

LOPES JR., Aury. Sistema de nulidades “a la carte” precisa ser superado no processo penal. *In: Conjur*, 2014. Consultado em <https://www.conjur.com.br/2014-set-05/limite-penal-sistema-nulidades-la-carte-superado-processo-penal> às 02:00 do dia 04/12/2019;

LOPES JR., Aury. **Direito processual penal – 13ª Ed.** – São Paulo: Saraiva, 2016;

LÖWY, Michael. Comentários às teses “Sobre o conceito de história”. *In: BENJAMIN, Walter. Walter Benjamin: Aviso de incêndio, uma leitura das teses sobre o conceito de história*. Comentários de Michael Löwy. São Paulo: Boitempo, 2005;

MAGALHÃES, José Luiz Quadros de. Estado moderno, direito à diversidade e pluralismo epistemológico. *In: JUBILUT, Liliana Lyra; BAHIA, Alexandre Gustavo Melo Franco; MAGALHÃES, José Luiz Quadros. Direito à diferença 1 – Edição digital para Kindle -*, São Paulo: Saraiva, 2013.

MAGALHÃES, Hugo Baracho de; MAGALHÃES, José Luiz Quadros. Psicologia, uniformização e modernidade. *In: MAGALHÃES, José Luiz Quadros de; ÁLVARES, Lucas Parreira; MAGALHÃES, Hugo Baracho. A desconstrução do Estado moderno: infiltrações e diversidade*. – Edição digital para Kindle – Belo Horizonte: Initia Via; 2016;

MANSO, Bruno Paes; DIAS, Camila Nunes. **A guerra: a ascensão do PCC e o mundo do crime** – Edição digital para Kindle – São Paulo: Todavia, 2018;

MARQUES, Leonardo Augusto Marinho. A hiper-racionalidade inquisitória. In: BONATO, Gilson. **Processo penal, constituição e crítica**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011, p. 475/486;

MARRAFON, Marco Aurélio. O juiz de garantias e a compreensão do processo penal à luz da Constituição: perspectivas desde a virada hermenêutica no direito brasileiro. In: COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda; CARVALHO, Luis Gustavo Grandinetti Castanho de. **O novo processo penal à luz da Constituição: análise crítica do projeto de lei nº 156/2009, do Senado Federal**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p. 145/157;

MARRAMAO, Giacomo. **Cielo y tierra: genealogía de la secularización**. Barcelona: Paidós, 1998;

MARRAMAO, Giacomo. **Universais em conflito: identidade e diferença na era global**. Belo Horizonte: Conhecimento, 2018;

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

MARTINS, Rui Cunha. Contra-intuição e processo penal. In: KHALED JR. Salah H. **Sistema penal e poder punitivo: estudos em homenagem ao Prof. Aury Lopes Jr.** Florianópolis: Empório do Direito, 2015, p. 467/474;

MATE, Reyes. **Meia noite na história: Comentários às teses de Walter Benjamin Sobre o conceito de história**. São Leopoldo, RS: Ed. Unisinos, 2011;

MELLO, Sebastian; ALBAN, Rafaela. O excesso de legítima defesa no projeto de lei de reforma do Código Penal: o que está escrito e o que não está escrito. In: **Boletim IBCCRIM** nº 318, ano 27, maio/2019, p. 24/26

MELOSSI, Dario; PAVARINO, Massimo. **Cárcere e fábrica: as origens do sistema penitenciário (séculos XVI – XIX)** – 2ª Ed. – Rio de Janeiro: Revan, 2010;

MINAGÉ, Thiago Miranda. Contraditório público e oral como garantidor de um processo penal democrático constitucional. In: **Revista Brasileira de Direito Processual Penal**, Porto Alegre, vol. 3, n. 3, set/dez, p. 929/964;

MINAGÉ, Thiago M. **Prisões e medidas cautelares à luz da constituição: o contraditório como significante estruturante do processo penal** – 5ª Ed. – Florianópolis: Tirant lo Blanch, 2019;

MINAS GERAIS. **Regulamento e normas de procedimentos do sistema prisional de Minas Gerais (ReNP)**. Belo Horizonte: Secretaria de Estado de Defesa Social: Subsecretaria de Administração Prisional, 2016;

MOCCIA, Sérgio. **La perene emergenza: tendenze autoritarie nel sistema penale** – 2ª Ed. – Napoli: Edizioni Scientifiche Italiane, 2011;

MORAES, Maurício Zanoide. **Presunção de inocência no processo penal brasileiro: análise de sua estrutura normativa para a elaboração legislativa e para a decisão judicial**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010;

