

**UNIVERSIDADE FEDERAL DO PARÁ
INSTITUTO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO**

EDUARDO CORREIA GOUVEIA FILHO

AS MANCHAS AUTORITÁRIAS DO PROCESSO PENAL BRASILEIRO:

Quem (bar)ganha com o engodo inquisitório?

BELÉM -PA
2017

UNIVERSIDADE FEDERAL DO PARÁ
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO
MESTRADO EM DIREITO

EDUARDO CORREIA GOUVEIA FILHO

AS MANCHAS AUTORITÁRIAS DO PROCESSO PENAL BRASILEIRO: QUEM
(BAR)GANHA COM O ENGODO INQUISITÓRIO?

Dissertação apresentada ao programa de Pós-
Graduação em Direito, como requisito para
obtenção do título de Mestre em Direito.
Orientadora: Profa. Dra. Ana Cláudia Bastos de
Pinho

BELÉM –PA
2017

Dados Internacionais de Catalogação-na-Publicação (CIP)
Biblioteca do Instituto de Ciências Jurídicas /UFPA

G719.m Gouveia Filho, Eduardo Correia

As Manchas Autoritárias do Processo Penal Brasileiro: Quem (Bar)ganha com o Engodo Inquisitório? / Eduardo Correia Gouveia Filho. — 2017

Dissertação (Mestrado em Direito) – Universidade Federal do Pará, Instituto de Ciências Jurídicas, Programa de Pós-Graduação em Direito (PPGD), Belém, 2017.

Orientação: Professora Doutora Ana Cláudia Bastos de Pinho.

1. Processo Penal. 2. Autoritarismo. 3. Inquisitório. 4. Barganha. I. Pinho, Ana Cláudia Bastos de II. Título.

CDD: 23.ed. : 343.1

EDUARDO CORREIA GOUVEIA FILHO

AS MANCHAS AUTORITÁRIAS DO PROCESSO PENAL BRASILEIRO: QUEM
(BAR)GANHA COM O ENGODO INQUISITÓRIO?

Dissertação apresentada ao programa de Pós-Graduação em Direito, como requisito para
obtenção do título de Mestre em Direito.

Aprovada em: __/__/____

BANCA EXAMINADORA:

Profa. Dra. Ana Cláudia Bastos de Pinho
Orientadora

Prof.
Membro da Banca

Prof.
Membro da Banca

BELÉM - 2017

AGRADECIMENTO

Em nome da minha fé, agradeço a Nossa Senhora do Perpétuo Socorro por todas as bênçãos a mim destinadas.

Agradeço aos meus pais, por serem minhas inesgotáveis fontes de amor e carinho. Espero, do fundo do coração, que esta dissertação lhes seja motivo de orgulho e felicidade.

Agradeço à Professora Ana Cláudia Bastos de Pinho, minha querida orientadora, que desde o ano de 2012, quando tive o privilégio de ser seu estagiário no Ministério Público do Estado do Pará, tanto me ensinou e tanto me incentivou. Como profetizado em dedicatória escrita em 2012, quando eu tive o que falar, ela esteve presente para me ajudar/orientar. Esta dissertação é a prova disso.

Agradeço ao Professor Geraldo Prado, que gentilmente me recebeu na capital fluminense para Estágio de pesquisa. Foram dias de muito aprendizado e sou grato pela oportunidade que tive.

Agradeço aos professores que tive dentro do Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal do Pará. Cada um, em seu modo, deixou uma importante marca na minha trajetória acadêmica.

Agradeço aos amigos, amigas e demais familiares, por terem sempre me dado forças para que eu pudesse prosseguir nesta jornada.

"Quem estará nas trincheiras ao teu lado?
- E isto importa?
- Mais que a própria guerra."

(Ernest Hemingway)

RESUMO

A presente dissertação tem como objetivo desvelar o grau de autoritarismo e inquisitorialidade presente nos institutos que envolvem a barganha, mais especificamente em três deles: a confissão como circunstância atenuante genérica da pena, a delação premiada e a transação penal. Efetuou-se um necessário olhar ao passado, dirigido ao sistema penal inquisitório, como forma de traçar quais características daquele sistema permanecem, ainda hoje, presentes no atual processo penal brasileiro. Por certo, a utilização dos institutos estudados demarcam importantes aproximações com este período histórico marcado por um alto grau de autoritarismo e desrespeito à dignidade da pessoa humana. Na segunda parte do trabalho, realizou-se um recorte histórico para demonstrar que o autoritarismo ínsito ao processo penal brasileiro nasce no período do Brasil colônia, em que se admitia a prática da escravidão. A partir do exame de alguns documentos legais da época, como por exemplo: a constituição de 1824, o código criminal de 1830 e o código de processo criminal de 1832, percebe-se o grau de autoritarismo presente na legislação penal, o que por certo, gerou a sua naturalização por parte da sociedade brasileira, que admite, por exemplo, a presença de institutos que envolvem a barganha, notadamente violadores de direitos fundamentais e extremamente perversos com a figura do imputado. Na última parte, elegeu-se o garantismo como referencial teórico, pois é uma teoria democrática que obedece a critérios de racionalidade e que visa à contenção do poder punitivo, sendo, portanto, um freio ao descontrole punitivo experimentado no país, que fere, sob diversas formas, os mandamentos constitucionais da *Carta Magna* de 1988, posto que o único modelo de direito penal possível em um Estado democrático é o direito penal mínimo.

ABSTRACT

The present dissertation holds as objective to unveil the degree of authoritarianism and how inquisitorial it is within institutes that adopt bargaining, three in particular: confession as a generic mitigating circumstance to the sentence, plea bargain and penal transaction. A much-needed look of the past was carried out, focusing on the inquisitorial penal system, so as to pinpoint which features of that system remain, to this day, present in the current Brazilian penal process. Certainly, the use of the researched institutes outlines relevant closeness to that historical period, marked by a high degree of authoritarianism and disregard towards human dignity. In the second part of the study, historical analysis was used to illustrate how the authoritarianism inherent to the Brazilian penal process was born during Brazil's colonial period, when slavery was lawful. From the examination of certain legal documents from that time, as for instance: the constitution of 1824, the Criminal Code of 1830 and the Code of Criminal Process of 1832, authoritarianism is evident in criminal legislation, which certainly came to be accepted by the Brazilian citizenry, a society that allows, for instance, the presence of institutions that adopt bargaining, known for being violators of fundamental rights and extremely wicked towards the imputed party. In the study's last part, *garantism* was selected as theoretical framework, for it consists of a democratic theory, which abides by criteria of rationality and which aims for the restraint of punitive power, being therefore a checks and balances on the punitive spree experimented with in the country, which breaches, in many ways, the constitutional commandments of the *Carta Magna* of 1988, given that the only model of criminal law feasible in a democratic state is that of minimum penal law.

SUMÁRIO

SUMÁRIO.....	7
INTRODUÇÃO	7
1 O CARÁTER PERVERSO DO PROCESSO PENAL BRASILEIRO: A INQUISITORIALIDADE COMO PRINCIPAL CARACTERÍSTICA DOS INSTITUTOS QUE ENVOLVEM BARGANHA	11
1.2 O sistema inquisitório: um necessário olhar ao passado	14
1.3 Direito penal, a ti tocou-te a máquina mercante?	23
1.4 A perversidade dos institutos que envolvem barganha no ordenamento jurídico brasileiro.....	30
1.4.1 A Confissão como Circunstância Atenuante Genérica da Pena	30
1.4.2 Delação Premiada	35
1.4.3 Transação Penal	41
1.6 A barganha e os institutos analisados: crítica a sua falta de aderência constitucional ...	45
2. AS ORIGENS DO AUTORITARISMO NO PROCESSO PENAL BRASILEIRO: A SOCIEDADE ESCRAVAGISTA	51
2.2 Aspectos da historicidade do direito dos povos latino-americanos – caso brasileiro.....	53
2.3 Constituição Brasileira de 1824.....	59
2.4 Código Criminal de 1830	63
2.5 Código de Processo Criminal de 1832.....	67
2.6 A pena de prisão no Brasil e a criação da casa de correção da corte.....	70
2.7 Embate entre o branco e o negro: a questão do medo.....	75
3 PERMANÊNCIAS AUTORITÁRIAS E NECESSIDADE DE SUPERAÇÃO DA INQUISITORIEDADE	83
3.1 O garantismo como freio ao poder punitivo.....	88
3.1.1 Garantismo: Uma Teoria Racional E Liberal.....	96
3.2 O utilitarismo reformado como vetor da diminuição de violências.....	106
3.3 Para um autoritarismo endêmico, um garantismo de resistência.....	110
CONCLUSÃO.....	118
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS.....	123

INTRODUÇÃO

Em meio a um cenário de extrema turbulência social, política e jurídica pelo qual passa o Brasil, a presença do autoritarismo na legislação penal e nas práticas judiciais brasileiras constitui uma marca cada vez mais intensa e, por conseguinte, cada vez mais debatida e questionada.

Não há dúvida de que as atuações dos atores judiciais ganharam ainda mais notoriedade por conta da cobertura midiática que, a todo o momento, noticia inúmeras operações policiais, investigações e prisões. Isso sem mencionar os veículos de telecomunicação que se dedicam exclusivamente a cobrir a atuação de certos tribunais superiores.

As matérias jornalísticas, que se apropriam das questões criminais, vendem (e muito) e formam uma espécie de consenso público acerca do crime e da criminalidade que, em verdade, não é nada além do que o reforço das ideias pertencentes às elites detentoras dos meios de comunicação.

Assim, se lançam na discussão popular inúmeras questões afetas aos juristas, questões processuais, questões de direito material que, *pasteurizadas* para uma fácil “digestão” do público, são veiculadas de uma forma simplista, como se fosse possível simplificar questões essencialmente complexas.

Uma destas questões, por certo, é a utilização dos institutos processuais penais que exigem a utilização da barganha, propagados como se fossem a solução de vários problemas e que promoveriam, entre outras coisas, o desbaratamento de organizações criminosas, a agilidade na resolução dos processos judiciais e, claro, a punição do criminoso como forma de proteger o “cidadão de bem”.

A presente investigação visa desvelar os traços inquisitórios que são inerentes à utilização dos institutos da confissão como circunstância atenuante genérica, delação premiada e transação penal¹, todos portando uma lógica perversa para com a figura do réu, que é inserido em um cenário desfavorável, em que o Estado, utilizando-se da coerção, o faz abdicar de garantias constitucionalmente previstas.

¹ Cumpre-se destacar que, por uma questão metodológica, optou-se por estudar os casos envolvendo a confissão como circunstância atenuante, a delação premiada e a transação penal. Dentro desta lógica de barganha e negociação entre o imputado e o Estado, pertinente aos três institutos citados, o réu apenas se movimenta (ou é empurrado coercitivamente) em direção à condenação, pela exigência de autoincriminação ou por aceitar uma sanção ainda que não exista no processo (como no caso da transação penal).

Nesta “troca de favores”, diversos interesses (que não os do réu) são privilegiados, como o interesse do magistrado em um procedimento mais célere para que consiga cumprir com as metas impostas pelo CNJ, bem como a maior tranquilidade no momento de julgar, e o interesse do Ministério Público² em obter mais condenações, alinhando-se com uma demanda da população por mais repressão.

Estes institutos servem como instrumentos para assegurar os interesses do poder. Os interesses do imputado, coercitivamente orientado a “colaborar com a justiça”, são vilipendiados por conta da sua renúncia a certos direitos fundamentais. Percebe-se que o preço pago pelo réu, ao adentrar na barganha/negociação, é a sua própria inocência, pois, como será verificado, em todos os institutos investigados, a ele será destinada alguma espécie de sanção (no caso da transação penal, é admitida ainda que sem processo!).

Torna-se letra morta a ideia de que ninguém é obrigado a se autoincriminar, na medida em que é oferecido prêmio para quem realize esta autoincriminação, ou uma promessa de agravamento da penalidade se assim o réu não se comportar. Liberdade não existe, o que há é coerção.

A partir da noção de que, se submetendo a uma barganha com o próprio Estado, o réu teria benefícios, percebe-se uma notória aproximação com o processo penal inquisitório, sobretudo pelo papel atribuído à verdade, que é tida como um fator condicionante dos procedimentos a serem utilizados pelo Ministério Público e magistrados.

Assim, após anos, desde a Idade Média, as principais características do sistema inquisitório ainda podem ser observadas no atual processo penal brasileiro, tais como: a gestão da prova nas mãos do magistrado, a concentração das tarefas de acusar e julgar atribuídas a um mesmo ator jurídico e a exacerbada relevância atribuída à confissão.

Existe, entre o processo penal brasileiro da atualidade e o sistema inquisitório da Idade Média, uma nítida aproximação que não deve ser tolerada por conta de todas as violações aos direitos fundamentais que trazem, bem como por estarem completamente deslegitimadas sob o ponto de vista constitucional. A pesquisa se debruça em como desnaturar a inquisitorialidade e o autoritarismo, ínsitos aos institutos que envolvem a barganha, como forma de se afastar de um processo autoritário e de se aproximar de um processo democrático e acusatório.

² E aqui, por certo, não se fala de todos os membros do Ministério Público, logo, se deve excluir os promotores e procuradores de Justiça que pautam sua atuação de acordo com os ditames constitucionais, não alinhados a uma atuação judicial caracterizada pela perversidade e autoritarismo.

Para isso, optou-se por utilizar como referencial teórico o *garantismo*³, teoria que serve de freio à expansão do direito penal e do sistema inquisitório, através da utilização da razão (herança deixada pelos iluministas), da defesa de valores democráticos e da diminuição de violências (clamor pelo direito penal mínimo).

O primeiro capítulo do trabalho visa a demonstrar que a utilização dos institutos estudados se aproxima muito de práticas desenvolvidas no interior de um sistema penal inquisitório, caracterizando-se por uma crassa violação às premissas fundamentais do processo penal democrático, que deve ser respeitador dos direitos humanos e alinhado com a Constituição brasileira de 1988 e os tratados de direitos humanos, dos quais o Brasil é signatário.

Diante da nítida dissonância dos institutos que envolvem a barganha e a exigência constitucional, buscou-se investigar a origem da naturalização do autoritarismo ínsito à legislação penal brasileira e práticas judiciais da esfera penal. Para isso, realizou-se um recorte histórico, sendo trabalhado o período da escravidão como momento chave para a compreensão desta tradição.

É necessário fazer um registro: a pesquisa aqui desenvolvida não é uma pesquisa da História, propriamente, uma vez que o autor não possui formação em história, não utilizando os métodos historiográficos de pesquisa.

O que se fez foi uma pesquisa de Direito, que apreendeu dados históricos para a consecução de sua finalidade, qual seja, mostrar que o período da escravidão brasileira e os diplomas legais do Brasil Império, sobretudo o da Constituição de 1824, o Código Criminal de 1830 e o Código de Processo Criminal de 1834, já plasmavam uma atuação seletiva do poder punitivo, por conterem regras severas e discriminatórias com certos grupos *vulnerabilizados*, como escravos e mulheres, com o fito de marginalizar grupos que poderiam colocar em risco os interesses das classes hegemônicas.

A forma como o Estado se comportou com estes grupos, no pós-abolição, deve ser estudada por que ela gerou reflexos na atuação do sistema punitivo. A perversidade da legislação e prática judicial da época ainda se revela a partir da mesma estrutura.

Se antes as condutas identificadas com os escravos africanos eram criminalizadas, levando vários deles para o cárcere, atualmente seus descendentes, também negros e também pobres, continuam sendo a clientela preferencial do sistema punitivo.

³ É válido ressaltar que o garantismo não contribui apenas para o campo penal, porquanto suas inferências também são úteis para diversos outros territórios do saber jurídico.

Portanto, a partir do recorte metodológico realizado, apreendeu-se a origem da naturalização de um discurso e de uma tradição penal essencialmente autoritária, que possibilita, até hoje, a utilização de institutos processuais que acarretam flagrantes violações aos direitos fundamentais e que estão desalinhados com princípios constitucionais.

Feita a exposição de um cenário que se tem na atualidade e, após a análise das origens da perversidade ínsita aos institutos eleitos como objetos desta pesquisa, utilizou-se como referencial teórico o *garantismo* para demonstrar o caminho que se deve seguir para a realização de um processo penal democrático e respeitador dos direitos fundamentais. Ela é uma teoria democrática que almeja a contenção do descontrole punitivo.

Para este fim, a obra “Direito e Razão”, de Luigi Ferrajoli foi utilizada e dotada de maior protagonismo no desenvolvimento da exposição acerca do *garantismo*. A teoria, por uma opção metodológica da pesquisa, foi analisada em seus aspectos mais gerais: como freio do poder punitivo, uma forma de resistência democrática e de proteção de garantias constitucionais.

O *garantismo* é uma teoria legitimadora do poder punitivo (ainda que, muitas vezes, equivocadamente, seja compreendida como uma teoria abolicionista), guiada pela racionalidade e que almeja a contenção punitiva, alinhando-se com os mandamentos constitucionais.

Logo, foi a partir deste *locus* de resistência democrática que se pretendeu conduzir a investigação, na medida em que aponta caminhos em direção a uma menor intervenção penal, de forma a concretizar a luta pelo respeito ao que foi delineado pela Constituição.

1 O CARÁTER PERVERSO DO PROCESSO PENAL BRASILEIRO: A INQUISITORIALIDADE COMO PRINCIPAL CARACTERÍSTICA DOS INSTITUTOS QUE ENVOLVEM BARGANHA

Há, no direito penal e processo penal brasileiro, a possibilidade de introduzir o réu em uma autêntica “troca de favores”, em que ele, a despeito de suas garantias constitucionais, é levado a assumir uma conduta que, ilusoriamente, o beneficia no jogo processual, mas que guarda uma perversidade reprovável por possuir um caráter atentatório a diversos direitos fundamentais que devem ser protegidos.

Desde já, cumpre deixar claro qual é o grande incômodo do qual deriva a presente pesquisa. Ele advém do caráter inquisitorial do processo penal brasileiro, mais especificamente, da inquisitorialidade presente nos institutos que envolvem a barganha. Serão tratados, aqui, três desses institutos, quais sejam: a delação premiada, a transação penal e a utilização da confissão como circunstância atenuante genérica.

Em todos eles há uma flagrante postura atentatória contra o réu, que, por diversas razões, é constrangido para que renuncie alguns dos seus direitos fundamentais, conquistados a duras penas por todos que lutaram para que um dia existisse a possibilidade de desfrutarmos de um Estado Democrático de Direito, ainda não alcançado em sua plenitude.

Portanto, suas utilizações são expressões hialinas de procedimentos que confrontam preceitos constitucionais e que preservam a perversidade constante no processo penal que se realizava no período da Idade Média, marcado pela atuação do Tribunal do Santo Ofício. A aproximação entre o que se pratica hoje, nos mais diversos fóruns criminais dos recônditos do país, com este passado tenebroso, marcado pela ausência de alteridade⁴, penas cruéis e, sobretudo, por um massacre aos que não comungavam da fé cristã, pode ser especialmente perturbadora. Conforme Eugenio Raúl Zaffaroni (2013, p. 25), temos inúmeros motivos para crer que a Idade Média não acabou e que ainda praticamos um processo penal essencialmente inquisitório.

Apesar dos muitos anos que separam os períodos históricos, não é das tarefas mais complicadas perceber que, atualmente, a busca pela confissão do réu e da delação do infrator ainda são estruturantes do processo penal, sendo implacavelmente perseguidas por grande parte de juízes e membros do Ministério Público.

⁴ Acerca do conceito de “alteridade”, remete-se o leitor para a nota de rodapé de nº9.

No caso brasileiro, em especial, há notável descompasso entre o influxo democrático constante na Constituição Federal de 1988, a chamada carta-cidadã, de viés notoriamente garantista, por prever expressamente garantias, como a ampla defesa, e o contraditório (art.5º, LIV e LV), a presunção de inocência (art. 5º, LVII) e a inadmissibilidade de provas ilícitas (art. 5º, LVI) e os códigos penal (criado em 1940) e processual penal (1941), forjados em um período em que o Brasil vivia sob governo autoritário, o Estado Novo de Getúlio Vargas e o que se pratica na atualidade.

Seguindo a intelecção de Coutinho (2003, p.127), tem-se operado, no Brasil, um saber fixado pelo descompasso entre o novo e o velho, com prevalência deste. Por mais que pareça absurdo, em *terrae brasilis* adapta-se o direito novo ao velho.

Não por mera coincidência, o código penal pátrio foi muito influenciado pelo Código Rocco, criado na Itália em 1930, pelas mãos hábeis e fascistas de Vincenzo Manzini, que, por sua vez, foi influenciado pelo Código Napoleônico de 1808 (influência de mais um Estado sob governo autoritário), que introduziu uma investigação preliminar conduzida pelo juiz ou pelo Ministério Público antes do processo (COUTINHO, 2003, p.135).

Desta feita, percebe-se que desde a Idade Média⁵ há uma espécie de teia em que, com o passar dos anos, os ordenamentos jurídicos vão derivando-se uns dos outros, sendo mais uma forma de alicerçar a noção de processo penal brasileiro, marcado por características fundamentais do sistema inquisitório do medievo⁶. Não queremos dizer que estas influências seguiram uma sequência cronologicamente bem definida e que não existiram, com o passar dos anos, importantes rupturas. Todavia, uma coisa é certa: a essência inquisitória é mantida até hoje.

Como decorrência do viés inquisitório do código de processo penal, Jacinto Coutinho (2009, p. 254) afirma que

Um devido processo legal (constitucional) é incompatível com o sistema do CPP, de todo inquisitorial. Portanto, não recepcionado, o que já deveria ter sido declarado se se tivesse “vergonha” (como diziam os antigos, mas não ultrapassados), mesmo em tempos bicudos de neoliberalismo e consumo da ética.

⁵ Para os fins do presente trabalho, esse período histórico terá início a partir de 1215, ano em que ocorreu o IV Concílio de Latrão, documento assinado por Inocêncio III que, pela primeira vez, trata, expressamente, da necessidade de extermínio dos hereges e da imposição de confissão obrigatória anual, caracterizando uma ampla fiscalização da sociedade por parte da Igreja Católica (BATISTA, 2002, p.246).

⁶ Aqui, cabe fazer menção à preferência do autor Leonardo Marques (2011, p.476) em relação à nomenclatura, que prefere chamar “procedimento inquisitório” em vez de “sistema inquisitório” porque o termo sistema sugere um modelo rígido de normas jurídicas, ordenadas de forma racional, que encaminha para soluções pré-formatadas aos problemas concretos. A hermenêutica moderna rejeita as soluções jurídicas pré-existentes, extraídas de um modelo fechado. Invertendo a lógica positivista, a interpretação jurídica recomendaria que se problematizasse o caso concreto, antes de se buscar, no Direito, a decisão mais adequada.

Ainda hoje somos produto do poder punitivo presente na idade média e que posteriormente permitiu aos colonizadores europeus a ocupar a América, Oceania e África e a escravizar e aniquilar suas populações nativas. Os discursos legitimadores da idade média estão plenamente vigentes, fixando uma estrutura que reaparece quando o poder punitivo precisa se livrar de qualquer amarra (ZAFFARONI, 2013, p. 26).

Quando o povo reclama uma maior repressão, ou seja, “uma fogueira ainda maior” – necessário mencionar a importância da mídia para que isso ocorra – basta que se mude a legislação para que mais condenados surjam diariamente nos fóruns criminais, ou que mais hereges sejam carbonizados em praça pública. A inquisição nos deixou como legado o maniqueísmo entre a ordem legal e a infração, a partir da ideia de que o delito desvirtua a ordem. A sacralização da ordem jurídica produz um injusto que a ameaça e que assim não deve ser compensado ou retribuído, mas exterminado (BATISTA, 2002, p.239).

Assim, para que seja compreendida a origem da perversidade que fundamenta os institutos que envolvem barganha no processo penal brasileiro, é fundamental que se lance um olhar ao sistema penal inquisitório, marcado pelo princípio inquisitivo, ainda tão presente⁷.

A seguir, ainda no presente capítulo, será realizada a exposição acerca da busca da verdade como lógica ínsita ao processo penal, bem como os fundamentos de todos os institutos que envolvem barganha que serão trabalhados na presente pesquisa, contextualizando-os e tecendo críticas por violarem garantias previstas na Constituição federal a partir de conceitos como “consenso”, “eficiência” e “premiabilidade⁸”. Posteriormente, passa-se a examinar cada instituto separadamente, mostrando de que forma a perversidade inquisitória se manifesta na confissão como atenuante genérica, na delação premiada e na transação penal.

⁷ Sobre o princípio inquisitivo, remete-se o leitor para a nota de rodapé nº13.

⁸ Desde já, esclareço que “premiabilidade”, para o fins desta pesquisa, deve ser analisada a partir dos ensinamentos do jurista italiano Enzo Musco (*apud* BITTAR, 2011,p.842), que a compreende de três formas diferentes: a primeira está relacionada ao texto normativo, envolvendo as normas que concedem a um agente vantagem (como a atenuação da pena), seja por um comportamento que pode ser refletido sob o conteúdo do ilícito quanto a culpabilidade, seja por um comportamento da fase de execução da pena. A segunda forma de compreender recai sobre os institutos jurídicos derivados das possibilidades de recuperação da liberdade pessoal seguido do desenvolvimento da personalidade do condenado. Assim, se premia os condenados que supostamente readquirem, no cárcere, o respeito às regras de convivência humana. A terceira forma de compreender a premiabilidade, é mais recente, exprime um fenômeno mais presente nas legislações de emergência e que se substancia na relação de troca entre a prestação de um comportamento de colaboração processual com a autoridade judiciária e uma vantagem alternativa em termos de não punibilidade ou de atenuação da pena como contraprestação.

1.2 O sistema inquisitório: um necessário olhar ao passado

De início, cumpre esclarecer o porquê de se estudar o período histórico que compreende o surgimento do sistema inquisitório, que Coutinho (2009, p. 256) afirma “ser o maior engenho jurídico que o mundo conheceu; e conhece”.

A importância do estudo da inquisição não se refere apenas a sua herança jurídico-penal, da influência que exerceu sobre a forma dos sistemas penais na Europa católica que, posteriormente, se difundiu, por conta da colonização, pelos países da América Latina. A inquisição revela a forte relação entre um projeto político e o sistema penal que lhe sustenta, sendo este moldado por aquele, dissimulando, no discurso judiciário repressivo, a manobra política agressiva; mas isso também demonstra como o sistema penal pode se autonomizar do projeto que o criou e utilizar, influenciado por específicas correntes políticas, as suas poderosas armas (BATISTA, 2002, p. 238).

Além desta primeira abordagem, Nilo Batista (2002, p. 238) também mostra outra faceta da atuação das agências punitivas medievais que reverberam até a atualidade, especificamente, no que tange a criminalização da figura do outro^{9 10}, advinda de uma cultura que condena a alteridade:

A inquisição nos permite compreender que o dogmatismo legal, com sua aversão ao pluralismo jurídico, é necessária para uma criminalização do diferente, criminalização esta que sinaliza a coercitividade do consenso e o reforça através da manipulação dos sentimentos ativados pelo episódio judicial. Esses mecanismos, que ligam o uso do delito de heresia ao projeto político do papado, sobreviveram à descriminalização histórica da heresia, e ainda podem ser entrevistados em plena vitalidade no século que ora se encerra, com facilidade em conjunturas mais claramente politizadas (judeus perante a ordem nazista, socialistas perante os tribunais militares do Cone Sul, etc.), porém sem muito esforço mesmo quando as

⁹ O termo “outro” é bem caro a diversos ramos da ciência (como na psicanálise), motivo pelo qual deve-se delimitar a sua abrangência na presente pesquisa. Quando se fala de discurso hegemônico, a nível mundial, o que se tem, em verdade, é a reprodução do horizonte eurocêntrico, indicando que o próprio fenômeno da modernidade é exclusivamente europeu. O espírito/pensamento da Europa mostra-se como verdade absoluta determinada por si própria, estabelecendo-se firmemente na “periferia” do mundo a partir da chegada europeia na América, na Ásia e na África, indissociavelmente atrelada à cobiça, à violência e ao massacre. Um exemplo desta influência é a própria divisão da história em idade antiga, idade média e idade moderna, todas considerando como marcos os eventos ocorridos no “velho continente” (aqui, cumpre-se afirmar que a própria pesquisa se vale desta divisão). Essa noção de gestão da centralidade europeia no sistema-mundo é o que gera a figura do “outro”. Esse é colocado em posição periférica, marginalizado a partir de uma lógica de negação de discursos contra hegemônicos, em que visa exterminar quem pensa de forma diversa. Daí resulta a importância do estudo dos pensamentos vindos das Américas, da África ou da Ásia, enfim, o pensamento do outro, pois esse contradiscurso, criado a partir da margem, foi esquecido e excluído pela mentalidade europeia/discurso hegemônico (DUSSEL, 2002, p. 51-76).

¹⁰ De acordo com Casara (2015, p. 251), “o medo do outro, diante da fragilidade da alteridade no mundo pós-moderno, tem servido de justificativa para elaboração de leis cada vez mais excludentes e de práticas punitivas dissociadas do projeto constitucional brasileiro”.

variáveis políticas estejam encobertas (a guerra santa contra as drogas e o traficante-herexe que pretende apossar-se da alma de nossas crianças).

O caráter político de toda criminalização tem na heresia seu campo demonstrativo mais rico. Como a dissidência da fé implica a dissidência política, utiliza-se politicamente a figura do herege, para que nele recaia o estigma de origem de toda e qualquer desgraça, concentrando nesta figura a responsabilização pelos sofrimentos da sociedade, cujas reais origens buscam dissimular ou apenas distrair as atenções de outros temas incômodos (BATISTA, 2002, p. 256). Ora, a manifestação desse uso político da figura “do outro” é recorrente ainda hoje, principalmente, nas sociedades que se envolvem na “guerra contra o terrorismo” ou “guerra contra as drogas”, que servem de sustentáculo para um empreendimento que utiliza mais o estado penal e menos o estado social.

Em 1215, o direito canônico reconhece a convivência de três modelos de procedimentos: por acusação, por denúncia e por inquisição. O primeiro era iniciado com a redução a termo da acusação realizada pelo ofendido. Essa exigência estava relacionada ao fato de se dirigir ao autor, em caso de acusação frustrada, as sanções destinadas ao infrator, caso a acusação fosse procedente. De acordo com a tradição canônica, o imputado era citado e, caso não fosse encontrado, o procedimento não possuía andamento. Ao acusador cumpria indicar os meios de prova que serviriam de base para a acusação; no procedimento denunciatório, o delito era levado ao conhecimento do juiz, que deveria realizar uma advertência correcional. Dependendo da gravidade do fato, sucederia-se a instrução inquisitorial.

Desta forma, o delator fugia dos riscos de uma acusação frustrada. Assim, tem-se que o procedimento acusatório foi esvaziado e o inquisitório fortalecido, uma vez que diversos textos recomendavam que os inquisidores persuadissem os acusadores com o intuito de torná-los delatores, para que estes mesmos inquisidores pudessem conduzir o processo a sua maneira (BATISTA, 2002, p. 233); por fim, tem-se o procedimento inquisitório, que tem como ponto de partida a notícia do fato delituoso que, através do clamor público, chegava até o juiz. Inicialmente, sua atividade era restrita aos crimes mais graves, todavia, gradualmente foi aumentando seu campo de atuação. Neste cenário, a figura do acusador é fundida com a do juiz (talvez a característica mais difundida do sistema processual inquisitório), o que deságua em uma tolerância do juiz-acusador com as formas procedimentais usadas pelo acusador-juiz (BATISTA, 2002, p. 234).

O sistema inquisitório tem raízes em Roma, mais especificamente, no período de decadência do império romano, porém, possui diversos traços de outras legislações, como a

egípcia. Ele nasce da forma como comumente se conhece, no seio da Igreja Católica, como forma de resistência às “doutrinas heréticas” (COUTINHO, 2009, p. 256).

A fase inquisitorial, sempre mascarada pelo signo da sacralização, se inicia com os concílios de Verona (1184), se fortalece com o de Latrão (1215), ganhando normatização com as bulas papais de Gregório IX e Inocêncio IV (1252), recebendo robustas críticas apenas no final do século XVII e início do século XVIII, quando a casta intelectual começa a formular uma abordagem totalmente desqualificadora do aparato eclesiástico. Embora as práticas inquisitoriais estejam formalmente extintas desde o século XIX, com a abolição dos tribunais do Santo Ofício, em Portugal, Espanha e suas colônias, enquanto ideologia, ainda estão muito presentes na legislação dita laica dos sistemas penais modernos (CARVALHO, 2011, p. 773).

Se as bulas papais normatizaram o sistema inquisitório, dois manuais vão operacionalizá-lo, quais sejam, o “*Directorium Inquisitorium*”, de Nicolau Eymerich, e o “*Malleus Maleficarum*”, de Sprenger e Kramer, respectivamente escritos em 1376 e 1489. Estas obras vão instrumentalizar os procedimentos pautados em denúncias anônimas, em estruturas probatórias centradas na confissão e na busca da “verdade real”. O aparelho inquisitório, já presente em Roma anos antes, retorna no medievo diante da necessidade de aumento da repressão. Com o objetivo de controlar a criminalidade comum e a heresia, esta estrutura autoriza uma enorme ampliação no rol de culpáveis, podendo ser inserida nessa lista qualquer pessoa que, de alguma forma, se mostre contrária às doutrinas da fé (CARVALHO, 2011, p. 773-774).

Mudam-se as técnicas: não há contraditório (tudo se faz de forma secreta) e é permitida a acusação *ex officio*. No centro está o investigado, culpado ou não, sabe de algo e é obrigado a dizer. Logo, a tortura é utilizada para “estimular seus fluxos verbais”. Com isso, é criado um sistema legalmente amorfo (secreto), no qual a única coisa que importa é o seu resultado final (CORDERO, 2002, p.19).

Toda ordem jurídica excludente não conhece limites na sua atuação, desde que esta sustente sua hegemonia. Desta forma, há, em seus operadores, uma grande indiferença em relação às consequências de suas condutas com terceiros, já que, para a vitória da ordem sobre o delito, os fins justificam todos os meios (BATISTA, 2002, p. 241).

Por conta do sigilo no procedimento, em muitas ocasiões o defensor conhecia a declaração dos réus, mas não as suas identidades. Por conta do segredo incutido no procedimento, dificilmente este defensor alcançava êxito em sua função, motivo pelo qual muito dificilmente ocorriam casos de absolvição. Quando muito, havia a liberação *rebus sic*

stantibus, que deixava a situação do réu suspensa, não o condenando e muito menos o absolvendo até que outra acusação pudesse surgir. Este modelo procedimental reverbera nas Ordenações Filipinas, que vigoraram no Brasil (BATISTA, 2002, p. 234-235).

Possivelmente, a característica tida como marca principal do sistema inquisitório é a confusão entre as figuras do acusador e do juiz. O magistrado sai ao encalço da prova guiado pela sua visão particular do fato, ou seja, é orientado apenas por sua lógica dedutiva, a qual lhe permite a escolha da premissa maior, motivo que pode decidir antes e, posteriormente, buscar as provas necessárias para legitimar a sua decisão prévia (COUTINHO, 2009, p. 256-257). Franco Cordero (2000, p. 23), nesse sentido, aponta:

El inquisidor labora mientras quiere, trabajando en secreto sobre los animales que confiesan; concebida una hipótesis, sobre ella edifica cábalas inductivas; la falta del debate contradictorio abre un portillo lógico al pensamiento paranoide; tramas alambicadas eclipsan los hechos. Dueño del tablero, dispone las piezas como le conviene: la inquisición es un mundo verbal semejante al onírico; tiempos, lugares, cosas, personas, acontecimientos fluctúan y se mueven en cuadros manipulables [...] juego peligroso, según que convaliden o no la hipótesis; y siendo las palabras una materia plástica (los acusados las lanzan como torrentes) , cualquier conclusión resulta posible; el estro poético desarrolla un sentimiento narcisista de omnipotencia, en el cual desaparece cualquier cautela de autocritica.

O processo inquisitório é infalível, pois o resultado já é previamente determinado pelo juiz. A sentença é plena e, na maioria das vezes, não admite recurso, afinal, se sua legitimidade é divina, o ato é insuscetível de erro. O inquisidor formula uma hipótese e realiza a verificação. A verdade visada deve ser alcançada solitariamente, logo, o contraditório é visto como algo que perturba a investigação (CARVALHO, 2008, p. 21).

O juiz converte-se em órgão militante e daí nasce uma mística: o inquisidor descobre e elimina heresias ou delitos, combate forças maléficas em uma cruzada quotidiana. É seu mérito que o mundo não seja devorado pelo diabo. Os inquisidores reproduzem uma retórica imprudente e sem constrangimentos, pois qualquer coisa que digam é invulnerável ante a lógica comum (CORDERO, 2000, p. 21-25).

A racionalidade inquisitória é centrada no culto à sabedoria infalível do inquisidor (expressão do poder e do argumento de autoridade). Esse culto gera um espetáculo de adoração em torno de uma inteligência superior, que está pronta para explicar as coisas da vida. Na inquisitorialidade, o conhecimento se forma, isoladamente, na consciência do investigador. Ela é autossuficiente para revelar a verdade. Essa inteligência superior funciona como uma “hiper-razão”, que se julga superior em relação ao outro e não admite disputas ou críticas na formação do conhecimento. A razão absoluta, consciência do inquisidor, institucionaliza o discurso, transformando-o em fala autorizada do poder, gerando como

reflexo a erradicação da argumentação jurídica. O direito transforma-se em interpretação autorizada (MARQUES, 2011, p.476-483).

A apuração secreta da verdade constitui o eixo central do procedimento penal e substitui o debate oral e público que caracteriza a forma acusatória. A “hiper-racionalidade” inquisitória rompe com o processo acusatório de partes. Se a audiência acusatória celebra o debate entre acusação e defesa, o inquérito valoriza o juiz, que age sempre de ofício, com total domínio da investigação (MARQUES, 2011, p. 480).

No que tange esta onipotência, pertencente ao sentimento narcisista do juiz, existente ainda hoje, afirma Rosa (2009, p.10-11) que o magistrado tem certeza que sua missão é, muitas vezes, extirpar o mal da terra, informados pelo discurso neoliberal¹¹ reproduzido pela mídia do movimento “Lei e Ordem¹²”.

A identidade entre juiz e acusador, bem como a sacralização do procedimento em sigilo, minimizam as garantias do imputado. Assim, com a ausência de ampla defesa e da necessidade da confissão, o acusado é reduzido a um objeto privilegiado do saber. Culpado ou não, indiciado ou não, o imputado é detentor de verdades históricas (CARVALHO, 2008, p. 21).

Contra a força inquisitória, o acusado nada pode fazer. Ele já não é mais sujeito de direitos (como no Direito Grego). Sendo objeto de apuração, ele se submete a “costumes ferozes, leis desumanas, juízes desalmados, implacáveis e truculentos”. A coisificação do acusado está fundamentada pela sua presunção de culpabilidade (MARQUES, 2011, p. 481).

Em relação ao regime de provas, cumpre informar que, na época, era utilizado o regime legal ou da tarifa probatória. Este sistema visava racionalizar o acerto dos fatos a partir de uma classificação hierárquica, em que cada prova tinha um valor previamente determinado. Nesse contexto, a confissão constitui uma prova tão forte que não há necessidade de buscar outras (ROSSETO, 2001, p.119-120).

¹¹ Para o historiador marxista Perry Anderson (1995 apud FONSECA; CUNHA; BICHARA 2013, p.404), o neoliberalismo possui diferentes representações para as economias maduras e para as economias em desenvolvimento. No primeiro caso, o neoliberalismo é uma reação ideológica e política à institucionalidade criada no pós-segunda guerra e que priorizava a manutenção do pleno emprego. Já no segundo caso, representa a redução do ativismo estatal na esfera econômica. Em ambos os cenários, a macroeconomia prioriza a estabilidade monetária e abandona-se a ideia de que o Estado deve ter um papel central na dinâmica de desenvolvimento. Essa agenda se expressa na introdução de reformas estruturais visando a ampla liberalização comercial e a criação de constrangimentos sobre o aumento do gasto público.

¹² Embora esta temática seja discutida ao longo desta pesquisa, é necessário pontuar, desde já, que o movimento de lei e ordem visa tornar mais repressivo o sistema de combate à criminalidade, tendo como importante fonte a atuação dos meios de comunicação de massa, que criam um “consenso” acerca de temas complexos, como a criminalidade (CARVALHO, 2007, p. 42-43).

Na lógica de “os fins justificam os meios”, aduz Leonardo Marques (2011, p. 484): “Pouco importa se a confissão foi extraída mediante tormento ou se ela conduz à morte. O suplício purifica a alma do pecador arrependido, expiando sua culpa”.

Ainda no que concerne a esta hierarquia probatória, bastavam duas testemunhas para autorizar o espírito do juiz a condenar, com tranquilidade, o réu. No confronto entre testemunhas e documentos, as primeiras prevaleciam sob o argumento de que eram provas naturais, ao contrário dos artificiosos papéis dos tabeliães (BATISTA, 2002, p. 236).

Por certo, ainda que o inquisidor acumule as funções de acusador e julgador, o que define o sistema em sua essência é a gestão da prova atribuída ao magistrado e a forma pela qual ela é realizada. Esta gestão da prova como princípio unificador¹³ dos sistemas processuais penais é a diferença definitiva entre o inquisitório e o acusatório.

No inquisitório, o órgão julgador recolhe a prova e determina a sua produção. O acusado é mero objeto, ficando à disposição da instrução enquanto meio de prova. Desaparece o cidadão; ou pode desaparecer (COUTINHO, 2009, p. 255).

Podendo utilizar de todo cabedal de instrumentos, o inquisidor tortura os imputados como bem quer. Como parte da premissa de que o homem nasce culpado, basta uma investigação para que se aflore o mal, logo, este axioma elimina qualquer escrúpulo à investigação. Nos casos de prova difícil, como as traições, não são necessários indícios para proceder à tortura (CORDERO, 2000, p. 22-24).

Assim como em certos crimes nos quais a prova é difícil, reputa-se que a própria identificação do herege não é tão fácil. O elemento central, do qual deriva a sua punibilidade, é a “oposição à igreja de Roma”. Reconhecer alguém que questiona, internamente, a doutrina cristã, é difícil, até o momento em que ocorre a confissão. Antes da confissão, e da tortura que leva à confissão, esta pessoa é, apenas, “suspeita” (BATISTA, 2002, p. 257).

A inquisição se propõe a realizar uma cirurgia comportamental, uma intervenção moral na figura do “outro”. Todavia, a criminalização da heresia tem como permanente efeito não os conteúdos das ofensas ao pensamento ortodoxo, mas a afirmação da intervenção penal nestes casos. Tem-se que a equação penal constitui o alicerce ideológico que articula a

¹³ Aqui, vale a noção de sistema processual decorrente da posição Kantiana, que defende o sistema como elementos sob uma ideia única. Essa posição pode ser compreendida através do conceito de princípio unificador, pensado como motivo conceitual sobre o qual se funda a teoria geral do processo penal, podendo estar positivo na lei ou não. Como ontológico, o princípio é um mito, a palavra que é dita no lugar daquilo que não pode ser dito (COUTINHO, 2009, p. 254). De igual sorte, o mito é dogmático, isto é, apresenta-se como uma verdade que não precisa ser provada, sua aceitação é acrítica. O mito é aquilo que necessita ser dito diante da ausência de um referencial semântico perceptível aos sentidos (CASARA, 2011, p. 744).

inquisição, cujos legisladores e juízes, ao lado dos dogmas da fé, velavam, também, pelo dogma da pena (BATISTA, 2002, p. 240).

É de fácil constatação que toda a estrutura inquisitória foi habilmente construída a partir de um conjunto de conceitos falaciosos, principalmente o de “verdade absoluta”. Para que se alcance essa verdade, o inquisidor precisa dispor do corpo do herege, pois, de posse dele, é possível o uso da tortura, que o conduzirá à confissão (daí surge a importância da prisão cautelar ser a regra). Uma vez obtida a confissão, o inquisidor não precisa de mais nada. Todas as peças da engrenagem se encaixam perfeitamente para bem servir ao sistema (LOPES JÚNIOR, 2014, p. 102).

A mera presença de partes em uma relação processual não indica, necessariamente, que o sistema seja acusatório. No caso brasileiro, especificamente, o que se percebe com clareza é que o seu princípio unificador é o mesmo do sistema inquisitório, ainda que o ordenamento jurídico pátrio possua elementos secundários de cariz acusatório. Atualmente, diz-se que todos os sistemas são mistos. Ainda que o sistema tenda, essencialmente, a um dos princípios unificadores (inquisitivo ou dispositivo), características (mesmo que secundárias) do sistema contrário ainda se farão presentes. Como não há um princípio unificador misto, a partir da análise de quem possui a gestão probatória, pode-se dizer que o sistema possui natureza/essência inquisitória ou não (COUTINHO, 2009, p. 257).

Com isso, Coutinho (2009, p. 257) conclui: “Nesta esteira, o sistema processual penal brasileiro é, indubitavelmente, inquisitório, porque seu princípio unificador é o inquisitivo, já que a gestão da prova está, primordialmente, nas mãos do juiz, senhor do processo”.

Esta invasão do magistrado no campo da busca de provas – aqui não é percebido o alheamento¹⁴ necessário do juiz em relação às partes, o que prejudica sua imparcialidade

¹⁴ Este alheamento necessário ao juiz é denominado por Ferrajoli como “Terzietà”, traduzido para o português como “equidistância”. Para a melhor compreensão do termo, remete-se o leitor ao tópico 3.1 da presente pesquisa.

mostra-se evidente em dispositivos do atual código de processo penal, como o artigo 156¹⁵ e o artigo 196¹⁶.

Desta feita, é necessário realizar, tendo em vista as características do sistema inquisitório aqui expostas, um contraponto com os elementos do sistema acusatório, previsto pela Constituição Federal de 1988.

Em relação ao julgador, enquanto os juízes no sistema inquisitório são permanentes e cumulam as tarefas de julgar e acusar, no sistema acusatório funcionam assembleias e júris populares. Neste mesmo sistema, de viés nitidamente democrático, vigora a igualdade entre as partes, na relação dos sujeitos processuais, no qual o juiz é um mero espectador, sem poder invadir as competências de quem deve realizar a investigação. O processo é oral, público e com respeito ao contraditório. A prova é analisada sob o manto da livre convicção, a sentença faz coisa julgada e a regra, no que tange as medidas cautelares, é a liberdade do imputado. Assim, percebe-se que o imputado é sujeito de direitos e o juiz é garantidor das regras do jogo.

Propondo uma mudança paradigmática na essência do processo penal brasileiro, para que ele se despidesse do viés autoritário e vestisse o viés democrático, Coutinho (2009, p. 257) afirma:

A solução parece estar na superação da estrutura inquisitória e, para tanto, há de se dar cabo do inquérito policial, não para se introduzir o chamado juizado de instrução (tão ruim quanto aquele), mas para, aproximando-se da matriz acusatória, permitir-se tão-só uma única instrução, no crivo do contraditório. No mais, a acusação poderia ser formulada com base em investigação realizada pela polícia, função para a qual existe e está preparada mais que ninguém, ainda que sob o controle externo do MP. Sob as penas da lei, um órgão de acusação consciente não deduziria ação – imaginando-o engajado à democracia – por mera elucubração mental. E o juiz, longe da colheita da prova, poderia ter as condições suficientes para, sem influências de qualquer gênero, preparar-se para o devido acerto do caso penal.

Um projeto de justiça criminal verdadeiramente democrático dependeria de uma nova mentalidade. Porém, não é o que se vê, principalmente quando o assunto é a justiça criminal, seara onde se responde imediatamente aos pedidos de mais e mais repressão (COUTINHO, 2003, p. 128).

¹⁵ Art. 156. A prova da alegação incumbirá a quem a fizer, sendo, porém, facultado ao juiz de ofício: I – ordenar, mesmo antes de iniciada a ação penal, a produção antecipada de provas consideradas urgentes e relevantes, observando a necessidade, adequação e proporcionalidade da medida (Incluído pela Lei nº 11.690, de 2008); II – determinar, no curso da instrução, ou antes de proferir sentença, a realização de diligências para dirimir dúvida sobre ponto relevante.

¹⁶ Art. 196. A todo tempo o juiz poderá proceder a novo interrogatório de ofício ou a pedido fundamentado de qualquer das partes.

Para compreender o que ocorre atualmente no Brasil, é necessário entender o processo penal “de emergência”, que é um fenômeno que propicia o aumento da malha repressiva. Sua definição (ainda que sintética) é trazida por Fauzi Hassan Choukr (2009, p. 210):

sólida movimentação pela qual se organizou um sistema verdadeiramente paralelo de discussão aos primados constitucionais, introduzindo toda uma sorte de instrumentos que, à mingua de uma denominação específica na doutrina brasileira, optamos por chamá-la emprestando a nomenclatura advinda do direito italiano: O sistema emergencial.

Como características desse movimento, pode-se enumerar exemplificativamente, segundo a inteligência de Fauzi Choukr (2009, p. 210-211): a transfiguração do sistema penal em um instrumento de política de governo; a influência da mídia na maximização do sistema penal como um sistema de controle social; repúdio aos primados do Estado Social de Direito na formação do sistema penal, com o conseqüente repúdio à cultura dos direitos fundamentais; incremento das formas preventivas de prisão; assunção da pena com fins marcadamente retributivos e sem maiores preocupações com a figura humana sancionada.

Portanto, fica ainda mais evidente o viés inquisitivo do processo penal brasileiro, como a realidade perversa de milhares de imputados nos fóruns criminais do país. Mesmo com alterações legislativas realizadas, diversas vezes obedecendo a uma intensa campanha midiática que influencia a “opinião pública”, percebe-se, no que tange a estrutura e essência, não há ruptura alguma. Muda-se para que se continue na mesma situação.

Em relação a reformas inócuas no que dizem respeito a uma efetiva melhora do sistema penal, aduz Fauzi Choukr (2009, p. 213):

como essas reformas emergenciais tendem a incrementar a um modelo inquisitivo de processo, a prática judicial acaba por desempenhar um papel pouco inovador no sentido da aderência constitucional – ou mesmo visando à necessária reforma global tendente a harmonizar o Código com a Constituição -, vez que excessivamente tolerante em não raras ocasiões e sobre vários temas, com a não sedimentação dos valores constitucionais.

Desta feita, pode-se concluir que as reformas legislativas pontuais e emergenciais¹⁷ não nos aproximam de um processo penal acusatório, pelo contrário, reforçam o caráter inquisitório do sistema, servindo, apenas, para realizar falsas promessas de diminuição da criminalidade, efetividade do processo e reforço das funções atribuídas à pena.

¹⁷ A manifestação deste fenômeno se corporifica através de normas como a lei nº 8.072/90 (crimes hediondos); lei nº 9.034/95 (crime organizado); lei nº 9.271/96 (lavagem de dinheiro); lei nº 10.792/03 (criação do regime disciplinar diferenciado de execução penal) e lei nº 12.403/11 (lei das cautelares).

Apontando uma saída para a questão, Coutinho (2009, p. 261) afirma que:

Necessário, portanto – e mais que isso, urgente -, é ousar pensar em uma reforma global, o que significa dizer: um novo código de processo penal. Se ele não vier, pelas razões de sempre – a serviço de alguma ideologia -, fatalmente se poderá, já em curto espaço de tempo, conferir-se os resultados alcançados com estas questionáveis reformas parciais, desde logo com cheiro de ‘mesma coisa’.

O que está ausente, em todo esse discurso, é um legítimo compromisso com uma mudança de mentalidade, que se aproxime de práticas democráticas e garantidoras da proteção dos direitos fundamentais.

1.3 Direito penal, a ti tocou-te a máquina mercante?

O que gera a discussão sobre as necessidades de “consenso” e a “conciliação” no processo penal é a constatação da incapacidade do Estado em responder, de forma eficaz, as demandas de regulação, a partir das expectativas geradas pelo intervencionista Estado de bem-estar social que, após sofrer sucessivas crises, abriu caminho para a instalação da globalização e do neoliberalismo. Por certo, a ideia de Estado mínimo invadiria, também, o campo da justiça criminal, sobretudo de duas formas distintas: pelo agravamento das respostas punitivas de exclusão, em situações que atentam frontalmente contra os interesses do capital ou valores que a comunidade percebe como essenciais para a sobrevivência individual, e por uma menor atuação estatal em relação aos crimes que não atentam a lógica capitalista (PRADO, 2002, p .81-82).

Desta feita, persegue-se a resolução dos problemas na seara criminal a partir de uma noção que envolve negociação. As soluções são pensadas seguindo uma lógica eficientista e não uma lógica comprometida com o respeito às garantias do imputado.

A partir da fragilidade dos procedimentos que são colocados à disposição do acusado e, sobretudo, dessa perspectiva de “negociação” e “jogo de interesses”, percebe-se claramente a forte inserção da economia de mercado no interior da administração da justiça criminal (PRADO, 2002, p. 84). Na sociedade de massa, o indivíduo só interessa como consumidor. O não-consumidor é colocado à margem e posteriormente conduzido ao sistema penal (LOPES JÚNIOR, 2002, p. 108).

Para uma melhor compreensão acerca da questão tratada no presente tópico, é necessária uma análise acerca do movimento de Lei e Ordem, que até hoje se faz muito presente no autoritário processo penal brasileiro. Geraldo Prado (2002, p. 86) afirma que:

O movimento de Lei e Ordem busca exaustivamente apresentar ao público consumidor-eleitor (eleitor tratado literalmente como consumidor) as fórmulas por meio das quais as pessoas se sentirão mais seguras, inatingíveis pela criminalidade

violenta supostamente produzida pelos setores marginalizados da sociedade, que para todos os efeitos distinguem-se dos cidadãos comuns, de classe média. O outro lado da balança é responsável, por sua vez, por cobrar das instâncias envolvidas na apuração dos crimes e punição dos criminosos um mínimo de eficiência que não importe no risco de somar à impunidade cifras expressivas de erros judiciários e condenações equivocadas. Daí porque os governantes não podem simplesmente ignorar a questão criminal.

Este movimento surge na década de 60 nos Estados Unidos da América, como campanhas de resistência à contracultura, fortalecendo a defesa de princípios éticos, morais e cristãos da sociedade ocidental. Sua atuação tem o sentido de reorientar a produção legislativa em âmbito penal. A Lei e Ordem, através das suas inúmeras manifestações, percebe o crime como algo socialmente patológico e que possui, como único antídoto, a utilização, cada vez mais ostensiva, do aparato penal. O movimento enxerga, no recrudescimento das penas, na ampliação das possibilidades de prisões provisórias e na flexibilização das garantias do imputado, as melhores alternativas de garantir o respeito à harmonia social (CARVALHO, 2007, p. 43).

É, sem dúvidas, a mais clara expressão penal deste modelo neoliberal, pregando a supremacia estatal e legal (sobretudo nos aspectos penais) em detrimento do indivíduo e suas garantias fundamentais, que são sacrificadas por conta da incompetência estatal na resolução das questões verdadeiramente originadoras da violência. Após a massiva elaboração de leis repressoras, foi experimentada uma diminuição da criminalidade? (LOPES JÚNIOR, 2002, p. 102) Ao que tudo indica, não.

Parece claro que as funções atribuídas às penas, tidas como grandes soluções, não passam de discursos falaciosos¹⁸ à medida em que a experiência mostra que a prisão não previne nem reeduca.

A mídia possui um papel destacado no fortalecimento do movimento Lei e Ordem, sobretudo por inculcar, na população, um constante clima de medo¹⁹, um estado de perigo

¹⁸ A autora Vera Andrade (2012, p.136-137) denomina este fenômeno como eficácia invertida, afirmando que “enquanto suas funções declaradas ou promessas apresentam uma eficácia meramente simbólica (reprodução ideológica do sistema), porque não são e não podem ser cumpridas, o sistema penal cumpre, de modo latente, outras funções reais, não apenas diversas, mas inversas às socialmente úteis declaradas por seu discurso oficial, que incidem negativamente na existência dos sujeitos e da sociedade (...) a eficácia invertida significa, então, que a função latente e real do sistema penal não é combater (reduzir e eliminar) a criminalidade, protegendo bens jurídicos universais e gerando segurança pública e jurídica, mas, ao invés, construí-la seletiva e estigmatizantemente, e, neste processo reproduzir, material e ideologicamente, as desigualdades e assimetrias sociais (de classe, de gênero, de raça).

¹⁹ Para Vera Malaguti Batista (2011 ,p. 24) “conhecer o eixo dos medos é traçar o caminho das criminalizações e identificar os criminalizáveis”.

iminente, que apenas cessará com atuações profiláticas do sistema penal e por ter a capacidade de gerar verdadeiros consensos acerca destes temas complexos. Nesse sentido, aduz Michelle Barbosa de Brito (2016, p. 38):

A difusão do medo e da insegurança gerou o consenso acerca da necessidade de um maior e mais eficiente sistema repressivo, sem qualquer preocupação séria ou debate expressivo sobre direitos e garantias fundamentais, que poderiam vir a ser mitigados ou mesmo sacrificados na tarefa de estabelecer a tão proclamada “paz social”.

A imprensa, a partir de uma atuação sensacionalista, cria exposições à vulnerabilidade e influencia a atuação da polícia e do poder judiciário (CARVALHO, 2007, p.43). No dizer de Lopes Júnior (2002, p.103):

O modelo de tolerância zero é cruel e desumano. Os socialmente etiquetados sempre foram os clientes preferenciais da polícia e, com o aval dos governantes, nunca se matou, prendeu e torturou tantos negros, pobres e latinos. A máquina estatal repressora é eficientíssima quando se trata de prender e arrebanhar hipossuficientes.

De acordo com John Langbein (apud PRADO, 2002, p.88), o custo econômico despendido nos ritos ordinários, desenvolvidos no processo penal, e o tempo necessário para que se reduzam os riscos no judiciário são as causas principais pela busca por um procedimento apto a resolver prontamente a questão, ainda que para isso tenha que ter o mínimo de formalidades possível.

Quanto à importação destes tipos de procedimentos, Juliano Keller do Valle (2012, p. 91) informa que países como o Brasil, periféricos no campo da maturação democrática, são invariavelmente atingidos por propostas alheias às promessas constitucionais garantidoras de um mínimo Estado Democrático de Direito, sob a alegação perversa de que se deve combater o criminoso, e que pelo seu etiquetamento, o sujeito se torna perigoso à estrutura do Estado, merecendo o combate.

Procedimentos, como dito anteriormente, gerados a partir de inúmeras reformas parciais do ordenamento, que possuem o fito de perpetuar a essência inquisitória no Brasil. A colocação da celeridade e da eficiência, como maiores buscas da implantação destes procedimentos, é extremamente gravosa à proteção dos direitos fundamentais. O conceito de celeridade é empregado como se, no processo civil, estivesse obedecendo à ideia de “pericimto de bens”. Na seara penal, não se pode ter pressa. Já o conceito de eficiência²⁰, como justificador destas diminuições de formalidades, é apenas mais uma reafirmação do

²⁰ Não se pode confundir eficiência com efetividade. Enquanto aquela está atrelada a uma análise dos meios, esta está atrelada a uma análise dos fins. Amplamente utilizada no mercado, as ações devem ser eficientes para que com isso se chegue nos “melhores resultados possíveis” (LOPES JÚNIOR, 2002, p. 114).

cariz neoliberal dos procedimentos que se alojaram dentro do sistema penal (COUTINHO, 2009, p. 260).

Em relação ao tempo, tema tão caro à discussão sobre justiça penal consensual e flexibilização dos procedimentos penais, cumpre fazer algumas considerações acerca de sua compreensão no mundo globalizado neoliberal.

Refletindo sobre a relação entre o tempo no contexto neoliberal e o direito penal, giza Faria Costa (2010, p. 7):

O nosso tempo vive na singeleza perversa do efêmero. Do transitório. Do presente que se quer irremediavelmente presente. Características, pois, deste momento civilizacional que alguns chamam de pós-modernidade [...] O que se quer salientar e sublinhar a traço grosso é, de certa maneira, para o dizermos de forma cortante e incisiva, a presentificação do nosso tempo. É a glorificação do instante [...] Parece, por conseguinte, que vivemos e queremos viver em um tempo que olha ou liga pouco ao passado e que transfigura o futuro, não como qualquer coisa diferente e de melhor que o presente ou passado, mas antes como um sucesso ininterrupto de vários presentes. Uma época que se aborrece de tudo que lhe exija o mínimo de esforço e de concentração, mesmo quando essa concentração se pede para apenas fruir uma superior ou sublime experiência lúdica.

Vive-se uma época em que os jovens são ensinados, cada vez mais, por instrumentos infantilizados e que menos engendram neles o poder de crítica e análise. Vive-se em uma temporalidade que não é outra coisa senão tempo breve. Como o Direito Penal não é parte inafastável da história da humanidade, ele também precisa enfrentar esta mudança. A questão é saber como se dá a relação dele com a deificação do presente (FARIA COSTA, 2010, p. 9-10).

Atualmente, o direito penal mostra-se mais voltado para o futuro do que para o presente, expressando a antecipação da barreira protetiva. Por isso, quer estar presente antes dos próprios fatos, tutelar e proteger as gerações futuras (como em questões envolvendo o meio ambiente e relacionadas à engenharia genética). Mas proteger à custa do quê? Proteger quais gerações? Proteger do quê exatamente (imprevisibilidade dos riscos que se corre)? Não há respostas concretas para tais indagações. Todavia, uma coisa é certa: se o Direito Penal visa proteger o futuro, ele precisa deixar de ser mínimo (FARIA COSTA, 2010, p. 12).

Além de aceitar o risco de punir por um provável resultado, o que é algo extremamente problemático, a crise do direito penal gravita em torno de outra temática complexa: o embate do tempo breve e do tempo longo²¹. Há pouco, disse que na seara penal

²¹ Aqui, é necessário que se faça uma observação importante. O tempo longo, por certo, não significa uma justiça lenta. O tempo longo deve ser encarado como o tempo necessário para a justiça justa. Ela não é a justiça lenta, porque esta ultrapassa, por diversos motivos, o tempo necessário para a prossecução da justiça justa (FARIA COSTA, 2010, p.15).

não pode existir pressa. Isso se justifica por conta do tempo necessário para a tomada de decisão, valorações e juízos no direito penal. Ora, é evidente que a investigação dos fatos, a interpretação da lei, a análise detida das provas, os prazos que servem de garantia processual, os recursos e as audiências demandam longo tempo. Existe uma forma de fazer com que os procedimentos sejam mais ágeis, e a fórmula é bem conhecida: basta diminuir de forma radical as garantias do acusado, o que certamente não é o que se almeja em uma sociedade democrática (FARIA COSTA, 2010, p.14-15).

Todavia, o que se tem no Brasil é uma pressão em torno dos magistrados (como a pressão exercida pelo Conselho Nacional de Justiça e seu relatório “Justiça em Números”) e dos legisladores (pressão exercida pela mídia e pela sociedade), para que decidam, rapidamente, e que sejam elaborados procedimentos mais ágeis (LOPES JÚNIOR, 2002, p.115).

A transformação do jogo processual em uma autêntica troca de favores ou, então, o que parece mais adequado, em um balcão de negócios, como se tem visto, é uma marca da influência neoliberal no sistema penal. A inserção da justiça negociada, implantada no Brasil, sobretudo a partir da Lei 9.099/95, que criou os juizados especiais criminais, é a maior manifestação disto, ainda que estas mesmas características de “mercantilização/negociação de direitos” também estejam presentes na lógica que envolve o uso da confissão como atenuante genérica e os acordos negociados entre ministério público e defesa, que precedem a realização das delações premiadas.

Em relação ao conflito entre o modelo garantista²² e a inserção das noções de justiça negocial, afirma Lopes Júnior (2002, p.111):

No modelo garantista não se admite nenhuma imposição de pena: sem que se produza a comissão de um delito; sem que ele esteja previamente tipificado por lei; sem que exista necessidade de sua proibição e punição; sem que os efeitos da conduta sejam lesivos para terceiros; sem o caráter exterior ou material da ação criminosa; sem a imputabilidade e culpabilidade do autor; e sem que tudo isso seja verificado através de uma prova empírica, levada pela acusação a um juiz imparcial em um processo público, contraditório, com amplitude de defesa e mediante um procedimento legalmente preestabelecido. Tudo isso cai por terra no modelo negocial.

O modelo de justiça negociada não se coaduna com o modelo acusatório de processo, à medida que agride a presunção de inocência, ampla defesa, a exigência de fundamentação

²² Vale ressaltar que um estudo mais acurado acerca do garantismo será realizado no último capítulo, que será dedicado a este modelo como alternativa desejada para que seja desnaturada a inquisitorialidade presente no ordenamento penal brasileiro, como uma linha de resistência constitucionalmente orientada.

das decisões judiciais, a separação das atividades de julgar e acusar, entre outras violações que podem ser resumidas na ideia de violação de um processo judicial justo (LOPES JÚNIOR, 2002, p.118-119).

Quanto à separação entre julgar e acusar, se pode pensar que é uma excrescência, à medida que, notoriamente, no ordenamento brasileiro, existem as figuras do juiz e do Ministério Público. Cumpre-se, todavia, realizar algumas considerações: na grande maioria dos casos, o magistrado limita-se apenas a homologar a transação ou a delação premiada. Na realidade, o juiz está disposto a levar o processo até o final com o menor esforço possível, principalmente quando as pautas estão abarrotadas e o seu trabalho é valorado apenas pela quantidade e não pela qualidade. E este mesmo juiz, que tenta a conciliação na primeira fase processual, é o mesmo que julgará, no caso de “insucesso no acordo”, o que não parece ser uma boa ideia, pois o julgador conterà uma imagem negativa (ainda que inconsciente) do imputado (LOPES JÚNIOR, 2002, p. 123).

Portanto, atrelar o poder negocial ao sistema acusatório importa em juntar duas coisas que não comungam da mesma identidade. No contexto de justiça negocial, o réu abdica de diversos direitos fundamentais. É crucial notar que a irrenunciabilidade a direitos fundamentais, pelo cidadão, no campo jurídico, invalida, contrariando a Constituição, qualquer desses atos abdicatórios, uma vez que é certo serem direitos individuais indisponíveis a presunção de inocência, o direito ao processo, entre outros expostos no extenso rol do artigo 5º da Constituição Federal (PRADO, 2011, p.303-305).

A noção de acordo, no interior do processo penal, é apropriada pelo discurso oficial como forma de se adotar um processo de partes e proporcionar celeridade e efetividade jurisdicional. Todavia, há um discurso oculto, escamoteado, que revela a perversidade contida nessa relação desproporcional, envolta pela falácia de que estes procedimentos são protetores dos direitos fundamentais e que visam inserir o réu em uma melhor posição processual, quando, na verdade, fazem o contrário: conduzem-no até sua condenação, através de atos que proporcionam uma atuação mais fácil do magistrado, que não precisa incorrer na difícil tarefa de confrontar provas (isto sem falar da tranquilidade em sua consciência no ato de decidir).

Revelando este discurso oculto, afirma Nilo Batista (1999, p. 25) que o sistema penal é apresentado como igualitário, mas, na verdade, seu funcionamento é seletivo, pois atinge apenas determinadas pessoas, integrantes de determinados grupos sociais, a pretexto de suas condutas. Este mesmo sistema também é apresentado como justo, porém, na prática, é absolutamente repressivo, tanto pela incapacidade de intenção de prevenção quanto pela

incapacidade de regular a intensidade das respostas penais. Por fim, ele se apresenta comprometido com a proteção da dignidade humana, todavia, alcança um resultado nefasto, já que a atividade do sistema penal é estigmatizante, pois degrada a imagem social dos que por lá passam.

Uma coisa é certa: a seletividade, a repressividade e a estigmatização são fortes características do sistema penal brasileiro. Nenhuma análise mais acurada do mundo normativo pátrio pode ignorar a grande contradição que existe entre as linhas programáticas legais e o funcionamento das instituições que a executam (BATISTA, 1999, p. 26).

E para que o imputado faça exatamente “o que se quer que ele faça”, ou seja, atrair para si a culpa e garantir a sua condenação, são administrados diferentes instrumentos de pressão e constrangimento.

Não é à toa que o imputado que não confessa, não realiza a transação ou a delação, é visto como alguém que “não colabora com a justiça”²³, como se o ato de se defender, utilizando seus direitos constitucionalmente previstos, fosse um ato que vai contra a decisão justa. Assim, afirma Lopes Júnior (2002, p.121), acerca da justiça negocial:

O pacto no processo penal é um perverso intercâmbio, que transforma a acusação em um instrumento de pressão, capaz de gerar autoacusações falsas, testemunhos caluniosos por conveniência, obstrucionismo ou prevaricações sobre a defesa, desigualdade de tratamento e insegurança. O furor negociador da acusação pode levar à perversão burocrática, em que a parte passiva não disposta ao ‘acordo’ vê o processo penal transformar-se em uma complexa e burocrática guerra. Tudo é mais difícil para quem não está disposto ao ‘negócio’. O promotor, disposto a constranger e obter o pacto a qualquer preço, utilizará a acusação formal como um instrumento de pressão solicitando altas penas e pleiteando o reconhecimento de figuras mais graves do delito, ainda que sem o menor fundamento. A tal ponto pode chegar a degeneração do sistema que, de forma clara e inequívoca, o saber e a razão são substituídos pelo poder atribuído ao Ministério Público.

Na mesma toada, também sobre a justiça negocial e a pressão exercida sobre o elo mais fraco da relação, aduz com particular precisão Prado (2011, p.311-313):

A partir da ideia-chave do modelo negocial, de que partem todos, incluindo juiz e defensor, de que ‘o acusado se presume culpado’, os sujeitos processuais empenham-se decididamente a convencer o réu a ‘acordar’ [...]. Em outras palavras: em um contexto de ‘jogo’ em que o resultado não depende de provas, mas da persuasão do adversário para forçá-lo a aceitar o acordo, o uso das providências cautelares desviadas da função de proteção processual revela-se uma arma extraordinária!

²³ A mesma noção está atrelada ao réu que não comparece à audiência: a legislação admite que o réu solto não compareça na sua audiência. O artigo 457, do Código Processual Penal, permite a sua ausência até mesmo no plenário do júri. Este cenário é tido como exercício do seu direito de não ir, como exercício do direito ao silêncio, enfim, como uma autêntica estratégia processual. Entretanto, quotidianamente, se percebe que ao réu preso não é dada esta opção de não ir, já que ele é requisitado na casa penal. Também há juízes que ameaçam de prisão o réu que não comparecer à audiência, justamente porque tal postura indicaria que o faltoso “não colabora com a justiça”. Essa postura evidencia uma posição inquisitória.

O que se tem é um cenário em que o imputado é levado a negociar a sua própria inocência. Muitas vezes, por conta da estratégia que é constrangido a exercer, este réu ou confessa o fato (o que serve como atenuante da pena) ou aceita a sanção antecipada, para não se submeter ao processo, já que teme a sua longa duração ou não confia na própria imparcialidade do juiz.

Lopes Júnior (2002, p.124-125) realiza críticas, aqui expostas de maneira mais sucinta, a três questões que são vistas como avanços trazidos pela implantação da Lei 9.099/95 no Brasil (lei tida como marco no que concerne à inserção da justiça negociada no Brasil). A primeira é a ausência da proporcionalidade exigida entre o fato e a pena. Nesta negociação, a pena vai ser definida apenas pela capacidade negociadora do defensor e, portanto, do seu poder de barganha. A segunda diz respeito à maior participação da vítima no processo. Ora, sua participação deve ser dirigida apenas ao ressarcimento ou a reparação dos danos causados. Potencializar esta participação seria regressar, indevidamente, à autotutela e autocomposição, contaminando o processo com forte carga de vingança. Por fim, tem-se que a estigmatização na justiça negociada seria menor, o que, na prática, não demonstra ser verdade. O que há é a rotulação em massa, por conta da provocação do aparato penal para cuidar de delitos irrelevantes e insignificantes.

1.4 A perversidade dos institutos que envolvem barganha no ordenamento jurídico brasileiro

1.4.1 A Confissão como Circunstância Atenuante Genérica da Pena

A confissão está inserida no código penal brasileiro, no rol das circunstâncias atenuantes genéricas da pena, no artigo 65, III, *d*.²⁴ Desta feita, para que haja efetiva diminuição da pena do imputado, basta que ele confesse, espontaneamente, sem que para isso seja necessária uma perquirição acerca dos seus reais motivos ou que haja dúvidas em relação à autoria do delito.

Esta inclusão da confissão espontânea no rol das circunstâncias atenuantes revela uma grande influência do processo penal inquisitório, pois confere ao confessando um

²⁴ Art. 65 - São circunstâncias que sempre atenuam a pena: III - ter o agente: d) confessado espontaneamente, perante a autoridade, a autoria do crime.

“benefício” e também uma penitência. Na lógica eclesiástica, para toda confissão há a expiação dos pecados e uma penitência que possui o condão de purificar. No ordenamento jurídico brasileiro, ela foi transportada mantendo a mesma essência, uma vez que, ao invés da promessa de cancelamento dos pecados, é dada uma diminuição da pena (ambos possuem nitidamente caráter de benefício) e, posteriormente, a submissão a uma penitência que, atualmente, é a inserção no terrível sistema penitenciário brasileiro.

Outra ideia inserida nos dois sistemas e que cumpre destacar, é a noção de que esta mesma penitência tem o condão terapêutico, semelhante à Idade Média. Nela, a confissão possuía uma ideia de cura da alma, de redenção, e as funções atribuídas às penas, como a ressocialização e reeducação, também possuem a finalidade moldar os sujeitos ao padrão moral desejado pelo Estado.

É necessário realizar a conceituação do que seria a confissão, para isso, nos alinhamos com o conceito sucinto de Espinola Filho (1955 apud QUEIJO, 2003, p. 91): “Aceitação de que é real o fato imputado”. Com isso, fica evidente que este conceito não possui grande afinidade com conceitos que trazem, necessariamente, a afirmação de que a confissão precisa versar sobre um fato que prejudica o réu ou que ao menos vá piorar a sua condição processual, motivo em que reside a força persuasiva da confissão, como afirma Coloma (2009, p. 113):

La razón de que la Ley atribuyera a la confesión la fuerza de plenitude probatoria obedece al criterio de normalidade, en el sentido de que ninguna persona de buen juicio es capaz de hacer declaraciones contrarias a sus intereses, si no son conformes con la verdad, con la realidad de los hechos por los que se le inculpa.

Isto ocorre porque não se pode olvidar das situações onde há reconhecimento da realidade do fato, porém este carece de tipicidade material, como a confissão na qual o acusado admite a autoria de um fato e em seguida uma excludente de ilicitude.

Este conceito pode ser confundido com, pelo menos, três outras noções: o juramento; a autodenúncia e a delação premiada.

Em relação ao juramento, há dois institutos diversos: enquanto a confissão alicerça-se na força psicológica da declaração que vai contra os interesses de quem a profere, a força do juramento advém do temor de uma sanção divina, constituindo uma solenidade à declaração e que pode não ter algum real significado ao juramentando, na medida em que, em seu foro íntimo, pode não conferir nenhuma relevância ao juramento (COLOMA, 2009, p. 91).

No que tange à diferença entre confissão e autodenúncia, tem-se que quem confessa já está incriminado. Se autodenuncia antes de ser alvo de algum processo ou de alguma suspeita. Enquanto que a confissão deriva, na esmagadora maioria das vezes, de uma necessidade processual, a autodenúncia é completamente espontânea (COLOMA, 2009, p.122).

Por fim, cumpre-se fazer a diferenciação entre a delação premiada²⁵ e a confissão. Percebe-se que a confissão está contida no conceito de delação premiada (a primeira é pressuposta da segunda). O delator confessa assumindo a sua autoria ou participação no delito e, posteriormente, afirma a participação de terceiros na prática delituosa (BRITO, 2016, p. 55).

No código processual penal, existem quatro artigos que tratam, especificamente, da confissão: 197, 198, 199 e 200. Trazem, além da necessidade de não se compreender o silêncio como uma confissão (ainda que, infelizmente, se veja casos onde o silêncio é interpretado prejudicialmente ao réu), as três principais características da utilização da confissão, quais sejam: a relatividade, a divisibilidade e a retratabilidade. De um modo geral, pode-se dizer que estas disposições legais tentam conferir um tratamento dado à utilização da confissão, bem distinto da que era realizada no sistema inquisitório, considerada “rainha das provas”, sendo comumente extraída sob o uso de torturas.

A relatividade indica que a confissão não deve ser examinada de forma isolada no processo, mas analisada considerando as outras provas obtidas, desvinculando-se, assim, da noção de que a confissão seria uma prova absoluta e incontestável. Outra motivação para a confissão ser relativa é a possibilidade de que haja confissões falsas, e os motivos para que isso possa ocorrer são os mais diversos, como ser praticada por pessoas afetadas por delírios e alucinações, pessoas que são alvo de autossugestão ou heterosugestão²⁶, tentativa de formação de um alibi, prática de torturas e demais coações físicas ou morais.

A divisibilidade está relacionada, certas vezes, ao fato de a confissão possuir partes alinhadas com o restante do conjunto probatório e outras não. Assim, a partir do princípio do livre convencimento do juiz, é admitida a divisão desta declaração, sendo atribuídos valores distintos as suas partes.

²⁵ Remete-se o leitor ao tópico 2.1.2, que trata sobre a temática da delação premiada.

²⁶ Usualmente, são pessoas fortemente sugestionáveis, que podem, diante de uma imputação penal e diante do cárcere, sofrer um fenômeno psíquico pelo qual passam a duvidar que realmente são culpados e convencem-se disso (COLOMA, 2009, p.117).

Por fim, o código de processo penal admite que quem pratica a confissão pode retirá-la, retratando-se. Esta característica é de suma importância, principalmente, por conta da possibilidade de se extrair confissões sob tortura e outras coações, conforme o sistema inquisitório do medievo, praticado até hoje. Por este motivo, não seria razoável extrair uma confissão diante deste cenário e deixá-la imutável ao longo de todo o processo. A retratação, assim como ocorre com a confissão, precisa estar alinhada com o restante do conjunto probatório e, assim, convencer o magistrado de sua idoneidade.

É preciso que se desfaçam ideias já muito impregnadas no cotidiano dos fóruns criminais e delegacias de polícia em relação à confissão e sua retratação. Há uma forte presunção de que a confissão, extraída logo após o momento da prática delituosa, goza de uma relevância superior, enquanto que a retratação, levada a cabo após um longo período desde o cometimento do delito, não merece atenção alguma, por tratar-se de ardileza do acusado.

Diante do tratamento conferido ao instituto da confissão pelo ordenamento jurídico brasileiro, a questão que se figura como mais palpitante é: por que a confissão é utilizada como circunstância atenuante? A resposta desta pergunta está encharcada de inquisitorialidade e perversidade.

É necessário perceber que, assim como era no sistema inquisitório, atualmente, a confissão e a delação ainda são condicionantes do processo penal, sendo as grandes buscas realizadas pelo magistrado e pelo Ministério Público. Neste sentido, giza Brito (2016, p. 63):

Busca-se a “verdade” por meio da confissão do réu e da delação de coautores ou partícipes, mediante a concessão de “prêmio” ao delator. No procedimento inquisitório, a pretexto de combater a propagação de condutas heréticas, buscava-se obsessivamente a “verdade” por meio da confissão, mediante o recurso à tortura. Qualquer semelhança não é mera coincidência! [...] o saber do acusado era a principal fonte de informação, seus direitos eram ignorados para que a realidade pré-constituída fosse confirmada. A “verdade” já estava definida; o processo só precisava confirmar a “verdade” estabelecida pela acusação”.

Colocado em uma situação de intensa desvantagem processual, dada a sua hipossuficiência diante do Estado, muitos acusados são direcionados a confessar por não vislumbrarem uma forma de provar a sua inocência, o que por si só revela a presença da presunção de culpabilidade (o que nos aproxima ainda mais do sistema inquisitório); e é o Ministério Público que deve provar a culpa do réu. Os “pesos” das falas das testemunhas (em crimes como o de tráfico de drogas, quase sempre são policiais) e dos acusados são muito distintos. Como afirmado anteriormente, a “verdade” já está definida.

O que é “oferecido” ao imputado faz parte de uma legítima troca de favores: enquanto o magistrado oferece uma diminuição da pena, abrindo mão da possibilidade de julgar com maior rigor, o réu confessa o crime, facilitando, de sobremaneira, a tarefa do juiz, atribuindo celeridade e efetividade ao processo, acalmando a consciência deste, reafirmando sua imagem perante a sociedade (o acusado vem perante o juiz em posição submissa, admitindo a sua culpa) e abrindo mão de sua liberdade. É evidente que esta relação é extremamente desigual.

O imputado é direcionado a negociar seus direitos fundamentais da presunção de inocência, da ampla defesa e ao silêncio, lembrando que a situação apenas piora para quem “não quer realizar o acordo”. O oferecimento de “benefícios” é uma forma de constranger o imputado a abrir mão desses seus direitos em nome da justiça rápida e de menor esforço aos magistrados. Sai de cena o Estado garantidor de direitos e entra o que constrange. Assim, torna-se claro que a confissão realizada dentro do processo não é espontânea e muito menos livre.

Especificamente em relação à violação do direito ao silêncio, cumpre tecer comentários acerca de uma figura extremamente comum no dia a dia, que é a confissão informal. Esta é a declaração feita pelo acusado que, se sentindo coagido após o momento de sua detenção, é dirigida aos policiais que lhe prenderam em flagrante, sem que estes o tenham alertado sobre o direito ao silêncio. O teor desta confissão, ainda que não seja reproduzido pelo acusado diante do delegado de polícia, é repetido pelos policiais (isso quando esta declaração não é por eles gravada e levada aos autos). Assim, de nada adianta fazer uso do direito ao silêncio quando a sua confissão já foi arrancada e será conhecida pelas autoridades. Cumpre-se ainda realizar dois destaques: esta obtenção da prova em total desprezo com a informação do direito ao silêncio ao acusado é ilícita, tornando as demais também ilícitas, por derivação (SAAD, 2009, p. 437-439), e que esta confissão contida no âmbito da investigação policial, assim como as demais informações colhidas, servem apenas para formar o convencimento do *parquet*.