MORO, Sérgio Fernandes. Considerações Sobre a Operação Mani Pulite. *In: Revista CEJ*. Brasília: nº 26, p. 56/62, jul/set/ 2004, consultado em <https://www.conjur.com.br/dl/artigo-moro-mani-pulite.pdf> em 02/09/2018 às 18h:34min;

NUNES, Dierle José Coelho. Colegialidade corretiva, precedentes e vieses cognitivos: algumas questões do CPC – 2015. *In: Revista Brasileira de Direito Processual – RBDPro* – Belo Horizonte, ano 23, n. 92, out./dez. 2015, p. 61/81;

NUNES, Jordão Horta. **Interacionismo simbólico e dramaturgia: a sociologia de Goffman**. São Paulo: Humanitas; Goiânia: Editora UFG, 2005;

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. Pacto internacional sobre Direitos Civis e Políticos (1966). Disponível em [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto/1990-1994/d0592.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/d0592.htm);

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. **Resolução 2002/12 da ONU – Princípios básicos para utilização de programas de justiça restaurativa em matéria criminal**. Disponível em <http://www.juridica.mppr.mp.br/arquivos/File/MPRestaurativoEACulturadePaz/Material de Apoio/Resolucao ONU 2002.pdf>;

ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS. **Convenção americana sobre Direitos Humanos - Pacto de São José da Costa Rica** (1969). Disponível em [https://www.cidh.oas.org/basicos/portugues/c.convencao\\_americana.htm](https://www.cidh.oas.org/basicos/portugues/c.convencao_americana.htm);

PAIXÃO, Juliana Patrício da; SOUZA, Taiguara Libano Soares e. Comentários ao projeto de lei anticrime na mudança na Lei 12.850/13, art. 1º, § 1º: o estado de coisas inconstitucional e os novos contornos da organização criminosa. *In: Boletim IBCCRIM* nº 317, ano 27, abril 2019, p. 18/20;

PASSETTI, Edson. **Anarquismos e sociedade de controle**. São Paulo: Cortez, 2003;

PASSETTI, Edson. A atualidade do abolicionismo penal. *In: PASSETTI, Edson (coord.). Curso livre de abolicionismo penal* – 2ª Ed. – Rio de Janeiro: Revan, 2012, p. 13/33;

PASTANA, Débora Regina. **Política e punição na América Latina: uma análise comparativa acerca da consolidação do estado punitivo no Brasil e na Argentina**. Rio de Janeiro: Revan, 2019;

PAVARINI, Massimo; Giamberardino, André. **Curso de penologia e execução penal**. Florianópolis: Tirant lo Blanch, 2018;

PAVARINI, Massimo. Cárcere sem fábrica. *In*: GIAMBERARDINO, André; ROIG, Rodrigo Duque Estrada; CARVALHO, Salo. **Cárcere sem fábrica: escritos em homenagem a Massimo Pavarini**. Rio de Janeiro: Revan, 2019, p. 09/20;

PIMENTA, Marcus Vinícius. **Poder-saber inquisitório** -1ª Ed. – Florianópolis: Tirant lo Blanch, 2019;

PINTO, Felipe Martins. **Introdução crítica ao processo penal** – 2ª Ed. – Belo Horizonte: Del Rey, 2016;

PLATÃO. **A República** – Edição Digital para Kindle – Brasília: Kiron, 2012;

POLI, Camilin Marcie de. Mentalidade inquisitória: memórias de um jurista italiano. *In*: COUTINHO, Jacinto Nelson de; PAULA, Leonardo Costa de; SILVEIRA, Marco Aurélio Nunes da. **Mentalidade inquisitória e processo penal no Brasil: anais do congresso internacional “Diálogos sobre processo penal entre Brasil e Itália”**. Florianópolis: Empório do Direito, 2016, p. 117/130;

PORTUGAL. Constituição (1976). Constituição da República Portuguesa. Disponível em <https://www.parlamento.pt/Legislacao/paginas/constituicaorepublikaportuguesa.aspx#art296>;

POTIGO, Leonel González; PODESTÁ, Tobías José. A oralidade no novo código de processo penal da nação Argentina. *In*: **Revista Brasileira de Direito Processual Penal**, Porto Alegre, vol. 3, n. 3, p. 849/878, set/dez, 2017;

POSTIGO, Leonel González. **Pensar na reforma judicial no Brasil: conhecimentos teóricos e práticas transformadoras**. Florianópolis: Empório do Direito/Tirant lo Blanch, 2018;