Em relação aos constantes golpes dados contra o direito ao silêncio no processo penal, afirma Gisele Mendes (2011, p. 321):

Os tribunais vêm timidamente reconhecendo o direito ao silêncio, mas ainda está longe o tempo de se alcançar o realce e a plenitude que merece e exige o tema para sua efetivação. Ocorre que nosso sistema processual penal ainda é permeado por resquícios inquisitoriais e, por conseguinte, é orientado para a busca da confissão (a rainha das provas) como um instituto capaz de apaziguar a consciência do magistrado ao prolatar a sentença condenatória. De outro lado, a mitificação da confissão, bem como a iníqua conclusão a que chega a maioria das pessoas quando o acusado se cala (manifestada pelo velho jargão quem cala consente), impossibilita a

compreensão do (ir)real significado do silêncio do réu no processo penal, ou seja, o que ele não é.

O discurso oficial afirma que a concessão de benefícios a quem confessa faz parte de uma estratégia de privilegiar quem colabora com a justiça (nítida atribuição do caráter eficiente do processo penal). Logo, as condutas que fazem valer direitos fundamentais, sobretudo o direito à ampla defesa, à presunção de inocência e ao silêncio devem ser consideradas como atos que obstruem a justiça ou que não lhe são benéficos. Portanto, o exercício destes direitos fundamentais comprometeriam a justiça, o que parece ser absurdo.

A temática da confissão no processo penal torna-se mais uma forte evidência de que os conteúdos mudam, mas as estruturas inquisitórias ainda estão muito presentes no cotidiano. A lógica que norteava o processo há anos ainda se mantém, a finalidade do magistrado na condução do processo ainda é igual e a perversidade praticada sobre o réu para conseguir a tranquilidade da sua consciência, efetividade no processo e menor esforço nas investigações probatórias ainda permanecem o mesmo.

1.4.2 Delação Premiada

A delação premiada é o instituto que envolve barganha mais notório na atual sociedade brasileira, sobretudo por conta da massiva cobertura midiática realizada sobre a “Operação Lava-Jato”, levada a cabo pela Polícia Federal e Ministério Público Federal, em que vários investigados lançaram mão da delação para que tivessem suas penas abrandadas.

Primeiramente, importante trazer o conceito de delação premiada que, de acordo com Walter Bittar (2011 apud BRITO 2016, p. 26), consiste na concessão de um prêmio ao imputado, que varia da redução da pena até o perdão judicial, pela sua confissão e sua colaboração com os procedimentos persecutórios, realizados de forma espontânea. A delação possui a confissão do colaborador como preceito lógico, pois ao requerer a redução da pena ou perdão judicial, o acusado já admitiria sua culpa, pois caso não fosse culpado, por certo requereria sua absolvição.

O autor Vinícius Vasconcellos (2015, p. 112) também traz sua conceituação da delação premiada, afirma “ser um instituto de direito penal que garante ao investigado, indiciado, acusado ou condenado, um prêmio, redução podendo chegar até a liberação da pena, pela sua confissão e ajuda nos procedimentos persecutórios, prestada de forma voluntária”.

Assim, percebe-se que, do ponto de vista do eficientismo, o uso de tal instrumento é extremamente proveitoso, na medida em que extrai a confissão do colaborador e, a partir de sua delação, é possível chegar a outros nomes que, supostamente, estariam envolvidos na trama delituosa, para que a eles também sejam propostos acordos para delação premiada, confessem os fatos e entreguem eventuais comparsas; estendendo-se, assim, uma enorme teia.

Há uma inegável redução do trabalho investigativo que seria realizado pelo Ministério Público e pela polícia. Por isso, é tido como uma prática muito eficiente. Em outras palavras, o acusado revela a verdade para o Estado que, em troca, lhe oferece perdão (percebe-se a lógica semelhante à da Idade Média). Confirmando tal conclusão, afirma Brito (2016, p. 69):

Em um cotejo com o modelo inquisitório, *grosso modo*, a delação premiada apenas modifica o instrumento do qual se utiliza o Estado para alcançar a “verdade”: da tortura (quando necessária) ao “prêmio”; do constrangimento à “liberdade de contratar” com o Estado. Se antes o réu era constrangido e, por vezes, torturado para confessar e delatar terceiros, agora ele é “estimulado” a proceder dessa maneira, e ainda recebe um “prêmio” por isso (redução de pena, perdão judicial, etc.). A lógica inquisitorial permanece inalterada.

Como também acontecia no sistema inquisitório medieval, conforme Brito (2016, p. 27-28), nesse acordo com o Estado, não raro ao réu é dito que, como já há uma “certa convicção acerca da sua culpabilidade”, ele pode minimizar as consequências da condenação se colaborar eficazmente com a acusação, solidificando provas contra si por meio da confissão e produzindo provas contra terceiros, tudo em prol da eficiência do processo penal. A delação estimula a deslealdade e a traição²⁷, representando uma atitude imoral do Estado ao oferecer um prêmio punitivo em troca da eficaz colaboração.

É importante destacar a palavra “eficaz”. O que acaba sendo eficaz são as informações que corroboram com os pré-julgamentos de quem propõe o acordo. Portanto, a delação é eficaz se legitima a convicção prévia acerca da culpabilidade do agente. Se o delator não diz “aquilo que o Estado quer ouvir”, apesar de sua confissão, de narrar os fatos que tem ciência, de fazer exatamente aquilo que a norma prevê, sua fala não constitui uma eficaz colaboração e, a ele, não são dados os prêmios.

Ainda no que tange à noção de eficácia na colaboração a ser oferecida pelo réu, afirma Vinicius Vasconcelos (2015, p.119):

²⁷ Nesta mesma toada, afirma Valle (2012, p. 114) que a redenção do réu passa a ser parte integrante do conteúdo da delação, por conta do prêmio inculido a partir desta prática, desvelando uma desintegração social mediante o estímulo à traição, o que agride, de sobremaneira, a dignidade humana, um dos elementos trazidos como fundamento da Constituição Federal.

É imprescindível a realização de uma colaboração eficaz à persecução penal, por meio de postura ativa do delator. Desse modo, estabelece-se uma obrigação processual ao agente, “um dever de colaborar de forma permanente com as autoridades”, de modo que sua presença é obrigatório em todos os casos em que for solicitada pela autoridade policial ou judicial. Isso se dá essencialmente a partir da renúncia ao direito ao silêncio ocasionada pela aceitação do acordo de delação.

Portanto, falar o que o Estado quer ouvir é justamente aquilo que o delator possui para negociar. Se não há nada a ser dito, conseqüentemente, não experimenta as benesses advindas da sua colaboração, então é melhor que crie.

Nos casos que envolvem a delação premiada, o que se tem é uma enorme dependência estatal à colaboração do próprio acusado, uma vez que seu papel de buscar as provas que embasem uma ação penal e “quebrem” a garantia constitucionalmente prevista, que comporta a presunção de inocência, é completamente ineficiente (VASCONCELLOS, 2015, p. 112).

Tal instituto processual passou a figurar no ordenamento jurídico pátrio há mais de 20 anos, criado através da Lei 8.072/90 (lei de crimes hediondos), que teve como fulcro o artigo 5º, XLIII, da Constituição Federal. Inicialmente, o instituto era aplicado somente ao crime de extorsão mediante sequestro, sendo hipótese de redução da pena de um a dois terços. No artigo 8º, da supramencionada lei, a delação passou a ser aplicável nos crimes hediondos, prática de terrorismo, tortura, tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins, desde que o delator, através da delação, propiciasse o desmantelamento da quadrilha. A redução da pena, em concreto, ficará a cargo do entendimento do juiz e variará de acordo com a colaboração do delator (BRITO, 2016, p. 92).

Com a Lei 9.080/95 houve uma grande ampliação do rol dos crimes em que poderia valer a delação premiada. Ela permitiu a aplicação da delação premiada nos crimes contra o sistema financeiro nacional, contra a ordem tributária, econômica e contra as relações de consumo. Porém, sem dúvida, foi com a Lei 9.807/99 que houve uma grande ampliação no campo de aplicação da delação premiada no Brasil, estendendo a atribuição de “prêmios” por toda a legislação penal, tanto ordinária quanto extraordinária (BRITO, 2016, p. 93-96).

Por fim, tem-se a Lei 12.850/13, que definiu o que seria a “organização criminosa” e que dispôs sobre a investigação criminal, os meios de obtenção da prova, infrações penais correlatas e o procedimento criminal a ser adotado nos casos que envolvam a criminalidade organizada. Além dos benefícios, como o perdão judicial, a redução de pena e a substituição de pena privativa de liberdade para a restritiva de direitos, também foi prevista a possibilidade do Ministério Público não oferecer a denúncia se o delator não fosse o líder da organização criminosa e fosse o primeiro a realizar a delação (BRITO, 2016, p. 97-98).

Sem dúvida, uma de suas facetas inquisitórias é a exigência da confissão quando se vai delatar, portanto, sendo a primeira pressuposto da segunda. Se o delator não realizar a confissão, sua conduta é apenas uma *notitia criminis* ou uma *delatio criminis*.²⁸

Não se mostra razoável o argumento de que é um pressuposto lógico a confissão do delator, utilizando-se como raciocínio o seguinte fato: se não tivesse cometido o ato delituoso, clamaria por sua absolvição e não por um abrandamento da pena. Ora, essa presunção considera de forma absoluta que, quem quer conheça a trama delituosa ou os seus autores, também tenha cometido os crimes narrados.

Existe outra crítica em relação a este argumento: uma vez considerada a confissão enquanto pressuposto da delação premiada, é desconsiderado o contexto judicial em que é desenhado, muitas vezes, para que o réu admita a culpa, delate coautores e partícipes e negocie a sua pena. Essa conduta torna-se estratégia de defesa, elaborada pelo advogado, por acreditar que dada a circunstância é o melhor a ser feito (BRITO, 2016, p. 58). Portanto, o réu se enxerga em um cenário de extrema desvantagem perante o Estado (o que não é raro, dada a hipossuficiência do acusado) e, para melhorar sua situação processual, confessa o delito e delata terceiros.

Em relação à perversidade ínsita ao instituto da delação, afirma Brito (2016, p. 58-59):

Acreditar que o réu admite a sua culpa, tal como formulada na peça acusatória, porque de fato é culpado nos exatos termos que lhe são imputados, é ignorar toda a lógica eficientista que envolve o processo penal, notadamente o órgão julgador, que tem todo o interesse no desvelamento do crime mediante o máximo encurtamento do caminho investigativo ou probatório (maior benefício ao menor custo). [...] Há ainda quem sustente que os fatos objetos da investigação e da delação não são alcançados pelos direitos do réu de não produzir prova contra si e de permanecer calado (direito ao silêncio), quando a defesa opta pela delação. Novamente, desconsidera-se que a própria defesa também está inserida na lógica dos cálculos de utilidade que decorrem da ‘opção’ pelo jogo da delação premiada, em que se dissimula uma utilidade individual par ao imputado, por meio da concessão de benefícios legais, e uma utilidade coletiva, advinda da eficaz colaboração com as investigações, com o discurso de que “todos saem ganhando” disfarçando, dessa forma, o caráter inquisitório do instituto e o grave comprometimento de direitos e garantias fundamentais que derivam da sua aplicação.

No que tange à figura do delatado, há que se atentar para a presunção de culpabilidade que o atinge. Isso ocorre porque, por conta da concessão de prêmios ao delator, há necessidade de confirmar que a aplicação da delação foi correta, o que resulta em falta de imparcialidade no momento de examinar os fatos atribuídos ao delatado, que já está fadado a

²⁸ Vasconcelos (2015, p.118) afirma que a autoincriminação é uma necessidade para a prática da delação, portanto, as revelações do delator devem ter pertinência com o crime pelo qual ele está sendo acusado, que devem ser confirmadas perante o juízo competente na fase processual.

um prejudgamento. Sua entrada no processo já possui uma aura de culpabilidade, ingressando, assim, nas investigações, em grande desvantagem, em crassa violação à sua presunção de inocência²⁹ (BRITO, 2016, p. 60).

Ainda sobre a prejudicada posição do delatado, que é inserido na investigação, giza Juliano Keller (2012, p. 116-117):

A pessoa que é alvo da delação passa, a partir daquele momento, a ser incriminada pelo delator, e, por consequência, não é só atingida frontalmente nos direitos fundamentais, mas também a ética é vilipendiada [...] O processo sem freios éticos corre seguramente para uma direção “kafkiana”. Na obra celebrada do escritor alemão, se vê claramente o que um Estado imbuído da certeza que se está acima do bem e do mal pode fazer, ainda mais com o poder de dispor a qualquer momento não só das garantias fundamentais do cidadão, mas utilizar-se de um desvalor sugerido por um delinquente, sem que se perceba o reflexo que causa em todo o sistema legal que ao menos se baliza na dignidade da pessoa humana.

Considerando a exposição da perversidade que há por trás da delação premiada, cumpre trazer à baila os motivos que Salah Khaled Júnior elenca para que não se acredite que o uso do instituto seja algo positivo, por sintetizarem as manifestações da inquisitorialidade que permeiam a utilização de tal instituto.

Dentre eles, há de se afirmar que a delação traz consigo toda carga de seletividade do sistema penal, uma vez que apenas os réus de crimes complexos poderão lançar mão do referido instituto, que, por certo, não será manejado pelos delinquentes de crimes comuns.

Neste cenário, há o risco da presença da chamada “Esquerda Punitiva”, fenômeno em que os setores da esquerda, constatando a concentração da atuação do sistema penal sobre membros de classes subalternizadas e a sua brandura com fatos delituosos praticados pelas classes dominantes, não se preocuparam em compreender a real origem desta atuação desigual, defendendo que os mesmos mecanismos repressores (as “penas exemplares”, antes só dirigidas aos marginalizados) fossem dirigidos agora aos crimes cometidos pelas classes dominantes, especialmente, os atrelados ao abuso do poder econômico e do poder político. Ao terem como reivindicação principal a utilização da reação punitiva, esta ala da esquerda ignora o fato de que a imposição de penas não irá pôr fim à criminalidade ou impunidade de qualquer natureza, ela é pura e simplesmente uma manifestação de poder cuja finalidade é reproduzir os interesses das classes dominantes em uma dada sociedade (KARAM, 2015, p.3).

²⁹ Não é à toa que, de acordo com pesquisa jurisprudencial, realizada por Michelle Barbosa de Brito, chegou-se à seguinte conclusão: quando há confrontação com a negativa de autoria, por parte do delatado, é o conteúdo incriminador da delação que prevalece (BRITO, 2016, p. 74).

A adesão de amplos setores de esquerda, em defesa do aumento da repressão e seu interesse por um implacável combate à criminalidade, surge em um tempo em que os sentimentos de insegurança e o medo coletivo difuso aliam-se, entre outros fatores, à necessidade de criação de novos inimigos capazes de manter a coesão das formações sociais/verticalização social. Assim, afirma Maria Lúcia Karam (2015, p.3)

A monopolizadora reação punitiva contra um ou outro autor de condutas socialmente negativas, gerando a satisfação e o alívio experimentados com a punição e conseqüente identificação do inimigo, do mau, do perigoso, não só desvia as atenções como afasta a busca de outras soluções mais eficazes, dispensando a investigação das razões ensejadoras daquelas situações negativas, ao provocar a superficial sensação de que, com a punição, o problema já estaria satisfatoriamente resolvido. Aí se encontra um dos principais ângulos da funcionalidade do sistema penal, que, tornando invisíveis as fontes geradoras da criminalidade de qualquer natureza, permite e incentiva a crença em desvios pessoais a serem combatidos, deixando encobertos e intocados os desvios estruturais que os alimentam.

A delação introduz a lógica de que é preciso prender para se fazer a negociação, tornando a prisão um expediente desta própria negociação, inserindo a ideia de “o passarinho pra cantar precisa estar preso”³⁰, semelhante ao corpo do herege, manipulado como coisa pelo inquisidor.

Prosseguindo nestes motivos, que demonstram ser a utilização do instituto algo muito problemático, tem-se que um grande problema no uso da delação premiada é a falta de limites claros acerca do que se pode ou não negociar, muito menos com quem se negocia ou com quem não se negocia. Por conta desta falta de barreiras do que se pode ou não se pode, há a possibilidade da cominação de penas que fogem completamente ao previsto no ordenamento jurídico, como a já comum “prisão domiciliar”, experimentada por pouquíssimos que tem a “sorte” de não ingressar no superlotado sistema penitenciário brasileiro. Em outras palavras, não há limitação alguma acerca do que pode ou não ser oferecido aos delatores.

Assim, mostrou-se a perversidade da utilização do uso da delação premiada, como campo propício para a negociação de direitos fundamentais seguindo a lógica neoliberal que se alojou no sistema penal. De forma hialina, evidenciando este estímulo, que é realizado no sentido de fazer o cidadão se despir de certos direitos fundamentais, conforme afirma Brito (2016, p. 83), que a delação, vista como instrumento de combate ao crime, é um incentivo dirigido ao acusado para que confesse o crime que lhe é imputado e delate terceiros.

³⁰ Frase dita pelo procurador do Ministério Público Federal, Manoel Pastana, e que ganhou muita notoriedade na mídia, por (tentar) justificar a utilização da prisão preventiva como forma de forçar os acusados a confessarem os crimes, para assim conseguir, mediante menor esforço por parte do MPF, a “solução” de crimes sofisticados e por isso difíceis de se apurar, como os de “colarinho branco”. A notícia está presente no sítio eletrônico <<http://www.conjur.com.br/2014-nov-27/parecer-mpf-defende-prisoas-preventivas-forcar-confissoes> acesso em 15/06/16>.

Desta forma, estimula a confissão, ou seja, estimula a própria autoincriminação. Assim sendo, como se afirmar que na aplicação da delação não há violação de direitos fundamentais? Não há como sustentar que um processo penal que seja guiado pelo respeito das regras democráticas admita tão flagrante incentivo à autoincriminação.

O autor Vinicius Vasconcellos (2015, p. 125-126), ao refletir sobre os argumentos que visam fortalecer e legitimar a *premialidade* a partir de condutas que aproximam o processo penal brasileiro de um sistema inquisitorial semelhante aos de anos remotos, expõe duas contundentes críticas impostas ao instituto:

Percebe-se que o déficit dos instrumentos estatais, especialmente em um panorama de intrigante expansão da intervenção do poder punitivo nas relações sociais, tem exposto a perene insuficiência na análise da questão criminal. Assim, tal deficiência fundamenta discursos que pretendem desvirtuar as premissas do processo penal, por exemplo, invertendo cargas probatórias e limitando os direitos à ampla defesa e ao contraditório em razão de declaração indevidamente sigilosas. Ou seja, em razão de sua inaptidão, o Estado busca a cooperação daqueles que estão sob a coação de sua incidência punitiva iminente, eximindo-se, desse modo, da sua obrigação de produzir provas lícitas suficientes para romper com a presunção de inocência. Por outro lado, também desvelando as aporias do modelo premial, aponta-se que o mecanismo da delação implementa-se por meio do incentivo a atitudes antiéticas daqueles perseguidos penalmente, o que rompe completamente com a promessa de atuação eticamente legítima das manifestações do poder estatal.

Por fim, sobre a aderência constitucional do instituto da delação premiada, como é utilizado no Brasil, Geraldo Prado (2015, p.2-3) giza que não há que se considerar, nem minimamente, uma aproximação entre o instituto processual citado e o sistema acusatório, pelo contrário, seus antecedentes podem ser estudados a partir do “Manual dos Inquisidores”, de Nicolau Eymerich. O que se pode extrair da Constituição Federal de 1988 é que o Estado, enquanto titular da ação penal, deve provar a responsabilidade penal do imputado, e não o contrário, que os acusados busquem os fatos que possam comprovar a sua inocência, suprimindo perversamente a condição destas pessoas de titulares de direitos fundamentais.

1.4.3 Transação Penal

A Constituição Brasileira de 1988 é instável nas suas regras e na sua aplicação, por ser a marca de um novel momento democrático na sociedade brasileira, sendo resultado de lutas e da transição democrática de um país que sofreu de um rigoroso período de ditadura militar. Assim, a Constituição é resultado de um sem número de anseios da sociedade, e, por conta desta pluralidade, não é um documento harmônico (assim como não costumam ser as constituições modernas). Durante a confecção de tal documento, como não poderia se esperar o contrário, foram realizados inúmeros acordos para que interesses dos mais variados grupos

políticos e segmentos da sociedade brasileira pudessem estar ali reunidos e serem tutelados pela *Carta Magna* (PRADO, 2003, p. 110). É neste contexto que se enquadra a disposição constitucional que insere no ordenamento brasileiro a justiça penal consensual³¹ (artigo 98, I, CF/88³²) que, de forma clara, fere a ampla defesa, prevista no artigo 5º do mesmo *digesto* (PRADO, 2003, p. 114).

Segundo Prado (2003, p. 111), ao restringir a análise para a história do processo penal e do direito penal brasileiro, tem-se que esta é a história da manipulação política da ordem jurídica. Ele utiliza como exemplo a Constituição do Império que, seguindo o influxo iluminista, dispôs sobre o banimento das penas cruéis, enquanto o Código Criminal do Império, que lhe é posterior, autoriza a aplicação de penas cruéis aos escravos que tivessem fugido. E, nesse período de existência de direito penal em terras brasileiras, sempre teremos um exemplo, como este dos escravos, sendo aplicado a algum outro grupo marginalizado.

Assim, nos períodos de reformas e “adequações” do sistema penal, existirá um discurso alinhado à ideia de preservação das garantias do imputado, que são marcas de uma sociedade democrática; mas, paralelamente, também existe uma prática que as nega (PRADO, 2003, p. 112).

Com a conceituação de Lopes Júnior (2014, p. 978), vemos que “a transação penal consistirá no oferecimento ao acusado, por parte do Ministério Público, de pena antecipada, de multa ou restritiva de direitos. Não há, ainda, oferecimento de denúncia”.

Este conceito relativiza o princípio da obrigatoriedade da ação penal de iniciativa pública, uma vez que permite ao Ministério Público não oferecer a ação. Conforme Lopes Júnior (2014, p. 979), predomina o entendimento de que a transação é um direito subjetivo do réu e que, preenchidos os requisitos legais, o Ministério Público deverá ofertar a transação, sendo, portanto, um poder-dever. Porém, cumpre destacar que esta temática é alvo de profícuo

³¹ Cujas maior expressão, sem dúvida alguma, é a Lei 9.099/95, que dispõe sobre os juizados especiais cíveis e criminais, regulamentando os procedimentos que neles irão ser praticados e que são marcados, sobretudo, pela celeridade, oralidade, economia processual e que tem como busca a realização da conciliação ou da transação penal.

³² Art. 98: A União, no Distrito Federal e nos Territórios, e os Estados criarão: I - juizados especiais, providos por juízes togados, ou togados e leigos, competentes para a conciliação, o julgamento e a execução de causas cíveis de menor complexidade e infrações penais de menor potencial ofensivo, mediante os procedimentos oral e sumaríssimo, permitidos, nas hipóteses previstas em lei, a transação e o julgamento de recursos por turmas de juízes de primeiro grau.

debate na doutrina, sendo Prado um dos autores que defende a ideia de que ela não seja um direito subjetivo³³.

No caso do Ministério Público não oferecer a transação penal, predomina-se o entendimento de que o magistrado deve remeter os autos para o Procurador-Geral, em aplicação análoga ao artigo 28 do Código de Processo Penal. Nesse sentido, posiciona-se, também, o Supremo Tribunal Federal, através de sua súmula nº 696, dando solução semelhante aos casos de não proposição, pelo Ministério Público, da proposta de suspensão condicional do processo. Lopes Júnior (2014, p. 983) atenta para uma questão salutar: este entendimento atribui a palavra final ao Ministério Público (através da ação do procurador-geral) e não ao acusado, o que não parece se coadunar adequadamente à ideia de que a transação é direito subjetivo do réu.

O Juizado Especial Criminal é competente para processar e julgar as infrações penais de menor potencial ofensivo, delitos esses que podem ser alvo das transações penais. São crimes de menor potencial ofensivo àqueles que possuem a pena definida em abstrato em, no máximo, dois anos. Em relação a esta pena máxima, tem-se que, quando há concurso de crimes e a soma das penas máximas cominadas em abstrato superam os dois anos, o procedimento a ser utilizado é o ordinário, não cabendo mais seu julgamento no Juizado Especial Criminal.

O artigo 76 da Lei 9.099/95 elenca as circunstâncias entre as quais há proibição do uso da transação pelo imputado, são elas: ter sido o autor da infração condenado, pela prática de crime, à pena privativa de liberdade, por sentença definitiva; ter sido o agente beneficiado anteriormente, no prazo de cinco anos, pela aplicação de pena restritiva ou multa, nos termos deste artigo; não indicar os antecedentes, a conduta social e a personalidade do agente, os motivos, as circunstâncias e ser necessária e suficiente a adoção da medida.

Ora, no que se refere à primeira vedação, tem-se uma expressão clara do *bis in idem*, uma vez que, pelo mesmo fato, o acusado é punido pela pena cominada pelo cometimento de seu delito (aqui, o legislador não considera, na vedação, condenação por contravenção penal) e pela impossibilidade de se valer da transação. A segunda hipótese de vedação cria um período em que o imputado não pode se valer de outra transação penal. Para isso, não lhe é exigido absolutamente nada além de “não cometer outro delito”. Por fim, a última vedação é

³³ Geraldo Prado defende (2003, p. 120), em sentido contrário, que não há de se falar em direito subjetivo, uma vez que o direito deve ser entendido como posição jurídica de vantagem, sendo consequência clara que quem o utiliza, se beneficia. Assim sendo, não é razoável pensar que, ao exercer um direito, o sujeito seria “beneficiado” com uma punição. Não há benesse, apenas castigo.

especialmente problemática por uma série de motivos, sobretudo por se valer de expressões fracas do ponto de vista semântico, como conduta social adequada e personalidade do agente, que podem dar azo para um sem número de arbitrariedades, marcas indelévels de um direito penal do autor (LOPES JÚNIOR, 2014, p. 981).

O “benefício” concedido a quem quer transacionar é a não geração de antecedentes criminais, ou seja, não significa assumir a culpa pelo fato imputado. Isso sem falarmos do grande alívio que é não participar de mais de uma ação judicial criminal, porque, no Brasil, muitas vezes, uma ação se prolonga por vários anos (gerando grande preocupação e nervosismo no réu, com o receio de o judiciário não tomar uma decisão justa). Na transação, tem-se a admissão de uma sanção sem processo, o que torna clara a ideia de presunção de culpabilidade ao invés da de inocência.

Assim como a delação premiada, já alvo de comentários no presente trabalho, a transação penal também guarda um grande ranço inquisitório, sendo sua utilização uma prática imensamente perversa com a figura do réu.

Na transação penal, regulada pela Lei 9.099/95, há uma grande ilusão da construção de um consenso, de um acordo entre as partes. Todavia, este ajuste é realizado em um cenário de grande desproporcionalidade, e que uma das partes é de sobremaneira prejudicada ao ser levada a dispor de seus direitos fundamentais. Em relação à falaciosa ideia de que a vítima é trazida ao processo e, nesse procedimento, teria posição privilegiada, Prado (2006, p. 200) afirma que:

É preciso desfazer este outro mito, de que a vítima está sendo de alguma forma beneficiada pela transação penal. Na transação disciplinada na lei n.9.099/95 o papel da vítima é ainda mais reduzido que no procedimento comum, pois neste ela ao menos colabora apresentando, em juízo sua versão dos fatos. Na transação penal isso não ocorre.

Ao dispor sobre a perversidade contida no procedimento da transação penal, Prado (2003, p. 118-120) assevera que, o caráter ilusório desta aquiescência, deriva da relação entre o Estado poderoso e a população, em geral, empobrecida. Os clientes do sistema penal são, na maioria das vezes, justamente, os grupos que, com o passar dos anos, sempre foram alvos do direito penal, não para que este fosse protetor de seus bens jurídicos, mas sim para que os mantivessem marginalizados e controlados socialmente. São essas pessoas marginalizadas que possuem, diariamente, severas limitações no que tange as suas autonomias social, econômica e cultural, mas não por coincidência tem reconhecida pelo discurso hegemônico a sua autonomia de vontade exclusivamente no campo penal, especificamente na transação

penal, quando aceitam serem punidas. Para essas pessoas não existe Direito Civil, Direito do Consumidor e Direito Constitucional, mas, com certeza, há o Direito Penal.

O uso da transação penal gera um significado para a sociedade brasileira, significado este que não deveria existir em uma democracia de direitos: o de que o processo penal e as garantias do devido processo legal constituem-se de um obstáculo para a consecução da justiça, incutindo, na opinião pública, a noção de que é possível, sim, realizar justiça sem que haja processo e sem que haja respeito às regras constitucionais (PRADO, 2003, p. 120).

1.6 A barganha e os institutos analisados: crítica a sua falta de aderência constitucional

Por tudo o que se expôs no presente capítulo, cumpre-se traçar, de forma mais objetiva, as similitudes entre os três institutos ora analisados, quais sejam: a confissão como circunstância atenuante genérica, a delação premiada e a transação penal.

Em todos eles está presente uma espécie de “troca de favores” perversa para com o réu que, estimulado a “colaborar com a justiça”, acaba se colocando em situação extremamente desfavorável.

A barganha tratada na presente pesquisa, nos dizeres de Vinicius Vasconcellos (2015, p. 115-116), deve ser compreendida como instrumento processual que resulta na renúncia à defesa, através da aceitação (e possível colaboração) do réu à acusação, geralmente pressupondo a sua confissão, em troca de algum benefício negociado e pactuado entre as partes. Assim, há nítido estímulo à confissão, como expectativa a um benefício, com a real finalidade de facilitar a atividade do Estado em conseguir, de forma mais célere, condenações judiciais.

Partindo desta premissa, resta clara a sua presença em todos os institutos analisados na presente pesquisa. Na confissão como circunstância atenuante genérica, além de sua utilização como viés terapêutico, aproximando-se do ideal da Idade Média, ocorre que, diante de certo cenário processual, o imputado é direcionado a confessar o fato por conta do benefício a ele oferecido.

Em situações onde a importância dada às falas das testemunhas arroladas pelo Ministério Público é superior às falas da defesa, o imputado, hipossuficiente, usualmente, se vê forçado a confessar, na medida em que não vislumbra nenhuma forma de “convencer o magistrado de sua inocência”, como se este encargo a ele pertencesse. Ao confessar, reduz a quantidade de sua pena, resultando-a, sem maiores esforços, no que tange a análise de provas,

e porque não falar, também, da maior facilidade em motivar sua decisão? Há estímulo à confissão através de um benefício, há facilitação da atividade estatal em condenar.

Em relação à delação premiada, as características da barganha são facilmente visualizadas. Quando se almeja a cooperação do imputado, oferece-lhe um acordo, propondo diversos benefícios. Para consegui-los, é preciso que ele confesse o crime pelo qual está sendo acusado, bem como ajude, de forma eficaz, nos procedimentos persecutórios. Ainda que a lei exija que essa delação seja realizada voluntariamente, há nítido estímulo ao abandono de direitos fundamentais, à confissão e a uma postura antiética que incita a traição, cenário perverso em que o imputado é imerso em busca de benefícios, e o poder estatal se desincumbe de, através da investigação, montar um lastro probatório sólido o suficiente para romper a presunção de inocência.

Por último, se tem, novamente, as características da barganha na Transação Penal, em que há uma sanção sem processo, gerando uma admissão de culpa, na medida em que não é razoável sujeitar-se a uma penalidade, através de um “ato consensual”, sem que haja admissão, uma confissão ficta. Portanto, aqui, também, se percebe com clareza a utilização da barganha para a resolução do conflito, com o oferecimento ao imputado de uma pena antecipada, sob pena do encerramento da investigação e a não propositura da ação, bem como o não registro nos antecedentes e a não consideração (formal) da admissão de culpa.

A ideia ínsita ao instituto da Transação Penal, da construção de um consenso, de um acordo que irá pôr fim ao embate processual, é extremamente falaciosa. Neste sentido, afirma Casara (2015, p. 195) que, o mito criado sobre o processo penal ser instrumento de pacificação social surgiu em meio a um discurso de viés repressivo, que encara o processo penal como instrumento de controle social³⁴, atuando seletivamente ao combate de “criminosos” e não obedecendo as amarras de punição do poder. Desta forma, este cenário gera a ideia de que as garantias processuais funcionam como barreiras à atuação repressiva eficiente.

³⁴ Há, sobretudo, dois elementos que fortalecem essa “promessa que o Processo Penal não pode cumprir”, quais sejam: a manipulação do medo (no próximo capítulo, será feito estudo sobre como este fenômeno ocorria na época da escravidão brasileira), incentivada pela atuação da mídia, em que a “dinâmica emergencial” torna-se algo habitual e as perversões, características do sistema penal, são utilizadas como forma de controle social. O segundo elemento é a utilização do termo “ordem pública” que, em decorrência de sua baixa carga semântica, cria contextos de insegurança, medo e subjetivismos/arbítrio, todos propícios a expansão do Estado Penal (Casara, 2015, p. 203-204). Para Vasconcellos (2015, p. 152), o modelo de justiça penal da atualidade está pautado na ideia de “emergência”, influenciado pelos anseios sociais autoritários que, desta forma, gera uma sociedade do controle, legitimada pela cultura do medo, que se apropria do sistema penal como instrumento de “*governamentalidade*”.

Sobre o chamado mito de pacificação social através do Direito Penal, giza Rubens Casara (2015, p. 201):

não se pode descuidar das tentativas de relegitimação de um sistema estruturalmente perverso, ao atribuir ao processo penal um fim altruísta, que ele não pode cumprir [...] a crença na pacificação social por intermédio do processo penal encontra-se em consonância com um discurso que insiste em sustentar que o sistema penal e o processo penal em particular existem para a defesa de bens jurídicos considerados indispensáveis à vida em sociedade.

Assim, percebe-se que, a criação destas possibilidades de consenso e acordo dentro do processo penal, como uma forma de pacificação social e segurança, através da comunhão da vontade das duas partes do jogo processual, serve a fins outros, atrelados a uma atuação perversa e que insere o imputado em uma situação desfavorável.

Com base em tudo o que foi exposto acerca dos três institutos processuais, que são instrumentos de barganha, e seus caracteres perversos e inquisitórios, cumpre-se, neste momento, realizar certas críticas à utilização da justiça negocial dentro da esfera penal. Ou seja, críticas em relação aos momentos em que o réu é colocado em uma situação de autêntica negociação com o Estado acerca de sua situação processual, cenário onde é estimulado a “colaborar com o Estado” para conseguir certos benefícios³⁵. Abaixo, será realizada uma condensação dos principais pontos em que é perceptível o desvirtuamento da função democrática do processo penal e de sua aproximação a um modelo inquisitório.

Muitas críticas já foram mencionadas, anteriormente, neste capítulo e, aqui, deixa-se claro que não há tentativa de esgotar todas as contestações à justiça criminal negocial e utilização da barganha na seara penal.

No que tange a primeira crítica, tem-se a fragilização das garantias constitucionais. Assim, em decorrência da mercantilização da justiça criminal e a criação de mais espaços de “consenso” (gerando a expansão do Direito Penal), com o uso de propostas de acordo/barganha, o imputado é estimulado a renunciar do direito à defesa, na medida em que estes, quando realizam o acordo, submetem-se a uma sanção mesmo não passando sem participar de um processo judicial adequado, mas sim por um processo judicial “eficiente”

³⁵ Neste cenário, ainda que se fale dos “benefícios” oferecidos ao imputado, o que se tem, na realidade, é que a barganha no processo penal brasileiro apenas beneficia juízes e ministério público. Nesse sentido, afirma Vinicius Vasconcellos (2015, p. 160), os juízes são os grandes beneficiados na barganha, uma vez que o ágil julgamento proporciona a redução da sua carga de trabalho, além da diminuição de sua preocupação em uma eventual revogação de suas decisões, recursos e no cumprimento de metas. O promotor de justiça também é ajudado, pois a barganha faz com que ele consiga um grande número de condenações, o que se ajusta aos anseios da sociedade, de um modo geral.

que com a barganha atinge a sua meta de condenar mais com o menor custo (VASCONCELLOS, 2015, p.158).

Das mais perversas facetas da utilização de negociação na seara penal, está a condenação de inúmeras pessoas inocentes. Como já discutido, o acusado é exposto a uma série de coações para que admita, em juízo, a sua culpa para ganhar “benefícios”, ainda que, ao fim e ao cabo, seja sancionado. Embora exista uma grande diferença no que concerne à intensidade das pressões exercidas, o que se tem é uma aproximação com os métodos de torturas utilizadas na Idade Média (temática abordada neste próprio capítulo), para que os acusados pudessem, a partir desta intimidação, “colaborar” com o poder estatal.

Sobre as pressões e coerções exercidas, afirma com precisão Vinicius Vasconcellos (2015, p. 167-168):

O argumento de que ninguém é obrigado a se autoincriminar, em razão do direito de não produzir prova contra si mesmo, torna-se letra morta se há a promessa de uma premiação com redução da sanção penal e, a *contrario sensu*, um agravamento na situação de que não o fizer. Portanto, o requisito da voluntariedade na aceitação da barganha é falacioso, pois o funcionamento dos mecanismos se dá por ameaça, o que causa a impossibilidade de qualquer escolha livre da defesa [...], a coerção imposta pela ameaça de punição mais grave se for recusado ao acordo é ilegítima e ilegal, ao passo que a realização de investigação ou processo é legítima e legal, se presentes os requisitos mínimos como a justa causa.

A utilização da barganha resulta em casos, cujo lastro probatório é frágil, finalizados em condenação, na medida em que, ao ser enquadrado como réu, o indivíduo teme, sobretudo, duas coisas: a demora do judiciário para apreciar a sua causa e a possibilidade de uma decisão injusta.

Assim, este temor faz o acusado aceitar o acordo, submetendo-se, ainda que injustamente, a uma sanção penal. Nestas ocasiões, percebe-se que existem condenações em situações que, caso estivessem sujeitas ao devido processo legal, certamente findariam na absolvição do réu por conta da fragilidade do lastro probatório.

No cenário ora delineado, percebe-se que o processo penal brasileiro caminha para um retrocesso reprovável, aproximando-se do autoritarismo presente no sistema penal inquisitório medieval. O que, sob um primeiro olhar, parece exagero, se escancara a partir da análise da exacerbada relevância que a confissão passa a ter no cenário da barganha (voltando a merecer o epíteto de “rainha das provas”), bem como a investigação preliminar.

Na esmagadora maioria dos casos, os quesitos do acordo são elaborados levando-se em conta justamente as investigações que ocorrem na fase pré processual, portanto, sem contraditório. Nesse contexto, há uma grande importância atribuída à confissão gerada na aceitação do acordo (que acarreta o reconhecimento da culpabilidade). Assim, o material que

serve de base para que se alcance a condenação foi produzido apenas na fase da investigação, sob o comando do Ministério Público ou autoridade policial, o que fragiliza completamente o controle da licitude das provas e dos meios de investigação (VASCONCELLOS, 2015, p. 176-178).

Em relação à valorização da confissão, afirma Vinicius Vasconcellos (2015, p. 176-177):

Regressa-se, portanto, a um modelo autoritário de tarifamento de provas com a consagração da confissão como “rainha das provas”, uma “*probatio probatissima*”, característico do sistema processual da Inquisição, o qual autoriza inclusive, comparações entre a barganha contemporânea e as torturas medievais, dentro das devidas proporções acerca da intensidade da coerção. Há aqui evidente “retorno ao passado”, que desautoriza a democrática imposição de necessidade de provas sólidas e tácitas para a fragilização da presunção de inocência.

Além disso, percebe-se, de forma hialina, dentro das negociações nas quais o réu está submetido, a invasão das atribuições do acusador público na tarefa do magistrado, na medida em que o acordo formulado e oferecido é de sua autoria. Assim, há uma grande deturpação dos papéis dos atores processuais.

De acordo com Vasconcellos (2015, p. 181-182), o juiz não se submete mais exclusivamente à lei, mas sim ao acordo das partes. Desta feita, a culpabilidade do réu é realizada pelo promotor de justiça, a partir de dados coletados na investigação preliminar. O papel atribuído ao juiz, neste cenário, é o de controle da legalidade do acordo que, na prática, é uma atuação superficial e vazia, que consiste na homologação judicial (realizada de forma automática, com o dever de motivação esvaziado).