PRADO, Geraldo. **Prova penal e sistema de controles epistêmicos: a quebra da cadeia de custódia das provas obtidas por métodos ocultos**. São Paulo: Marcial Pons, 2014;

PRADO, Geraldo. A quebra da cadeia de custódia das provas no processo penal brasileiro. *In*: VALENTE, Manuel Monteiro Guedes Valente; PRADO, Geraldo; GIACOMOLLI, Nereu José; SILVEIRA, Edson Damas da. **Prova penal: Estado Democrático de Direito**. Florianópolis: Empório do Direito, 2015, p. 13/37;

RESTA, Eligio. **La certeza e la speranza: saggio su diritto e violenza** – 3ª Ed. – Roma-Bari; Editori Laterza, 2007;

RESTA, Eligio. **Il diritto fraterno** – 12ª Ed. – Roma-Bari: Editori Laterza, 2018;

RESTA, Eligio. **La violenza (e i suoi inganni)**. Roma: Luca Sossella editore, 2019;

RIBEIRO, Natália Pimenta; TOLEDO, Yashmin Crispim Baiocchi de Paula e. Plea bargain à brasileira: A justiça penal negociada do Projeto de Lei Anticrime e o recrudescimento dos resquícios inquisitórios do sistema criminal. *In: Boletim IBCCRIM* nº 317, ano 27, abril 2019, p. 32/34;

ROCHA, João Cezar de Castro. Introdução: A primeira pedra de uma catedral, *In: GIRARD, René. Mentira romântica e verdade romanesca*. São Paulo: É Realizações Editora, 2009;

RODRIGUES, Paulo Gustavo. A imprescindibilidade das instâncias de controle prévio da decisão do Tribunal do Júri: crítica à medida II do pacote anticrime. *In: Boletim IBCCRIM* nº 317, ano 27, abril 2019, p. 26/28;

ROIG, Rodrigo Duque Estrada. **Execução penal: teoria crítica** – 4ª Ed. – São Paulo: Saraiva, 2018;

ROORDA, João Guilherme Leal; MATOS, Lucas Vianna; BARRETO, Ana Luisa Leão de Aquino. A economia política do pacote “anticrime”. *In: Boletim IBCCRIM* nº 318, ano 27, maio/ 2019, p. 30/33;

ROSA, Alexandre Morais da. Para Entender o Direito a Partir da Metáfora da Teoria dos Jogos. *In: KHALED JR., Salah H. Sistema penal e poder punitivo: estudos em homenagem ao Prof. Aury Lopes Jr.* Florianópolis: Empório do Direito, 2015, p. 31/44;

ROSA, Alexandre Morais da. **Guia do processo penal conforme a teoria dos jogos**. 4ª Ed. – Florianópolis: Empório do Direito, 2017;

RUSCH, Georg; KIRCHHEIMER, Otto. **Punição e estrutura social** – 2ª Ed. – Rio de Janeiro: Revan, 2004;

SANTANA, Selma Pereira de; PIEDADE, Fernando Oliveira. A reparação à vítima como instrumento de obtenção da paz social. *In: VALOIS, Luiz Carlos; SANTANA, Selma; MATOS, Taysa; ESPIÑERA, Bruno. Justiça restaurativa*. Belo Horizonte: D'Plácido, 2017, p. 129/150;

SANTOS, Boaventura de Sousa. **Se Deus fosse um ativista dos direitos humanos** – edição digital para Kindle - São Paulo: Cortez Editora, 2014

SANTOS JÚNIOR, Rosivaldo Toscano. **A guerra ao crime e os crimes da guerra: direitos humanos e sistema de justiça criminal periféricos** – 2ª Ed. – Florianópolis: Empório do Direito, 2017;

SCHMITT, Carl. Teologia Política. *In: SCHMITT, Carl. A crise da Democracia Parlamentar*. São Paulo: Scritta, 1996, p. 81/130;

SCHMITT, Carl. Teología Política II. *In: SCHMITT, Carl. Teología Política*. Madrid: Trotta, 2009, p. 62/121;



SCHMITT, Carl. **O conceito do político/Teoria do partisan**. Belo Horizonte: Del Rey, 2009b;

SCHMITT, Carl. **O nomos da Terra no direito das gentes do jus publicum europaeum**. Rio de Janeiro: Contraponto/Ed. Puc-Rio, 2014;