O cenário assim posto denota um grande desequilíbrio na atuação dos atores. Em um acordo é fundamental que as partes estejam na mesma condição e tenham total liberdade para decidirem o que lhes convier. Sobre a falta de equilíbrio presente no modelo de justiça negocial brasileiro, giza Vinicius Vasconcellos (2015, p. 183):

A já existente e evidente desigualdade entre a acusação e defesa, perene ao processo penal, resta intensamente agravada em um sistema pautado pelo mecanismo da barganha. Ao assumir (artificialmente e ilegitimamente) as funções do julgador, o acusador público desvirtua por completo qualquer possibilidade de igualdade e paridade de armas entre as partes na justiça criminal. A situação se caracteriza de modo absurdo: diante da inefetividade estatal, que se mostra incapaz de produzir provas lícitas suficientes para afastar a presunção de inocência do acusado, o acusador público oferece benefícios pra possibilitar uma condenação consentida, essencialmente pautada por coações ilegítimas, o que “explode por completo a desigualdade de condições em que o acusado se encontra desde o início da persecução [...], não existe igualdade de armas neste procedimento secreto, mais inquisitório que contraditório. Tal cenário, por certo, resta intensamente problemático na justiça criminal brasileira, pautada por desigualdades sociais e árdua seletividade persecutória.

Assim, por tudo o que foi exposto no presente capítulo, chega-se à seguinte conclusão: a utilização da barganha/sistema de justiça negocial, contexto no qual os três institutos processuais aqui estão inseridos, acarretam em um estímulo do Estado para que os acusados renunciem a direitos fundamentais.

Portanto, percebe-se a manutenção de inúmeros traços característicos do sistema inquisitório: manifestações de coerções em busca da “verdade”; a consecução de um processo sem paridade de armas e sem respeito à defesa; o tarifamento de provas e o grande valor dado à confissão, bem como a confusão nos papéis de acusar e julgar, ambos a cargo do acusador público, o que afasta, por completo, o sistema penal brasileiro do sistema acusatório delineado pelo constituinte de 1988.

2. AS ORIGENS DO AUTORITARISMO NO PROCESSO PENAL BRASILEIRO: A SOCIEDADE ESCRAVAGISTA

Na primeira parte da presente pesquisa, foi feito um estudo acerca de marcas inquisitórias presentes no processo penal brasileiro, sobretudo a partir de institutos que envolvem barganha, dentre os quais se trabalhou com a confissão como circunstância atenuante genérica, a transação penal e a delação premiada. E estas, ao inserirem o imputado em uma autêntica relação desproporcional (semelhante a de mercado), de pura negociação, o estimula/constrange, por inúmeras formas, a tomar atitudes que o faz abrir mão de direitos fundamentais, sempre na perspectiva de que assim teria algum tipo de prêmio ou vantagem por “colaborar com a justiça”.

Essa noção, como visto, já possuía guarida nas práticas da própria Idade Média, de onde se extraiu certas características dos procedimentos penais utilizados na época, para que, comparados com os da atualidade, pudéssemos perceber como, por muitas vezes, nossas práticas, ainda que inseridas em um pretense Estado Democrático de Direito, se assemelham àquelas.

Ocorre que, tais institutos, já trazidos na presente pesquisa, atentam claramente contra os preceitos garantistas de nossa *Carta Magna*, evidenciando um grande descompasso entre práticas autoritárias, que se colocam contra a proteção dos direitos humanos (e, infelizmente, tão presentes no cotidiano, sobretudo, na esfera penal), e os preceitos constitucionais de 1988, preocupados com esta proteção dos direitos fundamentais. Neste sentido, Ana Cláudia Bastos de Pinho (2006, p.33) afirma que:

Em que pese a feição garantista da Constituição Federal de 1988, preocupada com o estabelecimento de limites para o poder punitivo do Estado, o Direito Penal positivo (legislado e aplicado) mostra-se paradoxalmente distante e alheio daqueles valores fundantes. E o que é pior: Essa situação tanto se refere ao direito penal anterior à Carta de 1988 (código penal de 1940), quanto ao produzido posteriormente à vigência da Constituição. Quer dizer: mesmo depois de incorporados os princípios vetores do direito penal democrático, a efetividade das garantias ainda continua a ser uma tarefa do porvir.

Assim, quotidianamente percebe-se uma grande dissociação entre o que está previsto na seara constitucional e nas previsões das leis penais e processuais penais.

Ora, por certo essa grande distância entre a produção legislativa ordinária em matéria penal (muitas vezes tendo a inquisitorialidade e autoritarismo³⁶ como grandes características) e as disposições constitucionais (infelizmente as primeiras ditando, na maioria das vezes, a atuação dos atores judiciais) não é algo que se almeja no interior de um dito Estado Democrático de Direito, e a sua ocorrência não é, por si só, de fácil compreensão.

Neste segundo capítulo da pesquisa, serão investigadas as bases nas quais estão assentadas a aceitação/permanência, até hoje, de uma função legislativa atentatória contra os direitos humanos, e uma política criminal/atuação estatal cada vez mais seletiva, discriminatória, servidora de um discurso não oficial que visa, sobretudo, a manutenção do *status quo* dos grupos dominantes, promovendo seleção, exclusão e massacre.

Infelizmente, por conta da força dos anos de práticas de controle social e exclusão, que tiveram grande relevância na formação da sociedade brasileira, os seus reflexos estão consolidados, gerando grandes permanências, como o encarceramento seletivo da população negra e pobre no Brasil, que já foi naturalizado por grande parte da população. Esse encarceramento reproduz o preconceito e atitudes autoritárias nos mais diversos campos da vida social, mesmo travestidos em formas de piadas ou práticas paternalistas/relações de dominação, exercem papel relevante nesse cenário de próprio assentamento de práticas autoritárias.

Corroborando com o exposto, em relação à questão criminal, afirma Salo de Carvalho (2015, p. 624):

A racionalidade etnocêntrica racista (e igualmente misógina e homofóbica), que

³⁶ De acordo com Frago (2015, p. 63-106), o conceito de autoritarismo pode ser usado em quatro contextos diferentes: o primeiro trata do autoritarismo como abuso de autoridade: nesse contexto, o autoritarismo não é apenas um exercício abusivo de autoridade, mas também de atribuição do poder de autoridade. Este contexto pode ocorrer em várias formas, como: a exclusão arbitrária, do processo de formação do poder de autoridade, de determinadas parcelas da sociedade. A autoridade só pode ser legitimamente gerada a partir do povo, que é o detentor legítimo do poder. O segundo contexto seria o autoritarismo como regime político, indicando que não há, obrigatoriamente, entre os regimes totalitários, autoritários e democráticos uma diferença de tipo de poder exercido, mas uma distinta graduação no exercício do poder. Entre eles, não há uma diferença ontológica, mas de grau, em que é perfeitamente possível um regime formalmente democrático ser autoritário (a democracia não se liga estritamente a uma determinada ideologia). Ainda assim, a primeira ideia que se tem é a de autoritarismo do regime político, de um Estado totalitário, com a centralização do poder em torno de um líder infalível, com o Estado ocupando todos os espaços da vida social, legitimado por uma poderosa propaganda. O terceiro contexto de autoritarismo é a sua concepção como ideologia política, pautada, sobretudo, em três grandes pilares: visão anti-igualitária dos homens; considerar a ordem e a segurança como bens supremos; valorizar o exercício do poder em detrimento dos direitos humanos. Por fim, temos o quarto contexto, que é o autoritarismo enquanto mentalidade autoritária, sendo um conceito difícil de ser definido, mas, de acordo com o Frago (2015, p. 102), um dos poucos pontos de unanimidade quanto à etiologia do autoritarismo psicológico-social é o medo. Ele tem grande influência no grau de autoritarismo das condutas de certas pessoas, sobretudo pelo fato de estas pessoas encarem o mundo em termos de antagonismo entre o bem e o mal, exigindo uma tutela pautada no incentivo da ordem e da segurança e, por possuírem pré-disposição à raciocinar por preconceito, e isso deságua em outro grande problema, a seletividade.

funda as bases que permanecem hegemônicas no pensamento ortodoxo nas ciências criminais (criminologia positivista, direito penal dogmático e política criminal defensivista), tem sido denunciada, desde há muito, pela criminologia crítica latino-americana, sobretudo a partir da compreensão dos processos de seletividade criminal e da sua funcionalidade para a gestão e o controle repressivo dos grupos indesejáveis.

Com isso, será alvo de nossa especial atenção a questão da escravidão no Brasil, como sendo um fenômeno que gerou marcas presentes até hoje e que, por toda sua violência e autoritarismo, (ainda) afetam, diariamente, grupos vulnerabilizados em questões que envolvem a seara penal. O aparecimento das práticas racistas, apropriadas por uma criminologia brasileira, igualmente racista, só pode florescer em solo fértil, que lhe forneça os adequados nutrientes: colonização/passado colonial, violência, autoritarismo e escravidão.

Desde já, cumpre-se deixar claro que esta incursão na escravidão não implica que esta parte da pesquisa seja propriamente em História. O que se vislumbra é a apresentação da construção do autoritarismo na legislação penal brasileira, bem como em toda sua atuação estatal que, por certo, envolve a atuação do judiciário e ações do executivo. Para isso, pautar-se-á, evidentemente, em dados históricos. Pretende-se fazer uma narrativa histórica que apresenta quais fatores originaram ou ao menos contribuíram para que, atualmente, ainda tenhamos uma legislação de matiz indiscutivelmente inquisitória e uma aceitação, em maior ou menor escala, de práticas que contrariam a Constituição Federal.

2.2 Aspectos da historicidade do direito dos povos latino-americanos – caso brasileiro

A historicidade da América Latina possui contornos muito específicos e tem como marca indelével a submissão e genocídio dos seus povos por conta do empreendimento colonizador (principalmente) ibérico. Afirma Antonio Carlos Wolkmer (2007, p. 65):

O processo de historicidade na América Latina tem sido caracterizado por uma trajetória construída pela dominação interna e pela submissão externa. Trata-se de um cenário montado a partir da lógica da colonização, exploração e exclusão dos múltiplos segmentos étnicos, religiosos e comunitários. Uma história de contradições e desigualdades sociais, marcada pelo autoritarismo e violência das minorias, e pela marginalidade e resistência das maiorias “ausentes da história” como os movimentos indígenas, negros, camponeses e populares.

Inicialmente, se cumpre tratar da própria evolução política experimentada na Europa, justificada por conta da colonização europeia na América Latina, que afetou fortemente seus países, mesmo de forma reflexa.

Quando do absolutismo monárquico, a classe burguesa experimentava um período de grande ascensão por conta do seu incipiente poderio econômico. Ainda assim, essa classe não gozava do poderio político que a nobreza e o clero possuíam. Por deter poder econômico, mas não o político, era uma demanda da classe burguesa, afastar a aristocracia dos privilégios que continham, para que pudessem possuir um maior protagonismo na conjuntura social da época (PINHO, 2006, p. 41).

A França pré-revolucionária foi o contexto mais propício para a derrocada da Monarquia, principalmente, por conta da realização da Assembleia dos Estados Gerais, em que, a partir da discussão da reforma legislativa francesa, tornou-se evidente a divisão social entre as classes burguesa, aristocrática, eclesiástica e os trabalhadores em geral. O impasse político só foi resolvido com a eclosão da Revolução Francesa e seus incensados ideais de igualdade, solidariedade e fraternidade. Neste cenário, a burguesia passa a concentrar os poderes econômicos e políticos e necessita de um aporte legal que lhe assegure a liberdade contratual (matiz nitidamente liberal). Assim, é necessário que estas regras sejam devidamente positivadas para que o soberano não possa tomar decisões que influenciem nas relações regidas pelas regras de mercado (PINHO, 2006, p. 41).

No âmbito penal, é relevante a formulação liberal do princípio da legalidade, aplicado como critério único de definição de crimes e cominação de penas (PINHO, 2006, p. 42). O Estado liberal tem faceta humanitária, colocando no centro das discussões a pessoa humana, preocupando-se com a própria legitimidade da pena.

Sobre o inaugurado Estado Liberal, afirma Ana Cláudia Pinho (2006, p. 43):

Como se vê, o Estado Liberal de Direito caracterizou-se por uma ruptura com o Antigo Regime, a partir da formulação de um modelo político não intervencionista, limitador, garantidor, no plano formal, das liberdades individuais, notadamente aquelas de cunho patrimonial [...]. Se por um lado houve conquista no que tange ao reconhecimento de certos direitos individuais, por outro, em nada se avançou no que concerne a ganhos sociais.

A liberdade decorrente do ideal liberal vai ser insuficiente para atender as demandas sociais que se desenvolvem no sentido de exigir uma atuação estatal mais efetiva e de redução de desigualdades geradas pelo modelo capitalista. Abstendo-se de uma intervenção mais efetiva no campo social, o Estado Liberal passa a ser visto com desconfiança, cedendo lugar ao Estado Social, cuja tarefa é trazer o equilíbrio social afetado pelas leis de mercado. Mas as experiências históricas apontam que a materialização do Estado Social reprovavelmente deu azo para vários regimes autoritários que, de forma completamente oposta ao propagandeado pelo liberalismo, através de um intervencionismo exacerbado, suprimia as liberdades, usando

de um controle social efetivo e maciço da população para que se chegasse ao ideal de igualdade plena. De acordo com Ana Cláudia Pinho (2006, p. 45):

A evolução inexorável, fatalmente, conduziria a uma terceira via, uma espécie de meio-termo entre o Estado Liberal irresponsável e o Estado Social controlador. Chega-se então, ao Estado Social e Democrático de Direito, objeto de estudo a ser desenvolvido por ter sido a opção do constituinte brasileiro em 1988 [...]. Numa visão garantista, claro está que o papel do Estado Social e democrático de Direito é, ao mesmo tempo, abster-se de violar direitos individuais (garantia liberal – negativa) e lançar-se ao desafio de realizar programas sociais com o fim de minimizar as desigualdades (garantia social – positiva). O poder fica, assim, limitado, quer por meio das proibições (os órgãos de poder não podem intervir indiscriminadamente; o uso da força é restrito), quer por meio das obrigações (normas de mandato direcionadas aos poderes públicos, determinando o que devem fazer).

Esse percurso acerca do Estado Liberal, do Estado Social e do Estado Social e Democrático de Direito é extremamente relevante na medida em que servirá para situarmos os diferentes momentos da história brasileira que serão abordados na presente pesquisa: o liberalismo “florescendo” a partir da chegada à Monarquia e o Estado Democrático de Direito, caracterizado pela Constituição Federal de 1988.

De forma inicial, é válido destacar a grande contradição entre a luta pelo Estado Liberal no Brasil Colônia, as demandas liberais de uma burguesia brasileira que almejava viver cada vez mais livre das amarras impostas pela metrópole, no caso, o Estado Português, e a intenção de manter o sistema escravagista como modelo de produção. Posteriormente, como se verá com mais afinco na terceira seção, tratar-se-á acerca da necessidade de observância máxima dos preceitos constitucionais, justamente no cenário de um Estado Social e Democrático de Direito que, ao mesmo tempo que não deve ser intervencionista (sua faceta liberal), deve efetivar uma gama de direitos fundamentais de cunho social, como saúde, educação e moradia, que foram somados aos de cunho individualista.

Feita essa necessária explicação, é hora de retornar ao contexto brasileiro, mais especificamente, ao Brasil Colônia. De acordo com Jose Reinaldo de Lima Lopes (2014, p. 265), a revolução do Porto, de 1820, acelera o processo de mobilização pela independência brasileira, uma vez que os brasileiros elegeram deputados às Cortes e que, posteriormente, participaram de forma ativa no processo de autonomia nacional e tiveram que se opor efetivamente às intenções lusas de controle do grande comércio.

Na perspectiva da cultura jurídica, o liberalismo tem papel muito importante nas demandas levadas a cabo pelos brasileiros. O que se tem, de fato, é que o liberalismo (e esse liberalismo, por certo, não deve ser confundido com democracia), no contexto da independência, uniu tanto os monarquistas como os republicanos, na medida em que ambos

lutaram contra o sistema colonial. Assim, a luta, em verdade, era contra os monopólios, o fisco e a administração portuguesa (LIMA LOPES, 2014, p.265).

Uma vez proclamada à independência brasileira, no ano de 1822, a luta liberal ganha dois sentidos predominantes: a luta contra o regalismo e absolutismo de Dom Pedro I, para que as classes opositoras tivessem liberdade de criticar o governo, e a luta contra a centralização nacional e pelo federalismo, que foi uma demanda importante, na medida em que determinadas regiões aderiram, ainda que após a independência nacional, às diretrizes das Cortes portuguesas e não às impostas pelo príncipe regente, com ocorreu no Pará, onde várias tropas portuguesas permaneceram estacionadas e depois foram expulsas por conta de ações bélicas (LIMA LOPES, 2014, p. 266).

Em relação ao processo de independência em si, mister se faz tecer alguns comentários acerca do (falacioso) distanciamento entre o Brasil e Portugal após esse acontecimento histórico, na medida em que as relações, sobretudo, econômicas, ainda se mantinham de forma muito estreita e, não apenas isso, o Estado brasileiro, já independente, inseria-se na lógica de mercado global, atendendo aos interesses dos países que realizavam uma maior participação na dinâmica econômica. Realizando reflexão acerca do próprio processo constitutivo do Estado Brasileiro, aduz Wolkmer (2007, p. 66):

O Estado latino-americano nasce em contradições históricas que o tornam expressão de uma relação duplamente contraditória. De um lado, trata-se de um Estado que se afirma como politicamente soberano pois o suposto de soberania é um pré-requisito formal para o pensamento sobre o Estado. De outro, contudo, essa soberania se afirma num solo embasado numa economia que é dependente. Portanto, o Estado Nacional funda-se num contexto em que a aspiração de soberania está condicionada pela existência de uma estrutura objetiva de relações econômicas internacionais, que limita a existência efetiva dessa soberania na medida em que repõe a existência de relações de dependência [...].

No que tange aos grupos que, de fato, assumiram a administração do Brasil já “independente”, afirma Wolkmer (2007, p. 68):

Verifica-se que, sem que existisse uma sociedade politicamente consciente em torno da ideia de Nação, implantou-se, formalmente, um Estado independente e soberano, criado distintamente da Sociedade, no espaço que se abriu entre a transferência do Estado imperial português para o Brasil e a independência do país. Com isso, o próprio Estado incentivou, de imediato, a preparação de elites burocráticas para as tarefas da administração e o governo. Tais elites burocráticas, treinadas nas tradições do mercantilismo, do patrimonialismo e do absolutismo português, eram recrutadas, socialmente, de segmentos ligados à mineração, ao comércio e à propriedade da terra. Assim, desde suas origens e prosseguindo em toda história brasileira, as nossas elites oligárquicas controlaram o Estado e exerceram a dominação política, alheias totalmente aos intentos da população e sempre muito servis ao capital internacional.

A organização institucional da sociedade imperial reflete o ideal dos grupos dominantes, e recai esta importante tarefa aos bacharéis que os compõem. No que refere,

especificamente, a estas elites que foram recrutadas para tornarem-se responsáveis da administração e construção da “ordem legal”, tem-se que elas possuíam claras influências europeias, sobretudo, pela inclinação ao liberalismo, sendo exemplos de uma classe que foi sustentada à base do açoite, no controle direto e repressivo dos escravos (NEDER, 2007, p. 187-188).

Assim, o processo de independência dos países latino-americanos, no século XIX, não representou uma ruptura total com Espanha e Portugal. O que houve foi uma adaptação do ideário capitalista, do liberalismo individualista e da filosofia positivista. Buscou-se harmonizar doutrinas emergentes com arcaicas estruturas patrimonialistas, como pode se apreender, por exemplo, da criação de uma constituição de cariz liberal, que mantém a escravidão, expressando sua essência autoritária, elitista e não democrática (WOLKMER, 2007, p. 71).

Afirma Gizlene Neder (2007, p. 165) que as fantasias absolutistas do controle social absoluto ainda trazem permanências. A inserção de propostas iluministas nos documentos legais, como a que defendia a prisão diferenciada segundo a natureza dos crimes, que influíram na formação ideológica europeia (afetando o Brasil), não mudaram de forma suficiente a organização social e política destas formações sociais.

Ainda hoje, em nosso país, a ideia do controle absoluto não foi deixada para trás. Há um forte legado que pode ser considerado um reflexo do absolutismo lusitano, manifestado pelo controle policial absoluto em espaços urbanos (principalmente nos guetos e nas favelas) que, via de regra, são habitados por uma massa de descendentes afro-brasileiros de ex-escravos. Esse controle é motivado por campanhas de lei e ordem que, apesar de serem incentivadas pela população de modo geral, por ela não são analisadas criticamente (NEDER, 2007, p. 184).

Com o processo de independência, era necessário que o Brasil construísse seu próprio Estado e o seu próprio Direito³⁷. De acordo com José Reinaldo de Lima Lopes (2014, p.268):

A primeira tarefa dos legisladores foi dotar o país de um quadro legal e institucional. Era preciso garantir as liberdades públicas escritas na carta de direitos do art. 179 da Carta Constitucional do império, que por sua vez incorporava muito das declarações de direitos do final do século XVIII. Era preciso formar os quadros do Estado. Era necessário reformar as instituições do antigo Regime: a justiça, o governo, a fazenda e a guerra. Em todos estes campos, houve alterações. Em todos eles, as diferentes concepções políticas se enfrentaram. Os exemplos mais importantes, na primeira

³⁷ Nesse contexto, é necessário citar que a centralização do poder, proporcionada pela monarquia, foi forte o suficiente para dar estabilidade ao país, sobretudo por conta das inúmeras tentativas de secessão (LIMA LOPES, 2014, p. 267).

metade do século, foram os dois códigos promulgados: criminal (1830) e do processo criminal (1832). Enquanto não se alterava a legislação, a Assembleia Constituinte pela Lei de 20 de outubro de 1823 mandou aplicar no país as leis, regimentos, alvarás e outras normas editadas pelos reis de Portugal até 1821.

Todavia, essa “atualização histórica”, experimentada no Brasil, que orienta o encaminhamento à modernidade³⁸ indica, nos dizeres de Gizlene Neder (2007, p. 167) que:

Incorporam-se aspectos institucionais de modernização, com pontuações em algumas ideias liberais, a partir de uma leitura conservadora das reformas empreendidas [...]. A adoção de novas ideias e novas propostas políticas estiveram (estão ainda) demarcadas por um raio de ação que atingiu o estritamente necessário para garantir a inserção da formação histórica no contexto do mercado mundial. Neste sentido, as mudanças vêm sendo encaminhadas pragmaticamente, fundamentadas em pressupostos teóricos e ideológicos afinados com a modernidade do centro hegemônico do sistema político mundial, desde que a base de sustentação social e política de estruturas sociais rigidamente hierarquizadas não sejam (ou sejam minimamente) afetadas.

Sobre esses processos de “atualização histórica”, ainda que realize um grande salto temporal em relação ao período da história que se analisa aqui, não se pode deixar de mencionar que o próprio processo de extinção da escravidão no Brasil passou por uma avaliação específica no que tange a segurança pública, uma vez que o temor, por parte das elites brancas, das insurreições escravas, era muito grande, como ao longo da presente pesquisa se verá. Sobre o processo de extinção da escravidão e, sobretudo, destas “rupturas” realizadas, afirma Rubens Casara (2015, p. 234-236):

É importante notar que, mais uma vez, no lugar de uma ruptura histórica, ocorreu uma acomodação ‘de cima para baixo’, ou seja, quando existiam condições materiais, por meio da mobilização abolicionista, para um rompimento com o trabalho escravo, ‘a princesa Isabel se encarregou de dar a esse final um caráter de ‘dádiva bondadosa’, que expropriava seu sentido de conquista popular contra o poder constituído [...] Dentro desse contexto, eventuais concessões dos grupos econômicos dominantes relacionaram-se com o periférico e ajudaram a ocultar a manutenção da estrutura autoritária da sociedade.

No que tange aos documentos legais que surgiram nesta época e à própria estruturação da cultura jurídica³⁹ no Brasil do século XIX, tratar-se-á, no presente trabalho, dos três documentos que são de maior relevância na seara penal, no contexto do Brasil enquanto Monarquia: a constituição de 1824, o código criminal de 1830 e o código de processo criminal de 1832.

³⁸ De modo geral, há certo consenso em fixar a modernidade como período que segue à revolução francesa do ano de 1879, período este caracterizado pelo rompimento do pensamento eminentemente religioso, que foi marca da idade medieval e pela passagem a um pensamento guiado pelos preceitos da razão, de cariz iluminista.

³⁹ Ainda que, ao contrário de outras nações (como a Alemanha), não tenha existido um debate nacional sobre a necessidade ou não dos códigos (LIMA LOPES, 2014, p. 299).

De acordo com Wolkmer (2007, p. 72), os documentos e os textos legais elaborados na América Latina foram expressão dos interesses das classes dominantes, formadas e muito influenciadas pela cultura europeia. Poucas vezes, na história de nossa região, as constituições e os documentos legais refletiram os interesses e necessidades de todos os segmentos do setor civil.

Na mesma toada, afirma Neder (2007, p. 191), que em um primeiro momento, os principais documentos a serem criados, quais sejam, a Constituição Imperial e o Código Criminal, davam a impressão de negarem a herança colonial e rural da formação política, mas, em verdade, a estrutura política e jurídica do império permaneceu alicerçada no latifúndio agroexportador e no trabalho escravo.

2.3 Constituição Brasileira de 1824

A constituição do Império é um grande símbolo das circunstâncias nas quais estava inserido o país. Por possuir certa flexibilidade⁴⁰, teve duradoura vigência. Ela é fruto de um constitucionalismo contrário ao antigo regime que, na Europa, inclina-se para a monarquia (LIMA LOPES, 2014, p. 299).

Logo que foi proclamada a independência, a unidade nacional era uma das questões cruciais que precisariam ser resolvidas. Para que se obtivesse êxito nesta tentativa, seria necessário legitimar e estruturar um poder centralizador, que tinha, entre outros objetivos, enfraquecer os poderes locais que efetivamente dominavam o país (SILVA, 2010, p. 74).

A constituição monárquica, jurada pelo Imperador D. Pedro I, em 25 de março de 1824, declara em seu primeiro artigo que o Império do Brasil é a associação política de todos os cidadãos brasileiros, que formam uma nação livre e independente que não admite, com qualquer outro, laço de união ou de federação, que se oponha a sua independência. O governo era monárquico, hereditário, constitucional e representativo (SILVA, 2010, p.75).

Sobre a Constituição Imperial de 1824, afirma com propriedade José Reinaldo Lima Lopes (2014, p. 304):

A Constituição de 1824 foi relativamente original. Feita sob encomenda de D. Pedro I, criou um Estado centralizado e fortes poderes conservadores na competência do

⁴⁰ De acordo com José Reinaldo de Lima Lopes (2014, p. 299), sua flexibilidade decorre, sobretudo, por conta de seu artigo 178. Nele foi determinado que apenas as disposições acerca dos limites e atribuições dos poderes políticos e os direitos políticos e individuais eram propriamente constitucionais, no mais, tudo poderia ser alterado sem maiores formalidades.

imperador. Ao mesmo tempo que garantia liberdades civis gerais, o sistema dependia grandemente da boa vontade dos particulares e dos organismos locais, especialmente dos poderes particulares locais. A participação política era restrita e censitária, no que acompanhava todas as constituições do século XIX – inclusive a americana – que criavam colégios eleitorais por escolhas indiretas sem esquecer que só os “cidadãos ativos” (com renda suficiente) e do sexo masculino poderiam ter voz eleitoral.

Por certo, uma das características mais comentadas de tal documento, é a divisão quadripartida dos poderes. Assim, tinha-se o poder legislativo, o poder executivo, o poder judiciário e o poder moderador, este último conhecido como quarto poder, possuindo especial importância no dito contexto sócio-político, sobretudo por dar azo à prática de uso autoritário de poder.

O poder legislativo era exercido pela assembleia geral, composta de duas câmaras: a dos deputados, que era temporária, e a dos senadores, formada por membros vitalícios nomeados pelo imperador (SILVA, 2010, p. 75). A eleição era censitária, portanto, pautava-se em condições econômicas tanto para votar, quanto para ser votado.

O poder executivo era exercido pelos ministros de Estado e tinha como chefe o Imperador. Em 1847, após a abdicação de Dom Pedro I, foi criado o cargo de presidente do Conselho de Ministros, criando um cenário onde o imperador escolhia o presidente deste conselho, e este escolhia os demais ministros, que deveriam ter a confiança tanto dos deputados quando do imperador.

O poder judiciário era composto de juízes e jurados. Enquanto os primeiros aplicavam a lei, os segundos pronunciavam-se sobre os fatos. Aos juízes de direito, era assegurada vitaliciedade, mas não a inamovibilidade. A constituição também trazia uma declaração de direitos individuais e garantias que deveriam ser respeitadas (SILVA, 2010, p. 75).

Por fim, tem-se o poder moderador, peça-chave da organização política. Ele é concentrado na figura do Imperador, maior chefe da nação, que velará pela harmonia dos poderes políticos.

Através dele, o imperador poderia influir, de forma frontal, em todos os outros poderes, seja pela possibilidade de dissolver a câmara, seja pela escolha da lista tríplice quando da posse no Senado. Poderia também vetar leis (poder legislativo), suspender magistrados (poder judiciário) e livremente demitir seus ministros de Estado (âmbito do poder executivo) (SILVA, 2010, p.76). No dizer de Lima Lopes (2014, p. 272):

O poder moderador não era defendido como um poder absoluto, mas como um remédio aos impasses do partidarismo, que se imaginavam inevitáveis na representação parlamentar. Era um remédio para a paralisia decisória ou para o domínio de interesses particulares, mesmo que majoritários.

No que tange à estrutura administrativa e os órgãos que auxiliavam o imperador e seu poder centralizado, afirma José Afonso da Silva (2010, p. 76):

Dois órgãos concorriam para reforçar a ação do poder soberano: o Senado e o Conselho de Estado. Aquele, essencialmente conservador, funcionava como órgão de reação contra os movimentos liberais da câmara dos deputados. O conselho de Estado era um órgão consultivo, que tinha enormes atribuições: aconselhava o Imperador nas medidas administrativas e políticas e era o supremo intérprete da Constituição.

Aqui, cumpre-se fazer referência ao Conselho de Estado, instituição de relevante papel político na monarquia brasileira e que reforça a exigência da centralização do poder e, por conseguinte, propicia uma conjuntura de total liberdade de atuação para o Imperador, que poderia fazer o que quisesse, sem maiores tipos de constrangimentos legais ou políticos (LIMA LOPES, 2014, p. 314).

Este conselho, formado por conselheiros vitalícios e escolhidos pelo imperador, era ouvido em questões que fossem de interesse do poder moderador, assim como em outras duas hipóteses: em casos de conflito de jurisdição entre as autoridades administrativas e entre estas e o judiciário, bem como se pronunciava em relação a decretos, regulamentos e instruções para a boa execução as leis. Também opinava sobre propostas enviadas do poder executivo à assembleia geral e sobre eventuais abusos cometidos pelas autoridades eclesiásticas (LIMA LOPES, 2014, p. 312).

A Constituição de 1824 é um documento que vai servir de orientação sobre o comportamento dos cidadãos. De acordo com José Reinaldo Lima Lopes (2014, p. 300), ao contrário dos outros países latino-americanos, o Brasil não aboliu a escravidão junto com o processo de independência, onde era necessária uma forma de compatibilização entre a novel constituição e o escravismo. A solução, no caso brasileiro, perpassava pela exigência de se manter sob controle, debaixo de um sistema estável, os africanos trazidos na condição de escravos.

Como será visto ao longo deste segundo capítulo, existia um medo muito forte de que um sistema instável pudesse não conter uma guerra civil provocada pela insatisfação dos cativos.

A Constituição se cala em relação aos escravos, mas garante aos cidadãos que não gozavam do direito de votar ou de serem votados os direitos civis de liberdade, propriedade e segurança de suas vidas. A Constituição de 1824, em seu artigo 179, abolia os açoites, a tortura, a marca de ferro quente e as penas cruéis. Também estabeleceu, expressamente, que nenhuma pena passaria da pessoa do delinquente, não haveria confiscação de bens e que a infâmia do réu não se transmitiria aos parentes em qualquer grau (MOTTA, 2011, p.77).

A monarquia garantiu formas de divisão social, e o seu maior exemplo foi a formação de uma nobreza com privilégios vitalícios (da qual fazia parte os senadores). O sistema político no Brasil pautava-se na falta de igualitarismo, não só pela presença indelével da escravidão, mas pela ausência da busca da igualdade nas práticas sociais (LIMA LOPES, 2014, p. 300).

Uma faceta bastante interessante da Constituição do Império é a aceitação de uma religião de Estado. Ainda que fosse permitida a liberdade de consciência, qualquer religião, que não fosse a católica, não poderia ser exercida em público. Neste cenário, o clero é considerado como uma parte do próprio funcionalismo público. Os padres possuíam muita influência, tanto por serem grandes proprietários de terras, quanto pelas próprias funções que exerciam na sociedade. No Brasil, vigorou o instituto do beneplácito régio: para ter vigência no país, qualquer decisão de concílios ou constituições da Igreja dependiam da aceitação do governo (LIMA LOPES, 2014, p. 315-314).

Assim, é evidente que surgiria um descontentamento da igreja católica por conta desta subordinação ao Estado. Até mesmo porque a maior parte das monarquias constitucionais havia dado início ao processo de secularização. Em muitas nações, as revoltas liberais possuíam uma ideologia anticlerical, justamente em virtude da Igreja ser grande proprietária de terras e possuir uma ligação tão forte com o próprio Estado (LIMA LOPES, 2014, p. 315).

Um caso muito emblemático neste cenário de insatisfação dos sacerdotes envolveu o bispo de Olinda, D. Fr. Vital Gonçalves de Oliveira, que resolveu impor interdito a uma irmandade do Recife e excomungar os membros maçons da confraria, seguindo as determinações de Pio IX. Só que essas determinações do Papa não haviam sido submetidas ao beneplácito régio. Por conta disso, a Irmandade do SS. Sacramento da Igreja de Santo Antônio apresentou um recurso à coroa, que foi encaminhado ao Conselho de Estado, local em que lhe foi dado provimento. D. Vital negou-se a tomar as providências no prazo que lhe foi conferido, alegando matéria de consciência. Foi ofertada denúncia contra o religioso por, entre outras condutas, obstar o cumprimento de determinações do Poder Moderador e por prevaricação. A denúncia foi aceita e julgada, ocasionando a condenação de D. Vital e aplicação de pena (LIMA LOPES, 2014, p. 316).

Acerca deste cenário de controle estatal até mesmo da própria religião, afirma José Reinaldo Lima Lopes (2014, p. 316):

Tudo confirma uma espécie de consenso entre os juristas, de que a monarquia tem por dever proteger a igreja como matéria de ordem pública. Nada de defesa do Estado laico, ou mesmo de dúvida a respeito da importância da ligação Estado-igreja [...] O liberalismo oitocentista e monárquico não é, definitivamente, democrático

nem pluralista. Será preciso esperar a República para que se estabeleça o fim da religião de Estado (decreto 119^a, de 7 de janeiro de 1890) e se garanta o livre exercício de culto publicamente, com a ressalva, claro está, das religiões afro-brasileiras que continuarão sendo reprimidas policial e socialmente, refugiando-se na semiclandestinidadade por várias décadas.

Importantes institutos foram plasmados na Constituição Imperial de 1824, que evidenciaram o conservadorismo ínsito da monarquia brasileira, tais como: a existência do poder moderador, do conselho de Estado, do Senado vitalício e da religião oficial do Estado. A estrutura foi montada para que as classes subalternas, e até mesmo as elites que não estavam inseridas no poder, não tivessem força institucional para que o *status quo* fosse alterado. As mudanças eram permitidas conforme o “paço imperial”/vontade do imperador (LIMA LOPES, 2014, p. 317).

Pelo que foi exposto, percebe-se a manutenção de uma estrutura que, embora possuísse uma faceta liberal e trouxesse disposições de pretensão caráter humanitário (como a abolição das penas cruéis), permaneceu com um caráter evidentemente autoritário, que não diminuiu a desigualdade social existente de uma nação que ficou à mercê de ações individuais e arbitrárias do Imperador (e sua possibilidade de controlar os demais poderes) e de um núcleo bastante reduzido que compôs as elites, fortalecendo um quadro de arbitrariedade, autoritarismo e exclusão social.

2.4 Código Criminal de 1830

O Código Criminal foi sancionado no dia 16 de dezembro de 1830, portanto, seis anos após a Constituição Imperial, e seu surgimento poria fim à vigência, no Brasil, do livro V das Ordenações *Filipinas*, livro extremamente rigoroso, que admitia, inclusive, a cominação de torturas e diversas penas corporais.

Seu projeto é atribuído a Bernardo Pereira Vasconcelos, tendo como grande influência o código penal austríaco. Percebe-se que este *digesto* buscou inspirações no iluminismo penal, que já havia influenciado a constituição imperial. É tido como o primeiro código penal a ser elaborado na América Latina (LIMA LOPES, 2014, p. 275), influenciando inúmeros outros que o sucederam, como o argentino, de 1868 e o paraguaio, de 1880 (NEDER, 2007, p. 186).

No período que as Ordenações *Filipinas* tiveram vigência no Brasil, percebeu-se que todo o seu rigor ocasionou, em *terrae brasilis*, um resultado oposto ao esperado, na medida em que os juízes, ao analisarem a monstruosidade de muitos dos seus artigos, tinham por

tendência mitigá-los. Essa mitigação habitual gera um quadro de hipocrisia e, sobretudo, arbitrariedade na medida em que a aplicação da lei varia conforme o bem-entender do julgador (LIMA LOPES, 2014, p. 274).

Em relação à utilização, pelas colônias, das proscricções presentes nas Ordenações *Filipinas*, criadas na metrópole, aduz Casara (2015, p. 229):

Na realidade, os diplomas legais da metrópole nunca atenderam a realidade da colônia, o que tornou necessária uma atuação alternativa (e repressiva) nos meandros, intervalos e silêncios do aparato legal então vigente. Vigorava uma ideologia escravagista e feudal, 'discriminatória, racista, resguardando-se em elementos mais diversos, que vão do modo de trajar ao preconceito de religião e de cor'.

Especificamente ao livro V das supracitadas Ordenações, Gizlene Neder (2007, p. 186) afirma que o texto legal era fundado em bases de fanatismo e de ignorância, montando uma noção perversa de direito penal, que transformava o crime em pecado, os vícios em delitos e que tirava da pena sua fixidez essencial para deixar-lhe a aplicação arbitrária, segundo a gravidade do caso e qualidade de pessoa. Era um texto que punia com a pena de morte iníquas e estúpidas práticas, como a feitiçaria e bruxaria, sendo, ao final, um conjunto de regras extremamente severas e inoperantes⁴¹. Nesta toada, afirma Motta (2011, p. 77):

A abolição definitiva do Código Filipino, malgrado as transformações impostas pela nova Constituição, só se deu com a promulgação do novo Código criminal, em 16 de dezembro de 1830. À tortura judiciária como mecanismo legal de extração da verdade na fase inquisitorial do processo, à mutilação das mãos, ao corte da língua, às queimaduras com tenazes ardentes, além de várias formas de degredo, confisco e multa, e a açoite com ou sem barço e pregão vai suceder um regime que tem como dispositivo fundamental a pena de prisão.

O código criminal vai se distanciar do estilo casuístico do livro V das Ordenações *Filipinas*, se estruturando de forma inovadora para a época. Em relação à sua estruturação, ensina José Reinaldo Lima Lopes (2014, p. 274):

Abre-se com uma parte geral sobre os crimes e as penas. O título I define de forma abstrata o crime, os 'crimes justificáveis', o criminoso, as circunstâncias agravantes e atenuantes. A satisfação (indenização) da vítima também é objeto do código. As penas, definidas no título II, incluem penas de morte, galés, prisão com trabalhos, prisão simples, banimento, degredo, desterro, privação de direitos políticos, perda de emprego públicos, multas

Dentre as penas⁴² definidas no Código Criminal, é necessário fazer referência especial à permissão da pena de morte. Ele dispôs que deveria ser executada depois de a sentença

⁴¹ Em Portugal, as Ordenações *Filipinas*, em seu livro V, só foram suprimidas na década de 1850.

⁴² Cumpre conceituar, ainda que de forma sintética, a aplicação de certas penas mencionadas no código criminal que, atualmente, não são facilmente compreendidas: o banimento consistia na expulsão do indivíduo do território do império, com privação dos direitos de cidadão, caso tentasse retornar, era submetido o condenado à prisão

tornar-se irrevogável, não podendo ser realizada em dia santo, nem em véspera de domingo ou festa nacional. O réu deveria trajar a sua roupa comum quando fosse ser executado, bem como deveria ser conduzido pelas ruas mais importantes em seu caminho até a forca (MOTTA, 2011, p. 78). Sua aplicação estava restrita a três crimes: aos cabeças de insurreição escrava (artigos 113 e 114), aos homicidas, cujo crime se efetuasse com situações agravantes (artigo 192), e em caso de roubo com morte (NEDER, 2007, p. 191).

No que tange a classificação dos crimes trazida pelo Código Criminal, afirma Lima Lopes (2014, p. 276):

os crimes dividiam-se em públicos ou privados, conforme a vítima. Eram públicos os crimes contra a existência do império, contra o livre exercício dos poderes políticos, contra o livre gozo dos direitos políticos dos cidadãos, contra a segurança interna do império e a tranquilidade pública, contra a boa ordem e administração pública, contra o tesouro e a propriedade pública. Eram particulares os delitos contra a liberdade individual, contra a segurança individual (incluídos o homicídio – art. 192- e contra a honra – art.219), contra a propriedade (furto, *vg.*), contra a pessoa e contra a propriedade (roubo). Uma última parte definia os crimes policiais, isto é, contra normas de polícia administrativa, tais como as posturas sanitárias das cidades e províncias.

Apesar da intenção de dotar o Brasil de um código criminal liberal, o direito penal, na época, já servia como poderoso instrumento para manter/fomentar uma sociedade desigual. A prova mais cabal do referido é a conservação da pena de açoites apenas para os escravos, pena esta que havia sido abolida pelo texto constitucional. Também foram mantidas outras possibilidades de punição que visavam grupos *vulnerabilizados*. Um exemplo é a aceitação do crime praticado pelo marido contra a mulher adúltera, já que não haveria punição para o delito praticado “em defesa da própria pessoa ou de seus direitos” (art.14,§2º), entre eles, liberdade e honra (LIMA LOPES, 2014, p. 276-277).

Na mesma toada, tem-se que era crime a cópula carnal por meio de violência ou ameaça com qualquer mulher honesta, sendo cominada a pena de prisão com trabalho. Todavia, se essa mulher fosse uma prostituta, a pena era significativamente reduzida. Uma outra previsão legal que atingia os grupos *vulnerabilizados* era a própria criminalização da vagabundagem e mendicância, em que era realizada uma distinção entre o mendigo apto para o trabalho do não apto para o trabalho, cristalizando uma própria ideologia burguesa europeia (NEDER, 2007, p. 195).

perpétua; o degredo era a obrigação de residência em local determinado; o desterro indicava a não permanência do condenado no local onde ocorreu o delito ou na própria residência da vítima; a pena de galés obrigava o condenado a trabalhar em obras públicas, com calceta no pé ou corrente de ferro (LIMA LOPES, 2014, p. 276).

Assim, percebe-se a hialina tentativa de marginalização desta massa. Este foi o triste destino de muitos escravos libertos que, marginalizados socialmente, dada a sua condição, sobretudo por conta da falta de oportunidades de trabalho, caíam nas rédeas do sistema penal.

Também foi previsto como crime pelo Código Criminal celebrar cultos de outra religião que não a católica, em edifícios com forma de templo ou publicamente (art.276), propagar doutrinas que destruíssem as verdades fundamentais da existência de Deus (art.278) ou ofender evidentemente a moral pública (art.279). Este último crime se apropria de um conceito sem forte carga semântica (moral pública), fazendo com que uma série de condutas possam ser enquadradas como ofensivas a ela, servindo de supedâneo para uma atuação policial/judicial arbitrária⁴³ (LIMA LOPES, 2014, p. 277).

A aplicação do código criminal ficava na competência do conselho de jurados, que eram formados por grupos das elites, na medida em que a condição para tornar-se jurado era a mesma para ser eleitor: só era permitido ao cidadão ativo. Portanto, ainda com o liberalismo pregado na legislação, as decisões deste órgão refletiam os ranços conservadores e patriarcalistas inerentes àqueles grupos (LIMA LOPES, 2014, p. 277).

Havia evidente discrepância na aplicação diferenciada da lei de acordo com o “tipo” de delinquente. Um exemplo que pode ser dado em relação a esta diferenciação é o fato de que as penas de prisão simples, degredo e multa, consideradas leves, atingiriam apenas os funcionários públicos. Já as penas mais severas, como as de morte, galés e açoites eram destinadas aos escravos⁴⁴. Na mesma esteira, tem-se que o código criminal previra a prisão com trabalho na quase totalidade dos crimes contra a ordem pública, menos nos crimes contra a boa administração pública, por serem infrações que só os cidadãos poderiam cometer, já que exerciam a função pública (NEDER, 2007, p. 191-192).

Assim, especificamente no que tange à punição trazida no Código Criminal de 1830, adotando a pena de prisão como a principal, tem-se que ela plasmava a organização das penas correspondendo aos valores tidos como mais relevantes pelas suas elites. O infrator deveria cumprir a sua pena, em via de perder a sua liberdade, de acordo com a gravidade do delito cometido (NEDER, 2007, p. 195).

⁴³ Pode-se fazer um paralelo com o próprio termo “ordem pública”, trazido no artigo 312 do código de processo penal brasileiro que, igualmente por não ter uma carga semântica forte e bem delineada, é utilizada como instrumento para que muitas prisões preventivas sejam autoritariamente decretadas diariamente em nosso país.

⁴⁴ Vale ressaltar que, apesar da supressão da pena de açoites, decorrente do texto constitucional, ela poderia ser aplicada apenas aos escravos.

2.5 Código de Processo Criminal de 1832

O código de processo criminal, cronologicamente, o último dos três aqui tratados, constituía-se de normas e determinações que orientavam o funcionamento do judiciário, sendo assim destinado a apenas um fragmento da elite dominante: as autoridades judiciárias e policiais (NEDER, 2007, p. 185).

Por visar apenas um pequeno grupo que compõe a administração, tem-se que, comparado com a Constituição Imperial e com o Código Criminal, este *digesto* possui uma menor relevância mas, ainda sim, é peça importante para a compreensão da formação do autoritarismo na seara penal brasileira.

Tido como uma grande vitória legislativa dos liberais, o código de processo criminal insere nas leis brasileiras muitos institutos inovadores, advindos, sobretudo, das experiências do direito Inglês, como o Conselho de Jurados e o *habeas corpus*. A própria investigação criminal, regulamentada pelas Ordenações Filipinas, conhecida como *devassa*⁴⁵, essencialmente inquisitorial, é substituída por um procedimento contraditório, sob direção do juiz de paz (LIMA LOPES, 2014, p. 277).

O código foi dividido em duas grandes partes: a primeira organiza a justiça criminal, extinguindo órgãos que desempenhavam importantes papéis no período anterior à disciplina processual criminal, como as ouvidorias de comarca, juízes de fora, juízes ordinários e as outras jurisdições criminais que não fosse a do Senado, do Supremo Tribunal de Justiça, das Relações, dos juízes militares e a eclesiástica (LIMA LOPES, 2014, p. 277).

A justiça trazida por este código passa a contar, basicamente, com juízes municipais, juízes de paz, promotores de justiça e jurados. Em relação às funções atribuídas a cada um destes novos agentes da justiça criminal, giza José Reinaldo Lima Lopes (2014, p. 278):

Os juízes de Direito eram nomeados pelo imperador e atuavam na Comarca. Suas funções principais eram presidir o Conselho de jurados e “aplicar os fatos”. Substituíram os juízes de fora, eram vitalícios e deviam ser bacharéis em Direito, com prática de um ano no foro. Presidiam os dois júris, o de acusação e de sentença. Os juízes municipais seriam os nomeados pelos presidentes de província, entre os indicados em listas tríplices feitas pelas câmaras municipais, por três anos, entre pessoas bem conceituadas. Ou eram formados em direito ou advogados hábeis. Nem todos os advogados eram formados em direito, pois as Relações, na falta de bacharéis, poderiam “passar provisão” para quem soubesse a prática forense [...] As juntas de paz compunham-se de cinco juízes de paz, recebiam recursos dos juízes de paz. Juízes de paz tinham funções de polícia e de jurisdição no processo sumário (crimes policiais, contra as posturas municipais e crimes cuja pena máxima fosse

⁴⁵ A *Devassa*, presente nas Ordenações Filipinas, era o equivalente ao inquérito policial no atual processo penal brasileiro.

seis meses de prisão ou 100\$000 de multa) [...] os promotores públicos eram também nomeados pelos presidentes de províncias por três anos, entre os que poderiam ser jurados, a partir também de listas feitas pelas câmaras.

A segunda parte do código de processo criminal fazia considerações acerca do processo em geral, como as regras que tratavam de prescrições, audiências, citações e provas. Ele era dividido em sumário ou ordinário. O primeiro, de competência dos juizes de paz, era relacionado à instrução das queixas formuladas. Já o segundo, era de competência do conselho de jurados, tanto na aceitação da queixa (fase de denúncia), quanto no seu julgamento (LIMA LOPES, 2014, p. 278).

Esse conselho de jurados era presidido por um juiz de Direito⁴⁶. A Constituição de 1824 deu direito de voto apenas aos homens livres, excluindo, assim, os escravos e as mulheres. Ainda aos homens livres, recaíam certas restrições: tinham que ter mais de 25 anos, não ser filhos-famílias, viver com seus pais, não serem criados de servir, nem religiosos e deveriam comprovar renda líquida anual de cem mil réis, por bens de raiz, indústria, comércio e empregos. Estes mesmos regramentos serão aplicados ao jurado. Ele deveria ter participação ativa em um dos ramos do Estado (LIMA LOPES, 2014, p. 279).

Ainda que se enquadrasse nas condições prévias para servir como jurado, alguns membros de certos quadros da atividade estatal eram excetuados, fazendo com que a sua atividade fosse incompatível com a atuação no conselho de jurados, como os senadores, deputados, ministros de Estado, bispos, magistrados, vigários, entre outros (LIMA LOPES, 2014, p. 279).

No que tange o caminho do processo em si, que variava, por certo, de acordo com a competência na qual estava inserido, tem-se como processo ordinário a queixa da vítima (nos casos de crimes particulares) a denúncia do promotor, ou ao juiz de paz, ao Supremo, Relações e câmaras legislativas.

O juiz de paz, finda a instrução, julgava o caso (caso fosse de sua competência) ou enviava ao juiz de direito que presidia o conselho de jurados. Por decorrência do artigo 244, do supracitado código, o conselho de acusação deveria responder a pergunta “há neste processo suficiente esclarecimento sobre o crime e seu autor para proceder à acusação?”, caso a indagação fosse respondida negativamente, se desenvolveria uma espécie de nova instrução, agora perante o conselho que, ao fim, deveria responder a uma segunda pergunta: “procede a

⁴⁶ Não havia uma carreira judicial aberta: o ingresso na magistratura profissional dependia de nomeação do imperador. Depois de nomeados, os juizes formavam um corpo prestigiado dentro do império, gozando de vitaliciedade mas não de inamovibilidade (LIMA LOPES, 2014, p. 318).

acusação contra alguém?”. Assim, o processo se encaminhava ao júri de julgamento ou para a sentença (LIMA LOPES, 2014, p. 279).

Em relação à nova roupagem do processo criminal, trazida pelo código e seus ares liberais e comprometidos com valores humanitários, afirma Lima Lopes (2014, p. 279):

Desaparecida a *Devassa* e dadas tantas atribuições ao juiz de paz eleito, o Código favorecia nitidamente as intenções descentralizadoras dos liberais [...] Era também um ataque à elite judicial que se vinha formando na Corte e em toda parte no Brasil. Os magistrados, além dos advogados, foram sempre um grupo importante na política imperial. Muitos magistrados candidatavam-se a deputado e assim havia na Câmara, em 1850, 34 juízes de direito e 8 desembargadores dentre 111 deputados.

Por ir contra certos interesses das elites dominantes, o código de processo criminal foi reformado em 1841, cristalizando, assim, uma reação dos conservadores aos ditames liberais e progressistas do *digesto*.

Essa reforma esvaziou sobremaneira as atribuições do juiz de paz, caracterizando-se como uma reforma centralizadora e *policializante*. Os chefes de polícia assumiam as funções dos juízes de paz, não apenas fazendo o papel investigativo inerente ao inquérito, mas por suas atribuições, como a possibilidade de elaborar sentenças de pronúncia em certos crimes, já que o júri de acusação também havia sido abolido. Assim, a instrução criminal passa a ser matéria de polícia.

O imperador passava a nomear o chefe da polícia na Corte e nas províncias, escolhidos dentre o corpo de desembargadores e juízes de direito (LIMA LOPES, 2014, p. 280). Assim, afirma José Reinaldo Lima Lopes (2014, p. 320):

Se o código do processo criminal foi nitidamente liberal, sua reforma em 1841 foi nitidamente conservadora. A instrução criminal passou do poder judiciário eleito (juízes de paz) ao executivo: eram os chefes de polícia nomeados pelo presidente da Província que delegavam suas funções a delegados de polícia no interior para investigar inquisitorialmente os crimes.

O código de processo criminal manteve-se, desta forma, até o ano de 1871, quando, novamente, passou por reforma e trouxe, como grandes inovações, a criação do inquérito policial⁴⁷ e a possibilidade de nomeação dos juízes municipais e promotores feitas diretamente pelo imperador, sem que precisasse escutar a Câmara (LIMA LOPES, 2014, p. 281).

⁴⁷ Da mesma forma, como é até hoje, o inquérito policial se presta a ser a fase investigativa por excelência no processo penal brasileiro, cabendo à polícia realizar a investigação que tem como fito formar o convencimento do *parquet* acerca da necessidade ou não de ofertar a denúncia. Vale lembrar que esta fase do processo penal, extrajudicial, não prestigia o contraditório, sendo uma fase de nítido caráter inquisitorial.

2.6 A pena de prisão no Brasil e a criação da casa de correção da corte

Como visto anteriormente, a partir da independência brasileira, em 1822, o Brasil adotou uma monarquia constitucional, tendo a preservação da escravidão um papel extremamente relevante para a unidade política da nova nação, relevante principalmente sob dois prismas: o primeiro era o de evitar uma insurreição escrava e o segundo a necessidade de reconhecimento internacional do Estado brasileiro (KOERNER, 2006, p. 207).

Ao lado da disciplina de certas temáticas já citadas na referida pesquisa, como as previsões constitucionais que garantiram a responsabilidade individual do infrator, a abolição, para os cidadãos⁴⁸, das penas de açoites, torturas e demais penas cruéis, entre outras expressões do liberalismo jurídico, a Constituição imperial também determinou que as prisões fossem seguras, limpas e bem arejadas, sendo exigida a separação dos reclusos, levando-se em consideração a sua classificação penal e a natureza dos seus crimes. Para isso, seria necessário construir as casas que deveriam albergar os condenados dos processos criminais (KOERNER, 2006, p. 208).

A partir da leitura das disposições do Código Criminal, uma coisa é notória: o seu dispositivo fundamental é a adoção da pena de prisão pelo legislador. Antes de 1830, tinha-se a predominância do uso da tortura e demais penas públicas, orientadas contra o corpo do condenado. Caracterizando o uso da prisão antes da estruturação da cultura jurídica brasileira, afirma Manoel Barros da Motta (2011, p. 83):

a prisão não era a forma sistemática, principal de punir; os cárceres no Brasil, como no sistema do Antigo Regime europeu e segundo uma tradição que vinha pelo menos da Idade Média, eram lugares onde se guardavam os criminosos, esperando que a sanção dos tribunais os levasse à punição corporal e pública

Antes da independência brasileira, as cadeias eram geridas pelas províncias municipais, sendo, nas menores, utilizados imóveis alugados para esse desiderato e, as maiores, situavam-se nos próprios prédios das câmaras. Descrevendo a situação das cadeias neste período, afirma Andrei Koerner (2006, p. 209):

as cadeias públicas municipais eram depósitos de pessoas, sem segurança contra fugas nem condições de higiene, e nelas eram recolhidos indivíduos de todo tipo, desde pessoas livres condenadas, que respondiam a processo criminal ou em prisão civil, até escravos ou negros suspeitos de serem escravos fugidos, e também vadios, loucos, índios, prostitutas, bêbados etc.

⁴⁸ O artigo 60 do Código Criminal dispunha que, quando o escravo não fosse condenado à pena de morte ou às galés, suas penas seriam os açoites, sem prejuízo de trabalharem, presos a ferros, nas propriedades de seus proprietários ou em estabelecimentos públicos (KOERNER, 2006, p. 208).

Um aspecto interessante era a própria diferenciação das cadeias, com base em quem cometia os delitos. Dessa forma, existiram as militares, as eclesiásticas, a naval e as prisões civis, como a Aljube⁴⁹ e o Calabouço, sendo esta última a prisão onde os escravos permaneciam custodiados e sofriam os açoites, como pena pública ou pena privada. No Rio de Janeiro, capital do império, havia mais de 30 prisões (KOERNER, 2006, p. 210).

Entre os grupos que eram recolhidos à prisão, sem sombra de dúvida, os que sofriam com pior condição eram os escravos. A eles eram oferecidas alimentações e vestimentas de baixa qualidade, além da exigência de trabalharem em serviços externos, até mesmo para outros presos (KOERNER, 2006, p. 210).

Ainda que se coloque, genericamente, o termo “escravos”, é necessário reconhecer que, dentro deste grande grupo, muitos deles possuíam condições diferentes entre si, sobretudo por conta de suas diferentes relações com o seu proprietário. Essas relações ditariam as formas de punição e as hipóteses jurídicas às quais estariam submetidos. Desta forma, afirma Andrei Koerner (2006, apud KARASCH, 2010, p. 210) que, além dos escravos condenados, existiam, também, os que eram detidos para correção, por vontade de seus donos, existindo a possibilidade de ficarem perpetuamente na prisão na medida em que não poderiam sair sem a concordância dos seus proprietários. O governo não poderia oferecer-lhes perdão na medida em que não havia-lhes condenação alguma. Em situação semelhante ficavam os escravos depositados, quando as dívidas de seus donos com a taxa de manutenção excediam o seu valor.

Ainda sobre as diferentes situações pelas quais os escravos passavam, giza Andrei Koerner (2006, p. 210-211), fazendo referência à Karasch (2000, p. 178-179) e Salla (1999, p.85-86):

Outro grupo era o dos escravos fugidos, aqueles cujos donos se recusavam a libertá-los para puni-los da fuga, ou os que não revelavam os nomes de seus donos nem mesmo sob tortura. Então, ficavam nas prisões à espera da reclamação por parte de seus proprietários. Havia, ainda, os africanos livres, libertados do tráfico ilegal pelas operações das marinhas inglesa e brasileira na década de 1830. Eles foram emancipados pelo governo brasileiro, mas a sua condição acabou sendo igual à dos

⁴⁹ O Aljube foi visitado por uma comissão inspetora, na qual participava Manoel da Cruz Jobim, que estaria compondo o grupo que fundaria a Casa de Correção. Nas visitas, percebeu-se que a cadeia possuía inúmeros problemas, entre eles, a mistura dos criminosos, manifestando o crasso desrespeito ao princípio de separação dos detentos e a inexistência de boas condições de higiene. A repugnância gerada pelo Aljube era tanto física, quanto moral: no mesmo local situavam-se acusados com criminosos, delinquentes de pequenos delitos permaneciam trancafiados juntos com homicidas. A comissão descreve o estado de Aljube como manifestação de um horror no sentido absoluto, inumano, que só o contato com o real da prisão insuportável pode dimensionar (MOTTA, 2011, p. 94).

escravos, visto que foram deixados sob guarda de grandes proprietários de escravos ou ficaram a cargo das autoridades prisionais, para executar serviços públicos.

É válido mencionar que essas casas de correção possibilitam a substituição das penas pecuniárias ou corporais e dão origem à pena de prisão. É neste cenário que, em 1833, o governo imperial começa a se articular para criar a Casa de Correção na Corte, cujo projeto arquitetônico obedeceria o modelo *panóptico* desenvolvido por Jeremy Bentham, que tinha como maior intenção o controle total sobre os prisioneiros. No caso específico da Casa de Correção da Corte, ela seria inovadora na medida em que proporcionaria a prisão com trabalho, na esperança de regeneração do recluso.

Aspectos conjunturais catalisaram as tomadas de decisões que desaguarão na construção da mencionada prisão: as insurreições urbanas, vindas após a abdicação de D. Pedro I, provocaram um grande medo nas classes detentoras do poder no Rio de Janeiro, proporcionando o planejamento de medidas rigorosas de controle social. Como o sistema penal quase sempre é utilizado justamente para estes fins, não é de se estranhar que estas classes tenham pensado em a ele recorrer (MOTTA, 2011, p. 105).

Ensina Andrei Koerner (2006, p. 211) no que concerne às especificidades estruturais do prédio utilizado para servir de prisão que o prédio contaria:

com quatro raios, com duzentos cubículos cada um, totalizando 800 celas. Em cada raio haveria quatro andares, que comportariam cinquenta cubículos por andar, cada qual com 2,64 m de comprimento, 1,65 m de largura e 3,08 de altura, totalizando 4,3 m². As celas seriam distribuídas ao longo de um corredor central, havendo também corredores externos [...] as oficinas seriam intercaladas com os raios, enquanto, na torre central, se situariam a casa do diretor e a capela.

O que ocorreu, em verdade, é que o prédio foi construído de uma forma completamente diferente do que previra o seu projeto arquitetônico. E as diferenças entre o que foi planejado com o que realmente ocorreu na Casa de Correção na Corte não se restringiu apenas a assuntos pertinentes à engenharia: o seu próprio funcionamento, como veremos ao sul, também foi deturpado.

O modelo *panóptico* estrutura-se na ideia da existência de uma torre central que possa exercer a vigilância em todos os setores do prédio. Todavia, de acordo com relatório realizado pela comissão inspetora da casa de correção da corte, muitos erros foram cometidos durante a construção do edifício, inviabilizando por completo a consecução dos objetivos prometidos pelo modelo proposto por Bentham.

Assim, as galerias deveriam ser largas o suficiente para a ventilação no interior do prédio, bem como para a chegada dos policiais em qualquer ponto do estabelecimento

prisional, mas não eram assim. Os corredores eram atravessados por lajes que separavam os andares. Estas lajes bloqueavam a visão dos guardas, que não conseguiriam observar o que ocorria nas celas de andares diferentes dos quais estavam situados (KOERNER, 2006, p. 212).

Em decorrência destas falhas na execução da construção do edifício, chega-se a uma conclusão que põe em cheque a funcionalidade do modelo *panóptico*: na realidade, da pretensa torre de observação central, os guardas pouco conseguiriam vigiar todas as celas e corredores (KOERNER, 2006, p. 212).

Os prisioneiros eram alojados conforme os andares do edifício eram construídos. Assim, à medida que novos andares e alas eram concluídas, os presos a elas eram transferidos. O segundo raio da Casa de Correção foi também executado de forma completamente dissociada do seu projeto, tendo recebido inúmeros presidiários sem condenação criminal, apenas acusados, que estavam no Aljube que, por apresentar problemas estruturais, (ameaçava desabar) teve que ser gradualmente desocupado (KOERNER, 2006, p. 213).

Afora os problemas físicos relacionados à execução das obras na Casa de Correção da Corte, muitos problemas envolviam as atividades nele desenvolvidas e o aproveitamento de sua estrutura. Um deles foi o regime disciplinar que seria adotado. Esta temática foi alvo de debates entre os juristas, tendo grupos em defesa do isolamento total, obrigação do silêncio e trabalho solitário efetuado nas celas, e outros grupos em defesa da separação dos condenados por classe e execução de trabalho em comum. Os testes de cada regime disciplinar seriam feitos nos diferentes raios do estabelecimento (KOERNER, 2006, p. 212).

Por conta das péssimas condições e até mesmo a falta de outras prisões na cidade do Rio de Janeiro, muitos presidiários foram transferidos à Casa de Correção na Corte, misturando-se presos e sentenciados pelos mais diversos delitos, tornando-se quase impossível de se estabelecer uma disciplina única a eles (KOERNER, 2006, p. 212).

No plano das condições oferecidas pelas celas, afirma Andrei Koerner que a Casa de Correção desrespeitava claramente as exigências constitucionais de higiene e salubridade do estabelecimento prisional, exigências essas consideradas como elementos fundamentais para a reforma moral dos condenados (como o próprio nome diz, deveria ser uma casa de correção).

No prédio, não havia água encanada, esgoto e instalações para o banho dos custodiados. Também não existia enfermaria, sendo realizadas as consultas nas próprias celas, sem isolamento algum dos enfermos com doenças contagiosas. Tratando das péssimas condições sanitárias, afirma Koerner (2006, p.214):

O diretor do estabelecimento, que ali trabalhava há dez anos como médico, considerava que a condenação a uma pena maior de dez anos equivalia a uma

sentença de morte. Os poucos que cumpriam esse tempo deixavam a prisão com lesões graves, que os incapacitavam para qualquer ocupação útil.

Com tudo o que foi exposto, percebeu-se que o código criminal dota a prisão de um grande protagonismo, sendo cominada em uma vasta gama de delitos, o que não ocorria no livro V, das Ordenações *Filipinas*, até então o documento que tratava da questão criminal no Brasil. Também se observou que as disposições constitucionais aboliram as penas cruéis (exceto para os escravos) e previram condições de salubridade e higiene mínimas para os estabelecimentos prisionais.

Mas, na realidade, a prática foi bem diferente. O que ocorreu foi o uso da prisão como forma de controlar socialmente grupos que colocavam em risco interesses das classes hegemônicas. O grupo dos escravos condenados era o que obtinha pior condição, seja por conta das penas severas, que só a eles poderiam ser cominadas, seja porque, nas próprias prisões, onde ficavam custodiados nos locais mais insalubres, tinham que trabalhar para os outros presos. Essas condições não eram experimentadas pelas elites, na medida em que os crimes relacionados à atividade administrativa (atividade estatal que concentrava grande parte da classe hegemônica) eram punidos de forma mais branda.

No que é pertinente à questão das previsões legais no âmbito processual, no pós-reforma, percebe-se que dotaram o processo criminal de nítido viés inquisitório, montando as bases de uma atuação autoritária e arbitrária.

Ao se transpor o olhar para a atualidade, são perceptíveis os reflexos de construção do autoritarismo e inquisitorialidade no Brasil Colônia e, posteriormente, no Brasil enquanto monarquia, em relação à seara penal brasileira. São marcas que se mantem vivas até a atualidade.

Os afro-brasileiros, em sua maioria descendentes de ex-escravos, sofrem as agruras de uma atuação policial seletiva, que os inserem em instalações sem nenhuma higiene e salubridade. Continuam sendo presos por conta de uma política criminal que visa a sua exclusão social, sobretudo por conta da sua condição de miséria que os tornam não-consumidores. Continuam sendo punidos com mais rigor por conta da maior severidade destinada aos crimes patrimoniais, enquanto que os crimes tributários, que em regra não serão cometidos por essas classes subalternas (e sim pelas elites econômicas), são alvo da “candura” do legislador, criando-se várias causas de extinção da punibilidade pela reparação do dano; com prisões preventivas decretadas arbitrariamente, sem fundamentações bem formuladas, usando da “vala comum” da garantia da ordem pública para que sejam aprisionados, sem crime e sem sentença, não perturbando a utilização do espaço urbano pelas “pessoas de bem”.

Portanto, percebe-se que muito do autoritarismo tão presente na atualidade guarda relação umbilical com os eventos narrados.

2.7 Embate entre o branco e o negro: a questão do medo

Afirma Vera Malaguti (2007, p. 142) que as classes conservadoras, na formação social brasileira, trabalharam com a difusão do medo como mecanismo indutor e justificador de políticas autoritárias de controle social, sendo manipulado desde o modelo colonial escravista até os dias atuais.

O desenvolvimento de uma ordem essencialmente burguesa no Brasil sempre deparou com o medo da insurreição negra ou com o medo da *Haitianismo*⁵⁰, sobretudo por conta da enorme quantidade de negros que habitavam o Brasil, principalmente na cidade do Rio de Janeiro que, entre as décadas de 1830 e 1870, contava com a maior população negra nas Américas (MALAGUTI, 2007, p. 143). Afirma Casara (2015, p. 232) que, a partir deste temor, “passou-se a intensificar o controle social sobre essa parcela da população; de igual sorte, fez a opção política por reprimir as condutas tradicionalmente praticadas por negros”.

O medo é apropriado como elemento central de um discurso autoritário de aumento de repressão e controle social. Isso ocorreu no Brasil quando o país vivia sua fase de monarquia e ocorre até hoje. Fragoso (2015, p. 273) afirma que há uma verdadeira propaganda para incutir medo, de forma subliminar, como se fosse uma autoridade anônima. Este estado de ânimo tem grande potencial para disparar ou exacerbar uma mentalidade autoritária, sendo extremamente funcional para colocar as relações interpessoais em bases autoritárias.

Este temor, tão útil para a estruturação de um sistema excludente, faz as pessoas acreditarem que, para permanecerem inseridas, devem excluir o seu diferente (FRAGOSO, 2015, p. 273-274):

A insegurança, o medo e o desamparo levam a que as pessoas passem a reputar aceitáveis e até a racionalizar práticas que acham que poderão protegê-las [...] A cultura do medo leva a que este sentimento seja direcionado aos diferentes, que numa sociedade capitalista, recaí sobre grupos menos favorecidos.

As políticas genocidas de controle social puderam se fortalecer no interior da sociedade brasileira justamente por conta da propagação deste temor, servindo para gerar

⁵⁰ Termo cunhado para expressar o temor das elites brancas de que, no Brasil, ocorressem revoltas como as que ocorreram no Haiti, onde os negros iniciaram uma revolução contra os seus colonizadores franceses, utilizando-se da violência para chegar ao poder.

estratégias de exclusão e disciplinamento das massas empobrecidas, desviando o foco de uma (tão necessária) análise crítica da violência estrutural de uma sociedade tão desigual (MALAGUTI, 2000 apud FRAGOSO, 2015, p. 281).

Existia um excesso de mão-de-obra e grande concentração demográfica, o que desaguou na programação da pena de morte. Este cenário é alterado a partir da proibição do tráfico atlântico (em 1850), em que a quantidade de escravos decaiu substancialmente (BATISTA, 2006, p. 293).

Neste cenário de instabilidade e temor contínuos, aduz Batista (2007, p.143): “a principal questão a ser administrada, ideológica e politicamente, era a convivência do liberalismo com o sistema imperial-escravista”. Para dar conta desta compatibilização feita forçadamente, como se apreendeu nas seções anteriores, foi utilizado um arcabouço jurídico que preservasse a hierarquização social característica dos regimes absolutistas.

E isso foi feito, utilizando, por exemplo, a Constituição e o Código Criminal, com a prescrição de garantias como as já referidas na abolição de penas cruéis e intransmissibilidade das penas, com um direito de propriedade que deveria ser exercido em sua plenitude, não afrontando a questão da escravidão que, pelo contrário, era mantida pela própria letra da lei (BATISTA, 2007, p. 146).

Como forma de controle social e proteção de eventuais revoltas, não foram poucas as leis que visavam criminalizar condutas identificadas como sendo praticadas pela população escrava. Batista (2007, p. 146) cita como exemplos: lei editada em 1835 que penaliza de morte o escravo que cometa qualquer delito contra o senhor, feitor ou seus familiares⁵¹; a lei

⁵¹ Nilo Batista narra um acontecimento interessante que envolve a execução desta lei, ilustrando como muitas vezes o arcabouço legal era manipulado, com o auxílio de um judiciário que servia aos interesses hegemônicos. A premissa fundamental é pensar que o escravo era propriedade de alguém e a pena de morte, cominada para o seu crime, era extremamente prejudicial ao seu proprietário. Assim, o acontecimento dá conta que no dia 1º de outubro de 1879, em uma fazenda na província de Vassouras, no Rio de Janeiro, os escravos Gil, Manoel, Quintiliano, Marciano e Joaquim, de propriedade do Sr. Guimarães, mataram o feitor português José Bastos Oliveira. O exame de corpo de delito descrevia vários ferimentos distintos na cabeça e contusões no ombro que “parecem ter sido feitas com pau”. Após a prática do crime, os escravos apresentaram-se até a delegacia, informando o ocorrido, o que notoriamente configurava a autoria de homicídio qualificado por ajuste prévio. O delegado de polícia, extraordinariamente, passa a preocupar-se em saber em qual momento exato o feitor havia morrido, em uma tentativa clara de reduzir o número de indiciados, ainda que isso desafiasse as provas e as versões do fato dadas pelos escravos. A denúncia foi ofertada apenas a dois escravos, na medida em que os outros três agrediram um cadáver (logo após os primeiros golpes, o feitor havia falecido), o que não era previsto como crime. Durante a fase processual, foram feitas tentativas de descaracterizar o Sr. José Bastos Oliveira como feitor da fazenda. No julgamento realizado pelo júri, após a atuação dos advogados contratados pelo fazendeiro, os jurados responderam negativamente o quesito que perguntava se a vítima era feitor, assim como negaram o quesito que perguntava se houvera ajuste prévio, o que qualificaria o homicídio. Desta feita, o juiz de Direito condenou Gil e Manoel às sanções de homicídio simples, convertendo a pena em 400 açoites para cada um. Pode-se imaginar a alegria de Guimarães que, após o julgamento, teria como prejuízo um feitor, os honorários de

baiana de nº 9, que previa aos africanos libertos que retornassem à província das quais foram expulsos para serem processados por insurreição; leis de criminalização dos lundus, batuques e algazarras; criminalização do ato de alugar casa a escravos, ensejando prisão ao locador, entre outras leis de igual caráter.

No que tange ao projeto de repressão penal direcionada a bem identificadas parcelas da população, Casara (2015, p. 232) afirma que o Estado, através do seu projeto de repressão social, direcionado a um grupo facilmente identificável, “fez opção política por reprimir as condutas tradicionalmente praticadas por negros”. A criminalidade identificava-se com a criminalização do negro⁵².

Esse temor, em grande parte, advém daquilo que Sidney Chalhoub chamou de “cidade negra”, transgressora, arredia, local onde os negros tinham sua própria racionalidade enraizada no modo de vida urbano, tecido por uma luta subterrânea e silenciosa que durou vários anos. Sobre ela, afirma o autor (1988, p. 91):

Por um lado o meio urbano cada vez mais escondia a condição social dos negros, dificultando a distinção entre escravos, libertos e pretos livres, diluindo uma política de domínio. A cidade que escondia ensejava a cidade que desconfiava e para isso transformava todos os negros em suspeitos.

No que concerne ao seu enquadramento jurídico, temos que a escravidão situa-se em uma “moldura bastante flexível”, sem regulamentação expressa (lembre-se que a Constituição imperial calou-se sobre os escravos), o que por certo dá azo para uma infinidade de práticas. Uma temática bastante relevante, dada essa plasticidade conferida ao tratamento dos cativos, gira em torno da coexistência entre as penas públicas e privadas a eles cominadas. Sobre o assunto, expõe Nilo Batista (2006, p. 289):

A pena pública, aplicável aos escravos – eles são coisas para o direito privado, porém são pessoas para o direito penal – convive com uma pena privada, que com ela disputa ou se articula [...] o poder punitivo privado, que organiza a exploração do trabalho escravizado no engenho, nas minas, na charqueada, nas fazendas de café, quer exercer-se, à imagem dos fundamentos institucionais da escravidão, sem regras expressas, ou com poucas regras, e bem elásticas.

seus advogados e as custas processuais. Todos os seus escravos ainda estariam vivos. O sistema penal funcionara (BATISTA, 2007, p. 33).

⁵² Vera Andrade (2015, p. 275), em relação aos processos de criminalização, afirma que o poder de atribuir a qualidade de criminoso é detida por um grupo específico de pessoas que, pelos critérios escolhidos, bem como a especialização que tiveram, exprimem certos interesses de determinados estratos sociais. A criminalização depende, essencialmente, da condição social que provém ou da situação familiar a que pertence o desviante, ou seja, as chances do etiquetamento criminal não decorrem tanto da conduta praticada, mas sim da posição do indivíduo na pirâmide social.

Entre essas duas formas de punição, existe uma tenaz contradição: a corporalidade das penas direcionadas aos escravos, expressa pelas palmatórias, açoites e troncos, que eram utilizadas com o fito de assegurar que sua “mercadoria” não fugisse e lhe prestasse submissão e respeito, preservando a força de trabalho adquirida pelo proprietário. Mas já crimes como o de lesa-majestade escravista, o atentado contra seu senhor ou feitor, gera o desemprego por conta da condenação capital (BATISTA, 2006, p. 292). Portanto, os escravos ora são coisas e ora são pessoas, experimentam diferentes tipos de sanções, uma no âmbito privado, utilizada na medida certa para que a punição da sua força de trabalho fosse mantida, e a outra pública, que acarretava na morte do cativo, o que, por certo, não era interessante ao seu proprietário.

Existia uma simbiose entre as penas públicas e as penas privadas, que se articulavam no sentido de promover um maior controle social e repressão aos escravos. Nesse período, vigorava a ideia que o proprietário do escravo possuía o direito de castigá-lo. Esse direito está plasmado no Código Criminal de 1830, em seu artigo 14, que permitia expressamente o “castigo moderado” do senhor ao escravo. Em seu artigo 60, dispõe que, após a cominação dos açoites, os escravos seriam entregues ao seu dono, que deveria trazê-lo com um ferro pelo tempo que o juiz designar (BATISTA, 2006, p.295).

O silêncio do discurso penalístico, diante das justificativas dadas à possibilidade do castigo senhorial moderado, é prova do sucesso que o poder punitivo privado escravista alcançou em resistir ao ver-se regulamentado (BATISTA, 2006, p. 296).

Nesses casos, tem-se o açoite como pena pública e o senhor responsável por sua execução (órbita privada). Ora, mas como já visto no presente trabalho, a Constituição havia proibido a cominação de penas cruéis, o que tornava a prática inconstitucional. Essa questão fazia como que os penalistas da época tivessem que realizar verdadeiros contorcionismos hermenêuticos/argumentativos para que pudessem legitimar o disposto no código criminal.

Acerca da alternativa encontrada à época, aduz Nilo Batista (2006, p. 297):

Está tudo claro: o escravos estão fora da Constituição, e portanto, segundo autores liberais que esses penalistas liam, em estado de natureza, e a “necessidade palpitante” dos açoites, a única que pode corrigi-los, decorre de ser a escravidão uma fatalidade que o Brasil compartilhava com “povos mais antigos e mais civilizados”. O discurso penalístico legitimante é quase sempre uma caricatura empertigada dos desejos da classe social dominante, que a fluência dos anos torna progressiva e impiedosamente mais nítida.

O modelo punitivo adotado no Brasil se preocupa especialmente com “conservação útil” do escravo, para que, apesar da punição, consiga passar a maior parte do tempo efetuando seus trabalhos. Essa preocupação cristaliza-se com a própria delegação estatal, ao

proprietário do escravo, na realização da execução da pena⁵³. Essa é a razão para os senhores terem verdadeiro horror às penas de galés, considerada como a apropriação pública do trabalho que deveria ser direcionado ao senhor (BATISTA, 2006, p. 298).

Ainda sobre as relações entre o controle repressivo e os interesses das classes hegemônicas burguesas, ensina Casara (2015, p. 233):

Não há mais dúvida de que, na virada do século, a normatização da repressão e do controle social era endereçada ‘à regulamentação do mercado de trabalho capitalista’. Nesse contexto, a classe dominante, nomeadamente a burguesia cafeeira, buscou o controle do Estado e da repressão, apropriando-se do discurso jurídico, extraindo das ‘normas jurídicas a legitimação e justificativa de sua dominação, articulando e organizando a sociedade, criando ‘normalidade’ e a ‘ordem’ e, por fim, controlando todos os ‘desvios’ que pudessem ocorrer por parte das classes subalternas e mesmo dos setores dominantes não hegemônicos.

A própria luta abolicionista e antiabolicionista desenvolveu-se no campo jurídico, tendo como centro da discussão a garantia constitucional do direito de propriedade, que gerou acalorados debates e versaram sobre um vasto número de assuntos, entre eles a exigência de indenização prévia, já que o escravo era propriedade adquirida legitimamente. Esse era um forte argumento para uma espécie de extinção gradual da escravidão em uma sociedade que incorpora diferenças sociais e pessoais sob a forma de direito adquirido (LIMA LOPES, 2014, p. 339).

A listagem de certas leis e ordens, ainda que para isso sejam comprimidos vários anos de luta dos subjugados, indica a evolução das situações dos escravos africanos, o que não denota, obviamente, que suas condições tenham se tornado aprazíveis e adequadas. Aqui, será feita uma breve análise de dois marcos fundamentais para o processo de abolição da escravidão no Brasil.

Inicialmente, tem-se a aprovação da lei Eusébio de Queirós, em 1850, que demonstra a difícil eficácia das leis no Brasil da época. Ainda que a lei trouxesse a proibição do tráfico de escravos, não havia repressão em relação à prática, usando-se como argumento a dificuldade de fiscalização da longa costa nacional (LIMA LOPES, 2014, p. 341).

A lei do Ventre Livre, em 1871, declarava serem livres todos os filhos de escravos nascidos a partir do dia 28 de dezembro do referido ano. Ela respeitava a ideia de que a propriedade do escravo era um direito adquirido do senhor, prevendo o pagamento, por parte

⁵³ Além da pena pública do açoite, executava pelo proprietário do escravo, tem-se, também, exemplificativamente, que o senhor que mantinha, por ordem judicial, seu escravo sob ferros, estaria executando na esfera privada uma pena que era pública (BATISTA, 2006, p. 298).

do tesouro nacional, de uma indenização por filho de escrava entregue ao Estado (LIMA LOPES, 2014, p. 342).

Formada a estrutura legal, na seara penal, cumpre-se questionar se os cativos ou os próprios escravos libertos, a partir da utilização do Direito, poderiam, de alguma forma, melhorarem as suas condições de vida.

De acordo com Lara (2007, p. 130), a ideia da completa inexistência de direitos para os escravos configura uma ficção, por dois motivos primordiais: porque, apesar da ausência de uma codificação específica sobre a escravidão, crê ser possível falar de uma legislação escravista, que delimitou direitos aos cativos; o segundo motivo envolve as lutas empreendidas pelos escravos que resultaram, sim, em consolidação de direitos, ainda que sem ser escritos.