SERGI, Natalia. Inequivalencia entre pena y encarcelamiento preventivo, disponível em <https://pt.scribd.com/document/331750713/SERGI-INEQUIVALENCIA-doc>;

SICA, Leonardo. **Justiça restaurativa e mediação penal: o novo modelo de justiça criminal e de gestão do crime**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007;

SICA, Leonardo. Justiça restaurativa no código de processo penal? *In*: VALOIS, Luiz Carlos; SANTANA, Selma; MATOS, Taysa; ESPIÑERA, Bruno. **Justiça restaurativa**. Belo Horizonte: D'Plácido, 2017, p. 285/300;

SILVA, Ramon Mapa da. **Paradoxos da encarnação: por uma radicalização democrática da teologia política**. Belo Horizonte: D' Plácido, 2019

SILVÉRIO JÚNIOR, João Porto. **Processo penal fraterno: o dever de fundamentar o provimento acusatório pelo Ministério Público no sistema processual brasileiro** – Edição Digital – Curitiba: Juruá, 2014;

SOARES, Lianne Macedo; LOPES, Carla Silva. Justiça restaurativa: desafios e perspectivas na mudança de paradigma para os operadores do direito. *In*: VALOIS, Luiz Carlos; SANTANA, Selma; MATOS, Taysa; ESPIÑERA, Bruno. **Justiça restaurativa**. Belo Horizonte: D'Plácido, 2017, p.301/314

SOUZA, Jessé José Freire de. **Subcidadania brasileira: para entender o país além do jeitinho brasileiro** – Edição digital para Kindle - Rio de Janeiro: Leya,2018;

STRECK, Lenio Luiz. Neoconstitucionalismo, positivismo e pós-positivismo. *In*: FERRAJOLI, Luigi; STRECK, Lenio Luiz; TRINDADE, André Karam. **Garantismo, hermenêutica e (neo)constitucionalismo**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012, p. 59/94;

SUTHERLAND, Edwin H. **Crime de colarinho branco: versão sem cortes**. Rio de Janeiro: Revan, 2015;

TORNAGHI, Hélio Bastos. **A relação processual penal**. Rio de Janeiro: Editora A Noite,194?;

TORNAGHI, Hélio Bastos. **Compêndio de processo penal: tomo I**. Rio de Janeiro: José Konfino Editor, 1967;

TREVISAN, Janine. A Frente Parlamentar Evangélica: força política no Estado laico brasileiro. *In*: Numen – **Revista de Estudo e Pesquisa da Religião**, v. 16, n. 1 (2013: Numen 26, p. 29/57;

VALENTE, Manuel Monteiro Guedes. **Teoria Geral do Direito Policial** – 2ª Ed. – Coimbra: Almedina, 2009;

VALENTE, Manuel Monteiro Guedes. **Processo Penal: tomo I** – 3ª Ed – Coimbra: Almedina, 2010;

VILLACAÑAS, José Luis. La leyenda de la liquidación de la teología política. In: SCHMITT, Carl. **Teología Política**. Madrid: Trotta, 2009, p. 135/180;

WACQUANT, Loïc. **As prisões da miséria** – 2ª Ed. – Rio de Janeiro: Zahar, 2011;

WORTER, Jürgen. **O inviolável e o intocável no direito processual penal: reflexões sobre dignidade humana, proibições de provas, proteção de dados (e separação informacional de poderes) diante da persecução penal** – 1ª Ed. – São Paulo: Marcial Pons, 2018;

XAVIER, Elton Dias; MAGALHÃES, José Luiz Quadros de; LAUREANO, Delze dos Santos. Apresentação. In: **A desconstrução do Estado moderno: infiltrações e diversidade** – Edição digital para Kindle -, Belo Horizonte: Initia Via, 2016;

ZACCONE, Orlando. **Indignos de vida: a forma jurídica da política de extermínio de inimigos na cidade do Rio de Janeiro** – 1ª Ed. – Rio de Janeiro: Revan, 2015;

ZAFFARONI, Eugenio Raul. **Em busca das penas perdidas: a perda de legitimidade do sistema penal** – 5ª Ed. – Rio de Janeiro: Revan, 2001;

ZAFFARONI, Eugenio Raul. **A palavra dos mortos: conferências de criminologia cautelar** – 1ª Ed. 2ª Tiragem – São Paulo: Saraiva, 2014;

ZÁGARI, Maurício. Apresentação. In: LAGO, Davi. **Brasil polifônico: os evangélicos e as estruturas de poder** – edição digital para Kindle – São Paulo: Mundo Cristão, 2018, Posição 109/142;