Na dinâmica das relações entre escravos e senhores, estava claro que os cativos possuíam certas necessidades e vontades que eram levadas em consideração por seus proprietários (LARA, 2007, p. 132):

Tanto na esfera pública, da lei e do direito, quanto na esfera privada e doméstica, do exercício do poder senhorial, a relação entre senhores e escravos foi entendida como composta por seres que deveriam observar, entre si, certos direitos e deveres. Há tempos os historiadores da escravidão ultrapassaram o âmbito das análises baseadas em dicotomias polarizadas que simplesmente opõem suavidade e crueldade, coisificação e humanidade, resistência e acomodação, “paternalismo” e violência. Mais que escolhas entre um ou outro termo, a historiografia tem procurado apreender a complexidade das relações sociais, examinando como todos estes elementos se inter cruzavam na conformação das políticas de domínio dos senhores e nas ações e experiências dos escravos.

Desta feita, sob esta perspectiva, nem mesmo na ótica dos senhores, os escravos eram considerados como seres sem vontade própria. Suas atuações diárias impunham limites à vontade de seus proprietários que, por sua vez, não reconheciam como conquistas, efetivamente, mas sim como concessões que piedosamente concediam (LARA, 2007, p. 132).

Acerca do uso, pelos cativos, do processo judicial e de uma defesa de direitos pautada na lei positivada, afirma Neder (2007, p. 190-191):

Sem dúvida, pode ser pitoresco levantar um fundo arquivístico onde se revela uma certa quota de processos jurídicos abertos por escravos, procurando assegurar seus direitos. Deve-se tomar o cuidado de estudar o contexto mais geral da condição escrava no Brasil; número total dos processos, sexo do/a demandante, lugar de trabalho (se na casa-grande ou no eito), para, então, poder analisar as possibilidades históricas de produção de efeitos de resistência à ordem escravista através do recurso à lei. Isto não implica uma desconsideração da viabilidade de tal resistência existir; apenas recomendamos cuidados para que, no afã da aplicação de uma orientação metodológica que julgamos correta, não saíamos interpretando o processo histórico brasileiro usando fórceps metodológicos por onde se procurar encaixar a dinâmica histórico-social.

Sobre a importância do estudo desta fase da história brasileira, para compreender a todo o autoritarismo que está patente nas práticas da seara penal da atualidade, afirma Malaguti (2007, p. 148):

Evocar o período pós-emancipação para compreender os medos e a expansão do direito penal e dos sistemas punitivos no Brasil contemporâneo significar criticar as permanências do seu paradoxo fundacional: incluir, excluindo. Significa também conter, no momento de maior expansão carcerária da história, o discurso do direito penal como locução legítima e produtora de sentidos.

De acordo com Batista (2006, p. 309) o penalista brasileiro não pode perder o seu pecado original, que é a fundação da pena pública em uma estrutura social privativista, na qual os instrumentos públicos de coação pertenciam às classes dominantes. Essa relação hoje pode ser visualizada em várias temáticas caras às ciências criminais, como o grande poder de influência dos grandes grupos de comunicação social, no que tange à política criminal e espetacularização das prisões, inculcando na população um senso comum criminológico que elege os grupos marginalizados como bodes expiatórios das catástrofes sociais, bem como a tolerância com os castigos físicos, linchamentos e execuções policiais.

Assim, por tudo o que foi analisado no presente capítulo, fica claro que não se pode realizar uma análise da formatação do código penal brasileiro e do código de processo penal brasileiro, ambos de caráter inquisitório, dissociada de um exame do comportamento do Estado diante da situação dos escravos no período pós-abolição. Os reflexos da escravidão recaem de forma significativa na justiça criminal, permanecendo, ainda hoje, essencialmente autoritária.

É exatamente neste período, em que o sistema penal começa a ser utilizado como instrumento de segregação social e controle das massas, gerando um cenário em que o autoritarismo e a inquisitorialidade ocupam papel de destaque, lançando, desde essa época, as suas linhas nefastas de atuação, sobreviventes até hoje, marcadas pela perversidade, com a figura do réu, e pela formatação de uma sociedade hierarquizada socialmente, onde as massas são subjugadas e marginalizadas.

Aceitarmos, hoje, a presença de institutos perversos com o réu (como os analisados no primeiro capítulo da investigação) e de nítido caráter inquisitório, denota claramente a não compreensão do que está exposto na Constituição, principalmente quando esta desenha para o Brasil contornos de um modelo acusatório de processo penal.

Este é um enorme sinal de quão naturalizada está, no Direito brasileiro (sobretudo na esfera penal, objeto de análise da presente pesquisa) a atuação autoritária presente no período

da escravidão ora analisado, momento em que o uso da prisão esteve atrelado ao controle social de grupos que ameaçavam as classes dominantes.

3 PERMANÊNCIAS AUTORITÁRIAS E NECESSIDADE DE SUPERAÇÃO DA INQUISITORIEDADE

Até agora, na presente pesquisa, realizou-se análise de três institutos processuais penais que envolvem barganha, quais sejam: a confissão como circunstância atenuante genérica da pena, a delação premiada e a transação penal e, com isso, concluiu-se que a utilização de tais institutos deságua no fortalecimento de práticas autoritárias e inquisitoriais no processo penal brasileiro, sobretudo a partir da coerção exercida sobre o imputado, que se vê estimulado a abdicar de direitos fundamentais em prol de ser “beneficiado”.

Existe uma perversidade ínsita aos institutos trabalhados, na medida em que, ao contrário do que propaga o “discurso oficial”, favorecimento nenhum recai sobre o acusado que, ao final do processo, sempre estará colocado em situação desfavorável, tendo que enfrentar os inúmeros dissabores que uma sanção penal traz.

Na realidade, os verdadeiros beneficiados são o Ministério Público⁵⁴ que, através da sua atuação, consegue um grande número de condenações⁵⁵, indo ao encontro do anseio da sociedade por mais punição (impulsionado pela manipulação do medo, realizada, principalmente, pela mídia), e os magistrados, que em decorrência da sumarização dos procedimentos e renúncia das garantias do réu, julgam mais processos (o que serve para cumprir com as metas estabelecidas para sua atuação), desfrutando de uma tranquilidade e despreocupação no momento de julgar, já que dificilmente suas decisões serão contestadas/revogadas.

O sistema de justiça negocial e a utilização da barganha desvelam a essência inquisitória do processo penal brasileiro, o que denota a sua falta de legitimidade constitucional⁵⁶.

Foi feita aproximação entre várias características inerentes ao processo inquisitorial, como a confusão das atividades de acusar e julgar nas mãos do acusador, da gestão das provas

⁵⁴ Aqui, o Ministério Público não deve ser visto em uma visão “institucional”. A referência é direcionada a atuação de grande parte do seu *parquet*, que infelizmente, pauta sua atuação vislumbrando um maior número de condenações.

⁵⁵ Muitas vezes, condenações de fatos que, antes da introdução do sistema negocial na legislação brasileira, nem seriam objeto de uma ação judicial.

⁵⁶ No que tange a diferenciação já trabalhada nesta pesquisa, entre sistema acusatório e inquisitório, Alexandre Moraes da Rosa (2016, p. 151) afirma que esse dilema deve ser superado. O que se precisa realizar, na prática, é uma adequação da estrutura do sistema processual penal, a partir da leitura de documentos que versam sobre direitos humanos e da Constituição Federal.

concentrada nas mãos do juiz, da exacerbada importância dada à confissão e as utilizações dos institutos supracitados, expondo que, em que pese significativas mudanças enfrentadas pela sociedade e os muitos anos que se passaram, a essência perversa do sistema penal não foi alterada, e as práticas inquisitórias se repetem, atingindo as suas mesmas finalidades perversas, até hoje.

Feita a exposição da perversidade ínsita ao processo penal inquisitorial (ainda) mantido no Brasil (mesmo que a Constituição Federal de 1988 tenha delineado o sistema acusatório), investigou-se a origem da construção do autoritarismo presente na legislação penal e processual penal, bem como nas práticas judiciais inquisitórias que ocorrem diariamente nos incontáveis fóruns criminais nos recônditos do país. Para isso, foi realizado um recorte para o período da escravidão brasileira que, como analisado, gerou reflexos relevantíssimos para que, atualmente, tenhamos um sistema penal seletivo e perverso.

A partir das análises da Constituição do Império, do Código Criminal e do Código de processo criminal, percebeu-se que a desigualdade e hierarquização social, que servem como base de qualquer regime escravocrata, foram transpostos aos documentos legais, tornando legais condutas discriminatórias que atentavam contra a higidez física dos escravos, sua liberdade, sua autonomia e dignidade.

A partir do medo de uma revolução negra (*Haitianismo*), se criminalizou condutas identificadas com a massa de escravos como forma de controlar socialmente os grupos que ameaçavam os interesses das classes dominantes.

A prisão, prevista no código criminal do império, foi o instrumento que concretizou essa necessidade de controle social. Os escravos eram os que mais os sofriam quando recolhidos ao cárcere, pois até dentro do grupo dos encarcerados, a eles eram ofertadas as piores condições, tendo, por certas vezes, que trabalhar para outros presos.

Neste terceiro capítulo, tratar-se-á da necessidade da imposição de freios ao poder punitivo, a impossibilidade de uma atuação repressiva sem amarras, ligadas ao arbítrio, subjetivismos e, principalmente, autoritarismo e perversidade. Para isso, será utilizado o referencial teórico constitucionalmente previsto para realizar estes freios, qual seja, o garantismo jurídico, proposto por Luigi Ferrajoli, como sinônimo de limitação (na sua forma mais essencial), a partir de seu estudo enquanto racionalidade moderna, que servirá como hipótese da presente pesquisa.

Não se trata, aqui, de saber quais são as regras do jogo, mas sim de compreender porquê é preciso que regras existam.

A partir da Constituição Federal de 1988, defender a racionalidade de contenção do poder e resistir ao descontrole punitivo (que gera o desrespeito aos direitos fundamentais) é um mandamento constitucional cogente (PINHO; ALBUQUERQUE, 2017, p. 21).

De acordo com Juliano Keller do Vale (2012, p. 30), o sentido do racionalismo, como elemento formador da prática processual penal, passa a ser a possibilidade do ator jurídico efetivar uma resistência crítica constitucionalmente embasada.

Tendo como base a necessidade de freios ao poder punitivo, como bem expressa a vontade do constituinte de 1988 e, sabendo da inquisitorialidade presente no processo penal brasileiro (na pesquisa manifestada pelo uso da barganha), percebe-se que a Constituição Federal não é “compreendida” por conta das práticas autoritárias já naturalizadas na prática judicial brasileira⁵⁷, como foi analisado no segundo capítulo.

Assim, as mudanças realizadas ao longo dos anos, na prática, não representaram efetivas rupturas na esfera penal, em que as “mudanças” pretenderam, apenas, reforçar e fortalecer o seu viés inquisitório. As transições que ocorreram sempre estiveram sob a vigilância constante das classes possuidoras do poder econômico. Pela autorizada fala de Casara (2015, p. 240-241) temos que:

Para além do texto legal, que sofreu ao longo dos anos alterações pontuais incapazes de propiciar mudanças na estrutura do processo penal brasileiro, há uma tradição autoritária que encontra na legislação processual penal instrumentos (poder-se-ia falar de brechas) para se exteriorizar em atos autoritários, mesmo que em períodos democráticos. Percebe-se, pois a inter-relação entre o processo penal e a cultura autoritária brasileira [...] Em uma sociedade autoritária, não há como pensar em um processo penal democrático; eis que um processo penal autoritário atende aos interesses de uma cultura punitiva e uma sociedade excludente, que autoriza um processo penal seletivo.

Se no segundo capítulo foi feita análise do florescimento do liberalismo a partir da monarquia, agora se fará exame do Estado Democrático de Direito, cujo respeito e fortalecimento são pretensões da *Carta Magna* de 1988.

Primeiramente, deve-se ter em mente que o Estado Democrático de Direito pretende situar-se entre o Estado liberal e o Estado social, em que este proporciona os direitos sociais comprometidos pelo liberalismo, através da atuação selvagem do mercado, e aquele, com sua função precípua de abstenção e mero espectador das relações sociais, é forjado a partir da

⁵⁷ Segundo Casara (2015, p. 319), “por não compreender o horizonte e as consequências de sua atuação, o aplicador do Direito tende a repetir o que se apresenta como natural, cedendo à tentação do óbvio. Sobre, ao ator jurídico, a compulsão de repetir o que se revela fundado na tradição”. E como se sabe, a tradição brasileira é autoritária.

crítica ao Antigo Regime (intervencionista), principalmente para a obtenção da liberdade patrimonial. Afirma Alfredo Copetti Neto (2016, p. 92)

ao compasso que o liberalismo se expandia, a sua transmutação era inexorável e andava gradativamente ao encontro daquela exacerbada infusão individualista possessiva – que exaltava o lado econômico do liberalismo, o capitalismo.

Esta tentativa de “compatibilização” foi a alternativa escolhida pela Constituição de 1988.

Sobre o papel do Estado Democrático Direito, sob o manto do garantismo, Pinho e Albuquerque (2017, p. 74) traçam suas primordiais funções:

O papel do Estado Social e Democrático de Direito é, ao mesmo tempo, abster-se de violar direitos individuais (garantia liberal – negativa) e lançar-se ao desafio de realizar programas sociais com o fim de minimizar as desigualdades (garantia social-positiva). O poder fica, assim, limitado, quer por meio das proibições (os órgãos de poder não podem intervir indiscriminadamente; o uso da força é restrito), quer por meio das obrigações (normas de mandato direcionadas aos poderes públicos, determinando o que devem fazer).

Em relação aos Estados liberal e social, tem-se uma grande “luta” entre dois ideais primordiais para a vida em sociedade, o embate entre igualdade vs liberdade⁵⁸. De forma sintética, tem-se que o Estado Liberal, primando por uma atuação estatal não intervencionista e assim garantidora das liberdades individuais, abriu espaço para que as regras do mercado obtivessem uma força sem igual, gerando desigualdades sociais e econômicas, sobretudo pela apropriação da mão de obra das classes mais pobres. Esta atuação desenfreada do mercado, por certo, não acarretou ganhos sociais.

Como forma de equilibrar esta equação, o Estado social aparece como alternativa para que a igualdade fosse restabelecida, sobretudo por conta de uma atuação intervencionista, assegurando à população os direitos sociais. Todavia, o preço desta atuação foi a diminuição da esfera de liberdade dos indivíduos, em nome do ideal de igualdade.

De acordo com o exposto, tem-se que o Estado Democrático de Direito tenta harmonizar estas duas formas de Estado⁵⁹, abarcando aspectos liberais e sociais. Assim, fica

⁵⁸ Ambos os conceitos são vistos por Ferrajoli (2002, p. 31) como efeitos fundamentais da teoria clássica do direito penal e da civilização jurídica liberal, onde a liberdade deve ser assegurada pela ideia de que o indivíduo só pode ser punido pelo o que está proibido pela lei, e o que pela lei não está proibido, não pode ser punido. Já em relação à igualdade, tem-se a noção de que todos os cidadãos devam desfrutar desigualdade jurídica, na medida em que a configuração normativa não pode exaurir-se em discriminações apriorísticas.

⁵⁹ De acordo com Ferrajoli (2002, p. 692), os dois modelos de Estado são independentes. Ocorreram Estados liberais antissociais e Estados sociais antiliberais, como as ditaduras socialistas. Também houve os Estados que eram antiliberais e antissociais, como as ditaduras fascistas. Também se deve levar em conta da existência de modelos de Estado que sejam tanto liberais quanto sociais, enquanto garantidores de direitos fundamentais, tanto de cariz liberal (através de prestações negativas) quanto de cariz social (através de prestações positivas).

claro que o direito penal e o direito processual penal situam-se dentro da esfera liberal deste Estado, por conta de sua total inaptidão de promover, através de uma atuação positiva estatal, direitos sociais.

Posicionado dentro da esfera liberal, o que se exige é um papel de abstenção, de limitação do poder, porquanto, se afirma a necessidade de um direito penal mínimo. Esta noção se opõe frontalmente ao fenômeno de expansão do Direito Penal relacionada ao eficientismo, autoritarismo e flexibilização das garantias do imputado. Aduz Vinicius Vasconcellos (2015, p. 219):

O processo penal necessariamente deve se consolidar como instrumento de limitação do poder punitivo estatal, percebido como um caminho necessário para se legitimar (na medida em que isso foi possível) a imposição de uma sanção penal, ainda que o réu tenha sido preso em flagrante ou confessado integralmente o cometimento dos fatos delituosos; ou seja, um “defraudador de expectativas”. O direito ao processo e ao julgamento são opções democráticas fundamentais, inerentes ao Estado Democrático de Direito, visto que a culpabilidade de um acusado somente pode ser afirmada após o transcorrer completo do procedimento com respeito às regras do devido processo penal, e o exaurimento da pretensão acusatória, devidamente comprovada por meio de lastro probatório produzido licitamente e sob o crivo do contraditório.

Portanto, há uma necessidade de superação da presença inquisitorial no direito penal e processual brasileiro, que perpassa, necessariamente, pela compreensão de que sua utilização deve estar direcionada ao controle do poder punitivo. Esta tarefa de superação, no Brasil, encontra inúmeras resistências, principalmente porque no Brasil há uma forte tradição autoritária.

Segundo Casara (2015, p. 301), nota-se o crescimento de um discurso fascista de que a preservação da qualidade de vida deve ocorrer às custas de sacrifícios das classes pobres. Portanto, para que se chegue a um processo penal que conviva harmoniosamente com os preceitos constitucionais e que realize uma verdadeira resistência democrática, há que se romper com as “amarras da ordem existente”, que é uma ordem essencialmente autoritária/inquisitória.

O que se pretende, a partir de agora, é modelar, através do garantismo (por ser uma teoria democrática, guiada pela racionalidade e que almeja a contenção punitiva), as bases necessárias para um Direito Penal verdadeiramente democrático. Segundo Alfredo Copetti Neto (2016, p. 115): “pela primazia do direito sobre o poder que reside o significado profundo da democracia e o papel das constituições democráticas como pactos de convivência”.

3.1 O garantismo como freio ao poder punitivo

Para Luigi Ferrajoli (2002,p.57) há que se falar, ao invés de uma alternativa bem definida entre o garantismo⁶⁰ e o autoritarismo, em graus de garantismo⁶¹. Para isso, baseia-se em uma listagem de dez axiomas fundamentais, que, quanto mais forem respeitados, mais chegarão perto do sistema garantista (um modelo onde todos estes axiomas seriam fielmente respeitados)⁶².

Estes axiomas não descrevem o que ocorre, mas sim tem caráter prescritivo, são imposições de dever ser. As garantias na esfera penal não possuem como função legitimar o poder punitivo, mas sim, de condicionar o seu exercício (FERRAJOLI,2012, p.74).

Os princípios elencados pelo professor italiano são: 1) o princípio da consequencialidade da pena em relação ao delito; 2) princípio da legalidade no sentido estrito; 3) princípio da necessidade; 4) princípio da lesividade; 5) princípio materialidade; 6) princípio da culpabilidade; 7) princípio da jurisdicionariedade; 8) princípio acusatório; 9) princípio do ônus da prova; 10) princípio do contraditório ou da defesa.

Estes dez princípios são a definição do que seria o modelo garantista de direito e foram elaborados a partir do pensamento jusnaturalista⁶³ (princípios como limitações do poder absoluto). Hoje, esses princípios estão presentes nas Constituições dos países que adotam regimes tidos como democráticos⁶⁴ (FERRAJOLI, 2002, p.75).

⁶⁰ Na interlocução de Ferrajoli (2002, p.684) “Em um primeiro significado, ‘garantismo’ designa um modelo normativo de direito: precisamente, no que diz respeito ao direito penal, o modelo de ‘estrita legalidade’ SG, próprio do Estado de direito, que sob o plano epistemológico se caracteriza como um sistema cognitivo ou de poder mínimo, sob o plano político se caracteriza como uma técnica de tutela idônea a minimizar a violência e a maximizar a liberdade e, sob o plano jurídico, como um sistema de vínculos impostos à função punitiva do Estado em garantia dos direitos dos cidadãos. É, consequentemente, ‘garantista’ todo sistema penal que se conforma normativamente com tal modelo e que o satisfaz efetivamente.

⁶¹ De acordo com Alfredo Copetti Neto (2016, p.80), “o grau de garantismo é dependente do grau de efetividade atingido, por meio das políticas legislativas e da jurisdição constitucional, na tutela dos direitos fundamentais primários, isto é, em relação à proteção dos direitos de liberdade e à satisfação de direitos sociais”.

⁶² Não é objetivo da presente pesquisa uma análise detida sobre cada um dos axiomas elencados, porquanto a escolha foi de tratar o garantismo em suas linhas gerais no que concerne à limitação do poder de punir.

⁶³ De acordo com Pinho e Albuquerque (2017, p.55) “os direitos naturais preexistentes ao Estado formam a base necessária à construção de uma teoria sobre direitos fundamentais, pedra angular do garantismo de Luigi Ferrajoli.

⁶⁴ Em relação à “apropriação” dos direitos naturais a partir das constituições modernas, que via de regra, normatizam estes direitos através de princípios, observa-se um vínculo entre a filosofia contratualista e a

Ocorre que, no interior deste “intervalo” que existe entre as noções propagadas de direito penal “máximo” ou “mínimo”, há uma pluralidade de sistemas possíveis, que variam de acordo com o grau de respeito aos axiomas elencados, que podem inclinar-se aos dois modelos de direito penal supramencionados⁶⁵.

A pesquisa não possui a pretensão de tratar analiticamente cada um dos dez axiomas. Ainda assim, cumpre tratar de que forma o desrespeito a alguns dos princípios ocasionariam aproximação a um sistema autoritário. De acordo com Luigi Ferrajoli (2002, p.73-75)

a lesão de cada garantia, ao estarem concatenados entre si os axiomas de cada sistema, não comporta apenas uma mudança de sistema, mas repercute sobre o conjunto das garantias restantes, debilitando-as ou inclusive anulando-as. Entretanto, pode-se afirmar desde logo que, à medida que o sistema cognitivo SG seja um modelo limite não satisfeito, todo o sistema positivo de direito penal e processual apresenta, ainda que em graus distintos conforme as diversas normas e as diversas práticas, algum elemento de irracionalidade.

Os axiomas tratados na presente pesquisa serão os relacionados às garantias processuais, portanto, serão: o princípio da jurisdiccionabilidade (também no sentido *lato* ou no sentido estrito); o princípio acusatório ou da separação entre juiz e acusação; o princípio do ônus da prova e o princípio da defesa.

Luigi Ferrajoli (2002, p.432) afirma que a principal garantia processual, que serve de pressuposto às outras, é a da submissão à jurisdição, que pode ser compreendida sob dois prismas diversos: “em sentido estrito” ou em “sentido *lato*”, dependendo do grau de respeito às demais garantias processuais.

A partir desta divisão interna, tem-se que na jurisdição em sentido *lato*, há uma exigência simplesmente do conjunto das garantias penais (ou substanciais); já com base no sentido estrito, haveria uma exigência também do conjunto de garantias processuais (ou instrumentais).

democracia constitucional. Ferrajoli justifica esta ligação, sob o constitucionalismo moderno, através da noção de que as constituições seriam contratos sociais, uma vez que são pactos fundantes e historicamente gerados a partir de movimentos revolucionários, bem como justifica sob a ideia de que o contrato social é uma metáfora da democracia, na medida em que o acordo firmado entre os contratantes, o texto constitucional, é expressão de que a origem da avença é a vontade da tutela de direitos fundamentais (PINHO, ALBUQUERQUE, 2017, p.56).

⁶⁵ O professor Luigi Ferrajoli (2002, p.83) elenca uma possibilidade (que se coaduna perfeitamente ao caso brasileiro), que é o caso de ordenamentos jurídicos dos Estados de Direitos, que possuem diferenciação nos níveis de normas, possam ter, no seu interior, normas alinhadas com a noção de direito máximo e mínimo. Assim, no âmbito das normas superiores, ter-se-ia uma propensão ao direito penal mínimo e nas normas inferiores uma inclinação ao direito penal máximo, o que acarreta a ilegitimidade destas normas inferiores.

De acordo com Ferrajoli (2002, p.433) a exigência da jurisdição em sentido *lato* está presente em qualquer tipo de processo, não importando se acusatório ou inquisitório, enquanto a submissão à jurisdição em sentido estrito supõe a forma acusatória de processo. Logo, apreende-se que esta divisão não guarda uma coincidência com a dicotomia “acusatório/inquisitório”, mas sim, guarda maior vínculo com a ideia de “cognitivismo/decisionismo”.

Desta feita, teríamos o modelo processual de estrita submissão à jurisdição como um modelo cognitivo, enquanto o de “mera” submissão à jurisdição, um modelo decisionista. Estes dois tipos de processo penal vão influenciar de forma capital no método de busca da verdade e, conseqüentemente, correspondem a um modelo de direito penal mínimo ou máximo (FERRAJOLI, 2002, p.434).

Portanto, a partir do modelo de estrita submissão, modelo cognitivo, é realizada busca de uma verdade processual empiricamente controlável e controlada, sendo uma “verdade mínima” em obediência aos pressupostos da sanção, mas também garantida por cânones de conhecimento como: a presunção de não culpabilidade até prova em contrário e o ônus da prova a cargo da acusação, enquanto o outro modelo é orientado por uma busca da verdade substancial, que assenta sua base em valorações (FERRAJOLI, 2002, p.434).

No processo que tem o decisionismo como característica, a verdade perseguida é a verdade substancial, uma verdade máxima, que é buscada sem qualquer limite normativo aos meios de aquisição de provas, onde os fins (de atingir a verdade a qualquer custo) justificam os meios.

A diferenciação destas técnicas processuais reside também na diferença da legitimação do poder judiciário: enquanto no processo alinhado com a submissão à jurisdição em sentido *lato*, a legitimação é constituída por juízos de valor (soberano, Deus, bem comum, interesse nacional), o modelo cognitivo confere uma justificação à legitimidade do poder judiciário, e assim, à validade de seus provimentos, a partir da verdade⁶⁶, inevitavelmente relativa, dos conhecimentos que são a ele idôneo obter (FERRAJOLI, 2002, p.435).

Neste sentido, afirma Luigi Ferrajoli (2002, p.436)

Diversamente de todas as outras normas e atos jurídicos, cuja condição única de validade é a observância das normas superiores, a legitimidade dos atos

⁶⁶ De acordo com Luigi Ferrajoli (2002, p.483) “Enquanto o método inquisitório exprime uma confiança tendencialmente ilimitada na bondade do poder e na sua capacidade de alcançar o verdadeiro, o método acusatório se caracteriza por uma confiança no mesmo modo ilimitada no poder como autônoma fonte de verdade”.

jurisdicionais penais, portanto, está condicionada também pela sua verdade processual, no sentido já ilustrado de ‘correspondência aproximativa’. Melhor dizendo, está condicionada pela verdade ou credibilidade, fática ou jurídica, dos discursos assertivos que formam sua motivação. Com efeito, a falsidade fática de tais discursos é motivo de impugnação e reforma em sede de juízo de mérito; sua falsidade legal é motivo de impugnação e reforma também em sede de juízo de legitimidade. Em todo caso, a convalidação e a invalidação de um ato jurisdicional, quando não são ditadas por motivos puramente processuais, correspondem, diversamente dos juízos de validade ou de invalidade sobre qualquer outro tipo de preceito, a um ato de verificação e a um ato de refutação.

Portanto, percebe-se que as noções de verificabilidade e verificação são elementos constitutivos da ideia de estrita submissão á jurisdição das decisões judiciárias e servem, sobretudo, para garantir um direito fundamental relacionado ao Direito Penal: a imunidade do cidadão inocente contra as punições arbitrárias (FERRAJOLI, 2002, p.437).

Não se pode punir um cidadão apenas porque ele não satisfaz o interesse da maioria e esta mesma maioria não pode legitimar a condenação de um inocente. Em um sistema penal garantista, a vontade da maioria ou a investidura representativa do juiz em nada acrescenta à legitimidade da jurisdição (FERRAJOLI, 2002, p.437).

Para o indivíduo singular, o fato de que o poder judiciário seja exercitado pela maioria não indica, por si só, uma garantia. Além disso, este mesmo indivíduo, quando considerado “desviante” em um cenário de legitimação majoritária do poder judiciário, certamente está em grande perigo, na medida em que o juízo pode imprimir, no julgamento, uma conotação partidária que viola a imparcialidade exigida na atividade jurisdicional (FERRAJOLI, 2002, p.437).

Passa-se a tratar do segundo axioma processual, que trata do sistema acusatório e a necessidade do juiz configurar como um terceiro separado da acusação. Sobre a dicotomia “acusatório/inquisitório” e o almejado posicionamento institucional do juiz na ordem processual, dispõe Ferrajoli (2002, p.452)

Pode-se chamar acusatório todo sistema processual que tem o juiz como um sujeito passivo rigidamente separado das partes e o julgamento como um debate paritário, iniciado pela acusação, à qual compete o ônus da prova, desenvolvida com a defesa mediante um contraditório público e oral e solucionado pelo juiz, com base em sua livre convicção. Inversamente, chamarei inquisitório todo sistema processual em que o juiz procede de ofício à procura, à colheita e à avaliação das provas, produzindo um julgamento após uma instrução escrita e secreta, na qual são excluídos ou limitados o contraditório e os direitos da defesa.

De todos os elementos constitutivos do modelo acusatório, o mais importante, de acordo com Ferrajoli (2002, p.455), é justamente a separação entre juiz e acusação, que, se tornando a primeira garantia orgânica do modelo garantista, acarreta não apenas a

diferenciação dos sujeitos que julgam ou que desenvolvem a postulação, mas também a noção de paridade entre as partes, não tendo a acusação nenhum poder sobre a pessoa do imputado.

Ferrajoli (2002, p.463) aduz que em um modelo garantista, a atividade jurisdicional é uma atividade cognitiva que inclui momentos de decisão e valoração comuns às atividades cognitivas e em parte próprios da atividade investigativa até o juízo penal. Também afirma o autor italiano que o poder judiciário é um conjunto de espaços decisórios (tais como a interpretação das leis, indução probatória e juízos de valor discricionários), que são reservados à atividade do juiz. Dessa forma, o grau de garantismo de um sistema penal é identificado com os vínculos normativos que minimizam estes espaços.

O juiz deve ser equidistante às partes do processo. Sobre este conceito de equidistância, aduz Ferrajoli (2002,p.464)

Chamarei equidistância ao afastamento do juiz dos interesses das partes em causa; independência à sua exterioridade ao sistema político e em geral a todo sistema de poderes; naturalidade à determinação de sua designação e à determinação das suas competências para escolhas sucessivas à comissão do fato submetido ao seu juízo. Esses três perfis de imparcialidade do juiz requerem garantias orgânicas que consistem do mesmo modo em separações: a imparcialidade requer a separação institucional do juiz da acusação pública; a independência requer a sua separação institucional dos outros poderes do Estado e por outro lado a difusão da função judiciária entre sujeitos não dependentes um do outro; a naturalidade requer exclusivamente a sua separação de autoridades comissionadas ou delegadas de qualquer tipo e a predeterminação exclusivamente legal das suas competências. É supérfluo acrescentar, por fim, que a imparcialidade, além das garantias institucionais que a suportam, forma um hábito intelectual e moral, não diverso do que deve presidir qualquer forma de pesquisa e conhecimento.

Estas condições mencionadas, orgânicas e culturais, fixam a posição do juiz no “jogo processual” como exige o axioma da submissão à jurisdição. O Poder judiciário torna-se um contrapoder, na medida em que a ele é confiado controle da legalidade e validade dos atos legislativos e administrativos, bem como a tutela dos direitos fundamentais pertencentes aos cidadãos (FERRAJOLI, 2002, p.465).

Portanto, a separação do juiz da acusação é uma exigência clara do oitavo axioma garantista, pressupondo uma estrutura triangular/trigonal do processo, em que o juiz deve manter uma equidistância em relação aos dois interesses contrapostos no embate processual.

Este distanciamento do magistrado deve ser tanto pessoal quanto institucional: o juiz não pode ter nenhum interesse pessoal na solução da causa (o que pode ser elidido com a possibilidade de recusa do juiz por alguma das partes), bem como não pode possuir qualquer interesse na causa, seja público ou institucional e para isso, é exigido que ele não concentre também uma função de acusação (FERRAJOLI, 2002, p.466).

Mesmo que se realize esta separação entre as tarefas de acusar e julgar, cumpre destacar que a mera separação entre juiz e acusação não é suficiente para um modelo acusatório. Também é necessário, por exemplo, o respeito às garantias procedimentais referentes à condução instrutória e modalidades de interrogatório (que no processo acusatório, é informado pela presunção de inocência e constitui-se como meio de defesa do réu).

Ainda sobre a exigência de separar o juiz da atividade acusatória, é relevante tratar do princípio do juiz natural, que no dizer de Ferrajoli (2002, p.473-474)

Impõe, ao contrário, que seja a lei o que pré-constitua tais critérios de forma rígida e vinculante, de forma que seja excluída qualquer escolha *post factum* do juiz ou colegiado a que as causas são confiadas; e exige, além disso, que tal pré-constituição se refira também aos órgãos do Ministério Público, de forma que nem mesmo as funções de acusação sejam manobradas ou de qualquer modo condicionadas por órgãos estranhos ao processo. Diria antes que, ultrapassado totalmente o poder de comissão no qual se manifestava no passado a ingerência real na administração da justiça, o problema do juiz natural relaciona-se, hoje, essencialmente, ao poder de avocação, isto é, ao perigo de prejudiciais condicionamentos dos processos através da designação hierárquica dos magistrados competentes para apreciá-los, sejam judicantes ou inquiridores; e que o único modo de satisfazer plenamente o princípio é pré-constituir por lei critérios objetivos de determinação da competência de cada magistrado singularmente, e não só dos órgãos a que eles pertencem.

Na medida em que a presente investigação tem por objeto os institutos processuais penais que envolvem a barganha, é de extrema relevância observar que em um sistema garantista, que exige a equidistância do juiz e o conseqüente “esquema trigonal”, há necessidade de exclusão de qualquer colaboração do imputado com a acusação, principalmente que seja fruto de transações (FERRAJOLI, 2002, p. 486).

A utilização da barganha modifica significativamente as garantias penais e processuais penais. Ela afeta o nexu retributivo entre pena e delito (a pena não é definida pela gravidade do crime, mas à conduta processual do réu); afeta o axioma da estrita legalidade, dado o caráter variável do grau de relevância da colaboração; afeta o ônus acusatório da prova, pois ela passa ser produzida pelo imputado e não mais pelo acusador; afeta as garantias de defesa e publicidade, pois o acordo do imputado com a acusação requer um contato sigiloso entre inquiridor e inquirido (FERRAJOLI, 2002, p.487), isso para ficarmos apenas em alguns exemplos de como a ideia de barganha é danosa ao modelo garantista. Afirma Luigi Ferrajoli (2002, p.487)

Infelizmente, a prática da negociação e do escambo entre confissão e delação de um lado e impunidade ou redução de pena de outro sempre foi uma tentação recorrente na história do direito penal, seja da legislação e mais ainda da jurisdição, pela tendência dos juízes, e sobretudo dos inquiridores, de fazer uso de algum modo de seu poder de disposição para obter a colaboração dos imputados contra eles mesmos.

De acordo com o Ferrajoli (2002, p.487), a única forma de se extinguir esta prática de negociação seria a absoluta vedação legal do juiz negociar o comportamento processual do réu, o que viria a ser uma regra de deontologia profissional para os juízes.

Debruçando-se sobre o nono axioma, o princípio do ônus da prova, observa-se que, como já exposto, a verdade perseguida pelo sistema processual acusatório, sempre relativa, é buscada através do procedimento de prova e erro. Assim, faz-se necessária a realização da exposição das teses acusatórias à falsificação pela defesa (FERRAJOLI, 2002, p.488).

Tem-se o conflito entre as partes do processo, cada uma sendo titular de certa visão acerca do ocorrido. Neste cenário, o primeiro movimento é dado pela acusação, que precisa, através da prova, sobrepujar-se a presunção de inocência do imputado (FERRAJOLI, 2002, p.488).

São nas atividades de obtenção de provas que se diferenciam, de sobremaneira, os sistemas acusatório e inquisitório. Fazendo-se uma análise acerca dos interrogatórios e das confissões, percebe-se que no sistema acusatório há o máximo distanciamento do juiz, que se comporta como mero espectador do interrogatório, enquanto que no sistema inquisitório, o juiz se identifica com a própria acusação e recolhe e valora as provas (FERRAJOLI, 2002, p.488).

Já no que tange às confissões, tem-se que no sistema inquisitório elas são extorquidas por qualquer meio, enquanto que no acusatório elas só são válidas se prestadas espontaneamente e se estiverem alicerçadas em outros elementos probatórios que a confirmam (FERRAJOLI, 2002, p.489).

Por fim, tratar-se-á do último axioma da formulação garantista, qual seja, o princípio da defesa, muito identificado com a (hoje) simples noção de que o réu possui direito à contestação.

Expõe o professor italiano que se o ônus da prova fica a cargo da acusação, por certo estará por parte do imputado o direito de defesa, caracterizando-se também como uma condição epistemológica da prova: a falsificação da hipótese acusatória experimentada pelo poder da parte interessada em refutá-la, de modo que nenhuma prova possua adequação sem que haja suas contraprovas (FERRAJOLI, 2002, p.490).

Afirma Ferrajoli (2002,p.490)

A defesa, que por tendência não tem espaço no processo inquisitório, forma, portanto, o mais importante instrumento de solicitação e controle do método de prova acusatório, consistente precisamente no contraditório entre hipótese de acusação e hipótese de defesa e entre as respectivas provas e contraprovas. A epistemologia da falsificação que está na base desse método não permite de fato juízos potestativos, mas exige, em tutela da presunção de inocência, um processo de

investigação baseado no conflito, ainda que regulado e ritualizado entre partes contrapostas.

Para que a efetiva paridade de armas exista, deve-se dotar a defesa das mesmas capacidades e poderes da acusação e que seu papel de contraditar, possa ser admitido em relação a cada ato probatório singular. É necessário, também, que o acusado seja assistido por um defensor que possa realizar uma defesa técnica, de modo a competir com o Ministério Público (FERRAJOLI, 2002, p.490).

Duas condições são valiosas para o princípio da defesa, sendo consideradas bases constitutivas do modelo acusatório: a publicidade e da oralidade. No que tange a primeira, observa-se que ela assegura o controle da atividade judiciária, tanto no âmbito interno quanto no externo. Com base na publicidade, os atos de averiguação da responsabilidade penal devem ser desenvolvidos de forma pública, permitindo a análise da opinião pública, mas sobretudo, a análise feita pelas partes. A opção pela transparência dos juízes seria característica distintiva entre uma cultura democrática de uma autoritária (FERRAJOLI, 2002, p.492).

Em relação à oralidade, ter-se-ia que

A forma falada, de fato, implica necessariamente a publicidade, em cuja ausência os depoimentos tanto do acusado como das testemunhas devem ser tomados por escrito; e se se quiser conservar o segredo se faz necessária a forma escrita, não podendo associar-se à oralidade, e sim requerendo a formação de provas preventivamente ao juízo público (FERRAJOLI, 2002, p.494).

Portanto, a oralidade é uma forma de se privilegiar a publicidade, sendo uma condição fundamental para a existência do contraditório e livre convencimento.

Como exposto, apreende-se que os dez axiomas que montam o “esqueleto” do sistema garantista funcionam como autênticos limites que servem de garantias ao cidadão contra o arbítrio.

Fazendo um panorama sobre o modelo delineado, giza Luigi Ferrajoli (2002, p.83)

Segundo este modelo, não se admite qualquer imposição de pena sem que produzam a comissão de um delito, sua previsão legal como delito, a necessidade de sua proibição e punição, seus efeitos lesivos para terceiros, o caráter externo ou material da ação criminoso, a imputabilidade e a culpabilidade do seu ator e, além disso, sua prova empírica produzida por uma acusação perante um juiz imparcial, em um processo público e contraditório em face da defesa e mediante procedimentos legalmente preestabelecidos.

Contrapondo a este primeiro modelo, garantista, tem-se os modelos autoritários, caracterizados pela ausência de um ou de alguns dos limites da atuação punitiva, podendo

chegar a casos extremos, como modelos em que a intervenção punitiva possa ocorrer sem que se produza qualquer condição prevista na legislação (FERRAJOLI, 2002, p.83).

Assim, percebe-se o confronto de dois modelos diametralmente opostos, o primeiro, garantista, sob a alcunha de Estado Constitucional de Direito, no qual o poder penal está limitado à lei em seu plano substancial e o segundo, de Estado totalitário, expressos por uma atuação estatal que carece de limites e vinculações. O primeiro seria um instrumento de consecução de direito penal mínimo enquanto o segundo possibilitaria o surgimento de um direito penal máximo (FERRAJOLI, 2002, p.83).

Os dois sistemas se utilizam de formas distintas de “certeza”. Enquanto no direito penal mínimo há no processo a presunção de não culpabilidade até prova em contrário (utilização de provas suficientes), a incerteza exige a absolvição do réu, porquanto há presunção legal de inocência. Prepondera a ideia de que nenhum inocente seja punido. Já no direito penal máximo, o que se tem é o contrário, na medida em que vigora o *in dubio contra reum*, marcado por um “compromisso” estatal pela busca de punições, o que afeta de sobremaneira a atividade judicial, que passa a se despir de formalidades e respeitos a garantias para assegurar seu escopo (o que aproxima esta atuação autoritária e ilimitada à figura do inquisidor da Idade média). Prepondera a ideia de que nenhum culpado fique impune (FERRAJOLI, 2002, p.85).

Sobre o direito penal mínimo e máximo, afirma Ferrajoli (2002, p.84)

Está claro que o direito penal mínimo, quer dizer, condicionado e limitado ao máximo, corresponde não apenas ao grau máximo de tutela das liberdades dos cidadãos frente ao arbítrio punitivo, mas também a um ideal de racionalidade e de certeza. Com isso resulta excluída de fato a responsabilidade penal todas as vezes em que sejam incertos ou indeterminados seus pressupostos. Sob este aspecto existe um nexó profundo entre garantismo e racionalismo. Um direito penal é racional e correto à medida que suas intervenções são previsíveis e são previsíveis (...) Ao contrário, o modelo de direito penal máximo, quer dizer, incondicionado e ilimitado, é o que se caracteriza, além de sua excessiva severidade, pela incerteza e imprevisibilidade das condenações e das penas, e que, conseqüentemente, configura-se como um sistema de poder não controlável racionalmente em face da ausência de parâmetros certos e racionais de convalidação e anulação.

Sobre a forte ligação entre o garantismo e o racionalismo, onde se tem que o primeiro é de origem iluminista, bem como seu cariz liberal e positivista, se dedicará o próximo tópico.

3.1.1 Garantismo: Uma Teoria Racional E Liberal

Como amplamente exposto até aqui, o garantismo penal consiste em uma teoria de tutela de direitos fundamentais, direitos estes naturais, pré-políticos, que foram inseridos na maioria das constituições modernas e que, atualmente, justificam a existência do Direito. Nesta toada, dispõe Ferrajoli (2002, p. 30):

O direito penal dos ordenamentos desenvolvidos é produto predominantemente moderno. Os princípios sobre os quais se funda seu modelo garantista clássico – a legalidade estrita, a materialidade e a lesividade dos delitos, a responsabilidade pessoal, o contraditório entre as partes, a presunção de inocência – são, em grande parte, como se sabe, fruto da tradição jurídica do iluminismo e do liberalismo.

Esta proteção aos direitos fundamentais deve ser efetivada a partir de uma redução do exercício do poder, evitando-se, assim, o arbítrio (com a adoção de regras racionais) e estimulando as liberdades individuais (PINHO; ALBUQUERQUE, 2017, p. 38). Na mesma toada, afirma Alfredo Copetti Neto (2016, p. 25):

É necessário referir que toda a construção do garantismo jurídico vem, sob o ponto de vista filosófico, acentuado em direção dos pressupostos liberais determinados num primeiro momento pelo *jusnaturalismo* iluminista, cuja postura diante do arbítrio repressivo do *ancien régime* fez com que se desenvolvesse uma filosofia política reformadora, crítica em relação ao direito vigente. Na medida em que foram sendo edificados os fundamentos da civilização jurídica moderna, mediante as batalhas filosófico-políticas vencidas pelos reformadores liberais iluministas em direção do necessário respeito à pessoa humana, reflexivamente, foram sendo delineados também dentro da própria epistemologia jurídica, os limites de atuação do estado e a função de proteção aos cidadãos como principal fonte de legitimação do poder.

Para que se alcance os objetivos expostos, o autor italiano propõe o uso da razão em três sentidos: epistemológico, axiológico e normativo, que compreendem, respectivamente, as noções de razão “no” Direito, a razão “do” Direito e a razão “de” Direito.

O sentido epistemológico possui vínculo com a racionalidade das motivações que embasam as decisões penais, e devem se basear em conhecimento e não em autoridade (primazia do cognoscitivismo em relação ao decisionismo). Esta exigência reflete bem o anseio da burguesia, que visava ser livre do Estado absolutista. Com a racionalidade das decisões, objetiva-se afastar-se o arbítrio do julgador, já que é uma garantia do cidadão que o juiz esteja submetido às leis, para considerar como delito apenas as condutas proibidas por elas. É válido ressaltar que a lei não deve vincular tão somente o julgador, mas também o legislador, e que a racionalidade a ele exigida deve manifestar-se na formulação precisa dos tipos penais, proibindo condutas e não pessoas. A razão “no” Direito penal seria a expressão de sua legitimação interna, permitida a partir de elementos contidos no interior do próprio ordenamento jurídico, critérios de valoração jurídica (PINHO; ALBUQUERQUE, 2017, p. 41-43).

Para Copetti Neto (2016, p. 36), sobre a exigência da racionalidade no âmbito epistemológico, só é Estado de Direito genuinamente garantista aquele que possua um modelo normativo, em que a validade não seja analisada somente no âmbito formal, mas sim pelo seu viés substancial, pois esta faceta da estrita legalidade configura um forte limite ao exercício do poder.

Em relação ao uso da razão no sentido axiológico, tem-se que ela estaria fincada na necessidade de uma fundamentação política (portanto externa) para o Direito Penal. Já que sua atuação gera restrições na órbita das liberdades individuais, ela necessita ser plenamente justificada. Essa justificção externa é obtida a partir de critérios morais ou políticos, portanto, de elementos exteriores ao ordenamento jurídico (como a própria noção de justiça). Assim, o “custo da justiça” acarretaria a um grande “custo da injustiça”, que seria a prática judicial, infelizmente comum no Brasil, de submeter inúmeros inocentes ao processo penal e às condenações (PINHO; ALBUQUERQUE, 2017, p. 42-43).

Nesse mesmo sentido, afirma Copetti Neto (2016, p. 36) que “o garantismo traz à tona, determinando teoricamente a diferença entre o modelo normativo-materialmente garantista – e a prática operativa – virtualmente anti-garantista”.

De acordo com Ferrajoli (2002, p. 695), é latente e estrutural uma ilegitimidade jurídica do Estado de Direito, na medida em que as promessas formuladas pelas normas superiores do ordenamento não são mantidas em seus níveis inferiores. Esta ilegitimidade pode alcançar um grau extremo: quando as normas superiores são completamente inefetivas. O autor italiano ressalta que, até mesmo nos ordenamentos mais perfeitos, sempre haverá uma margem de ilegitimidade do poder, baseado na vontade e interesses populares, já que estes interesses nunca são realizados inteiramente.

Sobre o grau de “imperfeição” do garantismo e da democracia, afirma Ferrajoli (2002, p.710-711):

Garantismo e democracia são sempre modelos normativos imperfeitamente realizados; e valem, portanto, tanto como parâmetros de legitimação, quanto como parâmetros de perda da legitimação política. Paradoxalmente, nos regimes absolutos pré-modernos, onde a legitimação provinha do alto (Deus, nascimento, investidura soberana e similares) e se limitava à fonte de poder (“*quod principi placuit*”), a legitimação – não apenas jurídica mas também política – era absoluta, perfeita, enquanto apriorística e incondicionada.

No que é pertinente ao uso da razão, no sentido normativo, às razões “de” Direito penal, tem-se que esse será mais justificado quanto mais se alinhar com os princípios constitucionais. A partir da legitimação externa, obtém-se que castigar é legítimo. A partir desta justificação, se elabora, no âmbito interno, formas de operacionalizar esta punição,

criando-se mecanismos constitucionalmente orientados (daí o garantismo penal se mostrar como uma teoria justificacionista, que legitima o poder de punir)⁶⁷. Na lição de Pinho e Albuquerque (2017, p. 45), a fundamentação interna do Direito Penal se dá justamente por conta da constitucionalização dos princípios⁶⁸. Na lição de Copetti Neto (2016, p. 36-37):

O garantismo jurídico designa um terceiro aspecto: a razão do direito, uma filosofia laica que pressupõe a separação entre direito moral, uma justificação necessária entre validade e justiça, entre o ponto de vista interno e ponto de vista externo jurídicos, entre *ser* e *deve ser* do direito.

A vontade de Ferrajoli em separar a legitimação interna da legitimação externa denota seu caráter eminentemente positivista, de separar a moral do Direito, pois a mistura dos dois elementos pode tornar-se propícia ao surgimento de sistemas penais autoritários.

Assim, teríamos teorias de justiça que realizam essa distinção, que poderiam ser chamadas de “justiça de validade”, e teorias que confundem direito e moral (legitimação interna e externa), e que podem subordinar a legitimação interna à externa ou o contrário. Esta separação pode ser considerada o maior postulado do sistema garantista (PINHO; ALBUQUERQUE, 2017, p. 46).

Pela fala de Ana Cláudia Pinho (2012, p. 49) temos que:

O garantismo sustenta que deve existir uma separação entre justificação externa e legitimação interna do Direito (penal, em especial), entendendo que a primeira dar-se-ia a partir de princípios morais ou políticos (de tipo extra ou metajurídico), enquanto a segunda realizar-se-ia a partir de princípios normativos internos ao próprio ordenamento jurídico. A legitimação externa seria, portanto, um critério de justiça, enquanto a interna, de validade do direito penal.

Reconhecer esta dupla legitimação, diferenciando a validade interna e os conceitos morais externos (como o de justiça), indica um claro avanço da tradição do positivismo, uma vez que esta separação é um reflexo de lutas políticas do século XVII e XVIII, que visavam, sobretudo, o processo de secularização (COPETTI NETO, 2016, p. 27).

Existe um princípio, entre os dez axiomas elencados, que possui um papel central no sistema garantista e que possui uma ligação forte com a racionalidade: o da Legalidade. Tem-

⁶⁷ A ideia de que o garantismo justifica a pena vai de encontro a uma ideia (erroneamente) difundida (que possui fins específicos) de que a teoria garantista estaria alinhada com o abolicionismo penal (que não justifica de forma alguma a pena). Essa manifesta inversão ideológica consiste em predicar legitimidade para intervenções que se distanciam do garantismo.

⁶⁸ No mesmo sentido, Copetti Neto (2016, p. 38) afirma que, com a posituação constitucional, os chamados direitos naturais afirmados pelas doutrinas jusnaturalistas – racionalistas e iluministas – dos séculos XVII e XVIII e os princípios axiológicos externos ao direito se tornaram princípios teóricos e científicos, por um lado descritivos, por outro lado críticos em relação ao próprio direito positivo. Tais direitos naturais, à medida que foram sendo incorporados às modernas constituições, foram assumindo o caráter de princípios normativos fundamentais do Estado de Direito.

se que este princípio, no Brasil, está expresso no artigo 5º, XXXIX da Constituição Federal, que afirma que “não há crime sem lei anterior que o defina, nem pena sem prévia cominação legal”.

A conotação liberal da legalidade é manifestada pela limitação do poder punitivo, na medida em que o Estado só pode punir ou atribuir pena através da lei (PINHO, ALBUQUERQUE, 2017, p.104).

Dentro do princípio da Legalidade, Luigi Ferrajoli constrói uma diferenciação interna, na medida em que define o que seria a mera legalidade e a estrita legalidade, que exigem distintas estruturas normativas do sistema legal. Enquanto a mera legalidade da forma e da fonte é condição de vigência, qualquer que seja seu conteúdo, a legalidade estrita ou taxatividade do conteúdo resulta na conformidade para as demais garantias, pela hierarquia constitucional, sendo uma condição de validade e legitimidade das leis vigentes (FERRAJOLI, 2002, p.76).

Na mera legalidade, a lei é condicionante. Na legalidade estrita, ela é condicionada. Ainda sobre esta distinção, afirma o professor italiano (2002, p.688)

O princípio de mera legalidade se limita precisamente a exigir o exercício de que qualquer poder tenha como fonte a lei qual condição formal de legitimidade; o princípio de estrita legalidade exige, ao contrário, dessa mesma lei, que condicione a legitimidade do exercício de qualquer poder por ela instituído a determinados conteúdos substanciais (...) em todos os casos pode-se dizer que a mera legalidade, limitando-se a subordinar todos os atos a leis, quaisquer que sejam, coincide com a sua legitimação formal, enquanto a estrita legalidade, subordinando todos os atos, inclusive as leis, aos conteúdos de direitos fundamentais, coincide com a sua legitimação substancial.

No que concerne a esta dupla função da lei em matéria penal, afirmam Pinho e Albuquerque (2017,p.106) que é condicionante (manifestação da legalidade formal), na medida que condiciona a própria existência do delito e é condicionada (manifestação da legalidade material), enquanto a lei só terá validade se alinhada com os postulados do direito penal garantista. Desta feita, a legalidade formal é destinada ao juiz, que em decorrência de suas atribuições, irá considerar delituosas as condutas previstas na lei e a legalidade material visa aos legisladores, na medida em que são eles que irão formular as leis penais, que devem ser compatíveis com a Constituição.

Sobre a diferenciação da mera legalidade com a legalidade estrita, afirma *il maestro* (2002, p.76)

No primeiro sentido (lato), o princípio da legalidade se identifica com a reserva relativa de lei, entendendo “lei” no sentido formal de ato ou mandato legislativo e se limita a prescrever a sujeição do juiz às leis vigentes, qualquer que seja a formulação de seu conteúdo, na qualificação jurídica dos fatos julgados. No segundo sentido

(estrito), identifica-se, ao revés, com a reserva absoluta de lei, entendendo “lei” no sentido substancial de norma ou conteúdo legislativo, e prescreve, ademais, que tal conteúdo seja formado por pressupostos típicos dotados de significado unívoco e preciso, pelo que será possível seu emprego como figuras de qualificação em proposições judiciais verdadeiras ou falsas. Disso resulta, assim, garantida a sujeição do juiz somente à lei.

Assim, enquanto se satisfaça a legalidade estrita, a sentença pode estar diante de um controle acerca da sua validade. Todavia, a partir da mera legalidade, pode estar completamente válida uma série de dispositivos legais, como a punição de “atos obscenos” e a “vadiagem”, cuja aplicação não permite verificações empíricas criteriosas, mas tão somente valorações⁶⁹ (FERRAJOLI, 2002, p.77).

Com isso, não se almeja afirmar que a mera legalidade não possui relevância alguma, pelo o contrário. De acordo com Pinho e Albuquerque (2017, p.105)

a importância da mera legalidade é inquestionável, ficando a sua função de limitar o poder punitivo estatal. A legalidade – tanto formal quanto material – foi um avanço significativo e representou um marco no Direito Penal moderno, encerrando uma fase de exercício desmedido e absoluto do poder de punir. Aliás, é oportuno ressaltar que a mera legalidade pode, inclusive, encontrar raízes no direito romano, diferentemente da estrita legalidade, fruto do pensamento ilustrado.

Este processo foi fundamental na humanização do Direito Penal, pois, como se analisou no primeiro capítulo da presente pesquisa, havia a confusão entre crime e pecado, Estado e Igreja.

É necessário realizar um registro sobre o conceito de “verdade” de acordo com o referencial teórico escolhido. Ferrajoli (2002, p.42) afirma que

A impossibilidade de formular um critério seguro de verdade das teses judiciais depende do fato de que a verdade “certa”, “objetiva” ou “absoluta” representa sempre a “expressão de um ideal” inalcançável. A ideia contrária de que se pode conseguir e asseverar uma verdade objetiva ou absolutamente certa é, na realidade, uma ingenuidade epistemológica, que as doutrinas jurídicas iluministas do juízo, como aplicação mecânica da lei, compartilham com o realismo gnosiológico vulgar (...). A “verdade” de uma teoria científica e, geralmente, de qualquer argumentação ou proposição empírica é sempre, em suma, uma verdade não definitiva, mas contingente, não absoluta, mas relativa ao estado dos conhecimentos e experiências levadas a cabo na ordem das coisas de que se fala.

Na mesma esteira, segundo Juliano Keller (2012, p.127), a verdade processual, defendida no interior do garantismo, será aproximativa. Contudo, essa aproximação não pode ser entendida como uma aproximação que efetivamente existe, mas como marco que regulará

⁶⁹ Nesse sentido, afirmam Pinho e Albuquerque que em regimes autoritários, pode se viver sob o manto da mera legalidade, pois um Direito penal também autoritário pode se apropriar de figuras penais injustas, mas válidas (2017, p.105).

a tomada de decisão que escolherá a tese mais plausível dentre as que foram trazidas ao processo, respeitando as garantias fundamentais do acusado.

Como já dito, os princípios (que derivam de concepções morais) foram constitucionalizados, portanto, uma forte carga de “legitimação externa” foi carregada para o interior do ordenamento jurídico (legitimação interna).

A partir deste fenômeno, torna-se tormentoso justificar esta rígida separação. O próprio autor italiano, recentemente, afirmou que já não é mais possível negar uma relação entre a moral e o Direito, pelo simples fato de que aspectos morais influenciam os legisladores na criação das normas. Todavia, a separação se faz necessária para assegurar a autonomia das legitimações, portanto, a legitimação interna não poderia derivar da externa e vice-versa (PINHO, 2012, p. 46).

De acordo com Pinho (2012, p. 46-48), Ferrajoli confere dois sentidos à separação entre moral e Direito, um que é teórico e outro axiológico. O sentido teórico indica que efetivar esta separação significa conferir autonomia do juízo jurídico em relação aos juízos externos (político e morais). Portanto, o Direito prescinde da influência de aspectos morais.

Por outro lado, a perspectiva axiológica pode ser desmembrada em três partes. Começando pela tese metalógica, tem-se que não é admitida a derivação do direito válido do direito justo, e vice-versa. Em segundo lugar, tem-se a tese científica, que rejeita a noção de que a justiça é uma condição necessária à validade das normas, pois, para ser válida, basta que a lei respeite o princípio da legalidade e ao que lhe esteja relacionado. Por fim, tem-se a terceira tese que forma a perspectiva axiológica da separação entre Direito e moral, qual seja, a tese metacientífica, que indica a possibilidade do Direito de formar as diretrizes de validade de suas normas, dispensando qualquer interferência de viés moral, ético ou político.

Nesse sentido, aduz Copetti Neto (2016, p. 28):

Isso quer dizer que legitimação interna – razão de direito – e justificação externa – razão do Direito – refletiram o processo de laicização do Direito e da cultura jurídica, na medida em que criaram pressupostos teórico e axiológico, respectivamente, do modelo garantista de legalidade, afastando a possibilidade futura de uma auto-legitimação *[sic]* ético-política, bem como de um retorno a uma hetero-legitimação jurídica do Direito.

Acerca da separação entre Direito e moral, sobretudo por conta da “invasão” de aspectos morais contidos nos princípios constitucionais, Pinho (2012, p. 51) realiza críticas à manutenção da cisão positivista, situando-se já “para além do garantismo”⁷⁰, afirmando que:

⁷⁰ Para a autora (2012, p.55), a proibição de criminalizar o pecado deverá vir de outros mecanismos (hermenêuticos), e não da irreal cisão entre moral e Direito. Assim, ao invés de pensar na moralidade como um

Ferrajoli escreve em meio à formação dos Estados Constitucionais (não mais meramente legais), e – embora afirme que pretende fazer uma revisão na filosofia ilustrada e se diga pertencer ao que denomina positivismo crítico – insistir na cisão radical entre moral e direito e na separação entre justiça e validade, ser e dever ser acaba sendo uma artificialidade, que tende a ruir ante a inegável influência da moralidade, que impregna os princípios constitucionais.

Apesar de reconhecer a inserção da moral no Direito, portanto, a introdução de valores no ordenamento jurídico, Ferrajoli mantém a ideia da cisão positivista.

A diferenciação da validade e da vigência decorre, por certo, da introdução de valores morais na análise, não necessariamente valores que estejam no âmbito da legitimação externa, mas aqueles que já estão positivados através de princípios constitucionais, logo, valores oriundos da legitimação interna⁷¹ (PINHO, 2012, p. 50). Aduz Copetti Neto (2016, p. 38):

A institucionalização da moral no Direito é o resultado de uma complexificação do ordenamento jurídico em razão do constitucionalismo rígido estabelecido no modelo moderno de democracia constitucional. A discussão, desse modo, muda de lugar e passa a ser uma discussão *no* Direito; quer dizer, passa a ser uma discussão sobre a validade das normas jurídicas, criando-se assim outro problema: é válida, também se injusta, qualquer norma ou prescrição que seja conforme às normas sobre sua produção? Aqui se estabelece o novo debate a respeito dos fundamentos do Estado de Direito, na medida em que qualquer Estado de Direito que seja estabelecido sobre as bases de uma Constituição minimamente garantista deve se manifestar, não somente em relação à validade ou (in)constitucionalidade da lei sobre sua forma de produção, mas sobretudo, em relação ao conteúdo da lei em comparação com a constituição.

Na mesma esteira, Ana Cláudia Pinho (2012, p. 50) afirma que os embates entre a lei e a Constituição, validade e efetividade, fato e direito suplantam, por conta da complexidade do modelo do constitucionalismo moderno, a antiga discussão entre o *ser x dever ser* decorrente do embate entre direito positivo e direito natural. Os Estados constitucionais do segundo pós-guerra⁷² tornam a defesa da cisão positivista cada vez mais difícil de ser assegurada.

canal aberto para subjetividades, deve-se pensar nela como uma ferramenta para minimizar o arbítrio, utilizando-se como instrumento a hermenêutica.

⁷¹ A justiça, por ser um tema afeto mais à filosofia do Direito do que da teoria do Direito, implica em uma apropriação de valores genuinamente metajurídicos, portanto, fora da esfera da legitimação interna (PINHO, 2012, p. 50).

⁷² Copetti Neto (2016, p. 43) chama atenção para o fato de que, caso a declaração de Direitos francesa, de 1789, tivesse sido reconhecida como uma carta jurídica (além de política), estabelecendo um “Direito sobre o Direito” e vinculando a sua produção, já teria, desde aquela época, formado um nexos normativo entre democracia e direitos fundamentais, o que só ocorreu, historicamente, no segundo pós-guerra. De acordo com Pinho e Albuquerque (2017, p. 78-79), os horrores praticados contra a dignidade da pessoa humana, contra a vida e integridade física ficaram mais patentes após o holocausto nazista, capítulo reprovável da história da humanidade. Para que episódios como este não ocorressem mais, a comunidade internacional se uniu no sentido de proteger os direitos humanos, o que acarretou na confecção da Declaração Universal dos Direitos do Homem.

Assim, justificar o Direito Penal com base em princípios não é outra coisa senão justificá-lo sobre uma base moral. A moralidade não se esvaiu deles quando foram normatizados. Continuam sendo exigências da moralidade (PINHO, 2012, p. 52).

Estes princípios, os “princípios de justiça”, primeiramente, “externos”, e sua posterior incorporação aos mais altos níveis do ordenamento jurídico, buscam impor limites ao poder, portanto, quanto maior for esta incorporação, maior será o grau de justiça externa do ordenamento. Já no âmbito interno, o critério de justiça só será avaliado à medida que for quantitativamente ou qualitativamente estipuladas suas garantias jurídicas, que são escolhas constitucionais, sejam de fazer ou de não fazer (COPETTI NETO, 2016, p. 42).

No decorrer deste capítulo, apresentou-se a ideia de vínculo entre o contratualismo e a democracia constitucional moderna, sobretudo porque os tidos direitos naturais, que existiriam até mesmo antes da criação do Estado, servem de supedâneo para uma teoria sobre direitos fundamentais. Assim, as constituições seriam autênticos contratos sociais, denotando os anseios da sociedade, fixando como “contratantes” os indivíduos que dela fazem parte.

Muitos dos princípios constitucionais das constituições modernas são frutos de concepções filosóficas de direitos naturais. Na lição de Pinho e Albuquerque (2017, p. 56-57):

É inquestionável, portanto, que a filosofia contratualista influenciou o pensamento de Ferrajoli. Para o garantismo, os postulados jusnaturalistas podem ser revisitados a fim de embasar a construção de uma teoria, calcada na supremacia dos direitos fundamentais, a partir do entendimento de que aqueles direitos naturais, que precediam ao estado de natureza, hoje são normas constitucionais cogentes. Dito de tal forma, é impossível não concordar com Ferrajoli: o positivismo jurídico nasce, realmente, como exigência jusnaturalista. Vê-se, claramente, que todas as virtudes morais são positivadas pelo direito estatal, na fase posterior.

O poder de punir, enquanto uma necessidade social fundada a partir do contrato social, denota influência do utilitarismo clássico, que tem como premissa basilar o princípio da utilidade, manifestada na afirmação de que o prazer, bem como a ausência da dor, são buscados por todas as pessoas. Assim, suas condutas são guiadas para gerar a maior quantidade de prazer, para um maior número de pessoas, corolário da “utilidade da ação”.

No utilitarismo clássico, a pena é necessária por trazer um benefício maior à maioria das pessoas da sociedade e que, mesmo sendo um mal, é aceita e aplicada pelo Estado, ao contrário do delito que, também sendo um mal, é, por outro lado, caracterizado como uma infração à norma.

Sobre a pena, para Ferrajoli (2002, p. 208), ela não pode ser justificada como se fosse um fim em si mesmo (concepção retributivista), porquanto a enxerga como um meio para fins

futuros. Esta concepção como meio (e não fim) é marcante nas doutrinas utilitaristas/relativas: de prevenção geral (positiva e negativa) e prevenção especial (positiva e negativa).

Com as teorias utilitaristas da pena, extrai-se que elas possuem um único objetivo, a prevenção de futuros crimes. Percebe-se uma tutela da maioria não desviante, desprezando-se a tutela da minoria desviante, logo, não se preocupando com as reações arbitrárias que a esta minoria podem recair (FERRAJOLI, 2002, p. 212).

Este princípio da utilidade não deve apenas ser dirigido aos cidadãos, mas também deve nortear a atuação dos legisladores que, durante a elaboração das leis, devem considerá-la. Portanto, a lei deve provocar o aumento da felicidade e a diminuição da infelicidade para a maioria das pessoas.

Na interlocução de Copetti Neto (2016, p. 29-30), conceber o utilitarismo como pressuposto de uma teoria garantista é fundamental na medida em que a legitimação externa, do *dever ser* do Direito, almejou promover a utilidade social como critério político de justificação jurídica. Assim, em decorrência das posições iluministas que geraram a separação entre direito e moral, o utilitarismo defendeu a ideia da pena como sendo um preço para impedir um mal maior, desvinculando-a de qualquer concepção religiosa ou de sentimento de vingança.

No que tange a influência desempenhada pelo utilitarismo, é importante realizar uma ressalva: ele pode provocar um direito penal máximo ou mínimo, de acordo com as utilidades apontadas, os danos prevenidos e quem são os destinatários da utilidade (PINHO; ALBUQUERQUE, 2017, p. 57).

Existe um utilitarismo essencialmente autoritário, denominado utilitarismo *ex parte principis*. Neste contexto, o Estado é tido como o destinatário da proteção penal. O outro modelo, alinhado com a perspectiva ilustrada, é o utilitarismo *ex parte Populi*, que tem como fim o bem-estar dos cidadãos.

O autor italiano Luigi Ferrajoli (2002, p. 210) afirma que o utilitarismo *ex parte principis* enuncia uma primazia da política sobre a moral e sobre o Direito, tendo como guia o interesse do Estado. Esta concepção é inspirada na máxima de que “os fins justificam os meios”, sendo claramente contrárias ao modelo do Estado de Direito, enquanto modelo que almeja limitação do poder. Esta forma de utilitarismo, especialmente no que tange os delitos que afetam interesses do Estado e do exercício do poder de governo, justificam um poder ilimitado, à medida que, para prevenir mais, reprime mais, utilizando como instrumentos práticas marcadamente autoritárias.

Já o utilitarismo *ex parte Populi* é idôneo para justificar, sob um ponto de vista externo e conjuntamente com a separação de direito e moral, um direito penal mínimo, já que as leis devem ser sempre feitas para a utilidade dos cidadãos. Portanto, este utilitarismo é marcado por um cariz iluminista, que tem como referência o bem-estar não dos governantes, mas do indivíduo (FERRAJOLI, 2002, p. 211).

Acerca desta diferenciação, afirmam Pinho e Albuquerque (2017, p. 58):

Se o objetivo único do Direito penal (*ex parte Populi*) for assegurar a maioria (não desviados), com o fim claro de promover a segurança social, a hipótese do Direito penal máximo não está descartada, pois, em nome de tão falada segurança, o Estado estará legitimado a agir, ficando comprometidos os vínculos e limites do poder punitivo [...] Do contrário, se –para além de atender aos interesses majoritários – o Direito Penal (*ex parte Populi*) também visa a minoria (desviados, punidos), objetivando causar-lhes um mínimo sofrimento necessário a impedir que sofram males extrapenais maiores (vingança privada), aí sim estará assegurado o modelo de Direito penal mínimo, limitado.

Tem-se que a partir do tipo de finalidade dada à pena e ao direito penal, giza Ferrajoli (2002, p. 211):

a primeira versão é aquela que equipara a finalidade à máxima utilidade possível garantida à maioria formada pelos não desviados; uma segunda é aquela que a equivale ao mínimo sofrimento necessário a ser impingido à minoria formada por desviados. A primeira reporta a finalidade (apenas) aos interesses da segurança social, distintos dos daqueles que suportam a pena, e, portanto, torna impossível a avaliação entre custos e benefícios. A segunda, ao invés, reporta a finalidade (também) aos interesses dos destinatários da pena, que, sem esta, poderiam sofrer males extrapenais maiores, tornando assim possível a comparação entre estes e os meios penais adotados. É claro que a primeira versão não pode exigir nenhum limite ou garantia na intervenção punitiva, sendo idônea, pois, para fundar, inclusive modelos de direito penal máximo

3.2 O utilitarismo reformado como vetor da diminuição de violências

Apresentadas estas duas vertentes do utilitarismo, um que possibilita a existência de um direito penal máximo, e outro que possibilita a existência de um direito penal mínimo, Luigi Ferrajoli se propõe a lançar uma nova perspectiva do conceito, apresentando o que chama de utilitarismo reformado.

O professor italiano exprime que o objetivo utilitário da pena, qual seja, prevenir delitos, pautando-se no parâmetro utilitário clássico de “máxima felicidade para o maior número de pessoas”, indica um utilitarismo “pela metade”, pois visa tão somente à maioria, o que como visto, abre caminho para a possibilidade de práticas autoritárias, por conta de um uso de penas ilimitadas (FERRAJOLI, 2002, p. 267).

Para impedir a concretização deste modelo de Direito Penal máximo que pode ser criado a partir desta função utilitária, Ferrajoli (2002, p. 267) formula um segundo parâmetro utilitário que, além de visar o máximo bem-estar da maioria (não desviantes), também deve alcançar o mínimo mal-estar dos desviantes (minoria). Este segundo objetivo da pena, sob a perspectiva do utilitarismo reformado, não objetiva a prevenção dos delitos, mas sim, de um outro tipo de mal, que é a reação informal, selvagem, “punitiva mas não penal”, realizada contra os infratores. Esta outra finalidade da pena obedeceria a um princípio de humanidade, de bom senso, que visa, sobretudo, a limitação do poder punitivo.

Portanto, este outro objetivo justificante do direito penal seria prevenir do mal, das “reações informais e selvagens”, os réus (vítimas da punição arbitrária) e todas as pessoas que a eles são solidárias. Assim, nesta perspectiva, a pena deixa de ser meramente um meio de prevenção, enquanto reação aflitiva a uma ofensa, e também se torna meio idôneo para assegurar uma limitação das penas informais (FERRAJOLI, 2002, p. 268).

A segunda função da pena, por Ferrajoli (2002, p. 268), não foge da tradição iluminista: “segundo uma ideia largamente difundida e de clara derivação *jusnaturalista* e contratualista, a pena é, por primeiro, o produto da socialização e, ao depois, da *estatalização* da vingança privada, concebida por seu turno, como expressão do direito natural ‘de defesa’”.

Historicamente, o que se tem é que o Direito Penal nasce como uma negação da vingança, justificando-se não em garanti-la, mas sim em impedi-la. A pena serviria não para satisfazer os anseios de vingança, mas sim para impor obstáculos às suas manifestações. Não é por outro motivo que se percebe a luta histórica do Direito Penal como uma luta contra a vingança, luta esta que pode ser caracterizada por dois relevantes momentos: o primeiro, quando a vingança foi disciplinada como direito-dever privado, e o segundo, quando a justiça privada foi proibida, formulando, desta forma, um modelo trilateral, que insere a figura de um juiz imparcial como autoridade competente para dirimir a controvérsia (FERRAJOLI, 2002, p. 269).

A função utilitária (e garantista) do Direito Penal não é outra senão a minimização da violência.

Elencadas as duas finalidades do Direito Penal, Ferrajoli (2002, p. 269) afirma não existir uma hierarquia ou uma gradação acerca de relevância entre eles. Ambas visam a tutela dos direitos fundamentais. Portanto, o Direito Penal realizaria esta tutela a partir de duas funções igualmente preventivas: a prevenção dos delitos e a prevenção das penas arbitrárias/informais.

As duas formas de prevenção são nitidamente conflitantes, na medida em que a acusação está interessada na defesa social, almejando uma maior punição, enquanto a defesa, vislumbrando a defesa individual, visa uma maior prevenção das penas informais. Os dois pontos são levados ao interior do “embate processual”, pelas partes, como marca essencial do respeito ao contraditório (FERRAJOLI, 2002, p. 269).

Ainda que se tenha a falta de hierarquia entre as funções, é inegável que a segunda, qual seja, a prevenção das penas informais, é a mais menosprezada na prática e que, por ser uma condição necessária para a consecução de um direito penal mínimo e garantista, merece ser mais patente.

Isso se deve, na interlocução de Ferrajoli (2002, p. 270), por três principais motivos: o primeiro decorre da “dúbia idoneidade” do Direito Penal satisfazer o clamor de prevenção dos delitos com base no temor das penas; o segundo motivo decorre do fato de que a ideia de defesa social sempre guiou a atuação do legislador e das demais autoridades públicas, o mesmo não ocorreu em relação à necessidade de prevenir o réu das penas arbitrárias; por fim, tem-se o terceiro motivo, em que somente a partir da minimização destas reações informais, consegue-se fazer a distinção entre o Direito Penal e outros sistemas de controle social, sistemas esses que supostamente atingiriam, de forma mais ágil, o clamor de segurança.

A dupla finalidade preventiva do Direito Penal visa à minimização da violência. O crime, bem como a vingança, se caracterizam por serem violências, na medida em que é empregado, nas suas consecuições, o uso da força (e, em ambos os casos, uma força arbitrária), primeiro, a força do imputado, segundo, a força do ofendido. Nesse cenário, a lei penal pretende evitar estes dois tipos de violências, seja por parte da proibição a ela ínsita, seja pela sua parte punitiva, que minimiza a irascibilidade proveniente das reações informais (FERRAJOLI, 2002, p. 270).

Considerando Ferrajoli (2002, p. 270) que a lei penal deva ser considerada como a “lei do mais fraco”, afirma:

O objetivo do direito penal não é passível de ser reduzido à mera defesa social dos interesses constituídos contra a ameaça que os delitos representam. Este é, sim, a proteção do fraco contra o mais forte: o do fraco ofendido ou ameaçado com o delito, como do fraco ofendido ou ameaçado pela vingança; contra o mais forte, que no delito é o réu e na vingança é o ofendido ou os sujeitos públicos ou privados que lhe são solidários. Precisamente, - monopolizando a força, delimitando-lhe os pressupostos e as modalidades e precluindo-lhe o exercício arbitrário por parte dos sujeitos não autorizados – a proibição e a ameaça penal protegem os possíveis ofendidos contra os delitos, ao passo que o julgamento e a imposição da pena protegem, por mais paradoxal que pareça, os réus (e os inocentes suspeitos de sê-lo) contra as vinganças e outras reações severas.

Portanto, Ferrajoli propõe um utilitarismo que vise não somente o máximo bem estar possível dos não desviados (maioria), mas que também corresponda a um mínimo mal-estar necessário aos desviados (minoridade), como forma de evitar os castigos injustos. Um Direito Penal que não visa tão somente proteger a figura do ofendido, mas também do ofensor (enquanto ofendido das reações arbitrárias e selvagens). Nesse sentido, a Constituição seria “uma reserva ética de segurança para os cidadãos” (PINHO; ALBUQUERQUE, 2017, p. 61).

De acordo com Pinho e Albuquerque (2017, p. 61), se o poder de punir é ínsito às nossas sociedades, existindo desde tempos imemoráveis, que ao menos ele seja exercido pelo Estado e, em uma democracia, possua formas de limitação ao poder punitivo e esteja comprometido com o respeito dos direitos fundamentais.

Acerca da dupla finalidade preventiva, tem-se que elas legitimam a necessidade política do Direito Penal como instrumento de tutela dos direitos humanos. Esta legitimidade não provém necessariamente de um consenso da maioria. Mas é garantista, posto que vincula o poder punitivo, limitando seu exercício (FERRAJOLI, 2002, p. 271).

A proteção do infrator, frente às reações informais, pode ser considerada enquanto decorrência de um dos princípios mais caros ao constituinte de 1988, que elevou o respeito à dignidade da pessoa humana um dos fundamentos do Estado democrático de Direito brasileiro.

O utilitarismo reformado, concebendo este duplo objetivo do Direito Penal, certamente alcança sua adequada justificação e se torna característica marcante de uma teoria garantista de limites do poder punitivo (evitando, assim, o caótico estado de descontrole punitivo).

Segundo Ferrajoli (2002, p. 271), um sistema penal só se justifica se a soma das violências que se digna a prevenir for superior às violências constituídas pelos delitos não prevenidos e pelas penas a estes cominadas. Assim, se justifica na medida em que for menos aflitivo e menos arbitrário se comparado com outras reações não jurídicas (que se produziriam diante de sua ausência).

Desta feita, afirma o professor italiano (2002, p. 271) que:

“Garantismo”, com efeito, significa precisamente a tutela daqueles valores ou direitos fundamentais, cuja satisfação mesmo contra os interesses da maioria, constitui o objetivo justificante do direito penal, vale dizer, a imunidade dos cidadãos contra a arbitrariedade das proibições e das punições, a defesa dos fracos mediante regras do jogo iguais para todos, a dignidade da pessoa do imputado, e, conseqüentemente, a garantia da sua liberdade, inclusive por meio do respeito à sua verdade. É precisamente a garantia destes direitos fundamentais que torna aceitável por todos, inclusive pela minoria formada pelos réus e pelos imputados, o direito penal e o próprio princípio majoritário.

Fica claro, portanto, que a teoria garantista propõe um modelo pautado na racionalidade e com a finalidade precípua de redução do poder arbitrário, como forma de se atingir o respeito e proteção dos direitos fundamentais.

No que tange ao respeito destinado à vontade de maioria ou da minoria das pessoas, que enseja uma discussão sobre a democracia constitucional (como é o caso brasileiro) e a falta de legitimidade constitucional do Direito Penal e Processual Penal no país e seus temas correlatos, dedicar-se-á o próximo tópico.

3.3 Para um autoritarismo endêmico, um garantismo de resistência

Por tudo o que já foi visto na presente investigação, percebe-se, claramente, que há um grande descompasso entre as leis ordinárias de matéria penal e a Constituição da República. A partir de uma análise histórica, tem-se que tanto o código penal quanto o código de processo penal foram forjados no momento em que o país era comandado por um regime autoritário, além da já vista naturalização de aspectos essencialmente autoritários constantes nas legislações brasileiras desde a escravidão. Logo, é natural que as codificações materializassem esta orientação política.

Mesmo após a Constituição de 1988, o que se tem é uma atividade legislativa e uma prática judiciária totalmente em desacordo com as diretrizes que um Direito Penal e um Processo Penal democráticos devem seguir.

O que se faz, utilizando o sistema penal como instrumento, é perpetuar formas de domínio e controle social das classes não hegemônicas, o que foi demonstrado no capítulo primeiro do presente trabalho, a partir da utilização da justiça negocial e os institutos que envolvem barganha, bem como no segundo capítulo, a partir de uma análise do contexto sócio-político do Brasil escravagista, em que o sistema penal pautava-se em categorias de exclusão e discriminação.

A seletividade sempre foi marca característica da perversidade do Direito Penal. Hoje, ela opera, sobretudo, a partir de uma supervalorização do bem jurídico patrimônio em relação a outros bens jurídicos, que deveriam preponderar na escala de relevância, como a dignidade humana e a vida.

Punindo com mais severidade os crimes patrimoniais, o que se faz, por ricochete, é punir com mais severidades aqueles que não possuem patrimônio, as classes mais pobres.

Logo, esse mecanismo de controle social se interessa mais em quem comete o crime, do que propriamente na conduta delitiva⁷³.

Desta forma, a proteção aos direitos humanos, em um cenário de incoerência da legislação ordinária com a ordem constitucional, fica extremamente debilitada. O que se almeja, em verdade, é que o sistema penal atue em consonância com os ditames constitucionais, se comprometendo com a preservação das garantias dos cidadãos.

A escolha do constituinte originário de 1988 claramente foi a de coadunar aspectos pertinentes ao Estado Liberal e ao Estado Social. Sobre as principais características de ambos, Ferrajoli (2002, p. 691-692) giza que o Estado Liberal é um Estado limitado por proibições dirigidas aos órgãos de poder. Já o Estado Social é ligado às normas secundárias positivas, igualmente orientados em direção ao poder público, todavia, aqui, os direitos dos cidadãos equivalem a deveres do Estado. Em outras palavras, o Estado Liberal deve, somente, não piorar as condições de vida dos cidadãos, enquanto que o Estado Social deve melhorá-las, portanto, deve promover vantagens⁷⁴.

Os princípios trazidos na *Carta Magna*, como o princípio da igualdade, princípio da liberdade, princípio da legalidade e princípio da presunção de inocência, bem como outros que deles são derivados, como o princípio da proporcionalidade entre os delitos e as penas e o da ofensividade, traduzem, com clareza solar, o ideal de utilização controlada do poder punitivo (PINHO; ALBUQUERQUE, 2017, p. 80).

Isso decorre porque, a partir de um rápido exercício mental, de pensar um cenário de patente desrespeito aos princípios acima elencados, de imediato, vêm à mente um cenário de arbitrariedade, poder repressivo ilimitado e agressão à dignidade da pessoa humana.

O Direito Penal no interior do já tratado Estado Democrático de Direito não pode ser outro que não um direito de cunho liberal, que seja mínimo e comprometido com a proteção dos direitos fundamentais do indivíduo, não importando se ele é a vítima ou o infrator.

⁷³ Como exemplo da relevância dada ao patrimônio, Pinho e Albuquerque (2017, p. 65) indicam casos em que há uma grande desproporção em relação ao bem jurídico afetado: se alguém comete uma lesão corporal grave a outrem, lhe cabe uma sanção de 1 a 5 anos de reclusão. Por outro lado, quem, com a ajuda de uma outra pessoa, furtar um objeto no interior de uma residência, estará submetido a uma pena que variará entre 2 e 8 anos de reclusão. É lícito perceber que no segundo exemplo traçado, não há grave ameaça nem dano a integridade física da vítima, mas mesmo assim, a pena cominada é significativamente maior, o que denota uma vontade do legislador em privilegiar quem possui patrimônio.

⁷⁴ Melhorando ao garantir condições sociais de vida, os exemplos destes direitos sociais são: a saúde, a moradia e o trabalho, incluídos expressamente no rol de direitos sociais plasmado no artigo 7º da Constituição Federal.

Com a já citada inserção, para dentro do ordenamento jurídico, da moralidade contida nas Constituições contemporâneas, a discussão entre jusnaturalismo e justpositivismo já não possui mais razão de existir, dada a absorção de direitos naturais por parte do Direito.

Por terem sido inseridas na Constituição como normas superiores, estes direitos fundamentais devem ser respeitados pelas normas inferiores, não apenas por questões de caráter essencialmente formais, mas sim, por uma exigência substancial, de harmonia aos valores consagrados na ordem constitucional. Mas nem sempre isso é o que ocorre (como no Brasil).

Neste contexto, é relevante efetuar a diferenciação entre vigência, validade e efetividade, tão cara a uma abordagem garantista. Assim, tem-se que o primeiro destes conceitos, o de vigência, indica tão somente a existência formal da lei, a existência respeitadora dos pressupostos formais de sua produção.

Portanto, é vigente a lei que resguarda os procedimentos e formas do ato normativo, assim como a competência de quem o edita. Suas condições formais são questões de fato, nas quais suas ausências implicam em um ato imperfeito, a partir de uma simples verificação empírica ou de fato (FERRAJOLI, 2002, p. 701).

Por outro lado, a validade indica a necessidade de uma conformação da lei com os princípios estabelecidos constitucionalmente. É necessário que resguarde seu significado, enquanto alinhado com o nível normativo superior, portanto, que indicam respeito aos valores como os que denotam as garantias do indivíduo. Por dizerem respeito aos princípios e necessitarem de uma atividade valorativa do intérprete, tem-se que estes juízos de valor não refutáveis, na medida em que não são nem verdadeiros e nem falsos (FERRAJOLI, 2002, p. 701).

Por fim, em relação à eficácia, dispõe de forma crítica a realidade brasileira, conforme afirmam Pinho e Albuquerque (2017, p. 89):

Para o garantismo, eficácia significa produção real de efeitos, utilização concreta. A norma pode ser, então, vigente e eficaz, sem ser, entretanto, válida (como por exemplo, a norma que proíbe a concessão de liberdade provisória para os crimes hediondos) e pode, ainda ser vigente e válida, sem ser, todavia, eficaz (voltem-se os olhos para as várias regras constantes da Lei de Execuções penais, que determinam a observância da dignidade da pessoa presa e que não são respeitadas na prática, como se depreende da simples constatação dos inúmeros casos de desrespeito á integridade e física e moral das pessoas privadas de liberdade).

Ainda sobre o distanciamento e a falta de harmonia entre a legislação ordinária e a Constituição, afirma Miguel Angel Herrera (1996, p. 82), que esta é uma lógica paradoxal, pois apesar do anseio constitucional de se manter uma integração do ordenamento jurídico,

bem como de se manter uma adequação na interpretação da lei e da Constituição, é perceptível, ao revés, uma grande divergência entre o texto constitucional e o desenvolvimento de leis ordinárias. Por isso, diante deste “divórcio”, se propugna por uma “resistência constitucional”.

Diante do exposto, resta claro que nem toda lei vigente é válida, nem toda lei válida é eficaz e que nem toda lei vigente é eficaz. Este distanciamento entre os conceitos supracitados deve ser denunciado por parte do intérprete, a partir da manifestação das lacunas, que seriam decorrentes da falta de regulamentação necessária ou de omissões, e as antinomias, que seriam contradições entre a legislação ordinária e as normas superiores (PINHO; ALBUQUERQUE, 2017, p. 90).

A confusão entre validade e vigor é marca dos Estados absolutos, onde os juízos de validade acabam transformando-se em juízos de fato, sobre a presença ou ausência de aspectos formais que condicionam a sua vigência. Ao contrário, como autêntica exigência do Estado de Direito, tem-se que as Constituições não se limitam a ditar as condições meramente formais que consentem em reconhecer a vigência, mas estabelecem os direitos fundamentais dos cidadãos, cuja garantia é condição de validade substancial das normas (FERRAJOLI, 2002, p. 702).

Assim, o garantismo opera como doutrina de legitimação e de perda de legitimação interna, necessitando de uma análise constante dos juízes e juristas, acerca das leis vigentes. O autoritarismo é endêmico, é estruturante e não circunstancial. Esta perspectiva crítica não advém de um elemento externo ou metajurídico, mas senão do próprio direito positivo vigente. Tal necessidade de análise crítica acerca das leis e sua conformidade com a Constituição não ocorre, por exemplo, no positivismo dogmático, em que seu “engessamento” admite uma conduta do juiz acrítica e contemplativa no que diz respeito ao direito positivo/vigente (FERRAJOLI, 2002, p. 685).

Assim, para Ferrajoli (2002, p. 700), o positivismo dogmático seria aquele que ignora o conceito de vigor das normas como categoria independente da validade e da efetividade e que possui um nítido caráter avalorativo, diante da impossibilidade de uma crítica partindo do interior do ordenamento, mas sim apenas do exterior (decorrentes da moral ou de aspectos políticos).

Como já dito antes, o garantismo é uma teoria positivista, principalmente quando lembramos que um dos motes da teoria garantista é a limitação do poder, que decorre do comando da lei positivada. Todavia, é relevante lembrar que, por conta da

constitucionalização dos direitos fundamentais, o positivismo ganhou uma nova dimensão, trilhando caminho para o surgimento de um outro positivismo, o positivismo crítico.

Em relação à diferenciação entre estes dois modelos positivistas e se apropriando das lições de Luigi Ferrajoli, tem-se que, no positivismo dogmático não há distinção alguma entre lei vigente e lei válida, sendo seu único critério de legitimação os aspectos procedimentais/formais. Assim, o intérprete somente teria a tarefa de analisar o comando constitucional destinado à produção das normas, sem questionamento algum a respeito do seu significado (PINHO; ALBUQUERQUE, 2017, p. 92).

O positivismo crítico, posto como uma crítica ao direito positivo, exige uma nova roupagem da função do juiz e do jurista. Afirmam Ana Cláudia Pinho e Fernando Albuquerque (2017, p. 92-93) que esta novel função é:

Compreender o intrincado sistema de valores da Constituição, descobrir o Direito inferior, fazer a comparação, encontrar os fundamentos formais da vigência e, sobretudo, verificar se materialmente a compatibilidade também se apresenta. Se após essa complexa tarefa de interpretação (e valoração), o julgador convencer-se da validade do direito positivo de grau inferior, então poderá aplicá-lo. Caso contrário, se verificar que entre o direito vigente e o direito válido existe um abismo, deverá denunciá-lo, deslegitimando o comando que estiver em contraste com a norma de grau superior.

Sobre a tarefa do jurista no interior do positivismo crítico, Ferrajoli (2002, p. 704) afirma que a sua função não é sistematizar e reelaborar as normas do ordenamento para apresentar uma sistematização e coerência que não possuem, mas explicar a incoerência e falta de efetividade mediante juízos de invalidade. Assim, percebe-se que a crítica do Direito positivo, a partir de uma perspectiva advinda do seu próprio interior, tem função descritiva das autonomias e lacunas.

Em relação a uma situação que se impõe, tanto aos juízes quanto aos juristas, dentro do positivismo crítico, afirma Ferrajoli (2002, p. 705), em uma Constituição rígida, diante de uma lei de duvidosa validade, estes podem traçar dois caminhos: enquadrar a norma na Constituição, realizando interpretações restritivas e assim conservando-a, ou enfatizar o contradição da norma com o texto constitucional, reforçando os aspectos de invalidade e, assim, possibilitando, enquanto a norma não seja anulada, o risco de futuras interpretações anticonstitucionais⁷⁵.

⁷⁵ Sobre estas duas estratégias de resolver a antinomia, Ferrajoli (2002, p. 705) afirma ser difícil escolher qual, na prática, seria preferível. Todavia, ao menos cientificamente, as duas alternativas não se excluem entre si. O que se tem como inegável é a impossibilidade de ocultação das antinomias e lacunas.

Tem-se que este campo de “abertura”, para o juiz efetuar juízos de valor, não é um espaço propício ao arbítrio e ao decisionismo, pois o juiz não deve decidir conforme suas concepções pessoais, mas sim, decidir de forma que respeite o balizamento imposto pela Constituição.

Portanto, ao juiz é necessário que realize os “reparos” em um ordenamento marcado por antinomias, lacunas e falta de consonância entre as noções de validade, vigência e efetividade. Para efetuar estes consertos, sob pena de romper o sistema garantista, este juiz não deve decidir com base em convicções pessoais. Com o juiz criminal, este cenário não é diferente (PINHO; ALBUQUERQUE, 2017, p.95).

Quanto a esta função do juiz em declarar uma norma inválida, por não estar em consonância com a Constituição Federal, recai uma crítica fundamental: a suposta falta de legitimidade democrática do poder judiciário.

Por certo, os juízes não possuem representatividade majoritária, não são eleitos através do voto popular (o que o deixa mais protegido das pressões da maioria⁷⁶). O que se espera da atividade jurisdicional é um afastamento em relação às partes do processo, a imparcialidade no momento da decisão. A motivação, enquanto “prestação de contas oferecidas à sociedade” é o componente democrático a função judicial, na medida em que os indivíduos podem analisá-la e realizar a verificação se está condizente com a Constituição (PINHO; ALBUQUERQUE, 2017, p. 98).

De acordo com Ferrajoli (1996, p. 22) existem muitos modelos de democracia e, no sentido mais comum, ela se confunde como uma onipotência da maioria. Se concebermos a democracia como simples regra de maioria, não há como objetar o caráter democrático de regimes totalitários, como o fascismo e o nazismo, que tiveram um amplo apoio popular.

Assim, estas experiências históricas que espalharam o terror pelo mundo ensinaram que a democracia não é o “despotismo” da maioria, mas sim um complexo sistema de equilíbrios recíprocos entre os poderes, de limites aos seus exercícios, de garantias para a tutela de direitos fundamentais. Este complexo sistema de vínculos e equilíbrios seria o

⁷⁶ Em relação à proteção do juiz a regra de maioria, é necessário fazer uma consideração: o “processo penal do espetáculo” (termo utilizado por Rubens Casara), em que o desejo de garantia dos direitos fundamentais é substituído por desejo de audiência, que precisa de um papel da mídia, no sentido de apresentar uma determinada versão dos fatos como se fosse a versão defendida pela “opinião pública” que, em realidade, é a opinião publicada. Desta forma, tem-se que a mídia condiciona a função dos atores judiciais e que, a partir deste cenário, passam a atuar acreditando que devem respeitar a “opinião da maioria”, o que certamente gera efeitos nefastos, pois, para ter sua atuação apoiada por “todos”, passa-se, não raro, por cima do respeito aos direitos fundamentais.

próprio Direito como a principal garantia da democracia (FERRAJOLI, 1996, p. 22). E dentro deste conceito abrangente que é o “Direito”:

Más precisamente la Constitución, que debe ser , pues, reconocida como la principal garantía de la democracia: no sólo desde el punto de vista formal, o sea, como conjunto de procedimientos y de controles estipulados em garantia de la representación y del principio de mayoría; sino también desde el punto de vista sustancial, em cuanto sistema de derechos fundamentales estipulados contra cualquier tentación absolutista, em garantia de la igualdad y de las necesidades vitales de todos. Este papel del Derecho como sistema de garantías tanto de las formas como de los contenidos de la democracia se funda em una característica estructural propia del actual Estado constitucional de Derecho: la sujeción al Derecho de la producción del Derecho mismo, em virtude de la cual el Derecho, segun el viejo esquema positivista, no sólo es producido por fuentes y em normas cuyo carácter democrático-representativo es posible garantizar, sino que está también programado em sus contenidos por principios constitucionales que limitan y vinculan a los poderes normativos, finalizándolos al respeto y a la satisfacción de los derechos fundamentales.

O garantismo reconhece duas formas de democracia, uma tida como formal (política) e outra como substancial: a primeira restringe-se às regras procedimentais, de “quem e como” decidir, tendo como noção fundante a ideia do princípio majoritário⁷⁷, enquanto a segunda, pelo contrário, abrange questões sobre o que “não se pode decidir e sobre o que não se pode deixar de decidir”, nem sequer pela vontade da maioria, cuja noção fundante é a defesa dos direitos fundamentais (PINHO; ALBUQUERQUE, 2017, p.97).

Atualmente, é claro que a dimensão apenas formal da democracia não é mais suficiente para legitimar decisões dentro do quadro constitucional, sobretudo porque neste cenário está clara a necessidade de respeito ao princípio da igualdade e o respeito aos direitos fundamentais, como limites do poder, inclusive do poder da maioria (COPETTI NETO, 2016, p. 50).

De acordo com Ferrajoli (1996, p. 28), a ideia que a democracia consiste unicamente como consenso da maioria, além de produzir uma redução do pluralismo (que no caso brasileiro é posto como fundamento da República), também legitima a ilegalidade e o arbítrio.

Ainda sobre a democracia formal ou política, afirma Alfredo Copetti Neto (2016, p. 57), que ela é “determinada por normas de reconhecimento do ordenamento constitucional, cujo conteúdo é revestido por normas de competência”.

Devendo esse respeito ao ordenamento constitucional (como não deveria deixar de ser), estas normas de competência estabelecem, entre outros aspectos, a disciplina da democracia política (afirmação da representatividade política através do exercício do voto) e o

⁷⁷ Em relação à democracia constitucional, tem-se que seu principal rompimento é justamente com esse pressupostos histórico de que a democracia é o homônimo de “governo do povo”, que se assume como um corpo moral e coletivo que possui uma vontade única (COPETTI NETO, 2016, p. 46).

princípio da separação dos poderes. Assim, em relação à democracia formal, se pode falar da fundação positiva dos direitos substanciais, suas garantias e seu funcionamento, sobretudo porque estes aspectos dizem respeito às instituições, normas e atos que lhe levam consecução (COPETTI NETO, 2016, p. 56).

Já em relação à democracia substancial, temos que ela assume a essência da democracia constitucional, pois cabe a ela cumprir o papel fundamental de tutela dos mais fracos, impondo limites substanciais, sobretudo às decisões majoritárias. Desta feita, aduz Copetti Neto (2016, p. 76)

É em face da democracia substancial que assentam as características constitucionais determinantes à ilegitimidade de poderes desregulados e, nesse contraponto, também a legitimidade da subordinação desses ao Direito, cujo reconhecimento como Direito válido decorre unicamente do seu condicionamento às escolhas constitucionais, as quais estabelecem, além das formas para a sua produção, os conteúdos a serem produzidos.

Apreende-se, portanto, que a democracia substancial tem, como fins do Estado e do Direito, a garantia dos direitos fundamentais de liberdade e dos direitos sociais⁷⁸, servindo de contraponto até mesmo à democracia formal, no sentido em que deslegitima afrontas ao sistema democrático, não permitindo que o princípio da estrita legalidade seja violado por conta de uma suposta legitimidade política (COPETTI NETO, 2016, p. 78-82).

A democracia substancial serve de base para a democracia constitucional, que não se alinha a uma autolegitimação, só concebendo esta legitimação a partir do respeito e efetivação aos direitos fundamentais, direitos de todos, portanto, uma legitimação posterior, que depende da utilização da esfera pública como mecanismo idôneo de proteção e satisfação dos direitos fundamentais, bem como de deslegitimação de qualquer poder que se mostre incompatível com os fundamentos do Estado de Direito (COPETTI NETO, 2016, p. 81).

Assim, por tudo o que se expôs no presente capítulo, se tem que a defesa dos valores constitucionalmente previstos é pedra angular do modelo garantista, modelo este

⁷⁸ Sobre o enlace entre liberdade e direitos sociais, no interior de uma sociedade democrática, aduz Ferrajoli (2002, p. 757) que “a democracia é regime político que consente o desenvolvimento pacífico de conflitos, e por meio destes as transformações sociais e institucionais. Legitimando e valorizando todos os pontos de vista externos e as dinâmicas sociais que os exprimem, ela legitima a mudança por meio do dissenso e do conflito. O nexos entre democracia e conflito é biunívoco. Não apenas a democracia garante a luta pelos direitos, mas estes garantem, por sua vez, a democracia: uma oferece às outras os espaços e os instrumentos jurídicos, que são essencialmente os direitos de liberdade; as outras asseguram aos direitos e à democracia os instrumentos sociais de efetiva tutela e alimentam-lhe o desenvolvimento e realização [...] A liberdade, mesmo exercitada individualmente, equivale sempre a formas de contrapoder. Mas apenas se exercitada coletivamente, dá vida a contrapoderes sociais baseados na direta e igual participação dos seus titulares, e por essa razão, dotados de forças de pressão, de negociação e de controle em condições não apenas de orientar os poderes institucionais à satisfação dos direitos reivindicados, mas também de impedi-lhes as degenerações autoritárias”.

comprometido com a tutela dos direitos fundamentais, impedindo que o texto fundamental seja um instrumento não efetivo.

A função garantista corresponde à limitação dos poderes e seu correspondente aumento da liberdade e igualdade, no sentido de garantia de direitos fundamentais a todos. Aqui não importa se o indivíduo é tido como vítima ou infrator, sua dignidade deve ser igualmente respeitada (FERRAJOLI, 2002 p. 746).

Em um cenário de “naturalização” de uma essência autoritária incutida nas legislações penais e nas práticas judiciais, como é o caso brasileiro, em que a força, por diversas vezes, se sobrepõe ao Direito, a tutela dos direitos fundamentais, constitucionalmente previstos, se torna mais difícil de ser concretizada, mas mais do que isso, se torna ainda mais necessária!

Segundo Casara (2015, p. 312) o primeiro passo para superar o autoritarismo é identificá-lo e constrangê-lo. O autoritarismo, por já estar naturalizado, não é percebido como tal, apesar de ser evidente; e por ser evidente, não é visto como algo que contradiz o ideal democrático. Mas uma vez percebido, é necessário que se criem mecanismos para que ele seja obstaculizado e deslegitimado.

O fortalecimento da democracia, no que tange à seara penal, necessita que se atribua à Constituição a função de freio às violências e perversões inquisitoriais, o que é uma pré-compreensão necessária para uma tentativa de racionalização do poder penal (CASARA, 2015, p. 314)

Portanto, é necessário que haja uma ruptura, não as já citadas no presente trabalho e que surgiram “de cima para baixo”, comprometidas apenas com a manutenção do “*status quo*”, mas sim uma ruptura que ocorra verdadeiramente “de baixo para cima”, democrática, a partir de uma mobilização que se proponha a realizar resistência às leis inválidas que permeiam e contaminam a legislação penal brasileira e que perpetuam o seu caráter inquisitório, autoritário e inconstitucional.

CONCLUSÃO

As inquietações que deram origem ao presente trabalho derivam da perversidade ínsita à utilização de certos institutos processuais penais, que afetam significativamente os direitos fundamentais dos imputados. Aqui, refere-se aos que serviram de objeto de estudo, quais sejam: a utilização da confissão como circunstância atenuante; a delação premiada e a transação penal, que manifestam um elevado grau de autoritarismo da legislação penal

brasileira e que se mostram totalmente dissonantes com os primados democráticos e garantistas da Constituição de 1988.

A utilização destes institutos que envolvem barganha, como exposto no primeiro capítulo, implica em uma necessidade, por parte do réu, de renunciar a certos direitos fundamentais. O aumento destes espaços para o “consenso” entre a acusação e defesa fortalece a relativização de garantias, o que não pode ser aceito.

A ideia de que, ao sujeitar-se ao acordo, o réu estaria se dirigindo a uma situação processual mais favorável, é completamente falsa, pois ao “colaborar com a justiça”, este imputado, na verdade, apenas está garantindo a sua condenação, através de uma atitude de autoincriminação ou por aceitar a sanção antecipada (no caso da transação penal).

Sua participação na construção de um “consenso” na resolução do conflito é completamente suprimida a partir da coerção efetivada pelo Estado, materializada pela ideia de que caso o réu não participe do acordo, sua pena pode ser maior.

A utilização dos institutos supracitados implica em uma grande aproximação do processo penal brasileiro da atualidade, com o processo inquisitório da Idade média, principalmente a partir de pontos como: a relevância exacerbada atribuída à confissão, a confusão entre as tarefas de acusar e julgar, a fragilização da presunção de inocência e a renúncia a direitos fundamentais. Assim, no primeiro capítulo, concluiu-se que estes institutos, pelos quais o imputado é levado a “colaborar com a justiça” em busca de algum benefício, por importarem em crassa violação a seus direitos, não são adequados aos ditames democráticos/garantistas delineados na Constituição de 1988.

Para compreender o porquê da possibilidade de utilização dos institutos, ainda que em flagrante dissonância com a *Carta Magna*, foi realizado um recorte, em que se analisou o contexto político-social do Brasil Império (ainda escravista), de que forma isto influenciou na formação da estrutura legal do país (que havia se tornado independente) e principalmente de que forma gerou e consolidou o alto grau de autoritarismo tão presente ainda hoje.

Para isso, estudou-se a historicidade da América Latina, marcada de sobremaneira pelo domínio e massacre de suas populações nativas por conta do empreendimento colonizador. Concluiu-se que a independência brasileira não representou uma ruptura com a metrópole (no caso brasileiro, com Portugal), havendo uma tentativa de harmonizar as doutrinas emergentes surgidas na Europa (sobretudo as ideias liberais), com ideias absolutamente retrógradas.

Isso explica a vontade das elites em criar uma Constituição de cariz liberal e ainda sim manter a escravidão. Foi realizado o exame de três dos principais documentos legais da época e que expressam este desejo das elites: a Constituição Imperial de 1824, o Código criminal de 1830 e o Código de processo criminal de 1832.

A Constituição do Império calou-se acerca da escravidão, ajudando a manutenção de grande controle exercido pelas elites sobre os africanos trazidos ao país na condição de escravos. Outra importante marca desta Constituição é a presença do Poder Moderador, peça-chave da organização política, concentrado na figura do Imperador que, individualmente, poderia influenciar incisivamente todos os outros poderes, como forma de fazer valer seus próprios interesses.

Ao mesmo tempo, é inegável que ela conferiu aos cidadãos certos direitos, como o de propriedade e segurança. Também aboliu os açoites, a tortura e estabeleceu, de forma expressa, que nenhuma pena passaria da figura do delinquente.

O Código Criminal de 1830 colocou fim à vigência do livro V das Ordenações *Filipinas* no Brasil. Este *digesto* já servia como instrumento de manutenção de uma sociedade extremamente desigual. Um exemplo é a conservação da pena de açoites apenas para os escravos, além de outras formas de rigorosamente punir condutas identificadas com certos grupos *vulnerabilizados*.

O documento legal adotou a pena de prisão e lhe atribuiu certo protagonismo. A prisão serviu (e ainda serve) para controlar socialmente grupos que ameaçavam os interesses das elites dominantes, principalmente os escravos (que geravam grande temor nas classes hegemônicas), grupo que obtinha as condições mais insalubres no cárcere. Já o Código de processo criminal de 1832 foi considerado uma grande conquista legislativa dos liberais, mas que em 1941 passou por uma reforma que constituiu um freio aos ditames progressistas do *digesto* e o dotou de grande inquisitorialidade.

Assim, percebe-se a partir da análise da construção da estrutura legal brasileira, no país ainda escravista e recém-independente, que o autoritarismo e a seletividade do direito penal e das agências punitivas sempre existiram e sempre estiveram direcionados a grupos marginalizados que, em decorrência da vontade de manutenção do *status quo* por parte das elites dominantes, deveriam ser controlados socialmente.

Portanto, hoje se tem os reflexos destas construções inquisitórias, que por estarem tão consolidadas na sociedade brasileira, geram a naturalização de inúmeros aspectos autoritários na legislação penal, o que faz com que não se perceba, usualmente, que tantos institutos e

tantas práticas judiciais estão em desacordo com diretrizes delineadas pela Constituição Federal de 1988.

Depois da compreensão do grau de inquisitorialidade e autoritarismo presentes na legislação penal brasileira, a partir da utilização dos institutos que envolvem barganha e da investigação realizada com o fito de buscar as origens desta construção inquisitória, bem como os motivos de sua naturalização e formação de uma tradição autoritária, buscou-se, na última parte da presente pesquisa, realizar estudo de uma teoria que tem como finalidade a contenção do poder punitivo e a consecução de um processo penal democrático.

Elegeu-se como referencial teórico o garantismo penal de Luigi Ferrajoli, pois ele serve para justificar, a partir do iluminismo e da racionalidade, a opção por um direito penal mínimo, evidenciando um caráter liberal comprometido com a humanização do processo penal e o respeito às garantias do imputado.

Situado no interior da “parcela” liberal do Estado Democrático de Direito, o Direito Penal deve ser contido, manifestando uma atuação não intervencionista do Estado e garantindo liberdades. Desta forma, a obrigação negativa de não intervenção se torna uma barreira contra uma atuação positiva de repressão descontrolada e propagação de violências.

Foram indispensáveis as análises de categorias próprias do garantismo, extremamente relevantes para a compreensão do estudo ora formulado, como a diferenciação entre a validade e a vigência, da democracia substancial (a tutela do mais fraco) e da democracia formal (regra de maioria), bem como do estudo do “utilitarismo reformado”, tido como corolário da proteção da dignidade da pessoa humana.

O garantismo serve como uma teoria de legitimação, a partir da análise constante de juízes acerca das leis vigentes, tomando como base o próprio direito positivo vigente.

Também foi realizado exame acerca dos axiomas garantistas atrelados ao processo penal, como forma de evidenciar que o respeito a eles (o que não ocorre na utilização dos institutos que envolvem barganha) indica o caminho para um processo comprometido com a tutela dos direitos fundamentais.

Portanto, a partir da presente pesquisa, pretendeu-se evidenciar o grau de autoritarismo e inquisitorialidade que estão presentes na utilização dos institutos que envolvem barganha no processo penal brasileiro, que desaguam, necessariamente, em uma situação processual desfavorável para réu, que coagido a “colaborar” com a justiça, tem direitos fundamentais relativizados. Como forma de compreender a origem da construção do autoritarismo na

legislação penal brasileira, foi feito um recorte histórico para o período do Brasil escravagista, a fim de compreender a formação desta tradição autoritária.

Assim, sendo entendida a inquisitorialidade que reside nas práticas judiciais brasileiras da atualidade, bem como a construção desta tradição autoritária no país, passou-se para o estudo do garantismo (eleito como referencial teórico) em sua forma mais geral, como freio ao poder punitivo e promotor do respeito aos direitos fundamentais, na tentativa de desnaturar as marcas inquisitórias do processo (manifestadas na investigação a partir do uso dos institutos que envolvem a barganha), que tanto o aproxima do sistema inquisitório da idade média e tanto o afasta do ideal perseguido, qual seja, de um sistema acusatório, respeitador das garantias, alinhado com o texto constitucional e verdadeiramente democrático.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ANDERSON, Perry. Um Balanço do Neoliberalismo. In: SADER, E., GENTILI, P. (orgs.) **Pósneoliberalismo: as políticas sociais e o Estado democrático**. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1995.

ANDRADE, Vera Regina Pereira de. **A ilusão de segurança jurídica: do controle da violência à violência do controle penal**. 3. ed. rev. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2015.

_____. **Pelas mãos da criminologia: o controle penal para além da (des)ilusão**. 1ª ed. Rio de Janeiro: Revan, 2012.

BATISTA, Nilo. **Introdução crítica ao direito penal brasileiro**. 4. ed. Rio de Janeiro: Revan, 1999.

_____. **Matrizes Ibéricas do sistema penal brasileiro – I**. 2. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2002.

_____. Pena pública e escravismo. **Capítulo Criminológico**. v. 34, n. 3, p. 279 – 321, jul./set. 2006. ISSN: 0798-9598.

BATISTA, Vera Malaguti. O medo na história do direito penal brasileiro. In: NEDER, Gizlene (org). **História & Direito: jogos de encontros e transdisciplinaridade**. Rio de Janeiro: Revan, 2007. p. 141-150.

_____. **Introdução crítica à criminologia brasileira**. Rio de Janeiro: Revan, 2011.

BITTAR, Walter Barbosa. Direito premial, teorias da pena e a delação premiada. In: BONATO, Gilson (Org.). **Processo penal, constituição e crítica**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011. p. 843-860.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição: República Federativa do Brasil**. Brasília: Senado Federal, 1988.

BRASIL. Código Penal (1940). **Vade Mecum**. 21. ed. São Paulo: Saraiva, 2016.

BRASIL. Código de Processo Penal (1941). **Vade Mecum**. 21. ed. São Paulo: Saraiva, 2016.

BRITO, Michelle Barbosa de. **Delação premiada e decisão penal: da eficiência à integridade**. Belo Horizonte: D'Plácido, 2016.

CARVALHO, Salo de. **Penas e garantias**. Porto Alegre: Lumen Júris, 2008.

_____. Revisita à desconstrução do modelo jurídico inquisitorial. In: BONATO, Gilson (Org.). **Processo penal, constituição e crítica**. Rio de Janeiro, Lumen Juris, 2011. p.773-791.

_____. **A política criminal de drogas no Brasil (estudo criminológico e dogmático)**. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2007.

_____. O encarceramento seletivo da juventude negra brasileira: a decisiva contribuição poder judiciário. **Revista da Faculdade de Direito UFMG**, Belo Horizonte, n. 67, p. 623 - 652, jul./dez. 2015.

CASARA, Rubens. A imparcialidade do Ministério Público no processo penal brasileiro: um mito a ser desvelado. In: BONATO, Gilson (Org.). **Processo penal, constituição e crítica**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011. p. 745-757.

_____. **Mitologia processual penal**. São Paulo: Saraiva, 2015.

CHALHOUB, Sidney. Medo branco de almas brancas: escravos, libertos, republicanos na cidade do Rio. **Revista brasileira de história**. São Paulo, v. 8, n. 16, p. 83-105, mar./ago. 1988.

CHOUKR, Fauzi Hassan. Processo penal de “emergência”: avaliação nos 20 anos de vigência da constituição de 1988. In: PRADO, Geraldo; MALAN, Diogo (Coord.). **Processo Penal e democracia: Estudos em homenagem aos 20 anos da Constituição da República de 1988**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009. p. 209- 225.

COLOMA, Aurelia María Romero. **El interrogatório del imputado y la prueba de confesión**. Madrid: Editorial Reus, 2009.

COPETTI NETO, Alfredo. **A democracia constitucional: sob o olhar do garantismo jurídico**. 1. ed. Florianópolis: Empório do Direito, 2016.

CORDERO, Franco. **Procedimiento Penal – Tomo I**. Santa Fe de Bogotá, Editorial Temis S.A, 2000.

COSTA, José de Faria. **Direito Penal e globalização: reflexões não locais e pouco globais**. Coimbra: Coimbra Editora, 2010.

COUTINHO, Jacinto Nelson de. O projeto de justiça criminal do novo governo brasileiro. In: BONATO, Gilson (Org.). **Processo penal: leituras constitucionais**. Rio de Janeiro, Lumen Juris, 2003. p.123-145.

_____. Um devido processo legal (constitucional) é incompatível com o sistema do CPP, de todo inquisitorial. In: PRADO, Geraldo; MALAN, Diogo (Coord.). **Processo Penal e democracia: Estudos em homenagem aos 20 anos da Constituição da República de 1988**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009. p. 253-261.

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

ESPÍNOLA FILHO, Eduardo. **Código de Processo penal brasileiro anotado**. 6. ed. Rio de Janeiro: Borsoi, 1955, v.3.

FERRAJOLI, Luigi. El Estado constitucional de Derecho hoy: el modelo y su divergência de la realidad. In: IBÁÑEZ, Perfecto Andrés (Org.). **Corrupcion y Estado de Derecho: el papel de la jurisdiccion**. Madrid: Editorial Trotta, 1996. p. 59-83.

_____. **Direito e razão: teoria do garantismo penal.** São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002.

FRAGOSO, Christiano Falk. **Autoritarismo e sistema penal.** Rio de Janeiro: Lumen Júris, 2015.

FONSECA, Pedro Cezar Dutra; CUNHA, André Moreira; BICHARA, Julimar da Silva. O Brasil na Era Lula: retorno ao desenvolvimentismo? **Nova Economia.** Belo Horizonte, p.403-428, mai./ago. 2013.

HADDAD, Carlos Henrique Borlido. Verdade material e verdade formal: antiga distinção ou moderna concepção? **Revista CEJ.** Brasília, ano XVI, n.56, p.91-101, jan./abr. 2012.

HERRERA, Miguel Ángel García. **Poder judicial y Estado Social: legalidade y resistência constitucional.** In: IBÁÑEZ, Perfecto Andrés (Org.). **Corrupcion y Estado de Derecho: el papel de la jurisdiccion.** Madrid, Editorial Trotta, 1996. p. 59-83.

KARAM, Maria Lúcia. **Esquerda punitiva.** Empório do Direito, Santa Catarina, mar. 2015. Disponível em: < <http://emporiiododireito.com.br/a-esquerda-punitiva-por-maria-lucia-karam>>. Acesso em 14 jun. 2016.

KARASCH, Mary. **A vida dos escravos no Rio de Janeiro (1808-1850).** São Paulo: Companhia das Letras, 2000.

KHALED JÚNIOR, Salah. Na república dos delatores, a verdade é o que menos interessa. **Justificando,** São Paulo, jun. 2016. Disponível em: < <http://justificando.com/2016/06/03/na-republica-dos-delatores-a-verdade-e-o-que-menos-interessa>>. Acesso em: 03 jun. 2016.

KOERNER, Andrei. Punição, disciplina e pensamento penal no Brasil do século XIX. **Lua Nova,** São Paulo, 68. p.205-242, 2006.

LARA, Silvia Hunold. Os escravos e seus direitos. In: NEDER, Gizlene (Org). **História & Direito: jogos de encontros e transdisciplinaridade.** Rio de Janeiro: Revan, 2007. p. 129-139.

LOPES, José Reinaldo de Lima. **O direito na história: lições introdutórias.** 5 ed. São Paulo: Atlas, 2014.

LOPES Jr, Aury. **Direito processual penal.** 11. ed. – São Paulo: Saraiva, 2014.

_____. Justiça negociada: Utilitarismo Processual e eficiência antigarantista. In: CARVALHO, Salo de; WUNDERLICH, Alexandre (Org.). **Diálogos sobre a justiça dialógica: Teses e Antíteses sobre os processos de informalização e privatização da Justiça penal.** Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002.

MOTTA, Manoel Barros da. **Crítica da razão punitiva: o nascimento da prisão no Brasil.** Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2011.

MARQUES, Leonardo Augusto Marinho. A Hiper-Racionalidade inquisitória. In: BONATO, Gilson (Org.). **Processo penal, constituição e crítica**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011. p. 475-485.

NEDER, Gizlene. **O iluminismo jurídico-penal luso-brasileiro: obediência e submissão**. Rio de Janeiro: Revan, agosto de 2007.

PEREIRA, Gisele Mendes. A (Ir)relevância do Direito ao silêncio na decisão do juiz. In: BONATO, Gilson (Org.). **Processo penal, constituição e crítica**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011. p. 317-327.

PINHO, Ana Cláudia Bastos de. **Direito penal e Estado democrático de direito: uma abordagem a partir do garantismo de Luigi Ferrajoli**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

_____. **Para além do garantismo: uma proposta hermenêutica de controle da decisão penal**. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2012.

PINHO, Ana Cláudia Bastos de; ALBUQUERQUE, Fernando da Silva. **Precisamos falar sobre garantismo: limites e resistência ao poder de punir**. 1. Ed. Florianópolis: Empório do Direito, 2017.

PRADO, Geraldo. Justiça penal consensual. In: CARVALHO, Salo de; WUNDERLICH, Alexandre (Org.). **Diálogos sobre a justiça dialogal: Teses e Antíteses sobre os processos de informalização e privatização da Justiça penal**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002.

_____. Transação penal: alguns aspectos controvertidos. In: BONATO, Gilson (Org.). **Processo penal: leituras constitucionais**. Rio de Janeiro, Lumen Juris, 2003. p. 109-121.

_____. **Transação Penal**. 2 ed. Rio de Janeiro: Lumen Júris, 2006.

_____. Poder Negocial (sobre a pena), *Common law* e processo penal brasileiro: Meta XXI, em busca de um milhão de presos!?. In: BONATO, Gilson (Org.). **Processo penal, constituição e crítica**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011. p. 299-315.

_____. Da delação premiada: aspectos de direito processual. **Empório do Direito**. Florianópolis, mai 2015. Disponível em: < <http://emporiiododireito.com.br/da-delacao-premiada-aspectos-de-direito-processual-por-geral-do-prado/> > Acesso em: 03 dez. 2016.

QUEIJO, Maria Elizabeth. **O direito de não produzir prova contra si mesmo: (o princípio *nemo tenetur se detegere* e suas decorrências no processo penal)**. São Paulo: Saraiva, 2003.

ROSA, Alexandre Morais da. O fim da farsa da presunção de inocência no sistema (ainda) inquisitório? STF, HC 91.232/PE, Min. Eros Grau. In: PRADO, Geraldo; MALAN, Diogo (Coord.). **Processo Penal e democracia: Estudos em homenagem aos 20 anos da Constituição da República de 1988**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009. p. 1- 13.

ROSA, Alexandre Morais da. **Guia compacto do processo penal conforme a teoria dos jogos**. 3. ed. rev. atu. e amp. Florianópolis: Empório do Direito, 2016.

ROSA, Gabriela Porto. **A construção da verdade no processo penal**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2015.

ROSSETTO, Enio Luiz. **A confissão no processo penal**. São Paulo: Atlas, 2001.

SAAD, Marta. Direito ao silêncio na prisão em flagrante. In: PRADO, Geraldo; MALAN, Diogo (Coord.). **Processo Penal e democracia: Estudos em homenagem aos 20 anos da Constituição da República de 1988**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009. p. 423- 453.

SALLA, Fernando. **As prisões em São Paulo**. São Paulo: Ed. Annablume/Fapesp, 1999.

SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito constitucional positivo**. São Paulo: Malheiros, 2010.

TORRÃO, Fernando. Direito penal, globalização e pós-modernidade (desconstrução do paradigma liberal?). In: BELEZA, Teresa Pizarro; CAIERO, Pedro; PINTO, Frederico de Lacerda da Costa (Org.). **Multiculturalismo e Direito Penal**. Coimbra: Almedina, 2014.

VALLE, Juliano Keller do. **Crítica à delação premiada: uma análise através da teoria do garantismo penal**. São Paulo: Grupo conceito, 2012.

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

WOLKMER, Antonio Carlos. Repensando a questão da historicidade do Estado e do Direito na América Latina. In: NEDER, Gizlene (Org.). **História & Direito: jogos de encontros e transdisciplinaridade**. Rio de Janeiro: Revan, 2007. p. 65-75.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl. **A questão criminal**. Rio de Janeiro: Revan, 2013.